



# Assemblée générale

Distr. générale  
8 février 2018  
Français  
Original : anglais

## Commission du droit international

### Soixante-dixième session

New York, 30 avril-1<sup>er</sup> juin 2018 ; Genève,  
2 juillet-10 août 2018

## Cinquième rapport sur la protection de l'atmosphère

Établi par Shinya Murase, Rapporteur spécial\*

### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	3
II. Mise en œuvre . . . . .	6
A. Modalités de mise en œuvre dans l'ordre interne . . . . .	6
B. Manquement aux obligations et responsabilité des États . . . . .	9
C. Application extraterritoriale du droit interne . . . . .	11
III. Contrôle du respect . . . . .	17
A. Violation ou non-respect . . . . .	18
B. Types de mécanisme applicables en cas de non-respect . . . . .	19
1. Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone . . . . .	19
2. Protocole de Kyoto . . . . .	21
3. Accord de Paris . . . . .	23
IV. Règlement des différends . . . . .	25

\* Nous tenons à remercier de leur précieux concours les professeurs et chercheurs suivants : Charles Wharton, ancien maître de conférences à la faculté de droit de l'Université Renmin de Chine ; Masayuki Hiromi, chercheur post-doctorant à la faculté de droit de l'Université Sophia ; Mariko Fukasaka, du University College de Londres ; Zhang Maoli, doctorant à la faculté de droit de l'Université de Pékin ; Osamu Yoshida, de l'Université de Tsukuba ; Yuka Fukunaga, de l'Université Waseda ; Chen Xiaohua, de la faculté de droit de l'Académie chinoise des sciences sociales ; Shi Fengxia, étudiante à la faculté de droit de l'Académie chinoise des sciences sociales ; Mae Bowen, doctorante à la faculté de droit de l'Université de New York. Nous remercions vivement Li Ming, Song Ying et Chen Yifeng, de la faculté de droit de l'Université de Pékin, ainsi que Zhu Wenqi, de la faculté de droit de l'Université Renmin de Chine, de leur soutien et de leurs encouragements indéfectibles durant ce projet.



A.	Formes de règlement pacifique des différends . . . . .	25
B.	Caractéristiques du règlement judiciaire des différends liés à la protection de l'atmosphère . . . . .	26
1.	La preuve scientifique dans la pratique de la Cour internationale de Justice . . . . .	
a)	Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (1997) . . . . .	28
b)	Affaire relative aux <i>Usines de pâte à papier</i> (2010) . . . . .	31
c)	Affaire relative à la <i>Chasse à la baleine</i> (2014) . . . . .	35
d)	Affaire relative aux <i>Épandages aériens d'herbicides</i> (2013) . . . . .	40
e)	Affaires relatives à <i>Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière et à la Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan</i> (2015) . . . . .	42
2.	Principes juridiques applicables à l'évaluation des données scientifiques . . . . .	45
a)	Le principe non ultra petita . . . . .	45
b)	Le principe jura novit curia . . . . .	45
c)	Critère d'établissement de la preuve . . . . .	48
3.	Jurisprudence d'autres juridictions . . . . .	50
V.	Conclusion . . . . .	52
Annexes		
I.	Projets de directives et de préambule sur la protection de l'atmosphère provisoirement adoptés par la Commission à ce jour . . . . .	53
II.	Projets de directives proposés par le Rapporteur spécial dans le présent rapport . . . . .	55

## I. Introduction

1. À sa soixante-neuvième session, en 2017, la Commission du droit international était saisie de notre quatrième rapport sur la protection de l'atmosphère (A/CN.4/705 et Corr.1). Nous y avons proposé quatre projets de directive portant sur les relations qui existent entre le droit de la protection de l'atmosphère et d'autres domaines du droit, notamment le droit international du commerce et de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme.

2. La Commission a examiné le quatrième rapport de sa 3355<sup>e</sup> à sa 3359<sup>e</sup> séance, les 10, 11, 12, 16 et 17 mai 2017. Elle a également organisé le 4 mai 2017 une rencontre informelle sous forme de dialogue avec des scientifiques que nous avons invités. Les membres de la Commission ont jugé ce dialogue utile<sup>1</sup>.

3. La Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction l'ensemble des projets de directives que nous avons proposés. À sa soixante-neuvième session, elle a adopté à titre provisoire les alinéas du préambule et le projet de directive 9, ainsi que les commentaires s'y rapportant<sup>2</sup>.

### Débats tenus à la Sixième Commission à sa soixante-douzième session

4. En octobre 2017, la Sixième Commission a examiné les travaux menés par la Commission sur le sujet<sup>3</sup>. Les délégations s'en sont félicitées dans l'ensemble<sup>4</sup>, même

<sup>1</sup> Le dialogue avec les scientifiques sur la protection de l'atmosphère était présidé par le Rapporteur spécial. À cette occasion, les exposés suivants ont été présentés : « Aperçu général : l'océan et l'atmosphère » par Øystein Hov, Président de la Commission pour les sciences de l'atmosphère de l'Organisation météorologique mondiale (OMM) ; « La pollution atmosphérique transfrontière, la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe » par Peringe Grennfelt, ancien Président du Groupe de travail des effets de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de la Commission économique pour l'Europe ; « Les liens entre les océans et l'atmosphère » par Tim Jickells, Coprésident du Groupe de travail 38 du Groupe mixte d'experts chargé d'étudier les aspects scientifiques de la protection de l'environnement marin de l'OMM ; « L'établissement de liens entre la science et le droit pour la protection de l'atmosphère » par Arnold Kreilhuber, Chef de l'unité du droit international de l'environnement de la Division du droit environnemental et des conventions du Programme des Nations Unies pour l'environnement. Le dialogue a été suivi par une séance de questions-réponses. Le résumé du dialogue est disponible sur le site Web de la Commission.

<sup>2</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, chap. VI, par. 59 à 65.

<sup>3</sup> Nous remercions Shi Fengxia de nous avoir aidés à établir le résumé des débats tenus à la Sixième Commission.

<sup>4</sup> Italie (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session*, 18<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.18), par. 141 à 144 ; Îles Marshall (au nom des petits États insulaires en développement du Pacifique), *ibid.*, 22<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.22), par. 51 à 53 ; Union européenne, *ibid.*, par. 54 à 62 ; Autriche, *ibid.*, par. 69 à 71 ; Portugal, *ibid.*, par. 78 à 80 ; Mexique, *ibid.*, par. 87 à 91 ; Singapour, *ibid.*, par. 103 à 108 ; Inde, *ibid.*, par. 117 à 119 ; Pérou, *ibid.*, par. 114 ; Japon, *ibid.*, par. 123 à 125 ; Sri Lanka, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.23), par. 51 et 52 ; Thaïlande, *ibid.*, par. 53 ; Chili, *ibid.*, par. 86 à 88 ; Afrique du Sud, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.24), par. 15 à 18 ; Estonie, *ibid.*, par. 20 à 21 ; Turquie, *ibid.*, par. 32 ; Espagne, *ibid.*, par. 38 à 40 ; Tonga, *ibid.*, par. 46 à 49 ; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, par. 72 ; Micronésie (États fédérés de), *ibid.*, par. 78 à 86 ; République de Corée, *ibid.*, par. 99 et 100 ; Malaisie, *ibid.*, par. 114 à 116 ; Viet Nam, *ibid.*, par. 121 ; Indonésie, *ibid.*, par. 126 à 128 ; Sénégal, *ibid.*, par. 131 à 134 ; El Salvador, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.25), par. 4 à 6 ; Chambre de commerce internationale, *ibid.*, par. 11 à 13.

si quelques-unes ont exprimé des réserves<sup>5</sup>. Plusieurs délégations ont trouvé très utile la participation des scientifiques<sup>6</sup>. Certaines ont rappelé l'importance des conditions fixées en 2013<sup>7</sup>, tandis que d'autres se sont dites préoccupées de l'exclusion générale de nombre de règles et de principes qui font partie intégrante du droit de la protection de l'atmosphère, tels que les principes de précaution, de prévention, du pollueur payeur et des responsabilités communes mais différenciées<sup>8</sup>. Certaines délégations ont fait observer que le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, fondé sur l'Accord de Paris de 2015, offrait une approche équilibrée de la situation et des besoins particuliers des pays en développement<sup>9</sup>. Une délégation a estimé que le principe du patrimoine commun de l'humanité devrait figurer dans le préambule<sup>10</sup>.

5. Bon nombre de délégations ont déclaré souscrire dans l'ensemble aux alinéas du préambule adoptés par la Commission à titre provisoire<sup>11</sup>. Plusieurs ont mis en lumière les liens existant entre l'atmosphère et les océans<sup>12</sup> et ont notamment soulevé la question de l'élévation du niveau de la mer causée par les changements climatiques<sup>13</sup>. Une délégation a toutefois estimé que les questions relevant du droit de la mer n'avaient pas leur place dans un ensemble de directives sur la protection de l'atmosphère<sup>14</sup>. De nombreuses délégations se sont déclarées favorables à la mention des intérêts des générations futures<sup>15</sup>. Quelques-unes ont fait valoir que les intérêts des générations présentes devaient également être évoqués<sup>16</sup>.

6. Si de nombreuses délégations ont souscrit à l'inclusion du projet de directive 9 sur les relations entre règles pertinentes<sup>17</sup>, d'autres ont en revanche exprimé une certaine préoccupation à ce sujet<sup>18</sup>. Pour ce qui est du paragraphe 1 du projet de

<sup>5</sup> Fédération de Russie, *ibid.*, 19<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.19), par. 36 ; Slovaquie, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.23), par. 28 à 33 ; Tchéquie, *ibid.*, par. 64 à 67 ; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.24), par. 50 à 55 ; États-Unis d'Amérique, *ibid.*, par. 124 et 125. Ces pays ont estimé que l'examen de la question devait être suspendu ou abandonné.

<sup>6</sup> Italie, Mexique, Inde, Japon, Chili, Tonga et El Salvador.

<sup>7</sup> France, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.23), par. 38 à 41, et États-Unis.

<sup>8</sup> Afrique du Sud, Indonésie et El Salvador.

<sup>9</sup> Union européenne et Royaume-Uni.

<sup>10</sup> Indonésie.

<sup>11</sup> Italie, Îles Marshall (au nom des petits États insulaires en développement du Pacifique), Union européenne, Autriche, Singapour, Pérou, Israël, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.24), par. 104 à 107, Inde, Thaïlande, Tonga, Chili, Sri Lanka, Micronésie (États fédérés de), Nouvelle-Zélande, Espagne, République de Corée, Malaisie, Indonésie et El Salvador. L'Autriche a par exemple déclaré qu'il était bien fondé de mettre l'accent sur les situations et les effets dans les nouveaux alinéas du préambule (voir <http://statements.unmeetings.org/media2/16154565/austria.pdf>).

<sup>12</sup> Pérou, Sri Lanka, Chili, Micronésie (États fédérés de), Malaisie, Nouvelle-Zélande et Indonésie.

<sup>13</sup> Autriche, Îles Marshall (au nom des petits États insulaires en développement), Micronésie (États fédérés de), Indonésie, Inde, Sri Lanka, Nouvelle-Zélande et Malaisie.

<sup>14</sup> Grèce, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.23), par. 71 à 74.

<sup>15</sup> Par exemple, le Sri Lanka a déclaré qu'il était tout à fait pertinent d'invoquer le principe fondamental d'équité intergénérationnelle, bien établi dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice, selon lequel l'*indivis* mondial est détenu « en fiducie » au profit des générations futures.

<sup>16</sup> Singapour et Malaisie.

<sup>17</sup> Italie, Union européenne, Autriche, Inde, Japon, Sri Lanka, Micronésie (États fédérés de), République de Corée, Malaisie, Nouvelle-Zélande, Portugal, Mexique, Pérou, Thaïlande, Grèce, Sénégal, Chili, Estonie, Espagne, Tonga, El Salvador, Israël et Chambre internationale du commerce.

<sup>18</sup> Fédération de Russie, Singapour, Slovaquie, Chine, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.23), par. 55, et Pologne, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR.24), par. 2 et 3. La Tchéquie s'est demandé si le « droit de la protection de l'atmosphère » était vraiment une branche du droit international. Le Viet Nam

directive 9, un grand nombre de délégations se sont dites favorables à ce que les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international applicables soient interprétées et appliquées conformément aux principes d'harmonisation et d'intégration systémique, dans l'optique d'éviter tout conflit<sup>19</sup>. Toutefois, quelques délégations se sont inquiétées de ce que le texte actuel du projet de directive n'était pas étayé par la pratique internationale<sup>20</sup>. Une autre délégation a déclaré qu'en élaborant une directive distincte, on risquait de déborder la question<sup>21</sup>. Quelques délégations ont estimé qu'exiger que toutes les règles applicables soient compatibles les unes avec les autres risquait d'entraver toute évolution s'écartant fondamentalement des règles existantes<sup>22</sup>, donnerait lieu à des redondances<sup>23</sup> et serait irréalisable<sup>24</sup>.

7. S'agissant du paragraphe 2 du projet de directive 9, la plupart des délégations ont souscrit à l'idée que, lorsqu'ils élaborent des règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et d'autres règles applicables du droit international, les États devraient s'efforcer de le faire dans un souci d'harmonisation<sup>25</sup>. Une délégation a souligné qu'il ne fallait pas entendre le paragraphe 2 comme exigeant que les nouvelles règles relatives à la protection de l'atmosphère soient compatibles avec toutes les règles existantes du droit international<sup>26</sup>. Si certaines délégations ont indiqué que le paragraphe 2 relevait du développement progressif du droit international<sup>27</sup>, d'autres ont estimé qu'il ne faisait qu'énoncer l'évidence : dans chaque domaine du droit international, les nouvelles règles doivent être élaborées dans un souci d'harmonisation avec les autres règles du droit international<sup>28</sup>.

8. Enfin, plusieurs délégations se sont réjouies que les populations vulnérables soient mentionnées au paragraphe 3 du projet de directive 9<sup>29</sup>. Une délégation a fait valoir que la question des groupes particulièrement vulnérables devait transparaître dans l'ensemble du projet de directives et ne pas se limiter à des questions d'interprétation<sup>30</sup>. On a également fait observer que le paragraphe 3 introduisait une considération nouvelle ne donnant pas d'orientation sur l'application des paragraphes précédents et qu'il devrait donc faire l'objet d'un projet de directive distinct. En outre, une délégation a ajouté que les personnes ou groupes en question n'étaient pas vulnérables à la pollution ou à la dégradation atmosphériques en tant que telles mais aux effets de ces phénomènes<sup>31</sup>. Une délégation a demandé que la définition du terme « personnes et groupes particulièrement vulnérables » soit revue, les groupes particulièrement vulnérables aux changements climatiques n'étant pas nécessairement les mêmes que ceux vulnérables à la pollution et à la dégradation atmosphériques<sup>32</sup>.

---

a estimé qu'il faudrait mieux définir le terme « atmosphère » afin de la distinguer des autres domaines territoriaux.

<sup>19</sup> Italie, Slovaquie, Thaïlande, Grèce, Estonie, République de Corée et Israël.

<sup>20</sup> Chine, Fédération de Russie, Singapour et Slovaquie.

<sup>21</sup> Pologne.

<sup>22</sup> Autriche.

<sup>23</sup> Israël et Viet Nam.

<sup>24</sup> Slovaquie, Tchéquie et Royaume-Uni.

<sup>25</sup> Italie, Union européenne, Autriche, Japon, Chili, Estonie, Espagne, République de Corée et El Salvador.

<sup>26</sup> Autriche.

<sup>27</sup> Chili.

<sup>28</sup> Slovaquie et Tchéquie.

<sup>29</sup> Italie, Autriche, Afrique du Sud, Mexique, Japon, Sri Lanka, Chili, Estonie, Espagne, Micronésie (États fédérés de), Tonga et République de Corée.

<sup>30</sup> Autriche.

<sup>31</sup> Espagne.

<sup>32</sup> Slovaquie.

9. Concernant le prochain plan de travail, les délégations ont adhéré au projet de la Commission, qui prévoit d'achever l'examen en première lecture du sujet en 2018 et l'examen en deuxième lecture en 2020<sup>33</sup>. Les délégations de certains États insulaires du Pacifique ont proposé que la Commission se saisisse d'un nouveau sujet relatif à l'élévation du niveau de la mer<sup>34</sup>.

## Objet du présent rapport

10. Dans le prolongement des quatre rapports précédents, nous nous proposons d'examiner dans le présent (cinquième) rapport les questions suivantes : la mise en œuvre (section II), le contrôle du respect (section III) et le règlement des différends (section IV). Nous estimons que ces questions découlent intrinsèquement et logiquement des obligations et des recommandations sur le sujet adoptées jusqu'ici à titre provisoire par la Commission et considérons que leur analyse n'est donc en rien destinée à élargir le champ du sujet défini dans le projet de directive 2.

11. L'usage des termes « mise en œuvre » et « contrôle du respect » n'est pas nécessairement uniforme chez les auteurs<sup>35</sup>. Nous les employons ici par commodité, *mise en œuvre* faisant référence aux mesures prises par les États pour transcrire les dispositions conventionnelles dans leur droit interne<sup>36</sup> et *contrôle du respect* s'entendant des dispositifs ou des procédures institués au niveau du droit international pour vérifier que les États respectent bien les dispositions conventionnelles ou les mesures d'application prises pour protéger l'atmosphère<sup>37</sup>.

## II. Mise en œuvre

### A. Modalités de mise en œuvre dans l'ordre interne

12. La mise en œuvre du droit international dans l'ordre interne, au sens de mesures que les parties prennent pour rendre les accords internationaux exécutoires en droit interne<sup>38</sup>, s'accomplit par les voies législative, administrative ou judiciaire. Ces trois formes de mise en œuvre étant régies par le système juridique et constitutionnel de chaque État, le présent projet de directives ne peut porter que sur l'obligation qu'ont les États de mettre en œuvre de bonne foi les dispositions applicables du droit international. Les mesures législatives peuvent présenter certaines caractéristiques communes. Les mesures administratives devant normalement être conformes au droit interne, il n'y a pas grand-chose à ajouter à ce qui est dit de la législation<sup>39</sup>. Les mesures judiciaires dépendent des règles du système judiciaire de chaque État relatives à la compétence, à l'intérêt pour agir et au pouvoir d'interprétation et d'application du droit international. Il peut être difficile de généraliser cet aspect de la mise en œuvre et de l'application. Quoique remarquables, les quelques cas qui se

<sup>33</sup> Singapour, Mexique, Sri Lanka, Israël, Afrique du Sud, Tonga, Fédération de Russie, Chili, Inde, Japon, Italie, El Salvador et Chambre de commerce internationale.

<sup>34</sup> Micronésie (États fédérés de) et Îles Marshall.

<sup>35</sup> Voir, en général, P. Sands et J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 135 à 183.

<sup>36</sup> Catherine Redgwell, « National Implementation », in Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey (dir.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 925.

<sup>37</sup> Edith Brown Weiss et Harold K. Jacobson (dir.), *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, Cambridge, MIT Press, 1998. Voir « A framework for analysis », p. 4.

<sup>38</sup> Redgwell, « National implementation » (voir *supra* note 36), p. 925.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 930 à 938.

sont présentés dans certains États ne sont sans doute pas suffisants pour être considérés comme témoignant d'une « tendance » du droit international relatif à la protection de l'atmosphère<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Voici quelques exemples de la jurisprudence nationale récente relative à la protection de l'atmosphère :

- a) Cour administrative fédérale d'Autriche (2017) : La Cour a annulé l'approbation par le Gouvernement autrichien du projet de construction d'une troisième piste à l'aéroport international de Vienne-Schwechat parce que, sachant que les émissions de dioxyde de carbone annuelles produites par l'Autriche s'en seraient trouvées accrues, l'autoriser aurait notamment été contraire à l'obligation nationale et internationale de ce pays d'atténuer les causes des changements climatiques (BVwG, 02.02.2017, 2000179-1/W109 291E) ;
- b) Cour constitutionnelle de Colombie (2016) : La Cour a annulé les dispositions de la loi n° 1450 de 2011 et de la loi n° 1753 de 2015 qui mettaient en danger les écosystèmes de haute altitude appelés *páramos*. La haute juridiction a retenu plusieurs caractéristiques importantes des *páramos*, dont leur fragilité, le fait qu'ils n'étaient pas protégés par la réglementation applicable, le fait qu'ils fournissaient à la Colombie jusqu'à 70 % de son eau potable, et la capacité de leurs sols et de leur végétation de capturer le dioxyde de carbone émis dans l'atmosphère (décision C-035/16, par. 142) ;
- c) Tribunal de district fédéral de l'Oregon (États-Unis) (2016) : Dans l'affaire *Juliana v. United States*, un groupe de défenseurs de l'environnement trop jeunes pour voter et affirmant agir dans l'intérêt des générations futures a intenté une action contre les États-Unis, le Président et de nombreuses administrations publiques au motif que les émissions de gaz à effet de serre résultant du dioxyde de carbone produit par la combustion de combustibles fossiles déstabilisaient le système climatique. Invoquant la violation des garanties juridiques fondamentales ainsi que de l'obligation des défendeurs de préserver les ressources naturelles placés sous leur garde en fiducie au profit du public (*public trust*), ils réclamaient des mesures déclaratoires et conservatoires. Le tribunal a autorisé les associations industrielles concernées à intervenir comme défendeurs (2016 WL 183903). Les défendeurs et les intervenants ont conclu au rejet du recours pour défaut de compétence matérielle et défaut de cause d'action. Le tribunal a relevé : a) que le moyen tiré de la question politique échappant à la compétence des tribunaux n'avait pas été soulevé ; b) que les militants justifiaient d'un préjudice concret et personnel, condition de l'intérêt pour agir découlant de l'article III ; c) que le dommage allégué était imminent ; d) que le droit à un système climatique où la vie humaine est possible était un droit fondamental protégé par les garanties juridiques fondamentales ; e) que la cause d'action présentée par les militants, s'autorisant de la théorie du danger créé par l'État, était la violation des garanties juridiques fondamentales ; f) que les militants étaient fondés à alléguer le dommage causé à des biens placés en fiducie auprès de l'État ; g) que la doctrine de la fiducie d'intérêt public (*public trust doctrine*) pouvait s'appliquer au Gouvernement fédéral ; h) que les militants avaient le droit d'agir en justice pour faire appliquer la doctrine de la fiducie d'intérêt public [217 F.Supp.3d 1224 (D. Or. 2016)] ;
- d) Tribunal de district de La Haye (Pays-Bas) (2015) : Le Tribunal de district a jugé que l'État devait prendre des mesures supplémentaires pour réduire les émissions de gaz à effet de serre aux Pays-Bas et lui a ordonné de limiter ou de faire limiter le volume total annuel de ces émissions de telle sorte que, à la fin de 2020, elles soient d'au moins 25 % inférieures à ce qu'elles étaient en 1990, ainsi que le réclamait le plaignant, la Fondation Urgenda (C/09/456689/HA ZA 13-1396, 24 juin 2015) ;
- e) Cour suprême des États-Unis (2007, 2014) : Dans l'affaire *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, la Cour s'est penchée sur la signification du terme « polluant atmosphérique » au sens du paragraphe 202 a) 1) du titre II de la loi sur la pureté de l'air, aux termes duquel « polluant atmosphérique » s'entend de tout agent de pollution atmosphérique ou de toute combinaison de tels agents, y compris toute substance ou matière physique, chimique, biologique, radioactive émise ou entrant de quelque autre façon dans l'air ambiant. Lors des débats, l'Agence américaine de protection de l'environnement a soutenu que le paragraphe 202 a) 1) du titre II de la loi ne l'autorisait pas à réglementer les émissions de gaz à effet de serre, au motif que ces gaz n'étaient pas des agents de pollution atmosphérique au sens classique du terme et, partant, ne pouvaient être classés parmi les « polluants atmosphériques » au sens de la loi. Cependant, la Cour a jugé que la loi donnait une définition si large de « polluant atmosphérique » que le terme englobait tout composé en suspension dans l'air de quelque nature que ce soit. Elle a par conséquent conclu que, les gaz à effet de serre répondant à la large définition de la loi sur la pureté de l'air, l'Agence de protection de l'environnement avait légalement le pouvoir de réglementer les émissions de ces gaz rejetées par les nouveaux véhicules à moteur. (Décision de la Cour suprême

13. Pour mettre en œuvre les traités dans l'ordre juridique interne, les États disposent, selon leur système constitutionnel, de différentes méthodes allant de la « transformation » à l'« incorporation »<sup>41</sup>. Dans certains pays, certains traités sont considérés comme auto-exécutoires, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire d'adopter une loi ou un règlement pour les rendre applicables<sup>42</sup>. En général, dans le domaine du droit international de l'environnement, seuls quelques traités sont d'application directe. Dans la plupart des cas, les États doivent adopter des textes d'application pour donner effet sur leur territoire aux dispositions des traités conclus si leur droit interne ne leur permet pas en l'état de les mettre en œuvre. Il est par conséquent nécessaire de déterminer les caractéristiques des obligations découlant des traités.

14. Les caractéristiques juridiques des obligations internationales sont naturellement diverses et les modalités de mise en œuvre dans l'ordre interne varient en conséquence. Partant, il peut être utile de distinguer au moins les trois catégories d'obligations suivantes. La première est formée des obligations qui imposent aux États de prendre les mesures voulues dans les limites du droit interne existant (obligation de mesures). Il s'agit là d'un type classique d'obligations internationales. Les mesures qui doivent être prises pour s'en acquitter sont largement laissées à

---

du 2 avril 2007, 549S Ct. 497, 2007. Voir également J. Zasloff, « *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 127 S. Ct. 1438 », *American Journal of International Law*, vol. 102, n° 1, 2008, p. 134 à 143.) Par suite de cette décision, l'Agence de protection de l'environnement a décidé que les gaz à effet de serre produits par les nouveaux véhicules automobiles relèveraient des dispositions de la loi relatives à la prévention de la détérioration importante et du titre V de la loi. Cependant, dans l'affaire *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, en 2014, la Cour suprême a jugé que, lorsque le terme « polluant atmosphérique » apparaissait dans les dispositions normatives de la loi [comme celles relatives à la prévention de la détérioration importante et le titre V], l'Agence lui donnait ordinairement une signification plus étroite, adaptée au contexte. Étant donné le recours fréquent au terme « polluant atmosphérique » par le Congrès des États-Unis, la Cour a conclu que, s'agissant d'interpréter les critères des dispositions relatives à la prévention de la détérioration importante et du titre V de la loi, le sens de ce terme était plus étroit que la définition large fixée par la Cour dans l'affaire *Massachusetts v. EPA* sur le fondement du titre II de la loi [*Utility Air Regulatory Group v. EPA*, décision de la Cour suprême des États-Unis du 23 juin 2014, 134 S. Ct. 2427 (2014)]. Voir deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/681 (2015), par. 15 ;

f) Cour d'appel d'Australie (2010) : Dans l'affaire *Macquarie Generation v. Hodgson*, des défenseurs de l'environnement ont intenté une action contre une compagnie publique d'électricité tendant à faire déclarer que les émissions de dioxyde de carbone produites par une des centrales électriques avaient causé ou étaient susceptibles de causer des dommages à l'environnement en violation du paragraphe 115 1) de la loi sur la protection de l'environnement de 1997. Le défendeur a été débouté de sa requête aux fins de jugement selon une procédure simplifiée. La Cour a estimé que, même si le permis d'exploitation au titre duquel il produisait de l'électricité l'autorisait implicitement à émettre une certaine quantité de dioxyde de carbone, cette autorisation se limitait à une quantité témoignant d'un degré raisonnable de vigilance et d'égard pour la population et l'environnement (*Macquarie Generation v. Hodgson*, [2011] NSWCA 424, par. 35 à 67) ;

g) Cour fédérale du Nigéria (2005) : Dans l'affaire *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd et al.*, la Cour a jugé que les sociétés pétrolières devaient mettre fin au brûlage de gaz dans le delta du Niger. Jonah Gbemre, un représentant de la communauté iwherekán, vivant dans le delta du Niger, a intenté une action contre le Gouvernement nigérian et la société Shell. La Cour a estimé que la pratique du brûlage de gaz était inconstitutionnelle en ce qu'elle violait les droits fondamentaux à la vie et à la dignité garantis par la Constitution de la République fédérale du Nigéria et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples [*Gbemre v. Shell Petroleum Development Company Nigeria Limited and Others* (2005) AHRLR 151 (NgHC 2005)].

Nous remercions Arnold Kreilhuber, chef du Groupe du droit international de l'environnement de la Division juridique du PNUE, de toutes les informations utiles qu'il nous a fournies.

<sup>41</sup> Voir A. Cassese, « Modern constitutions and international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 192, Leiden, Martinus Nijhoff, 1985, p. 331 à 475.

<sup>42</sup> Yuji Iwasawa, « Domestic application of international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 378, 2015, p. 9 à 262.

l'appréciation des États, lesquels, de ce fait, n'ont normalement pas besoin de modifier leur droit interne. La deuxième catégorie se compose des obligations qui commandent aux États de suivre telle ou telle méthode prévue dans un traité (obligation de méthode). Par suite, si la méthode en question n'est pas applicable en l'état, les États doivent modifier le droit interne existant ou promulguer de nouveaux textes. Ainsi, lorsque le traité oblige les États à appliquer une écotaxe sur les émissions de dioxyde de carbone que le droit interne n'autorise pas, il faut qu'une nouvelle loi soit adoptée. Il arrive souvent que le traité lui-même prévoise une obligation de légiférer pour les États. La troisième catégorie est constituée des obligations qui imposent aux États non plus de prendre telles ou telles mesures ou de suivre telles ou telles méthodes mais de maintenir une situation de droit ou de fait fixée dans un traité (obligation de maintien). Pour s'acquitter d'une telle obligation, l'État doit surveiller et contrôler en permanence si les normes prescrites sont respectées. Ainsi, par exemple, si un traité prévoit la réduction des émissions de dioxyde de carbone à un volume donné (par exemple, une réduction de 6 % par rapport au volume des émissions constaté en 1990), les États ont l'obligation de *maintenir* ce volume d'émissions par tous les moyens, et la mise en œuvre de cette obligation devrait être assurée par la législation interne<sup>43</sup>.

15. Parmi les obligations faites aux États dans le présent projet de directives, celle de protéger l'atmosphère (projet de directive 3) et celle de coopérer (projet de directive 8) appartiennent à la première catégorie, tandis que celle de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement (projet de directive 4) relève probablement de la deuxième. Les obligations mentionnées dans ce projet ne le sont qu'à titre indicatif et constituent un minimum. Il va sans dire que les États sont tenus de s'acquitter d'autres obligations en matière de protection de l'atmosphère en application des conventions applicables et du droit international coutumier. Il convient également de rappeler que, dans l'exécution de ces obligations, les États devraient prendre en considération la situation des personnes les plus vulnérables.

## B. Manquement aux obligations et responsabilité des États

16. Le droit international relatif à la protection de l'atmosphère a ainsi admis les obligations primaires des États, ce qui conduit à examiner la question des règles secondaires de la responsabilité des États<sup>44</sup>. Il est aujourd'hui indéniable qu'il existe une « obligation » pour les États de ne pas causer de dommage à l'environnement,

<sup>43</sup> Shinya Murase, « Perspectives from international economic law on transnational environmental issues », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 253, 1995, p. 419 et 420, reproduit dans Shinya Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Tokyo, Sophia University Press, 2011, p. 113 et 114.

<sup>44</sup> Malgosia Fitzmaurice, « International responsibility and liability », in Daniel Bodansky, Jutta Brunée et Ellen Hey (dir.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1011 à 1035. Si les conditions fixées en 2013 [voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 168] prévoient que les travaux ne portent pas sur « la responsabilité (*liability*) de l'État et de ses ressortissants » (sans préjudice, toutefois, de cette question), rappelons que, quelle que soit l'interprétation de ces conditions, la question de la « responsabilité » (*responsibility*) de l'État n'a pas été exclue. La Commission, comme la Sixième Commission, fait clairement la différence entre la responsabilité pour les « activités non interdites par le droit international » (activités licites) (*liability*) et la responsabilité pour les « faits internationalement illicites » (*responsibility*). Il convient de noter qu'à la réunion de 2017 de la Sixième Commission, la délégation sud-africaine a rappelé qu'il fallait que les directives traitent la question de la responsabilité de manière appropriée, éventuellement en recherchant dans le corpus du droit international sur la responsabilité des États les principes propres à guider utilement les États dans le domaine de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/72/SR 24)*, par. 18].

comme l'ont confirmé les sentences arbitrales rendues en 1938 et 1941 dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, qui font toujours jurisprudence en la matière. Dans un passage souvent cité, le tribunal a conclu ce qui suit : « Selon les principes du droit international [...], aucun État n'a le droit d'utiliser ou de laisser utiliser son territoire de telle sorte que celui-ci soit la source de fumées causant sur le territoire ou au territoire d'un autre État ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent des dommages importants établis de façon claire et convaincante »<sup>45</sup>. Il convient toutefois de noter que l'inexécution de ces obligations ne pose pas automatiquement la question de la « responsabilité » des États. Pour engager la responsabilité de l'État, le manquement à une obligation doit être constitutif d'une violation de cette obligation. Aux termes de l'article premier des articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : « Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale. » Et aux termes de l'article 2 : « Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'État. » Pour établir qu'une obligation a été violée, il faut d'abord identifier clairement l'État qui a commis le fait illicite et l'État qui en subi les effets. Dans le contexte de la pollution atmosphérique transfrontière, il est possible de prouver, par voie de causalité, l'origine de la pollution (la source du dommage) et la victime du dommage. Tant que le dommage ou le risque n'est pas prouvé, la question de la responsabilité ne peut être soulevée<sup>46</sup>.

17. À la différence de la pollution atmosphérique transfrontière, il est difficile, pour ne pas dire impossible, dans le contexte de la dégradation atmosphérique mondiale et notamment des changements climatiques, de déterminer quels États sont responsables de ce qui cause les dommages allégués. Dans le cas de la dégradation de l'atmosphère, certains auteurs parlent de « responsabilité collective » (des États industriels développés ou des grands pays émetteurs), mais cette notion n'est pas encore établie dans le droit international et la pratique internationale. La notion de « responsabilités » (au pluriel) dans « responsabilités communes mais différenciées » peut renvoyer à une certaine « charge » que les États développés devraient assumer, mais il ne s'agit pas de la « responsabilité » (au singulier) au sens de « responsabilité des États ».

18. Nous rappellerons à ce stade que les travaux de la Commission sur ce sujet visent à établir un cadre de coopération pour la protection de l'atmosphère plutôt qu'à instaurer un régime d'imputation et de condamnation. La coopération internationale est au cœur du projet actuel<sup>47</sup>. De ce point de vue, il est peut-être préférable de remédier aux manquements aux obligations autrement qu'en sanctionnant l'État en cause. De fait, faciliter le respect des normes en aidant les États défaillants servirait sans doute mieux l'objectif du présent projet de directives sur la protection de l'atmosphère (voir section III).

<sup>45</sup> Voir premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/667), par. 43 ; *Recueil des sentences arbitrales internationales*, vol. III, publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.2, sentence de 1941, p. 1965.

<sup>46</sup> Phoebe Okowa, « Responsibility for environmental damage », in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong et Panos Merkouris (dir.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 312 ; voir également Phoebe N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 171 à 202.

<sup>47</sup> Voir deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/681), section VI.

## C. Application extraterritoriale du droit interne

19. Il est de plus en plus fréquent que les États-nations revendiquent leur compétence à l'égard d'activités se produisant hors de leur territoire et exercent un contrôle sur ces activités. L'application extraterritoriale du droit interne peut être autorisée dans certaines circonstances, lorsque des motifs juridiques légitimes le justifient<sup>48</sup>. Parfois cependant, elle peut être source de tensions politiques et d'insécurité juridique, car les règles de compétence en droit international ne permettent pas toujours de bien trancher les conflits de compétence. Dans la présente section, nous examinerons en détail les principes de compétence et les mécanismes par lesquels les États peuvent faire preuve de modération dans l'exercice de leur compétence en droit international. Dans le domaine du droit antitrust, où la question de l'extraterritorialité se pose très fréquemment, la tendance semble être de privilégier la « courtoisie » et la coopération internationale afin d'éviter les affrontements entre États<sup>49</sup>. Cet élément devrait éclairer utilement le présent débat sur la question de l'application extraterritoriale du droit interne de l'environnement relatif à la protection de l'atmosphère.

### Affaire *Gasoline* (Organisation mondiale du commerce)

20. S'agissant du commerce et de l'environnement dans le cadre du GATT, on sait que le Groupe spécial a déclaré dans les affaires *Thon-dauphin* (GATT, 1991 et 1994), se référant à la loi des États-Unis sur la protection des mammifères marins, qui avait été appliquée pour protéger les dauphins hors du territoire des États-Unis, que l'application d'une loi interne par les États-Unis « hors de la sphère de leur compétence » était « incompatible avec l'article XX du GATT »<sup>50</sup>. Dans le même

<sup>48</sup> Quatre principes peuvent être invoqués pour revendiquer la compétence extraterritoriale : le principe de territorialité objective, le principe de personnalité passive, le principe de protection et le principe d'universalité. L'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *du « Lotus »* est considéré en partie comme un précédent confirmant le principe de la territorialité objective (*C.P.J.I., Recueil des arrêts*, série A, n° 10, 1927, p. 19), également très pertinent dans le contexte du droit antitrust. Voir Shinya Murase, « Unilateral measures and the concept of opposability in international law », in Kalliopi Koufa (dir.), *Thesaurus Acroasium*, Athènes, Sakkoulas, 1999, p. 397 à 454, reproduit dans S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (voir *supra* note 43), p. 247 et 248.

<sup>49</sup> L'arrêt *ALCOA (United States v. Aluminum Co. of America)*, cour fédérale d'appel du deuxième circuit, 1945, 148 F. 2<sup>nd</sup> 416, 443 illustre parfaitement la théorie dite « des effets » dans le domaine du droit antitrust, qui peut être considérée comme une modification du principe de la territorialité objective. Pour l'essentiel, la cour a jugé qu'un État pouvait exercer sa compétence dès lors qu'il y avait des effets sur son territoire, que l'effet ou l'effet escompté était important et que l'exercice de la compétence extraterritoriale était raisonnable (American Law Institute, *Restatement of the Law, Third: Foreign Relations of the United States*, vol. 2, sect. 905, p. 380 et suivants). Le lien territorial étant totalement absent de cette doctrine, cette dernière a été fortement critiquée en dehors des États-Unis, ce qui a par la suite entraîné une certaine inflexion de la jurisprudence des juridictions américaines. Les décisions rendues dans les affaires *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America N.T. & S.A.* (549 F. 2<sup>nd</sup> 597, 9<sup>th</sup> Cir., 1976 ; 574 F. Supp. 1453, N.D. Cal. 1983) et *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, (595 F. 2<sup>nd</sup> 1287, 3<sup>rd</sup> Cir. 1979) sont des exemples notables où les tribunaux des États-Unis, appliquant le critère de l'exercice raisonnable, ont fait preuve de retenue. L'accent est clairement mis sur l'intérêt bien compris et la courtoisie qui découlent des principes de la non-ingérence et de la réciprocité (Karl M. Meessen, « Anti-trust law, international » in R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North Holland, 1992, p. 183 à 191 ; Jürgen Basedow, « Antitrust or competition law, international », in R. Wolfrum (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 450 à 458).

<sup>50</sup> GATT, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS21/R, 3 septembre 1991 (Thon-I, non adopté), par. 5.27 à 5.29 ; GATT, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R, 16 juin 1994 (Thon-II, non adopté), par. 5.32.

ordre d'idées, dans l'affaire *Gasoline*<sup>51</sup> qui portait sur les mesures prises par les États-Unis impliquant une application extraterritoriale de la loi sur la propreté de l'air et de la réglementation correspondante, l'Organe d'appel a considéré que les États-Unis auraient dû négocier en vue de parvenir à un règlement à l'amiable du différend : « on peut faire référence à un certain nombre de précédents que les États-Unis (et d'autres pays) ont jugé prudent d'utiliser pour aider à surmonter les problèmes rencontrés par les organismes chargés de faire exécuter la loi, résultant du fait que la législation pertinente et le pouvoir d'exécution de l'organisme en question sont sans effet au-delà des frontières nationales. Au cours de l'audience, il a été souligné qu'outre la législation antidumping à laquelle le Groupe spécial a fait référence dans le passage cité ci-dessus, il existait aux États-Unis d'autres textes réglementaires de ce type, par exemple dans le domaine du droit antitrust, du droit applicable aux bourses des valeurs et du droit fiscal »<sup>52</sup>.

### **Affaire de l'*Air Transport Association* (Cour de justice de l'Union européenne)**

21. Dans l'arrêt rendu le 21 décembre 2011 dans l'affaire *Air Transport Association of America et al. v. Secretary of State for Energy and Climate Change et al.*, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé la validité de la directive 2008/101/EC tendant à intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission à effet de serre<sup>53</sup>. L'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2012, de cette directive, applicable aux vols des compagnies aériennes des pays membres de l'Union européenne mais aussi des pays tiers pénétrant dans l'espace aérien européen ou le quittant, a conduit à une application extraterritoriale d'une norme européenne et donné lieu à des tensions internationales. Bien qu'elle ait jugé le système communautaire d'échange de quotas d'émissions à effet de serre entre compagnies aériennes compatible avec le droit international et les accords aériens, la Cour a estimé que la directive susmentionnée pouvait être attaquée devant d'autres instances, comme l'Organe de règlement des différends de l'OMC, pour violation du droit international<sup>54</sup>. 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 aux vols en provenance ou à destination de pays non européens [décision n° 377/2013/UE et règlement (UE) n° 421/2014]<sup>55</sup> 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)<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/R, 20 mai 1996.

<sup>52</sup> Ibid., voir note 52 du rapport de l'Organe d'appel.

<sup>53</sup> Arrêt de la Cour (Grande Chambre), 21 décembre 2011, affaire n° 366/10, *European Court Reports 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 ; Lorand Bartels, « The WTO legality of the application of the EU emissions trading system to aviation », *European Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2012, p. 429 à 467 ; Alejandro Piera Valdes, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation : Legal and Policy Analysis*, La Haye, Eleven International Publishing, 2015.

<sup>54</sup> Voir quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/705 et Corr. 1), par. 30.

<sup>55</sup> L'Union européenne a ainsi limité l'application de ses directives aux vols effectués dans l'espace économique européen. Voir : [https://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation\\_fr](https://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation_fr).

<sup>56</sup> Tanveer Ahmad, « Environmental law: emissions », in Paul S. Dempsey et Ram S. Jakhu (dir.), *Routledge Handbook of Aviation Law*, Londres, Routledge, 2017, p. 195 à 251.

### La loi singapourienne sur la brume sèche de pollution transfrontière (2014)

22. Il arrive qu'un État ait recours à l'application extraterritoriale de son droit interne lorsqu'il considère que le traité applicable ne permettra pas d'atteindre l'objectif déclaré de manière suffisamment efficace<sup>57</sup>. Par exemple, malgré le mécanisme de coopération dont il portait création, une réalisation majeure, l'accord sur la brume sèche de pollution transfrontière adopté en 2003 par l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) ne comportait pas de dispositions réglementaires suffisantes pour empêcher la formation de brume sèche de pollution dans la région. Cet accord a pour but de promouvoir la coopération entre les États membres de l'ASEAN afin de prévenir et de surveiller la formation de brume sèche de pollution due aux feux de sols ou de forêts (article 2)<sup>58</sup>. Plusieurs lacunes ont néanmoins été soulignées<sup>59</sup>.

23. Lors de la promulgation de la loi sur la brume sèche de pollution transfrontière en 2014, Singapour a déclaré que ce texte viendrait compléter les mesures prises par d'autres États pour lutter contre cette forme de pollution, y compris l'accord de l'ASEAN. Vivian Balakrishnan, alors Ministre singapourienne de l'environnement et des ressources aquatiques, a expliqué devant le Parlement que la loi érigeait en infraction le fait pour toute entité – singapourienne ou non – de causer ou de contribuer à causer l'apparition d'une brume sèche de pollution transfrontière à Singapour. Elle a ajouté que le but n'était pas de remplacer les lois et les mesures de contrainte adoptées par d'autres pays mais de compléter les efforts faits par les autres pays pour que les entreprises rendent compte de leurs actes<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Voir S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (voir *supra*, note 43), p. 53 à 73. L'accord de l'ASEAN est entré en vigueur le 25 novembre 2003 (<http://haze.asean.org/status-of-ratification>). À ce jour, tous les États membres de l'ASEAN en sont parties depuis que l'Indonésie l'a ratifié le 14 octobre 2014. Il n'est sans doute pas nécessaire de recourir à l'application extraterritoriale du droit interne, puisque le même objectif peut être atteint par l'application de la Convention, solution jugée normalement préférable. Toutefois, si les mesures envisagées par la loi débordent le champ de l'Accord, cette portion excédante pourra être considérée comme opposable ou non, selon la légitimité et l'effectivité des mesures en question. Voir Murase, « Unilateral Measures » (voir *supra*, note 48). Nous tenons à remercier Zhang Maoli, doctorante à l'Université de Beijing, qui a rédigé une bonne part de la présente section.

<sup>58</sup> Voir également article 4 sur les obligations générales. Voir également Shawkat Alam et Laely Nurhidayah, « The international law on transboundary haze pollution : what can we learn from the Southeast Asia region ? », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 26, 2017, p. 243 à 254.

<sup>59</sup> Les lacunes signalées par une partie de la doctrine sont les suivantes : premièrement, l'accord ne comporte pas de mécanisme d'exécution en cas de non-respect des dispositions ; deuxièmement, il ne s'attaque pas aux causes profondes des feux de forêt et de la brume sèche de pollution ; troisièmement, il n'interdit pas certains types de comportement ou ne comporte pas de clause d'obligation précise ; quatrièmement, la mise en œuvre, le contrôle du respect des dispositions et les mesures de contrainte reviennent aux États membres ; cinquièmement, le mécanisme de suivi permettant de mesurer le respect des dispositions est faible. Voir Laely Nurhidayah, Zasa Lipman et Shawkat Alam, « Regional environmental governance: an evaluation of the ASEAN legal framework for addressing transboundary haze pollution », *Australian Journal of Asian Law*, vol. 15, n° 1, 2014, p. 1 à 17.

<sup>60</sup> On notera que Vivian Balakrishnan a expliqué que, les entreprises étant très fortement poussées par la conjoncture économique actuelle à adopter les méthodes de défrichage les moins onéreuses pour leurs plantations, Singapour avait dû faire le nécessaire pour donner l'avantage à celles qui se comportaient correctement et de manière responsable, et dissuader celles qui se comportaient mal et de manière irresponsable. Elle a ajouté que le pays devait empêcher les entreprises de fermer les yeux sur les conséquences de leurs actes pour l'environnement et la santé, et que sa législation relative à la brume sèche de pollution transfrontière viendrait s'ajouter à la liste des mesures de dissuasion en lui permettant de poursuivre ces entreprises pour leur comportement irresponsable et était une manière de faire savoir que de tels comportements ne seraient plus tolérés. (Parliament of Singapore, *Official Reports*, n° 12, session 2, 4 août 2014, par. 5 et 6). Consultable à l'adresse :

24. La loi singapourienne a pour but de réguler la conduite des entités, des entreprises et des particuliers qui causent ou contribuent à causer une telle brume à Singapour en mettant en jeu la responsabilité civile et pénale des pollueurs<sup>61</sup>. L'accord de l'ASEAN et cette loi visent tous deux les fumées provenant des feux de sols et des feux de forêts<sup>62</sup>, même si le libellé de la loi singapourienne à cet égard est légèrement différent (fait d'allumer des feux à l'air libre aux fins ou à l'occasion d'une exploitation agricole ou forestière et de laisser ces feux sans surveillance)<sup>63</sup>. Il y a également des différences dans les mesures prescrites par l'accord et par la loi. L'accord de l'ASEAN impose la mise à feu contrôlée et l'application de politiques « zéro feu » pour empêcher la formation d'une brume sèche de pollution<sup>64</sup>, exigeant des mesures effectives de mise en commun de l'information<sup>65</sup>, d'évaluation<sup>66</sup>, d'éducation et de sensibilisation<sup>67</sup>, le respect de procédures normalisées<sup>68</sup> et des activités de coopération technique<sup>69</sup>. En outre, pour les situations d'urgence, il prévoit la création d'un dispositif d'intervention conjointe qui permet de demander, d'assurer et d'accepter l'assistance nécessaire<sup>70</sup>. En revanche, outre la notification de mesures préventives délivrée par le Directeur général, la loi singapourienne prévoit des mesures de sanction telles que des amendes<sup>71</sup>, des peines de prison<sup>72</sup>, la délivrance de

[www.mewr.gov.sg/news/opening-speech-by-dr-vivian-balakrishnan--minister-for-the-environment-and-water-resources--for-the-second-reading-of-the-transboundary-haze-pollution-bill](http://www.mewr.gov.sg/news/opening-speech-by-dr-vivian-balakrishnan--minister-for-the-environment-and-water-resources--for-the-second-reading-of-the-transboundary-haze-pollution-bill).

- <sup>61</sup> Voir articles 5 (incrimination pénale) et 6 (responsabilité civile) du titre II (responsabilité à raison de la brume sèche de pollution transfrontière) de la loi. Aux termes de l'article 9 du titre III (administration) de la loi, le Directeur général peut, s'il le juge nécessaire ou utile à la prévention, à la réduction ou à la maîtrise de la brume sèche de pollution à Singapour, exiger par une notification à cet effet la prise de mesures de prévention de toute entité qui, à son avis, participe directement ou indirectement à tout comportement causant ou contribuant à causer, ou susceptible de causer ou de contribuer à causer toute brume sèche de pollution à Singapour.
- <sup>62</sup> Accord de l'ASEAN, titre I (dispositions générales), article premier (emploi des termes), par. 6 : « Brume sèche de pollution » s'entend des fumées résultant des feux de sols ou de forêts qui ont une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement. « Feux de sols ou de forêts » s'entend des feux tels que les feux de houille, feux de tourbières et feux de plantation (ibid., par. 7).
- <sup>63</sup> Loi singapourienne, titre I (questions préliminaires), article 2 (interprétation) : le fait de causer ou de contribuer à causer toute brume sèche de pollution à Singapour inclut le fait d'allumer des feux à l'air libre aux fins ou à l'occasion d'une exploitation agricole ou forestière et de laisser ces feux sans surveillance.
- <sup>64</sup> Accord de l'ASEAN, titre I (dispositions générales), article premier (emploi des termes), par. 3 : « Mise à feu contrôlée » s'entend de tout feu, toute combustion ou toute consommation qui se produit à l'air libre, est régie par la législation, la réglementation ou des directives nationales, et ne provoque ni incendies ni la formation de brume sèche de pollution transfrontière. « Politique zéro feu » désigne une politique interdisant le brûlage à l'air libre mais autorisant certaines formes de mise à feu contrôlée (ibid., par. 14).
- <sup>65</sup> Accord de l'ASEAN, titre II (surveillance, évaluation, prévention et intervention), art. 5, 6 et 7.
- <sup>66</sup> Ibid., art. 8 (évaluation).
- <sup>67</sup> Ibid., art. 9 (prévention).
- <sup>68</sup> Ibid., art. 10 (préparation).
- <sup>69</sup> Ibid., titre III (coopération technique et recherche scientifique). Ce titre prévoit que les parties veillent à disposer à tout moment d'une liste de spécialistes venant de la région de l'ASEAN et d'ailleurs aux fins de la formation et du lancement de campagnes d'éducation et de sensibilisation, d'une liste du matériel et d'installations techniques.
- <sup>70</sup> Ibid., titre II (surveillance, évaluation, prévention et intervention), art. 11 à 15.
- <sup>71</sup> Loi singapourienne, titre III (administration), article 9 (demandes de mesures de prévention tendant à prévenir, réduire ou maîtriser la formation de brume sèche de pollution).
- <sup>72</sup> Ibid., titre III (administration), article 10 (pouvoir d'obtenir des informations) et article 14 (peines encourues en cas d'entrave à l'action du Directeur général ou des fonctionnaires habilités).

mandats de comparution<sup>73</sup> et celle de mandats d'arrêt<sup>74</sup>, afin de garantir sa stricte application.

25. Il importe de noter que, si l'accord de l'ASEAN impose à chaque État partie de prendre des mesures sur son territoire, la loi singapourienne vise l'apparition de brume sèche de pollution à Singapour, précisant que la pollution de l'environnement singapourien inclut tout épisode de dégradation de la qualité de l'air provoqué par la fumée provenant de tout feu de sol ou de forêt survenu totalement en dehors de Singapour<sup>75</sup>. On relèvera aussi que, en ce qui concerne le lien de causalité entre un incendie et la brume sèche de pollution apparue à Singapour, la loi singapourienne n'exige pas la preuve d'un lien strict et se contente d'une présomption. Ainsi, lorsqu'une brume sèche de pollution apparaît à Singapour, qu'au même moment ou à une date voisine, un feu de sol ou de forêt se produit en dehors de Singapour, et qu'il est avéré que la fumée en résultant se déplace vers Singapour, il est présumé que la brume sèche de pollution est causée par cette fumée<sup>76</sup>.

26. Par ailleurs, l'accord de l'ASEAN et la loi singapourienne diffèrent quant à la définition et à la portée géographique de la brume sèche de pollution. Dans l'accord, le terme « brume sèche de pollution » désigne les fumées résultant des feux de sols ou de forêts qui ont une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement<sup>77</sup>. L'expression « brume sèche de pollution transfrontière » s'entend de la brume sèche de pollution dont l'origine physique se situe en tout ou en partie dans une zone relevant de la compétence d'un État membre et qui est transportée dans une zone relevant de la compétence d'un autre État membre<sup>78</sup>. Chaque État membre a l'obligation de prévenir la pollution transfrontière sur le territoire relevant de sa compétence. Dans le cadre de la loi singapourienne, la brume sèche de pollution est déterminée par l'indice de qualité de l'air. Le terme « brume sèche de pollution à Singapour » y est défini comme la pollution de l'environnement singapourien, y compris tout épisode de dégradation de la qualité de l'air provoqué par la fumée provenant de tout feu de sol ou de forêt survenu totalement en dehors de Singapour<sup>79</sup>. Il y a épisode de dégradation de la qualité de l'air lorsque : a) l'indice de qualité de l'air sur toute partie de Singapour atteint l'indice prescrit ou un indice supérieur ; b) durant les 24 heures suivantes ou plus, l'indice de qualité de l'air pour une même partie ou toute autre partie de Singapour demeure au niveau prescrit ou à un niveau supérieur, ou atteint pareils niveaux<sup>80</sup>. L'objectif déclaré de cette loi étant d'envoyer un message dissuasif fort et d'obliger les entreprises à répondre de leurs actes, il est prévu que le texte s'applique à tout comportement ou toute chose survenant en dehors de Singapour qui cause ou contribue à causer l'apparition d'une brume sèche de pollution à Singapour, justifiant ainsi son application extraterritoriale<sup>81</sup>.

<sup>73</sup> Ibid., titre III (administration), article 11 (pouvoir d'instruction).

<sup>74</sup> Ibid., titre IV (dispositions diverses), article 17 (citation à comparaître).

<sup>75</sup> Ibid., art. 2.

<sup>76</sup> Ibid., titre II (surveillance, évaluation, prévention et intervention), article 8 (présomptions).

<sup>77</sup> Accord de l'ASEAN, titre I (dispositions générales), article premier (emploi des termes), par. 6 : « Brume sèche de pollution » s'entend des fumées résultant des feux de sols ou de forêts qui ont une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement.

<sup>78</sup> Ibid., par. 13.

<sup>79</sup> Loi singapourienne, titre I (dispositions préliminaires), article 2 (interprétation).

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> Ibid., titre I (dispositions préliminaires), article 4 (application extraterritoriale).

27. La Ministre singapourienne de l'environnement et des ressources aquatiques a expliqué à l'époque devant le Parlement que, comme le pays cherchait à lutter contre la brume sèche de pollution transfrontière, force était de donner application extraterritoriale à la loi pour qu'elle soit efficace, ajoutant que l'exercice de la compétence extraterritoriale en vertu de cette loi était conforme au droit international, notamment au *principe de la territorialité objective*<sup>82</sup>. La loi singapourienne permet à l'agence nationale de l'environnement de poursuivre les entreprises et personnes physiques étrangères qui causent une grave pollution de l'air à Singapour en étendant d'une façon (potentiellement) très intrusive sa compétence au-delà du territoire de Singapour.

28. Il semble que, lors de la promulgation de la loi singapourienne, l'Indonésie ne se soit pas opposée, du moins publiquement, à son application extraterritoriale par Singapour. En effet, sous réserve que la souveraineté de l'Indonésie soit respectée, le Président de l'Indonésie, Joko Widodo, aurait exprimé son appui à la loi<sup>83</sup>. Toutefois, le problème s'est posé de manière patente lors du grave épisode de pollution que Singapour a connu en 2015. En septembre et octobre de cette année-là, par des notifications de mesures de prévention adressées en application de l'article 9 de la loi singapourienne, six entreprises établies en Indonésie ont été priées : a) de déployer du personnel pour éteindre tout incendie s'étant déclaré sur les terres détenues ou occupées par elles ou en empêcher la propagation ; b) de cesser les activités de brûlage qu'elles pourraient avoir sur ces terres ou de ne pas en entreprendre ; c) de présenter à l'agence singapourienne de l'environnement tout plan d'action permettant d'éteindre les incendies se produisant sur ces terres ou d'empêcher qu'ils ne se reproduisent<sup>84</sup>. La coopération a toutefois été difficile à obtenir. D'après les informations fournies par le Gouvernement singapourien en avril 2016, seules deux sociétés avaient répondu à cette date. Le 11 mai 2016, l'agence a obtenu d'un tribunal qu'il délivre un mandat afin de contraindre à se présenter devant elle le directeur (dont le nom n'avait pas été communiqué) d'une des quatre autres entreprises, qui ne l'avait pas fait lorsqu'il se trouvait dans le pays. Cette mesure a suscité une vive réaction de l'Indonésie, qui a élevé une protestation diplomatique le 12 mai 2016<sup>85</sup>.

29. Pour apprécier la situation du point de vue juridique, on tiendra compte du fait que, depuis 2005, Singapour offre chaque année à l'Indonésie tout un programme d'aide à la lutte contre la brume sèche destiné à l'aider à gérer activement les incendies. En 2015, le pays y a envoyé un hélicoptère Chinook équipé du matériel nécessaire pour combattre les feux du 10 au 24 octobre. Il a également fourni à l'Indonésie des images satellite à haute résolution des feux détectés et d'autres renseignements pour l'aider à lutter contre les incendies<sup>86</sup>.

30. Ainsi, les États font une application extraterritoriale de leur droit interne en matière d'environnement lorsqu'il s'agit de combler les lacunes des traités applicables. En droit international, une telle application extraterritoriale n'est considérée ni entièrement licite ni entièrement illicite. Elle pourrait être considérée comme opposable à l'État (l'Indonésie) auquel le droit interne (de Singapour) est appliqué de manière extraterritoriale. La notion d'opposabilité a été employée par la Cour internationale de Justice dans plusieurs de ses arrêts, lorsque le droit applicable

<sup>82</sup> Voir *supra*, note 60 (les italiques sont de nous).

<sup>83</sup> Ryan Nicholas Hong, « Singapore's Transboundary Haze Pollution Act and the shield of sovereignty in South East Asia », *Singapore Law Review*, vol. 34, 2016, p. 105 et 106.

<sup>84</sup> Fiche d'information publiée par l'agence singapourienne de l'environnement : <http://www.nea.gov.sg/docs/default-source/corporate/COS-2016/ep1--updated---cos-2016-media-factsheet---thpa-and-green-procurement.pdf>. Voir également <http://www.straitstimes.com/asia/se-asia/app-affirms-no-deforestation-pledge-amid-scepticism>.

<sup>85</sup> Hong, « Singapore's Transboundary Haze Pollution Act » (voir *supra*, note 83), p. 117 et 118.

<sup>86</sup> Voir la fiche d'information de l'Agence (note 84 *supra*).

est insuffisant ou est en cours d'évolution, les effets juridiques étant provisoires et limités aux parties concernées<sup>87</sup>.

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

#### **Projet de directive 10 : Mise en œuvre**

1. **Les États sont tenus de mettre en œuvre dans leur droit interne les obligations énoncées dans le présent projet de directives sur la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. La mise en œuvre dans l'ordre interne s'accomplit par les voies législative, administrative et judiciaire.**

2. **Le manquement à une obligation constitutif d'une violation engage la responsabilité de l'État en droit international si l'acte ou l'omission est imputable à cet État et que le dommage ou le risque est établi de façon claire et convaincante.**

3. **Les États devraient également mettre en œuvre de bonne foi les recommandations formulées dans le présent projet de directives.**

4. **L'application extraterritoriale de son droit interne par un État peut être autorisée lorsqu'elle est solidement fondée en droit international. Elle devrait être exercée avec soin, en tenant compte de la courtoisie entre les États concernés. Elle ne devrait en aucune circonstance être exercée par la contrainte.**

### **III. Contrôle du respect**

32. La notion de respect ne recouvre pas seulement la « conformité du comportement avec les règles juridiques, » et varie notablement selon la théorie du droit international dont elle découle<sup>88</sup>. Comme indiqué plus haut (par. 10), alors que le terme de « mise en œuvre » désigne les mesures que l'État prend pour donner effet aux dispositions du traité dans son ordre juridique interne, le terme de « respect » renvoie aux mécanismes ou procédures institués au niveau du droit international pour déterminer si les États respectent bien les dispositions conventionnelles et les mesures de mise en œuvre prises<sup>89</sup>. Les accords environnementaux multilatéraux relatifs à la protection de l'atmosphère prévoient couramment des « mécanismes et des procédures à appliquer en cas de non-respect des obligations ». Dans la présente section, nous nous proposons d'en examiner la portée en passant en revue leurs modalités<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Murase, « Unilateral Measures » (voir *supra*, note 48).

<sup>88</sup> Edith Brown Weiss (dir.), *International Compliance with Nonbinding Accords*, Studies in Transnational Legal Policy, no 29, Washington, American Society of International Law, 1997. Voir : « Introduction », *ibid.*, p. 1 à 20 ; et Benedict Kingsbury, « The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law », *ibid.*, p. 49 à 80. Nous tenons à exprimer notre profonde gratitude à Osamu Yoshida et à Masayuki Hiromi pour leur contribution à cette section du présent rapport.

<sup>89</sup> Edith Brown Weiss et Harold Jacobson (dir.), *Engaging* (voir *supra*, note 37), « A framework for analysis », p. 4.

<sup>90</sup> Voir en général : S. Murase, *International Law : An Integrative Perspective* (voir *supra*, note 43), p. 115 et 116, 173 et 174 ; Jan Klabbers, « Compliance procedures », in Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey (dir.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 996 à 1009 ; Gerhard Loibl, « Compliance procedures and mechanisms » in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong et Panos Merkouris (dir.), *Research Handbook of International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 426 à 449 ; Ph. Sands et J. Peel, *Principles of International Environmental Law* (voir *supra*, note 35), p. 163 à 167.

## A. Violation ou non-respect

33. En matière d'obligations internationales, il y a une différence fondamentale entre « violation » et « non-respect ». Une « violation » du droit international par un État engage sa responsabilité internationale<sup>91</sup> et peut donner lieu soit au recours à des procédures de règlement des différends soit, dans certaines circonstances, à l'emploi de contre-mesures<sup>92</sup>. La conception objective de la notion de « violation » du droit international sur laquelle est fondée la responsabilité des États<sup>93</sup> ne permet pas de prendre en compte les motifs subjectifs d'une telle violation<sup>94</sup>, lesquels peuvent pourtant, dans certains cas, constituer des circonstances excluant l'illicéité ou des circonstances atténuantes. En revanche, le concept de « non-respect » vise à parvenir à une solution à l'amiable. À la base de la notion de respect, se trouve l'idée que le manquement par un État à ses obligations internationales peut tenir non pas à un manque de volonté de sa part mais à son incapacité de faire face à la situation pour des raisons diverses (techniques ou financières, notamment)<sup>95</sup>. Dans ce cas, il s'agit d'« aider » l'État défaillant à revenir à une situation de conformité et non nécessairement de dénoncer le non-respect de ses obligations<sup>96</sup>. L'objectif principal est d'encourager les États, dans un cadre multilatéral, à s'acquitter de leurs obligations et, en cas de manquement, de fournir une solution « plus souple » que les procédures classiques de règlement des différends axées sur la reconnaissance de la responsabilité de l'État et l'obligation de réparation. La notion de « respect » dérive notamment du principe de la coopération entre États<sup>97</sup> énoncé dans le projet de directive 8<sup>98</sup>.

34. Les accords environnementaux multilatéraux relatifs à la protection de l'atmosphère prévoient généralement des procédures applicables en cas de non-respect de leurs dispositions. C'est notamment le cas de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et de ses protocoles ultérieurs<sup>99</sup>, du

<sup>91</sup> James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 77, par. 1.

<sup>92</sup> Martti Koskenniemi, « Breach of treaty or non-compliance ? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3, 1992, p. 125.

<sup>93</sup> Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (voir *supra*, note 91), p. 84, par. 10.

<sup>94</sup> Koskenniemi, « Breach of treaty or non-compliance ? » (voir *supra*, note 92), p. 126. Le terme de « violation » comporte un élément culpabilisant de condamnation (ibid., p. 145).

<sup>95</sup> Abram Chayes et Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 10 ; Malgosia Fitzmaurice, « Environmental compliance control », in Rüdiger Wolfrum (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. III, p. 541 et 542, par. 2.

<sup>96</sup> M. Fitzmaurice et C. Redgwell, « Environmental non-compliance procedures and international law », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXI, 2000, p. 39 ; O. Yoshida, *The International Legal Regime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, La Haye, Kluwer International, 2001, p. 178 et 179.

<sup>97</sup> M. Koskenniemi, « Breach of treaty or non-compliance ? » (voir *supra* note 92), p. 127.

<sup>98</sup> Voir annexe. Voir également deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/681), p. 36 à 47, par. 60 à 77.

<sup>99</sup> Voir Tuomas Kuokkanen, « The Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution », in Geir Ulfstein (dir.), *Making Treaties Work : Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 161 à 178 ; Tuomas Kuokkanen, « Practice of the Implementation Committee under the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution », in Ulrich Beyerlin, Peter-Tobias Stoll et Rüdiger Wolfrum (dir.), *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements : A Dialogue between Practitioners and Academia*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 39 à 51 ; Enrico Milano, « Procedures and mechanisms for review of compliance under the 1979 Long-Range Transboundary Air Pollution Conventions and its Protocols », in Tullio Treves *et al.* (dir.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the*

Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone<sup>100</sup>, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Convention d'Espoo)<sup>101</sup>, du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques<sup>102</sup>, et de l'Accord de Paris conclu au titre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques<sup>103</sup>.

## B. Types de mécanismes applicables en cas de non-respect

35. Dans la pratique des accords environnementaux multilatéraux relatifs à la protection de l'atmosphère, on rencontre *grosso modo* deux grandes approches du non-respect des dispositions : l'une cherche à aider et à promouvoir, l'autre à imposer et à sanctionner. Ces deux attitudes sont parfois associées afin de se compléter l'une l'autre. Toutefois, elles relèvent de philosophies radicalement différentes. En effet, si l'approche facilitatrice met l'accent sur l'aide à apporter à la partie défaillante, l'approche coercitive suppose que le respect de l'accord ne peut être obtenu qu'en sanctionnant l'État qui n'a pas respecté ses engagements<sup>104</sup>.

### 1. Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone

36. Le modèle le plus important de procédure applicable en cas de non-respect des dispositions est celui qui a été institué en vertu de l'article 8 du Protocole de Montréal. Conformément à cette disposition, la quatrième réunion des Parties qui s'est tenue en 1992 a créé le Comité d'application et adopté une procédure applicable en cas de non-respect<sup>105</sup>. Il a été convenu en particulier que la procédure serait « axée sur la coopération, la non-confrontation et la conciliation »<sup>106</sup>. Ainsi, la liste indicative des mesures à la disposition de la réunion des Parties en cas de non-respect, adoptée lors

*Effectiveness of International Environmental Agreements*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2009, p. 169 à 180. Voir également Adam Byrne, « Trouble in the air: recent developments under the 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 26, 2017, p. 210 à 219.

<sup>100</sup> *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1522, n° 26369, p. 3, et [UNEP/OzL.Pro.4/15](#).

<sup>101</sup> *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1989, n° 34028, p. 309. L'appendice V (analyse a posteriori) de la Convention a notamment pour objet de « vérifier si les conditions énoncées dans les textes autorisant ou approuvant l'activité sont bien respectées et si les mesures correctives sont efficaces ». Voir aussi décision 1997/2 (ECE/EB. AIR/53, annexe III).

<sup>102</sup> *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 2303, n° 30822, p. 162, et décision 24/CP.7 (FCCC/CP/2001/13/Add.3).

<sup>103</sup> [FCCC/CP/2015/10/Add.1](#), annexe.

<sup>104</sup> Voir Jacob Werksman, « Compliance and the Kyoto Protocol : building a backbone into a "flexible" regime », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 8, n° 1, 1998, p. 48 à 101. Cette distinction n'est pas sans rappeler le débat philosophique sur la nature humaine qui, dans la Chine antique, a opposé Mencius (372-289 av. J.-C.), pour qui l'être humain était fondamentalement « bon », à Xun Zi (313-238 av. J.-C.), pour qui il était fondamentalement « mauvais ». En droit international, les États sont en général considérés comme « mauvais » en ce sens que l'on pense qu'ils ne respecteraient pas le droit international s'ils n'y étaient pas contraints par la menace de sanctions, c'est-à-dire, en vertu du droit de la responsabilité, des réparations et des sanctions. Au contraire, en droit international de l'environnement, les États sont considérés comme « bons » dès lors qu'ils sont parties à un accord environnemental multilatéral où la préférence est donnée à l'« aide » plutôt qu'à la « sanction » en cas de non-respect.

<sup>105</sup> Décision IV/5, [UNEP/OzL.Pro.4/15](#), par. 56, et annexe IV, par 5. Sur la phase de négociation de la procédure applicable en cas de non-respect du Protocole de Montréal, voir Yoshida, *The International Legal Regime*, (voir *supra*, note 96), p. 177 à 180.

<sup>106</sup> Francesca Romanin Jacur, « The non-compliance procedure of the 1987 Montreal Protocol to the 1985 Vienna Convention on Substances that Deplete the Ozone Layer », in Tullio Treves *et al.* (dir.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2009, p. 15.

de la quatrième réunion des Parties dans sa décision IV/5, comprend « a) une assistance appropriée, notamment pour la collecte et la communication des données, l'assistance technique, le transfert de technologie et l'assistance financière, le transfert de renseignements et la formation »<sup>107</sup>. Dans certains cas cependant, lorsque la violation de l'accord est imputable à la mauvaise volonté de la Partie, la procédure se rapproche des mécanismes classiques de règlement des différends permettant de constater le manquement et d'adopter des sanctions, notamment : « b) des mises en garde » et « c) la suspension ». Ces mesures de sanction peuvent être prises « conformément aux dispositions du droit international applicables à la suspension de l'application des traités, de droits et de privilèges spécifiques découlant du Protocole [...] notamment ceux concernant la rationalisation industrielle, la production, la consommation, les échanges, le transfert de technologie, les mécanismes de financement et les arrangements institutionnels ». Néanmoins, cette procédure met globalement l'accent sur l'assistance. Le modèle institué dans le cadre du Protocole de Montréal a exercé une grande influence sur les accords environnementaux multilatéraux ultérieurs, ainsi que sur un certain nombre d'accords antérieurs qui, à sa suite, ont été assortis de procédures applicables en cas de non-respect de leurs dispositions<sup>108</sup>. On considère généralement que la pratique de la procédure applicable en cas de non-respect des dispositions du Protocole de Montréal s'est révélée très efficace pour faciliter son respect<sup>109</sup>.

37. Jusqu'à présent, si l'on excepte le cas de la Fédération de Russie, la prise de mesures sanctionnant le non-respect de leurs obligations par des parties non visées à l'article 5 (situation particulière des pays en développement) est rare.<sup>110</sup> À l'égard des

<sup>107</sup> UNEP/OzL.Pro.4/15, annexe V ; Koskenniemi, « Breach of treaty or non-compliance ? » (voir *supra*, note 92), p. 123 à 162 ; Laurence Boisson de Chazournes, « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *Revue générale de droit international public*, n° 1, 1995, p. 62 à 67 ; Feja Lesniewska, « Filling the holes: the Montreal Protocol's non-compliance mechanisms », in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong et Panos Merkouris (dir.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 471 à 489.

<sup>108</sup> Pierre-Marie Dupuy et Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 285.

<sup>109</sup> David G. Victor, « The operation and effectiveness of the Montreal Protocol's non-compliance procedure », in David G. Victor, Kal Raustiala et Eugene B. Skolnikoff (dir.), *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments : Theory and Practice*, Cambridge, MIT Press, 1998, p. 137 à 176. De sa 7<sup>e</sup> (1995) à sa 29<sup>e</sup> (2017) réunion, la réunion des Parties au Protocole de Montréal a adopté 154 décisions sur le non-respect des dispositions concernant 72 États parties (dont 18 Parties non visées à l'article 5), l'Union européenne et 8 groupes de Parties (dont 2 groupes de Parties non visées à l'article 5). Dans 114 décisions, elle a pris à la fois les deux types de mesures (assistance et mises en garde) pour ramener les Parties défaillantes à une situation de conformité avec leurs obligations. Voir : <http://ozone.unep.org/en/handbook-montreal-protocol-substances-deplete-ozone-layer/26960>.

<sup>110</sup> En 1994, à la sixième réunion des Parties, la Fédération de Russie et plusieurs autres États ont annoncé qu'ils risquaient de ne pas s'acquitter de leurs obligations d'élimination d'une substance menaçant l'ozone, notamment en raison de difficultés économiques et d'autres problèmes intérieurs. Le Comité d'application a considéré que la déclaration russe était une « communication » et, partant, que la procédure de non-respect était activée par une auto-accusation de non-respect. Il a cherché à s'entendre avec la Fédération de Russie sur le type de réponse à apporter au non-respect de ses obligations, mais sans y parvenir complètement. Bien que la Fédération de Russie n'ait pas souscrit à l'ensemble du projet de décision et ait demandé un vote officiel, la réunion des Parties a adopté des mesures de restriction commerciale, imposant à cet État une interdiction du commerce de substances menaçant l'ozone. La Fédération de Russie a soutenu que la réunion des Parties avait commis un abus de pouvoir en prenant une mesure coercitive telle que des restrictions commerciales sans avoir épuisé les autres mesures facilitatrices prévues par la liste indicative. Voir décision VII/18, et par. 128 et 129 in UNEP/OzL.Pro.7/12. Voir Jacob Werksman, « Compliance and transition : Russia's non-compliance tests the ozone regime », *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 56, 1996,

pays en développement<sup>111</sup> remplissant les conditions prévues à l'article 5, le Comité d'application a toujours adopté une approche facilitatrice dans la plupart des cas de non-respect, même après 1999 à l'expiration du délai de grâce accordé aux pays en développement<sup>112</sup>. La plupart des cas concernent des pays en développement n'ayant pas communiqué de données relatives à leur consommation par manque de moyens financiers et de capacités techniques. Sur la recommandation du Comité d'application, la réunion des Parties a alors adopté des décisions consistant à prier instamment les Parties de communiquer rapidement leurs données en les conseillant sur les moyens d'améliorer cette communication<sup>113</sup>.

38. Dans de nombreux cas, le non-respect des obligations de réduction et d'élimination progressive des substances qui appauvrissent la couche d'ozone a été le fait de pays en transition. Après l'octroi par le Fonds multilatéral et le Fond pour l'environnement mondial d'une assistance technique et financière supplémentaire, la situation de non-respect s'est améliorée<sup>114</sup>. À ce jour, il ne semble pas y avoir de cas où des parties sont privées d'assistance ou voient leurs droits et privilèges au titre du Protocole suspendus, même si la réunion des Parties, conformément aux recommandations du Comité d'application, a récemment averti qu'elle prendrait des mesures coercitives si les mesures facilitatrices prises ne permettaient pas de ramener l'État défaillant à une situation de conformité.

## 2. Protocole de Kyoto

39. Le Protocole de Kyoto, en revanche, prévoit à la fois des méthodes facilitatrices et des méthodes contraignantes, avec plus d'insistance, semble-t-il, sur ces dernières. Son article 18 dispose qu'en matière de non-respect des dispositions, « [s]i des procédures et mécanismes [...] entraînent des conséquences qui lient les parties, ils sont adoptés au moyen d'un amendement au présent Protocole ». Ainsi, dès le départ, on a considéré que, le pouvoir d'imposer des mesures coercitives ne manquant pas d'entraîner des « conséquences qui lient les Parties », l'établissement de ces mesures serait impossible sans l'adoption d'un « amendement » au Protocole. Toutefois, ce qui a été adopté à Montréal en 2005, à la première session de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto, relevait pour l'essentiel d'une approche contraignante « dure », par l'application de sanctions aux pays développés défaillants<sup>115</sup>. Auparavant, à sa septième session tenue à Marrakech en

---

p. 750 à 773 ; et Jacur, « The non-compliance procedure of the 1987 Montreal Protocol » (voir *supra* note 106), p. 31 et 32. Une autre décision relative au non-respect du Protocole est la décision XXIII/26, dans laquelle la réunion des Parties a déclaré que l'Union européenne se trouvait en situation de non-respect des dispositions des articles 4 et 5.

<sup>111</sup> Dans sa décision I/12E, la première réunion des Parties a arrêté la liste des pays en développement. À cette liste ont par la suite été ajoutés les pays suivants : la Turquie (décision III/5), la Géorgie (décision VIII/29), la République de Moldova (décision IX/26), l'Afrique du Sud (décision IX/27), le Kirghizistan (décision XII/11), l'Arménie (décision XIV/2), le Turkménistan (décision XVI/39) et Chypre (décision XVII/2). La Slovénie (décision XII/12), Malte (décision XVI/40), la Roumanie (décision XIX/19) et la Croatie (décision XXV/16), qui avaient été reconnues comme pays en développement, ont été retirées de la liste sur leur demande.

<sup>112</sup> Jacur, « The non-compliance procedure » (voir *supra*, note 110), p. 31.

<sup>113</sup> Décision XIII/16 (UNEP/OzL.Pro.13/10, p. 41 et 42). Voir également, K. Madhava Sarma, « Compliance with the multilateral environmental agreements to protect the ozone layer », in Ulrich Beyerlin, Peter-Tobias Stoll et Rüdiger Wolfrum (dir.), *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue between Practitioners and Academia*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 34.

<sup>114</sup> UNEP/OzL.Pro.16/17. Voir également UNEP/OzL.Pro.13/10.

<sup>115</sup> Shinya Murase, « International lawmaking for the future framework on climate change: a WTO/GATT model », in *International Law : An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Tokyo, Sophia University Press, 2011, p. 173 et 174 ; Olav Schram Stokke, Jon Hovi et Geir Ulfstein (dir.), *Implementing the Climate Regime: International Compliance*, Londres, Earthscan,

2001, la Conférence des Parties avait fixé (décision 24/CP.7) le niveau de réduction et de limitation des émissions de gaz à effet de serre à « déduire » des quantités attribuées pour la deuxième période d'engagement aux pays défaillants visés à l'annexe I (pays industrialisés). Ce niveau était de 1,3 fois le volume en tonnes d'émissions ayant dépassé le niveau attribué pour la première période d'engagement, la sanction devant être appliquée par la chambre de l'exécution<sup>116</sup>. Ainsi, la chambre de l'exécution se voyait chargée de traiter deux situations possibles de non-respect et leurs conséquences. La première était le non-respect des engagements en matière de réduction des émissions au titre du paragraphe 1 de l'article 3 du Protocole, qui entraîne une réduction, à hauteur de 1,3 fois le dépassement, des quantités attribuées pour la deuxième période d'engagement. L'autre était le manquement à mettre en place les systèmes nationaux permettant d'estimer les émissions de gaz à effet de serre visés au paragraphe 1 de l'article 5, et à assurer l'établissement et la communication des informations permettant de vérifier si les pays s'acquittent de leurs engagements, conformément à l'article 7 du Protocole, qui entraîne la suspension de leur admissibilité au bénéfice des mécanismes créés en application des articles 6 (mise en œuvre conjointe), 12 (mécanisme pour un développement propre) et 17 (échange de droits d'émission) du Protocole de Kyoto. Toutefois, le premier mécanisme d'exécution n'a jamais été mis en œuvre car il n'y a pas eu de « deuxième période d'engagement » au titre du Protocole, cet instrument ayant été remplacé par l'Accord de Paris de 2015.

40. Jusqu'à présent, dans la pratique du Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto, la chambre de l'exécution a été saisie d'un certain nombre de cas, tandis que la chambre de la facilitation, chargée de traiter les situations pouvant déboucher sur un non-respect avant qu'elles ne relèvent de la compétence de la chambre de l'exécution, a pour ainsi dire été laissée de côté<sup>117</sup>. Tous les cas en question ont porté sur le non-respect des obligations d'ordre procédural visées au

---

2005 ; Geir Ulfstein et Jacob Werksman, « The Kyoto compliance system: towards hard enforcement », *ibid.*, p. 39 à 62 ; Ronald B. Mitchell, « Flexibility, compliance and norm development in the climate regime », *ibid.*, p. 65 à 83 ; Rüdiger Wolfrum et Jürgen Friedrich, « The Framework Convention on Climate Change and the Kyoto Protocol », in Ulrich Beyerlin, Peter-Tobias Stoll et Rüdiger Wolfrum (dir.), *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue between Practitioners and Academia*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 53 à 68 ; Sabrina Urbinati, « Procedures and mechanisms relating to compliance under the 1997 Kyoto Protocol to the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change », in Tullio Treves *et al.* (dir.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2009, p. 63 à 84 ; Jutta Brunnée, « Climate change and compliance and enforcement processes », in Rosemary Rayfuse et Shirley V. Scott (dir.), *International Law in the Era of Climate Change*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 290 à 320.

<sup>116</sup> Le mécanisme relatif au respect des dispositions du Protocole de Kyoto soulevait quelques graves difficultés qui méritent d'être soulignées : il est clair que la création et la compétence de la chambre de l'exécution relevaient des « conséquences qui lient les Parties » et nécessitaient l'adoption d'un « amendement » au Protocole conformément à son article 18. Il en va de même de la pénalité de 1,3 fois la quantité d'émissions excédentaires, qui constitue une question relevant des « conséquences qui lient les Parties ». Enfin, il est non moins évident qu'une décision de la Conférence des Parties ne peut être assimilée à un « amendement » au Protocole, lequel exige la ratification des Parties. Murase, *International Law: An Integrative Perspective* (voir *supra*, note 43), p. 173 et 174.

<sup>117</sup> Meinhard Doelle, « Compliance and enforcement in the climate change regime », in Erkki J. Hollo, Kati Kulovesi et Michael Mehling (dir.), *Climate Change and the Law*, Springer, 2013, p. 172. Lorsque, en 2006, l'Afrique du Sud, au nom du Groupe des 77 et de la Chine, a soumis une question de mise en œuvre au Comité de contrôle pour examen par la chambre de la facilitation, cette dernière n'a pas été en mesure de prendre une décision d'engager une procédure (voir le document CC-2006-1-1/FB consultable sur [www.unfccc.int](http://www.unfccc.int)).

paragraphe 1 de l'article 5 et à l'article 7<sup>118</sup>. Le cas de la Grèce a été le premier dont la chambre de l'exécution ait eu à connaître. Cette dernière a finalement confirmé, le 17 avril 2008, que ce pays ne s'était pas acquitté de ses obligations au titre du paragraphe 1 de l'article 5 et de l'article 7 et qu'il se trouvait en situation de non-respect de ses engagements<sup>119</sup>. En conséquence, il lui a enjoint d'« élaborer un plan » comme indiqué au paragraphe 1 de la section XV, devant lui être soumis dans un délai de trois mois, et décidé – fait significatif – que, tant que la question de mise en œuvre ne serait pas résolue, ce pays ne remplirait pas les conditions requises pour participer aux mécanismes d'échange de droits d'émissions visés aux articles 6, 12 et 17 du Protocole<sup>120</sup>. La Grèce a présenté un plan (révisé) pour le respect des dispositions le 27 octobre 2008, et l'affaire a finalement été classée le 13 novembre 2008, date à laquelle la chambre de l'exécution a décidé de rétablir son admissibilité au bénéfice des mécanismes du Protocole de Kyoto<sup>121</sup>. Toutefois, d'aucuns ont critiqué le fait que cette levée de la suspension des droits et privilèges ait été décidée sans que la question du caractère contraignant de la décision du Comité ait été tranchée de manière explicite<sup>122</sup>. Lorsque, dans les cas de non-respect des dispositions du Protocole, le Comité de contrôle prend des mesures coercitives et non facilitatrices, il est décisif, pour inciter au respect des engagements, qu'elles aient un caractère juridiquement contraignant.

41. L'affaire relative au non-respect par le Canada de ses obligations d'inventaire découlant de l'article 7 du Protocole de Kyoto a montré qu'il était tout à fait contre-indiqué d'introduire dans le système des éléments de nature accusatoire tels que des sanctions. Le Canada ayant publiquement déclaré qu'il n'avait pas l'intention d'atteindre son objectif de réduction d'émissions à la fin de 2012<sup>123</sup>, le non-respect des objectifs d'émissions n'était pas une question dont la chambre de l'exécution pouvait être saisie. Bien que la chambre de l'exécution ait finalement décidé de ne pas engager de procédure relative au respect de l'article 7<sup>124</sup>, le fait que le Canada aurait pu être soumis à une mesure coercitive a été l'une des raisons pour lesquelles ce pays s'est retiré du Protocole. La pratique de la chambre de l'exécution montre que, si le non-respect débouche sur des sanctions, les Parties peuvent hésiter à prendre des engagements plus ambitieux voire, pire encore, décider de ne pas adhérer du tout à l'accord. C'est pourquoi les mécanismes relatifs au respect des dispositions introduits dans les accords environnementaux multilatéraux postérieurs au Protocole de Kyoto sont pour l'essentiel axés sur la facilitation<sup>125</sup>.

<sup>118</sup> Dans le cas de l'Ukraine, la chambre de l'exécution a décidé d'examiner le non-respect par ce pays de son objectif de réduction d'émissions au titre du paragraphe 1 de l'article 3 mais n'a pas été en mesure de déterminer sur le fond si ce pays avait effectivement respecté ses engagements. Voir Comité de contrôle du respect des dispositions, décision finale concernant l'Ukraine en date du 7 septembre 2016 (document CC-2016-1-6/Ukraine/EB consultable sur [www.unfccc.int](http://www.unfccc.int)).

<sup>119</sup> Comité de contrôle du respect des dispositions, décision finale concernant la Grèce en date du 17 avril 2008 (CC-2007-1-8/Greece/EB, consultable sur [www.unfccc.int](http://www.unfccc.int)), par. 18 a).

<sup>120</sup> Ibid., par. 18 b) et c).

<sup>121</sup> Comité de contrôle du respect des dispositions, décision finale concernant la Grèce, en date du 13 novembre 2008 (CC-2007-1-13/Greece/EB consultable sur [www.unfccc.int](http://www.unfccc.int)).

<sup>122</sup> Dupuy et Viñuales, *International Environmental Law* (voir *supra*, note 108), p. 288.

<sup>123</sup> Le plan d'action « Prendre le virage » décidé par le gouvernement de Stephen Harper et annoncé par le ministre de l'environnement John Baird le 26 avril 2007, selon lequel le Canada réduirait ses émissions de gaz à effet de serre de 20 % d'ici à 2020, impliquait que le Canada ne respecterait pas ses engagements au titre du Protocole de Kyoto.

<sup>124</sup> Comité de contrôle du respect des dispositions, décision de ne pas engager de procédure, en date du 15 juin 2008 (CC-2008-1-6/Canada/EB consultable sur [www.unfccc.int](http://www.unfccc.int)).

<sup>125</sup> Nils Goeteyn et Frank Maes, « Compliance mechanisms in multilateral environmental agreements: an effective way to improve compliance ? », *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, 2011, p. 804 et 805.

### 3. Accord de Paris

42. Fait significatif, l'Accord de Paris est revenu à l'approche axée sur la facilitation et la promotion. Si le projet d'accord de novembre 2015, élaboré par le Groupe de travail spécial de la plateforme de Durban pour une action renforcée, proposait une solution qui aurait réintroduit une double approche avec, d'une part, une procédure axée sur la contrainte et la sanction pour les pays développés parties et, d'autre part, une procédure axée sur la facilitation et la promotion pour les pays en développement parties (option I de l'article 11), cette solution a finalement été écartée<sup>126</sup>. En conséquence, l'Accord de Paris ne prévoit pas de chambre de l'exécution. La disposition relative au respect de l'Accord a donc été rédigée avec soin et ce qui est finalement devenu son article 15 dispose ce qui suit : « 1. Il est institué un mécanisme pour faciliter la mise en œuvre et promouvoir le respect des dispositions du présent Accord. 2. Le mécanisme visé au paragraphe 1 du présent article est constitué d'un comité d'experts et axé sur la facilitation, et fonctionne d'une manière qui est transparente, non accusatoire et non punitive. Le comité accorde une attention particulière à la situation et aux capacités nationales respectives des Parties ». Ainsi, il est souligné que le mécanisme devant être institué devrait être « axé sur la facilitation », « non accusatoire » et « non punitif »<sup>127</sup>. Quoique plus faible que celui du Protocole de Kyoto puisqu'il exclut la coercition, ce mécanisme pourrait néanmoins se révéler plus efficace dans la mesure où l'on considère que le mécanisme du Protocole de Kyoto a empêché sa mise en œuvre ambitieuse et freiné la participation des États<sup>128</sup>. Si, à sa première session qui s'est tenue à Bonn en 2017, la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris a décidé que l'élaboration des modalités et procédures du mécanisme relatif au respect des dispositions devait se poursuivre, le Groupe de travail spécial de l'Accord de Paris<sup>129</sup>, qui est chargé d'établir un projet d'éléments, a souligné que les mesures qui seraient à la disposition du Comité de contrôle du respect des dispositions devaient être axées sur la facilitation et non punitives<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> « Draft agreement and draft decision on workstreams 1 and 2 of the Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action : work of the ADP contact group », 6 novembre 2015. Consultable sur [www.unfccc.int](http://www.unfccc.int). Sur l'historique de la négociation d'un mécanisme de contrôle du respect des dispositions de l'Accord de Paris, voir Christina Voigt, « The compliance and implementation mechanism of the Paris Agreement », *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 25, no 2, 2016, p. 162 à 164.

<sup>127</sup> Daniel Bodansky, « The Paris Climate Change Agreement : a new hope ? », *American Journal of International Law*, vol. 110, n° 2, 2016, p. 288 à 319 ; Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Lanvanya Rajamani, *International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 246.

<sup>128</sup> Anik Kohli, « Making sense of transparency and review in the Paris Agreement », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 26, 2015, p. 47 et 62. Un tel mécanisme peut également être considéré comme plus conforme à la méthode participative qui préside à l'Accord de Paris.

<sup>129</sup> À sa vingt-et-unième session qui s'est tenue à Paris en 2015, la Conférence des Parties à la Convention a, au paragraphe 103 de sa décision 1/CP. 21, demandé au Groupe de travail spécial de l'Accord de Paris d'élaborer les modalités et les procédures à même d'assurer le bon fonctionnement du Comité de contrôle du respect des dispositions. Ces dernières ont été adoptées par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris.

<sup>130</sup> « Draft elements for APA agenda item 7: modalities and procedures for the effective operation of the committee to facilitate implementation and promote compliance referred to in Article 15.2 of the Paris Agreement – Informal note by the co-facilitators », version finale, 13 novembre 2017. Consultable sur [http://unfccc.int/files/na/application/pdf/apa\\_7\\_informalnote\\_final\\_version.pdf](http://unfccc.int/files/na/application/pdf/apa_7_informalnote_final_version.pdf).

43. Au vu de l'analyse qui précède, nous proposons le projet de directive suivant :

**Projet de directive 11 : Contrôle du respect**

1. **Les États sont tenus de respecter effectivement le droit international relatif à la protection de l'atmosphère en se conformant aux règles et procédures prévues dans les accords environnementaux multilatéraux applicables.**
2. **En cas de non-respect, des approches axées sur la facilitation, l'exécution ou les deux peuvent être adoptées, selon qu'il convient.**
3. **Les mesures de facilitation consistent notamment à fournir une assistance aux États défaillants, de manière transparente, non accusatoire et non punitive, afin que ces États s'acquittent de leurs obligations internationales compte tenu de leurs capacités et de leurs circonstances particulières.**
4. **Les mesures d'exécution consistent notamment à mettre en garde contre une situation de non-respect, à supprimer les droits et privilèges que confèrent les accords environnementaux multilatéraux applicables ainsi qu'à imposer d'autres formes de sanctions. Ces mesures devraient avoir pour seul objectif de ramener les États défaillants à une situation de respect.**

## IV. Règlement des différends

### A. Formes de règlement pacifique des différends

44. La distinction et le rapport entre le contrôle du respect des dispositions et le règlement des différends ont déjà été analysés plus haut (voir par. 33). S'il s'agit dans les deux cas de dispositifs destinés à garantir l'exécution des obligations internationales, les procédures applicables en cas de non-respect, qui s'inscrivent dans le contexte des accords environnementaux multilatéraux, ont vocation à favoriser et à faciliter le respect de ces obligations, tandis que les procédures de règlement des différends, qui relèvent des relations bilatérales entre les États en litige (même s'il arrive qu'un différend devienne multilatéral du fait de l'intervention d'États tiers au titre des Articles 62 et 63 du Statut de la Cour internationale de Justice), ont généralement un caractère de confrontation et de contradiction.

45. Lorsqu'un conflit entre États se transforme en différend<sup>131</sup>, le droit international fait obligation aux parties de le régler par les moyens pacifiques prévus au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, à savoir par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire ou de recours aux organismes ou accords régionaux<sup>132</sup>. Tout différend relatif à la protection de l'atmosphère devrait donc être réglé par l'une ou l'autre de ces méthodes. Cet ensemble de solutions fait apparaître une formalité procédurale croissante<sup>133</sup>. Les États refusant de céder tout contrôle sur les différends en matière de droit international de l'environnement, ces derniers sont réglés par des voies non juridictionnelles, en particulier par la négociation. Il arrive que les États en litige demandent ou se voient offrir l'aide d'un tiers agissant en qualité de médiateur. Les États peuvent chercher à formaliser le rôle du tiers dans le cadre d'une procédure de

<sup>131</sup> John Collier et Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 1 à 5.

<sup>132</sup> Christian Tomuschat, « Article 33 », in Bruno Simma (dir.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 1, Munich, Verlag C.H. Beck, 2002, p. 583 à 594.

<sup>133</sup> Natalie Klein, « Settlement of international environmental law disputes », in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong et Panos Merkouris (dir.), *Research Handbook of International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 379 à 400.

conciliation, d'enquête ou d'établissement des faits, sans vouloir recourir à un règlement juridictionnel. L'établissement des faits peut être essentiel dans certains différends relatifs à l'environnement qui présentent une grande complexité factuelle et exigent l'examen de données scientifiques fiables. Certains arrangements régionaux, comme le Partenariat Asie-Pacifique pour un développement propre et le climat<sup>134</sup>, peuvent s'avérer utiles. Un tel cadre permet en effet aux États de se concerter sur certaines questions précises nécessitant une solution, méthode qui relève d'un intérêt commun à résoudre des questions communes. Les modes de règlement des différends prévus dans les accords multilatéraux relatifs à l'environnement ont pris une importance croissante<sup>135</sup>. Contrairement aux modes non juridictionnels de règlement des différends, l'arbitrage et le règlement judiciaire comportent généralement l'application de règles de droit et l'appréciation de la responsabilité et aboutissent à une décision obligatoire pour les parties. La soumission d'un différend à une juridiction peut être préférable en cas d'échec des procédures non judiciaires. Les États peuvent voir dans l'arbitrage et le règlement judiciaire un moyen utile de voir trancher les questions de responsabilité, de causalité et de réparation, mais aussi de formuler voire de développer les normes substantielles du droit international de l'environnement<sup>136</sup>.

46. Il faut souligner que les modes judiciaires et non judiciaires de règlement des différends sont étroitement liés. Lorsque le différend porte sur l'environnement et en particulier sur la protection de l'atmosphère, même au stade des négociations initiales, les États doivent souvent disposer de preuves scientifiques solides pour étayer leurs prétentions. Autrement dit, la négociation n'est jamais très loin du règlement juridique. Si la section ci-après du présent rapport porte essentiellement sur la preuve scientifique dans le cadre des règlements judiciaires, les considérations qui y sont développées présentent à n'en pas douter un très grand intérêt dans le cadre des modes non judiciaires de règlement des différends (y compris la négociation).

## **B. Caractéristiques du règlement judiciaire des différends liés à la protection de l'atmosphère**

### **1. La preuve scientifique dans la pratique de la Cour internationale de Justice<sup>137</sup>**

47. La Commission a mis l'accent sur les contributions de la science au développement progressif du droit international relatif à la protection de l'atmosphère, ce qui l'a amenée à organiser des séances de dialogue avec le monde scientifique<sup>138</sup>. Par ailleurs, plus la science et la technologie progressent, plus les questions scientifiques et techniques soulevées lors des règlements des différends se complexifient. Ces dernières années, la Cour a été de plus en plus amenée à connaître d'affaires relatives à l'environnement qui présentent une grande complexité factuelle et supposent l'examen d'éléments de preuve techniques et scientifiques complexes<sup>139</sup>.

<sup>134</sup> Voir <https://aric.adb.org/initiative/asia-pacific-partnership-on-clean-development-and-climate>.

<sup>135</sup> Cesare P. R. Romano, « International dispute settlement », in Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey (dir.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1039 à 1042.

<sup>136</sup> Klein, « Settlement of international environmental law disputes » (voir *supra*, note 133), p. 387.

<sup>137</sup> Nous tenons à exprimer notre plus vive gratitude à Mariko Fukasaka, qui a établi la première version de cette section du présent rapport.

<sup>138</sup> Voir *supra*, note 1. Voir également Shinya Murase, « Scientific knowledge and progressive development of international law: with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere », in James Crawford et al. (dir.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses: Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Leyde, Brill Nijhoff, 2017, p. 41 à 52.

<sup>139</sup> Voir intervention du Président Ronny Abraham devant la Sixième Commission le 28 décembre 2016 (sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en matière de protection de l'environnement) (disponible à l'adresse suivante : <http://www.icj-cij.org/files/press->

La Cour s'en est très longtemps tenue à une attitude passive en matière d'établissement des faits, et les affaires ayant trait à des questions hautement techniques ne font pas exception. Ainsi, depuis les affaires du *Détroit de Corfou* (1949) et du *Golfe du Maine* (1984) et jusqu'à l'affaire de la *Délimitation maritime (Costa Rica c. Nicaragua)* (en instance en décembre 2017), elle n'avait jamais désigné ses propres experts comme l'y autorise l'Article 50 de son Statut. On constate toutefois une évolution notable de son attitude à cet égard. Aussi convient-il de retracer cette évolution en examinant les décisions rendues récemment par la Cour dans des affaires d'environnement soulevant des questions scientifiques complexes. Cette jurisprudence fait certainement apparaître, directement ou indirectement, les caractéristiques propres au règlement judiciaire des différends liés à la protection de l'atmosphère.

48. Étant donné l'importance que revêt la question de la preuve scientifique, les affaires du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (1997), des *Usines de pâte à papier* (2010), de la *Chasse à la baleine* (2014), des *Épandages aériens d'herbicides* (retirée du rôle en 2013) et de la *Construction d'une route* (2015) méritent d'être analysées de près. Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, les parties ont suivi la méthode classique de présentation des preuves en faisant appel à des conseils-experts qui étaient des scientifiques et non des avocats. Les conclusions scientifiques ont été considérées comme des moyens des parties. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, qui présentait un rapport avec l'environnement atmosphérique, les parties ont également fait appel à un conseil-expert, mais cette méthode a été vivement critiquée par les juges et les commentateurs. Dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, les parties ont désigné des experts indépendants qui ont été contre-interrogées, donnant à leur déposition plus de poids qu'à celles de conseils-experts. Dans l'affaire de la *Construction d'une route*, les parties, suivant la même pratique que dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, ont nommé des experts. Dans aucune de ces affaires, la Cour

---

[releases/1/19281.pdf](#)) ; et Peter Tomka, « The ICJ in the service of peace and justice – words of welcome by President Tomka », 29 septembre 2013 (disponible à l'adresse suivante : [www.icj-cij.org/files/press-releases/8/17538.pdf](http://www.icj-cij.org/files/press-releases/8/17538.pdf)). Voir également Shabtai Rosenne, « Fact-finding before the International Court of Justice », in *Essays on International Law and Practice*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 237 ; Eduardo Valencia-Ospina, « Evidence before the International Court of Justice », *International Law Forum du droit international*, vol. 1, n° 4, 1999, p. 202 à 207 ; Anna Riddell, « Scientific evidence in the International Court of Justice – problems and possibilities », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 20, 2009, p. 229 à 258 ; Bruno Simma, « The International Court of Justice and scientific expertise », *American Society of International Law, Proceedings of the 106<sup>th</sup> Annual Meeting*, 2012, p. 230 à 233 ; Gillian White, « The use of experts by the International Court », in Vaughan Lowe et Malgosia Fitzmaurice (dir.), *Fifty Years of the International Court of Justice : Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 ; Anna Riddell et Brendan Plant, *Evidence before the International Court of Justice*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009, chap.9 ; D. Peat, « The use of court-appointed experts by the International Court of Justice », *British Yearbook of International Law*, vol. 84, 2014, p. 271 à 303 ; James Gerard Devaney, *Fact-Finding before the International Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 ; Caroline E. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 ; édition spéciale sur les juridictions internationales et le traitement des questions scientifiques, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, n° 3, 2012 ; Christian Tams, « Article 50 » et « Article 51 », in Andreas Zimmerman *et al.* (dir.), *Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1287 à 1311 ; Caroline E. Foster, « New clothes for the emperor ? Consultation of experts by the International Court of Justice », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5, 2014, p. 139 à 173 ; Jorge E. Viñuales, « Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2010, p. 476 à 480 ; Giorgio Gaja, « Assessing expert evidence in the ICJ », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15, 2016, p. 409 à 418.

n'a désigné ses propres experts sur le fondement de l'Article 50 de son Statut<sup>140</sup>. Comme on l'a indiqué ci-dessus, ce n'est que dans l'affaire de la *Délimitation maritime*, qui ne relève toutefois pas en soi du droit de l'environnement, qu'elle a eu recours à cette pratique.

**a) Affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (1997)**

49. Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, le différend était né d'un projet conjoint entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie. Dans un traité de 1977, ces deux pays avaient convenu de construire sur le Danube un ensemble de grands barrages hydroélectriques (« système de barrage »). Le projet avait été élaboré avant le milieu des années 60, mais la Hongrie avait ensuite suspendu puis abandonné certains des travaux de construction. Entretemps, les négociations ayant échoué, la Tchécoslovaquie a décidé unilatéralement de mettre en œuvre un autre plan provisoire, dénommé « Variante C » et consistant à exploiter le secteur de Gabčíkovo sans le secteur de Nagymaros, ce qui impliquait le barrage et le détournement unilatéral du Danube sur le territoire tchécoslovaque<sup>141</sup>. Par suite, en 1992, la Hongrie a dénoncé le traité de 1977 par une déclaration<sup>142</sup>. En 1993, le différend a été porté devant la Cour par compromis entre la Hongrie et la Slovaquie (État successeur de la Tchécoslovaquie en ce qui concerne ce litige). La Cour était priée de répondre à trois questions principales : a) celle de savoir si la République de Hongrie était en droit de suspendre puis d'abandonner les travaux ; b) celle de savoir si la Tchécoslovaquie était en droit de procéder à la mise en œuvre de la Variante C (construction d'un barrage sur le Danube en territoire tchécoslovaque) ; c) celle de savoir quels étaient les effets juridiques de la notification de la terminaison du traité de 1977 par la Hongrie.

50. Deux des questions posées à la Cour – concernant le bien-fondé de l'abandon des travaux par la Hongrie et la licéité de la Variante C – supposaient l'examen de questions factuelles extrêmement techniques : le projet et la Variante C étaient-ils écologiquement nocifs, entraînant un « état de nécessité écologique », et avaient-ils pour but de protéger et d'améliorer l'environnement ? La Hongrie en particulier a cherché à présenter le litige sous un angle technique et les questions environnementales formaient le cœur de son argumentation. Les questions techniques formulées dans le mémoire hongrois soulevaient de nombreuses incertitudes scientifiques et exigeaient des études interdisciplinaires extrêmement complexes dans différents domaines techniques : sismologie, hydrologie, hydrobiologie, hydrochimie, transport de sédiments, morphologie fluviale, étude des sols, sylviculture, biologie<sup>143</sup>.

**Arguments des parties concernant les questions techniques et l'« état de nécessité écologique »**

51. Entre autres arguments, la Hongrie a fait valoir que le projet initial n'avait fait l'objet d'aucune étude d'impact sur l'environnement adéquate, ni avant ni après le traité de 1977 ; qu'il ressortait des études menées avant et après 1989 que le système de barrage initialement prévu pourrait causer des dommages irréparables à

<sup>140</sup> Aux termes de l'Article 50 : « À tout moment, la Cour peut confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix. »

<sup>141</sup> *C.I.J. Mémoires 1994, Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, mémoire de la Hongrie, vol. 1, p. 68 à 79.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 79 à 87.

<sup>143</sup> *Ibid.*, mémoire de la Slovaquie, par. 6.132 ; contre-mémoire de la République de Hongrie, par. 1.02 ; *C.I.J. Mémoires 1995, Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, réplique de la Hongrie, vol. 1, par. 6 et 7 ; *C.I.J. Mémoires 1994, Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, mémoire de la République de Hongrie, vol. 1, p. 137 et 138, et contre-mémoire de la Hongrie, par. 1.44 à 1.49.

l'environnement ; que l'état de nécessité écologique en découlant excluait l'illicéité des mesures prises (la suspension et l'abandon des travaux) pour éviter un dommage irréversible à un intérêt essentiel, à savoir l'environnement, au regard du droit international coutumier et du traité de 1977. La Hongrie soutenait également que la Variante C était illicite non seulement en raison des importantes divergences par rapport au projet initial, mais également parce qu'elle causait des dommages notables à son environnement et portait atteinte au principe de l'utilisation équitable des ressources naturelles transfrontières<sup>144</sup>. Pour sa part, la Slovaquie soutenait que les risques et les dommages pour l'environnement qu'aurait entraîné le projet n'étaient ni établis ni étayés par des données impartiales et scientifiques, ni au moment de la suspension puis de l'abandon des travaux, ni au moment de la dénonciation du traité de 1977 ; qu'à la lumière des meilleures données disponibles, le projet apparaissait écologiquement viable, y compris sous la forme proche effectivement menée à bien, à savoir la Variante C ; que la Hongrie avait considérablement exagéré voire inventé les risques pour son approvisionnement en eau de façon à justifier l'existence d'un état de nécessité écologique ; que l'incertitude inhérente à l'évaluation de questions écologiques complexes a été exagérée par la Hongrie pour amplifier et démontrer l'existence d'un risque, faute de pouvoir établir un préjudice réel. La Slovaquie en déduisait que l'état de nécessité écologique n'était pas constitué. Elle faisait valoir que la Variante C avait pour but d'atténuer le dommage subi en raison de l'abandon illicite des travaux par la Hongrie. Son exécution contribuait par ailleurs à la préservation de l'environnement, but également poursuivi par le projet initial<sup>145</sup>. Par conséquent, la principale question que la Cour devait élucider était celle de l'état de nécessité écologique, question qui était susceptible de nécessiter l'appréciation par la Cour de données techniques complexes et qui est devenue l'une des pierres angulaires de son raisonnement dans l'arrêt. Les deux parties se sont entendues sur la définition juridique de l'état de nécessité en adoptant les critères juridiques énoncés dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, à savoir l'existence d'un « péril grave et imminent » pour un « intérêt essentiel » que l'État ne peut protéger par aucun autre moyen<sup>146</sup>.

52. Pendant les phases écrite et orale de la procédure, la Cour a dû faire face à des situations délicates, les deux parties contestant l'impartialité ou la crédibilité des arguments ou études techniques produites par l'autre partie et présentant des interprétations divergentes des informations techniques. L'examen du dossier fait également ressortir la nature extrêmement technique de l'affaire et le degré de complexité des questions que la Cour a dû démêler pour se prononcer. À l'appui de leurs conclusions relatives aux questions techniques, aucune des parties n'a désigné d'expert indépendant en vue de présenter des éléments de preuve lors des débats. Au contraire, conformément à la tradition, elles ont fait appel à des experts intervenant comme « avocats » ou « conseils et experts » au sein de leurs équipes respectives.

53. La divergence des arguments des parties quant aux questions techniques a constitué l'un des nœuds de l'affaire durant la présentation des trois séries de pièces écrites

<sup>144</sup> *C.I.J. Mémoires 1995, Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, réplique de la Hongrie, vol. 1, par. 1.149, 2.106, 3.59 et 3.179.

<sup>145</sup> *Ibid.*, réplique de la Slovaquie, vol. 1, par. 3.21 à 3.30 et 3.106 à 3.117 ; *C.I.J. Mémoires 1994, Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, contre-mémoire de la Slovaquie, vol. 1, par. 1.19 et 1.20.

<sup>146</sup> *C.I.J. Mémoires 1994, Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, réplique de la Hongrie, vol. 1, par. 3.21. Voir *Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol. II (deuxième partie). Dans la version provisoirement approuvée au moment de l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, l'état de nécessité était visé à l'article 33. Dans la version définitive adoptée par la Commission, il fait l'objet de l'article 25.

(mémoires<sup>147</sup>, contre-mémoires<sup>148</sup>, évaluation scientifique et réfutation scientifique, etc.<sup>149</sup>). Les scientifiques n'ayant pas été désignés experts indépendants et ne pouvant pas être entendus à ce titre par la Cour, ils n'ont pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire et n'ont dû répondre qu'aux questions ordinairement adressées par les juges aux conseils.

### Traitement des questions techniques par la Cour

54. La question de l'état de nécessité était au cœur de l'arrêt de la Cour. Il s'agissait de déterminer, d'une part, si les risques allégués constituaient, pour reprendre la définition donnée par la Commission, un « péril » grave et imminent pour un intérêt essentiel de la Hongrie, et, d'autre part, si l'abandon des travaux était le seul moyen de protéger ledit intérêt<sup>150</sup>. La Cour a également pris en compte l'incertitude scientifique invoquée par la Hongrie pour apprécier l'existence d'un péril<sup>151</sup>. Tout en reconnaissant que les préoccupations écologiques relevaient effectivement d'un intérêt essentiel<sup>152</sup>, elle a néanmoins conclu qu'il ne lui était pas nécessaire, pour répondre aux questions qui lui avaient été posées, de déterminer lequel de ces points de vue était scientifiquement le plus solide, et a accueilli les arguments de la Slovaquie sur presque tous les points de nature juridique ou factuelle<sup>153</sup>.

55. S'agissant de l'incertitude, la Cour a conclu que celle-ci ne saurait en elle-même établir l'existence objective d'un péril. Quoique le mot péril évoque l'idée de risque, qui est distincte de celle de dommage matérialisé, ce risque doit être dûment avéré au moment pertinent. La Cour a jugé en dernière analyse qu'aucun des risques allégués ne constituaient un péril aux motifs qu'aucun ne remplissait les conditions requises (imminence, gravité et absence d'autre moyen). Soulignant que la « notion d'état de nécessité est [...] profondément enracinée dans la théorie générale du droit »<sup>154</sup>, la Cour a semble-t-il fait reposer sa décision sur des considérations de droit. Mais en réalité, son examen de la question était inextricablement lié à l'appréciation des informations scientifiques produites par les parties. La Cour a estimé que les périls invoqués n'étaient pas imminents. Elle a également souligné que la Hongrie aurait pu recourir à d'autres moyens pour faire face aux dangers qu'elle redoutait<sup>155</sup>.

56. Toutefois, la Cour a également ajouté que, « même s'il avait été établi qu'il existait [...] un état de nécessité [...], la Hongrie n'aurait pas été admise à s'en prévaloir pour justifier le manquement à ses obligations conventionnelles, car elle aurait contribué, par action ou omission, à sa survenance ». Elle a fait observer que « c'était en étant consciente de la situation telle qu'elle était alors connue que la Hongrie avait assumé ses obligations aux termes du traité » en 1977, puisque, « comme il ressort des éléments en possession de la Cour, de nombreuses études de nature scientifique et technique avaient auparavant été menées » par les deux parties. Elle semble par là répondre de manière générale aux arguments divergents des parties

<sup>147</sup> C.I.J. *Mémoires 1994, Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, mémoire de la Hongrie, vol. 1, par. 5.01 à 5.140 ; mémoire de la Slovaquie, vol. 1, par. 5.01 à 5.67.

<sup>148</sup> Ibid., contre-mémoire de la Hongrie, vol. 1, par. 1.03 ; ibid., vol. 2 (évaluation scientifique), 4 (annexes scientifiques et techniques) et 5 (cartes, figures, graphiques et photographies) ; contre-mémoire déposé par la Hongrie, vol. 1, par. 1.03 ; C.I.J. *Mémoires 1995, Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, réplique de la Hongrie, vol. 1, par. 14 à 18, et vol. 2 (réfutation scientifique).

<sup>149</sup> C.I.J. *Mémoires 1995, Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, réplique de la Hongrie, vol. 1, par. 21.

<sup>150</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p.7 et 39 à 41, par. 49 à 52.

<sup>151</sup> Ibid., par. 54.

<sup>152</sup> Ibid., par. 53.

<sup>153</sup> Ibid.

<sup>154</sup> Ibid., par. 50 (les italiques sont de nous).

<sup>155</sup> Ibid., par. 55.

sur la suffisance des études scientifiques menées avant la conclusion du traité de 1977<sup>156</sup>.

57. Il apparaît donc que la Cour a généralement donné raison à l'argument de la Slovaquie selon lequel l'évaluation scientifique de la Hongrie s'appuyait trop largement sur la notion d'incertitude et ne constituait qu'une prévision. Toutefois, la Cour n'a fourni aucune explication substantielle, spécifique ou technique. Dans cette affaire, les parties n'ont pas désigné d'experts devant être entendus et, malgré la nature extrêmement technique des questions soulevées, la Cour n'a pas nommé d'expert au titre de l'Article 50. Se prononçant sur la nécessité écologique, la Cour a d'abord souligné qu'il s'agissait d'une notion juridique plutôt que scientifique avant de déclarer expressément qu'il n'était pas nécessaire de déterminer lequel des points de vue des parties était scientifiquement le plus solide. En réalité, la Cour semble avoir fait sienne l'interprétation slovaque de la plupart des questions techniques et a jugé les arguments hongrois insuffisamment prouvés sans justifier elle-même son estimation du dommage écologique allégué.

#### **b) Affaire relative aux Usines de pâte à papier (2010)**

58. L'affaire des *Usines de pâtes à papier* a pour origine un différend entre l'Argentine et l'Uruguay concernant le fait que ce dernier pays ait autorisé la construction de deux usines de pâte à papier sur les rives du fleuve Uruguay, à la frontière entre les deux États. Par une requête adressée à la Cour en mai 2006, l'Argentine a fait valoir que l'Uruguay avait contrevenu au statut conclu entre eux en 1975, qui faisait obligation aux parties d'établir « les mécanismes communs nécessaires à l'utilisation rationnelle et optimale du fleuve »<sup>157</sup>. Sa demande reposait sur deux moyens : d'une part, une violation de l'obligation procédurale d'information et de consultation préalables ; d'autre part, une violation de l'obligation substantielle de prendre toutes mesures nécessaires pour préserver l'environnement et empêcher la pollution<sup>158</sup>. Cette dernière question touchait, entre autres domaines extrêmement techniques ou scientifiques, à l'étude de la qualité de l'eau, de l'effet des rejets d'effluents, des émissions atmosphériques, de la diversité biologique et de l'écosystème. Aucune des parties n'a désigné d'expert indépendant au titre de l'Article 51 du Statut. Au contraire, conformément à la pratique courante, elles ont toutes deux engagé des experts en qualité d'avocats ou, dans le cas argentin, de conseils et d'experts. En plus de procéder à l'échange de deux séries de pièces de procédure, les parties ont produit de nombreuses pièces factuelles ou scientifiques (notamment des rapports et des études établis par leurs experts) qui articulaient des prétentions et conclusions divergentes<sup>159</sup>. Toutes ces pièces ont été présentées de manière non contradictoire par les parties à l'appui de leurs arguments dans le cadre classique de leurs conclusions ou de leurs éléments de preuve.

#### **Conclusions des parties concernant les questions techniques**

59. Les arguments présentés dans les mémoires et plaidoiries font ressortir l'extrême technicité de l'affaire, laquelle soulevait des questions analogues aux arguments techniques présentés dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. L'Argentine soutenait essentiellement que l'Uruguay avait manqué à son obligation

<sup>156</sup> Ibid., par. 57.

<sup>157</sup> Statut du fleuve Uruguay (Argentine-Uruguay), adopté le 26 février 1975, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1295, n° 21425, p. 348, article premier.

<sup>158</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, requête introductive d'instance, par. 24 et 25 ; C.I.J. *Mémoires 2007, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mémoire de l'Argentine, vol. I, par. 5.2.

<sup>159</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 2010*, par. 165 et 166.

substantielle, qui était d'empêcher la pollution et de préserver la qualité des eaux du fleuve Uruguay et de son écosystème<sup>160</sup>. Elle invoquait à cet égard le chapitre X du statut de 1975, intitulé « Pollution », au titre duquel les parties s'obligeaient « à protéger et à préserver le milieu aquatique et, en particulier, à en empêcher la pollution »<sup>161</sup>. Dans le statut de 1975, le mot « pollution » était défini comme l'« introduction directe ou indirecte par l'homme de substances ou énergie nocives dans le milieu aquatique »<sup>162</sup>. Pour l'Argentine, ce terme s'entendait de tout rejet susceptible d'affecter la qualité des eaux et l'écosystème du fleuve, y compris sa diversité biologique. À la lumière de cette définition, elle faisait valoir que les rejets de l'usine Botnia étaient une forme de pollution et constituaient donc une violation de l'obligation d'empêcher la pollution<sup>163</sup>. Elle soutenait à cet égard que l'Uruguay n'avait mené aucune étude d'impact environnemental complète et objective sur les effets transfrontières de l'usine sur le milieu aquatique du fleuve et sur les zones touchées, et qu'il n'avait pas eu recours aux meilleures techniques disponibles pour empêcher la pollution<sup>164</sup>. Pour réfuter ces affirmations, l'Uruguay contestait la prémisse selon laquelle les rejets déversés dans le fleuve par l'usine Botnia étaient une forme de pollution, ce qui revenait à ôter tout fondement aux arguments soulevés par l'Argentine concernant l'utilisation des meilleures techniques disponibles, l'implantation de l'usine, le caractère adéquat des études d'impact sur l'environnement, la protection de la diversité biologique ou l'utilisation équitable et raisonnable des eaux du fleuve<sup>165</sup>. Il faisait valoir à cet égard que le statut de 1975 n'interdisait pas catégoriquement les rejets dans le fleuve et qu'au sens de cet instrument, les rejets ne sauraient être qualifiés de « pollution » qu'à partir d'un certain degré de gravité<sup>166</sup>. L'Uruguay soutenait enfin que l'Argentine n'avait pas prouvé, comme il lui incombait de le faire, que les rejets de l'usine de Botnia étaient susceptibles de nuire de manière notable au régime du fleuve ou à la qualité de ses eaux<sup>167</sup>.

60. Les parties ont fait valoir des arguments divergents sur les questions techniques et, dans bien des cas, les éléments de preuve produits étaient contradictoires. Sur ces questions, le cœur de l'affaire tenait au fait que les parties interprétaient différemment les études menées par la Société financière internationale de la Banque mondiale, principal élément produit par l'Uruguay. La Société avait approuvé un investissement de 170 millions de dollars dans l'usine Botnia sous réserve que celle-ci « ne cause aucun dommage à l'environnement »<sup>168</sup>. Pour étayer ses arguments, l'Uruguay avait produit, dans le cadre de son contre-mémoire, les conclusions d'une étude scientifique exhaustive menée par la Société sur l'usine Botnia (évaluation des effets cumulatifs)<sup>169</sup>. L'Argentine, réfutant les conclusions de cette étude sur tous les points techniques, soutenait que celle-ci ne constituait pas une base technique suffisante pour répondre aux préoccupations liées à l'impact environnemental de l'usine. Elle faisait également valoir que le critère retenu dans l'étude pour évaluer la qualité de l'eau, à savoir la dilution des rejets, était inadapté ; que l'incertitude concernant l'impact

<sup>160</sup> C.I.J. *Mémoires 2007, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mémoire de l'Argentine, vol. I., par. 5.3.

<sup>161</sup> Article 41 a).

<sup>162</sup> Article 40.

<sup>163</sup> C.I.J. *Mémoires 2007, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mémoire de l'Argentine, vol. I., par. 5.20 à 5.26.

<sup>164</sup> *Ibid.*, par. 5.54, 5.78 et 8.4.

<sup>165</sup> *Ibid.*, contre-mémoire de l'Uruguay, vol. I., par. 4.3.

<sup>166</sup> *Ibid.*, par. 4.12.

<sup>167</sup> *Ibid.*, par. 4.4.

<sup>168</sup> *Ibid.*, par. 5.1.

<sup>169</sup> *Ibid.* Voir également chap. 5 (« Les conclusions de la Société financière internationale et de ses experts indépendants »).

environnemental n'était pas prise en considération ; que les effets de l'inversion du courant était sous-estimés ; et que l'analyse de la qualité de l'eau après les rejets d'effluents était insuffisante<sup>170</sup>. Les deux parties ont continué de remettre vigoureusement en cause la crédibilité de leurs experts respectifs dans leurs réfutations et dans la deuxième série de pièces de procédure écrite<sup>171</sup>.

61. Un certain nombre de questions scientifiques extrêmement techniques ont donné lieu à contestation entre les parties<sup>172</sup>. Les questions soulevées étaient complexes, touchant en même temps aux sciences de l'atmosphère, à l'hydrologie, à la biogéochimie, à la zoologie, à l'écologie et à l'écotoxicologie<sup>173</sup>. Pendant la procédure orale, les deux parties ont contesté l'interprétation des données formulées par leurs experts respectifs intervenant non pas en qualité d'experts mais à titre de conseil<sup>174</sup>.

### Traitement des questions techniques par la Cour

62. Quoique semble-t-il pleinement consciente de la difficulté des questions techniques, la Cour a choisi de ne pas faire appel à l'assistance que son Statut et son Règlement l'autorisaient à solliciter. Concernant l'impartialité des experts, elle a souligné qu'elle « aurait trouvé plus utile que les Parties, au lieu de les inclure à ce titre dans leurs délégations respectives, les présentent en tant que témoins-experts » au titre des articles 57 et 64 du Règlement de la Cour<sup>175</sup>. Elle a en outre indiqué que les personnes déposant devant elle devraient le faire en qualité d'experts « afin de pouvoir répondre aux questions de la partie adverse ainsi qu'à celles de la Cour elle-même »<sup>176</sup>. Dans son opinion individuelle, le juge Greenwood, insistant fortement sur la différence entre les divers types d'experts, a estimé que « la distinction entre *déposition* d'un témoin ou expert et *plaidoyer* d'un conseil [était] indispensable au bon déroulement de la procédure contentieuse devant la Cour »<sup>177</sup>, ces personnes n'ayant pas les mêmes obligations vis-à-vis de la Cour. Il a ajouté que le fait de présenter son expertise devant la Cour sur des questions scientifiques en qualité de conseil ou d'expert-conseil « revenait à contourner » les dispositions du Règlement prévoyant que les experts entendus comme témoins soient interrogés par la partie adverse et par la Cour, et donc « à brouiller de manière inadmissible la distinction entre *déposition* et *plaidoyer* »<sup>178</sup>. Cette pratique ayant été « non seulement problématique pour la Cour mais encore injuste envers la Partie adverse », le juge

<sup>170</sup> Ibid., mémoire de l'Argentine, par. 7.208.

<sup>171</sup> Ibid., contre-mémoire de l'Uruguay, vol. I, chap. 6 (« L'opinion des experts désignés par les Parties »), par. 5.5 à 5.48 ; *C.I.J. Mémoires 2008, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, duplique de l'Uruguay, par. 1.2, 4.3 et 4.59.

<sup>172</sup> *C.I.J. Mémoires 2008, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, duplique de l'Uruguay, par. 4.88, 6.29 et 6.61 ; *ibid.*, réplique de l'Argentine, par. 3.8.

<sup>173</sup> Audience publique tenue le mercredi 16 septembre 2009, à 10 heures (disponible à l'adresse : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090916-ORA-01-00-BI.pdf>), p. 37, par. 1.

<sup>174</sup> Audience publique tenue le lundi 14 septembre 2009, à 10 heures (disponible à l'adresse : [www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090914-ORA-01-00-BI.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090914-ORA-01-00-BI.pdf)), p. 46, par. 23 ; audience publique tenue le jeudi 2 octobre 2009, à 15 heures (disponible à l'adresse : [www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20091002-ORA-01-00-BI.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20091002-ORA-01-00-BI.pdf)), p. 31, par. 43.

<sup>175</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14 et 72, par. 167.

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> Ibid., opinion individuelle du juge Greenwood, par. 27.

<sup>178</sup> Ibid., citant Arthur Watts, « Enhancing the effectiveness of procedures of international dispute settlement », in Jochen A. Frowein et Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, La Haye, Kluwer Law International, p. 29 et 30.

s'est dit « heureux que la Cour ait indiqué sans équivoque que cette pratique ne devait pas se répéter »<sup>179</sup>.

63. Pour ce qui est de l'impartialité de la Société financière internationale, la Cour, tout en prenant en considération les divergences d'opinion quant à la force probante de l'évaluation des effets cumulatifs, n'a pas estimé « nécessaire, pour statuer en l'espèce, de s'engager dans un débat général sur la valeur, la fiabilité et l'autorité relatives des documents et études élaborés par les experts et les consultants des Parties ». Elle a considéré qu'il lui suffisait de « garder à l'esprit [...] qu'il lui incomb[ait], au terme d'un examen attentif de l'ensemble des éléments soumis par les Parties, de déterminer quels faits [étaient] à prendre en considération, d'en apprécier la force probante et d'en tirer les conclusions appropriées ». Elle a alors conclu que, « fidèle à sa pratique, [elle] se prononcera[it] sur les faits, en se fondant sur les éléments de preuve qui lui [avaient] été présentés »<sup>180</sup>. Comme indiqué ci-dessus, ces éléments de preuve comprenaient des études factuelles exhaustives sur l'exploitation des usines à papier, études menées par les deux parties, qui interprétaient chacune les données différemment. La Cour a toutefois établi sa propre appréciation des faits sans tenir compte des arguments sur la validité des expertises. Concernant les interprétations divergentes des données présentées par les parties et leurs experts, la Cour s'est prononcée comme suit : « [L]orsqu'elle appréciera la valeur des éléments de preuve qui lui ont été soumis, la Cour [...] soupèsera et évaluera essentiellement les données elles-mêmes – et non les interprétations divergentes qu'en ont faites les Parties ou leurs experts et consultants »<sup>181</sup>. Dans son arrêt, concernant la violation de l'obligation substantielle, la Cour a rejeté presque toutes les prétentions principales de l'Argentine au motif qu'elles étaient insuffisamment étayées ou qu'elles n'avaient pas été prouvées, sans se prononcer sur la force probante des éléments de preuve produits par les deux parties<sup>182</sup>.

64. La question de la méthode suivie par la Cour pour évaluer les éléments techniques semble avoir profondément divisé les juges, plusieurs reprochant à la Cour de ne pas avoir usé de la faculté qui lui était accordée par l'Article 50 de demander une expertise indépendante<sup>183</sup>. Dans leur longue opinion dissidente commune, les juges Al-Khasawneh et Simma ont estimé que la Cour à elle seule n'était pas en mesure d'apprécier de manière adéquate des éléments scientifiques complexes<sup>184</sup> et qu'elle aurait dû soit nommer ses propres experts, soit à tout le moins inviter les parties à produire des moyens de preuve ou à donner des explications, comme elle avait le pouvoir de le faire<sup>185</sup>. Les deux juges ont expressément critiqué, au nom de la bonne administration de la justice, la pratique de la Cour consistant à faire appel à des « experts-fantômes », pratique dont l'adoption, dans des différends exceptionnellement techniques où l'appréciation des faits joue un rôle prépondérant comme celui de l'espèce, cantonnerait la Cour dans un rôle passif et la « priverait des avantages de transparence et d'équité procédurale [...] ainsi que de la capacité pour les Parties de commenter les éléments de preuve présentés [...] ou de l'aider à comprendre ces éléments »<sup>186</sup>. Ils ont conclu que le traitement réservé par la Cour

<sup>179</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, opinion individuelle du juge Greenwood, par. 28. Voir, *ibid.*, opinion dissidente commune aux juges Al-Khasawneh et Simma, par. 6 (une préoccupation similaire y est exprimée).

<sup>180</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 72 et 73, par. 168.

<sup>181</sup> *Ibid.*, par. 236.

<sup>182</sup> *Ibid.*, par. 178 à 264.

<sup>183</sup> *Ibid.*, opinion dissidente commune aux juges Al-Khasawneh et Simma, par. 2 ; *ibid.*, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 151 ; *ibid.*, déclaration du juge Yusuf, par. 1 et 6.

<sup>184</sup> *Ibid.*, opinion dissidente commune aux juges Al-Khasawneh et Simma, par. 3 et 4.

<sup>185</sup> *Ibid.*, par. 7 à 13.

<sup>186</sup> *Ibid.*, par. 14.

aux données scientifiques était « défectueux » et qu'en s'en tenant « à ses méthodes traditionnelles » et en « se priv[ant] délibérément de la capacité d'examiner pleinement les faits », elle n'avait pas su saisir une occasion de s'affirmer comme un organe auquel pouvaient être soumis des éléments de preuve scientifiques ou techniques<sup>187</sup>.

65. Le problème a trouvé une illustration durant les débats, lorsque certains juges ont cherché à clarifier certains points de fait<sup>188</sup>. À la fin du premier tour de plaidoiries de l'Argentine, le juge Simma a posé six questions : cinq aux deux parties et une à l'Uruguay<sup>189</sup>. Il s'agissait à chaque fois d'élucider des points purement techniques. Le juge Cançado Trindade a également indiqué dans son opinion individuelle que la Cour aurait dû faire appel au concours d'un expert sur le fondement de l'Article 50 pour établir suffisamment les faits<sup>190</sup>. Il a été rejoint sur ce point par le juge Yusuf, dont toute la déclaration portait sur cette question<sup>191</sup>. Une procédure contradictoire, dans le cadre de laquelle les parties auraient pu faire part de leurs observations sur les avis des experts, aurait donc permis à la Cour de mieux apprécier la pertinence et l'importance de ces avis. En outre, la désignation d'experts par la Cour aurait permis, d'une part, de renforcer la confiance des parties dans l'évaluation technique par la Cour des informations scientifiques qu'elles lui avaient soumises, et, d'autre part, de garantir la transparence<sup>192</sup>. Suivant l'usage établi, les parties ont fait appel à des conseils-experts et la Cour n'a pas désigné d'experts comme l'y autorisait l'Article 50 de son Statut. La méthode d'établissement des faits suivie dans cette affaire a incité plusieurs commentateurs à s'interroger sur l'aptitude de la Cour à traiter des éléments de preuve scientifiques, et nombre d'entre eux ont rejoint les juges qui ont critiqué le non-recours à des experts par la Cour<sup>193</sup>.

### c) **Affaire relative à la Chasse à la baleine (2014)**

66. L'affaire de la *Chasse à la baleine* présentait également une grande complexité factuelle et technique et faisait intervenir de très nombreux éléments de preuve scientifiques. La question principale était de savoir si la chasse à la baleine pratiquée par le Japon relevait de la « recherche scientifique » et s'il était nécessaire de recourir à une méthode létale pour atteindre les objectifs scientifiques visés. Contrairement à

<sup>187</sup> Ibid., par. 2, 3, 13 et 17.

<sup>188</sup> Juge Simma, audience publique tenue le jeudi 17 septembre 2009, à 10 heures (disponible à l'adresse : [www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090917-ORA-01-00-BI.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090917-ORA-01-00-BI.pdf)), p. 67 et 68 ; juge Bennouna, audience publique tenue le mardi 29 septembre 2009, à 10 heures (disponible à l'adresse : [www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090917-ORA-01-00-BI.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090917-ORA-01-00-BI.pdf)), p. 70.

<sup>189</sup> Audience publique tenue le jeudi 17 septembre 2009, à 10 heures (disponible à l'adresse : [www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090917-ORA-01-00-BI.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090917-ORA-01-00-BI.pdf)), p. 67 et 68.

<sup>190</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 148 à 151.

<sup>191</sup> Ibid., déclaration du juge Yusuf, par. 1 à 5.

<sup>192</sup> Ibid., par. 7. Voir également, ibid., opinion dissidente commune aux juges Al-Khasawneh et Simma, par. 13 et 14.

<sup>193</sup> Juan G. Sandouval Coustasse et Emily Sweeney-Samuels, « Adjudicating conflicts over resources: the ICJ's treatment of technical evidence in the Pulp Mills case », *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3, n° 1, 2011, p. 455 à 462 ; Cymie Payne, « Mastering the evidence: improving fact finding by international courts », *Environmental Law*, vol. 41, n° 4, 2011, p. 1191 à 1220 ; Michael J. McDermott, « International environmental disputes and the need for court-commissioned independent experts », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 34, E. Supp. 67, 2011, p. 67 à 80 ; Makane M. Mbengue, « International courts and tribunals as fact-finders: the case of scientific fact-finding in international adjudication », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, p. 72 à 76 ; Foster, « New clothes for the emperor ? Consultation of experts by the International Court of Justice » (voir *supra*, note 139), p. 140 à 146 et 164 à 172.

l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* et à l'affaire des *Usines de pâte à papier*, les deux parties en l'espèce ont cité des experts indépendants qui ont été entendus en audience publique. L'Australie a soutenu que le Japon, par sa pratique de la chasse à la baleine, violait les obligations qui lui incombait au titre de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, adoptée par la Commission baleinière internationale<sup>194</sup>. En application de cette convention, le Japon avait l'obligation de mettre un terme à toute activité de chasse à la baleine menée à des fins commerciales après 1986 (le « moratoire »)<sup>195</sup> et de cesser également de chasser la baleine à bosse et le rorqual commun dans le sanctuaire de l'océan Austral<sup>196</sup>. Néanmoins, juste après le début du moratoire, le Japon a lancé la première phase (jusqu'en 2005) et la seconde phase (à partir de 2005) de son Programme de recherche sur les baleines mené dans l'Antarctique au titre d'un permis spécial. Ce programme a permis au Japon de chasser la baleine sur le fondement de l'article VIII de la Convention, en vertu duquel les parties peuvent accorder à leurs ressortissants un permis spécial autorisant à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques. La seconde phase du programme prévoyait la capture de trois espèces de l'Antarctique, à savoir le petit rorqual, le rorqual commun et la baleine à bosse. Plusieurs milliers de tonnes de viande ont ainsi été produites chaque année dans le cadre de la chasse à la baleine dite scientifique menée par le Japon<sup>197</sup>.

#### Arguments des parties et désignation d'experts

67. Les arguments présentés par les parties témoignent du caractère éminemment technique de l'espèce. L'Australie a affirmé que la chasse à la baleine menée par le Japon dans le cadre de la seconde phase ne relevait pas de la « recherche scientifique » au sens de la Convention<sup>198</sup>. Pour le démontrer, elle a nommé un expert devant être entendu par la Cour qui a constaté : que la deuxième phase ne possédait pas la caractéristique d'un programme légitime de recherche scientifique au sens de l'article VIII, puisqu'il y était fait recours à des méthodes létales inutiles et inefficaces pour atteindre les objectifs annoncés ; que, de surcroît, la taille des échantillons y était fixée à un niveau sans précédent, sans justification scientifique et sans date limite ; qu'en outre, les éventuelles répercussions négatives sur les populations visées y étaient à peine prises en compte. Au vu des éléments qui précèdent, il a estimé que « l'éventualité que [la seconde phase] apporte des connaissances nouvelles en matière de conservation et de gestion des baleines [était] très faible, voire nulle »<sup>199</sup>. Sur le fondement de cette expertise, l'Australie a conclu que la chasse à la baleine entreprise par le Japon dans le cadre de la seconde phase correspondait à de la chasse commerciale interdite au sens de la Convention.

68. Dans son contre-mémoire, le Japon a objecté que l'Australie donnait une interprétation erronée des trois points suivants : l'interprétation de l'objet de la

<sup>194</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, requête introductive d'instance, p. 2 ; *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 161, n° 2124, p. 72.

<sup>195</sup> Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, article V 1) e) ; article 10 e) de l'Annexe.

<sup>196</sup> Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, article V 1) c) ; article 7 b) de l'Annexe.

<sup>197</sup> *C.I.J. Mémoires 2011, Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, mémoire de l'Australie, vol. I, par. 3.65.

<sup>198</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, requête introductive d'instance, p. 2, par. 11.

<sup>199</sup> *C.I.J. Mémoires, Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, mémoire de l'Australie, vol. I, appendice 2, Marc Mangel, Évaluation des programmes japonais de recherche scientifique sur les baleines dans l'Antarctique au titre d'un permis spécial (JARPA, JARPA II) en tant que programmes menés à des fins de recherche scientifique dans le cadre de la conservation et de la gestion des baleines, par. 5.22.

Convention ; le but, les méthodes et les résultats scientifiques de la seconde phase ; l'interprétation du terme « recherche scientifique » au sens de l'article VIII, qui constituait selon le Japon l'élément-clef de l'espèce<sup>200</sup>. Ce faisant, le Japon a soutenu que la seconde phase entraînait dans la définition de la « recherche scientifique » énoncée à l'article VIII. Contrairement à l'Australie, le Japon a formulé ces prétentions dans le corps de son mémoire. Il a soutenu que la seconde phase avait pour objet de recueillir des données scientifiques contribuant à « l'examen » et à « l'évaluation exhaustive » et qu'elle n'était donc pas dictée par des considérations économiques ou commerciales<sup>201</sup>. Pour ce qui est des méthodes employées dans le cadre de la seconde phase, le Japon a fait valoir que des méthodes létales et non létales étaient utilisées, le choix entre les deux dépendant non pas d'intérêts économiques, mais des données biologiques particulières recherchées en vue de réaliser les objectifs de recherche. S'agissant des méthodes létales, il a affirmé que les tailles d'échantillons étaient calculées de façon à correspondre au nombre minimum d'animaux requis pour obtenir les résultats statistiquement significatifs nécessaires à la réalisation des objectifs de recherche poursuivis, et en s'assurant que les échantillons létaux n'avaient pas d'effet nocif sur la situation des espèces ciblées<sup>202</sup>.

69. L'Australie a tenu particulièrement compte de l'affaire des *Usines de pâte à papier* pour ce qui est du traitement des rapports d'experts. Dans son mémoire, citant l'arrêt rendu dans l'affaire en question, elle a confirmé avoir pris toutes les mesures nécessaires pour que les auteurs des rapports présentés en annexe déposent devant la Cour en qualité d'experts, conformément à la démarche préconisée par la Cour dans l'affaire susmentionnée, selon laquelle l'expert doit déposer devant elle en tant que personne indépendante. L'Australie a finalement cité deux experts. Contrairement à l'Australie, le Japon n'a fait entendre qu'un expert par la Cour, lequel n'a cependant pas fourni de rapport dans le contre-mémoire.

70. Au cours de la procédure orale, les experts des deux parties ont été entendus. Ils ont d'abord été interrogés par la partie les ayant cités, puis ont été soumis au contre-interrogatoire de la partie adverse, avant enfin de répondre aux questions de la Cour. À l'exception de quelques arguments portant sur l'interprétation des textes conventionnels, presque tous les moyens présentés par les parties reposaient sur les conclusions de leurs experts respectifs. L'interrogatoire de ces derniers en audience publique était donc la phase la plus importante de la procédure. Preuve en a été faite notamment lors du contre-interrogatoire : l'un des débats les plus animés a porté sur la question de savoir si la taille des échantillons fixée durant la seconde phase pour les trois espèces de baleines était adéquate. Après avoir fait une déclaration, le seul expert cité par le Japon a été contre-interrogé par la partie adverse. En qualité d'expert en physiologie, il a déclaré, dans sa déposition, que les nombres fournis par les scientifiques japonais étaient « d'un ordre de grandeur correct » pour une bonne partie des questions scientifiques dès lors que l'objectif était d'obtenir des résultats clairs sur une période de six ans, et que, concernant les autres questions, les échantillons étaient « de toute évidence trop petits »<sup>203</sup>. Il a toutefois déclaré que « les scientifiques japonais n'[avaient] pas toujours fourni des explications complètement claires et transparentes sur la manière dont la taille des échantillons [avait] été calculée »<sup>204</sup>. Cet exemple montre comment l'avis donné par un expert lors d'un

<sup>200</sup> C.I.J. *Mémoires 2012*, contre-mémoire du Japon, p. 9 et 10, par. 25, p. 20 et 22, par. 59 à 61, et sur l'« élément-clef », p. 21, par. 61.

<sup>201</sup> Ibid., p. 13, par. 33, et p. 294, par. 5.139.

<sup>202</sup> Ibid., p. 13 et 14, par. 36.

<sup>203</sup> Lars Walløe, « Examen scientifique des questions soulevées par le mémoire de l'Australie et par ses deux appendices », exposé de l'expert cité par le Japon, p. 9. Disponible à l'adresse : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/148/17419.pdf>.

<sup>204</sup> Ibid., p. 10.

contre-interrogatoire peut influencer la décision de la Cour. En l'espèce, cet avis semble avoir eu une forte influence sur les délibérations des juges.

71. Dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, les juges ont posé un nombre de questions supérieur à la normale : le premier expert cité par l'Australie a dû répondre à 11 questions posées par 6 juges différents<sup>205</sup> et le second à 4 questions posées par 3 juges différents<sup>206</sup> ; quant au seul expert cité par le Japon, il s'est vu poser 14 questions par 6 juges différents<sup>207</sup>. Toutes ces questions visaient à éclairer les juges sur des points techniques et à déterminer, parmi les arguments et avis contradictoires, ce qu'il en était vraiment, notamment s'agissant de l'absence d'explication quant à la modification drastique de la taille des échantillons et du fait qu'il était plutôt rare pour les chercheurs dans ce domaine de recourir à des méthodes létales. En outre, cette phase s'est déroulée de façon interactive, les juges adaptant leurs questions aux réponses fournies par les experts. Autre fait notable, pour la première fois ou presque dans la pratique de la Cour, les juges ont été autorisés à poser des questions aux experts sans en informer préalablement le Président. Autoriser les juges à poser spontanément des questions était un fait nouveau dans la pratique de la Cour et contrastait avec l'article 61 3) de son Règlement, qui prévoit que le juge fasse connaître au Président son intention de poser des questions.

### Traitement des questions techniques par la Cour

72. Comme on peut aisément le conclure de ce qui précède, le contre-interrogatoire a eu une grande influence sur la décision de la Cour. Cette dernière a déclaré que la délivrance d'un permis spécial au titre de l'article VIII devait être interprétée à la lumière de l'objet de la convention ; qu'il n'était justifié de l'interpréter ni dans un sens restrictif, ni dans un sens extensif ; et que la question de savoir si la mise à mort, la capture et le traitement de baleines en vertu du permis spécial demandé poursuivaient des fins de recherche scientifique, ne pouvait dépendre simplement de la perception qu'en avait cet État<sup>208</sup>. La Cour a ensuite entrepris d'étudier le critère objectif de la recherche scientifique ainsi que les mots « en vue de » recherches scientifiques<sup>209</sup>. La Cour a observé que les experts cités par les parties ne s'entendaient pas sur les circonstances dans lesquelles se justifiait le recours à des méthodes létales en vue de recherches scientifiques, et a souligné qu'il convenait « de distinguer les conclusions qu'ils [avaient] rendues en tant que scientifiques de l'interprétation qu'il [convenait] de donner de la convention, tâche qui lui incomb[ait] »<sup>210</sup>. Dès lors, la Cour a de nouveau fait observer que la question relevait davantage de l'interprétation juridique que de l'analyse scientifique des faits.

73. Cependant, la Cour n'a pas directement examiné la définition de la notion de « recherche scientifique », mais a simplement déclaré que celle-ci ne devait pas nécessairement satisfaire aux quatre critères avancés par l'Australie, qui semblaient, pour l'essentiel, refléter ce que l'un des experts cités par cet État avait indiqué attendre d'un programme de recherche scientifique bien conçu, plutôt que constituer un moyen d'interpréter la notion telle qu'utilisée dans la Convention. Elle a considéré par conséquent qu'il n'était pas nécessaire d'établir d'autres critères ou de proposer

<sup>205</sup> Audience publique tenue le jeudi 27 juin 2013, à 10 heures (disponible à l'adresse : [www.icj-cij.org/docket/files/148/17396.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/148/17396.pdf)), p. 63 à 71.

<sup>206</sup> Audience publique tenue le jeudi 27 juin 2013, à 15 heures (disponible à l'adresse : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/148/148-20130627-ORA-02-01-BI.pdf>), p. 30 à 33.

<sup>207</sup> Audience publique tenue le mercredi 3 juillet 2013, à 15 heures (disponible à l'adresse : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/148/148-20130703-ORA-02-01-BI.pdf>), p. 49 à 59.

<sup>208</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 250 à 253, par. 55 à 61.

<sup>209</sup> Ibid., par. 67 à 72.

<sup>210</sup> Ibid., par. 82.

une définition générale de la notion de « recherche scientifique »<sup>211</sup>. Cependant, plus loin dans son arrêt, la Cour a finalement conclu en termes simples que les activités de la seconde phase impliquant le recours au prélèvement légal pouvaient être globalement qualifiées de « recherches scientifiques ». Elle est parvenue à cette conclusion après avoir observé que le plan de recherche de la seconde phase correspondait à quatre objectifs de recherche entrant dans le cadre des catégories de recherche définies par le comité scientifique<sup>212</sup>. Aussi, elle a jugé qu'il n'y avait pas lieu de donner une définition générale de la notion de « recherches scientifiques » et précisé qu'en examinant les éléments de preuve, elle « s'attacherait plus particulièrement à la question de savoir si les baleines mises à mort, capturées et traitées dans le cadre de [la seconde phase] l'étaient en vue de recherches scientifiques ».

74. D'autre part, pour ce qui était du critère relatif à l'expression « en vue de recherches scientifiques », la Cour a déclaré qu'il fallait déterminer le caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre du programme au regard des objectifs de recherche annoncés<sup>213</sup>. À la lumière de ce « critère d'examen », la Cour s'est ensuite employée à rechercher si la conception et la mise en œuvre de la seconde phase étaient « raisonnables » au regard des objectifs de recherche annoncés. La question la plus importante dans l'examen de ce point était l'ampleur des méthodes létales, qui était fonction de la taille des échantillons<sup>214</sup>. La Cour a consacré la majeure partie de la seconde moitié de son arrêt à cette question. En particulier, elle a analysé de près la taille des échantillons retenue pour chacune des trois espèces de baleines en question, en se référant aux déclarations faites par l'expert du Japon lors de la procédure orale<sup>215</sup>. La Cour a conclu que, pris dans leur ensemble, les éléments de preuve ne lui permettaient pas de conclure que la conception et la mise en œuvre de la seconde phase étaient raisonnables au regard de ses objectifs annoncés<sup>216</sup>.

75. Dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, les deux parties ont fait entendre des experts devant la Cour, qui les a interrogés activement. En outre, le contre-interrogatoire des experts a donné lieu à la révélation d'un point important sur lequel s'est en grande partie fondée la décision. Cependant, la Cour n'a là encore pas fait appel à ses propres experts. Par ailleurs, bien qu'elle ait tenu compte des conclusions des experts, elle n'a pas donné de définition générale de la notion de recherche scientifique, pas plus qu'elle n'a étudié les questions scientifiques complexes relatives à ce point. Au lieu de cela, soulignant qu'il s'agissait d'une question d'interprétation d'un terme juridique conventionnel, elle a rendu une décision succincte, selon laquelle l'échantillonnage légal employé dans le cadre de la seconde phase pouvait globalement être qualifié de recherche scientifique, et l'a distingué des activités menées « en vue de recherches scientifiques ». Cette partie du raisonnement a été critiquée par le juge Owada, qui a déclaré dans son opinion dissidente que la Cour avait fini par renoncer à définir ce qui constituait la « recherche scientifique », rejetant les critères avancés par l'expert de l'Australie. Le juge a ensuite ajouté que la distinction entre la « recherche scientifique » et les activités menées « en vue de recherches scientifiques » était « si artificielle qu'elle ne pouvait s'appliquer de manière réaliste à une situation concrète »<sup>217</sup>. Par son raisonnement sur

<sup>211</sup> Ibid., par. 86.

<sup>212</sup> Ibid., par. 127.

<sup>213</sup> Ibid., par. 97.

<sup>214</sup> Ibid., par. 145.

<sup>215</sup> Ibid., par. 159.

<sup>216</sup> Ibid., par. 182 à 198.

<sup>217</sup> Ibid., par. 86 ; et *ibid.* opinion dissidente du juge Owada, par. 23. Les juges Sebutinde (opinion individuelle, par. 7 à 9), Yusuf (opinion dissidente, par. 51) et Xue (opinion individuelle, par. 14 à 16) ont souscrit à l'opinion du juge Owada sur ce point.

ce point, la Cour a démontré, à tout le moins, sa réticence persistante à fonder sa décision sur l'examen technique des faits<sup>218</sup>.

76. En outre, l'emploi du « critère d'examen » et de la question du caractère raisonnable par la Cour a été remis en cause par certains juges. La juge Xue a indiqué dans son opinion individuelle qu'il « ressortait [...] que, pour procéder à l'examen requis, la Cour d[evait] s'en tenir aux aspects juridiques »<sup>219</sup> ; que, toutefois, la question de savoir si les activités réalisées dans le cadre de la seconde phase comportaient des recherches scientifiques était une question de fait plutôt que de droit et, dès lors, devrait faire l'objet d'un examen scientifique ; et qu'il « ne rev[enait] pas à la Cour de déterminer les aspects que doit ou ne doit pas présenter la recherche scientifique, non plus qu'il ne lui appart[enait] de déterminer quels types d'activités comportent des recherches scientifiques<sup>220</sup>. La juge Xue a ensuite observé qu'il n'était pas nécessaire que la Cour en vienne elle-même à la conclusion que les activités menées dans le cadre de la seconde phase puissent « être globalement qualifiées de "recherches scientifiques", et que la charge de la preuve aurait dû incomber à l'Australie. Dès lors, il aurait suffi à la Cour d'estimer, sur la base des éléments de preuve, que l'Australie n'avait pas prouvé que les activités menées dans le cadre de la seconde phase devaient satisfaire aux quatre critères que celle-ci avait mis en avant. Cette déclaration semble reprendre le principe selon lequel la Cour est maîtresse du droit et les parties maîtresses du fait, et ne laisse pas nécessairement entendre que la Cour devrait s'efforcer davantage d'examiner les faits. De la même façon, le critère du « caractère raisonnable » a également été remis en cause par le juge Owada. Ce dernier a estimé que, si dans son arrêt la Cour aborde « l'évaluation scientifique » à laquelle elle s'est livrée pour déterminer si plusieurs aspects fondamentaux des activités menées dans le cadre de la seconde phase étaient objectivement raisonnables, la question se posait de savoir si ce critère devrait être apprécié sous un angle juridique ou scientifique. Il a ajouté que, si l'on se plaçait dans une optique scientifique, la Cour n'était absolument pas en mesure d'établir si telles ou telles activités étaient objectivement raisonnables, d'un point de vue scientifique, « sauf à se livrer à un examen et à une évaluation technico-scientifique de la conception et de la mise en œuvre de [la première et la seconde phases] [...], ce qui n'[était] pas du tout de son ressort et dont elle [devait] se garder »<sup>221</sup>.

77. En évaluant elle-même des questions éminemment techniques sur la base des plaidoiries des parties, sans faire appel au concours de ses propres experts, la Cour s'est inévitablement exposée à ces critiques<sup>222</sup>. Il semble en effet qu'elle ait contourné la question de la définition générale de la notion de « recherche scientifique » en s'en tenant à une interprétation juridique. Cherchant à faire la distinction entre questions juridiques et scientifiques, elle a distingué l'expression « en vue de recherches scientifiques » et « recherche scientifique ». Toutefois, comme l'ont reproché certains juges, la Cour a bien procédé par elle-même à une évaluation de questions éminemment scientifiques dans le cadre de son interprétation du droit conventionnel, ce qui a suscité des doutes quant à l'objectivité réelle du « critère d'examen objectif »

<sup>218</sup> Lucas Carlos Lima affirme que la Cour a de nouveau renoncé à prendre position sur des éléments scientifiques contradictoires et n'a pas cherché à définir un critère général pour apprécier la force probante des expertises. Voir Lucas Carlos Lima, « The Evidential Weight of Experts before the ICJ : Reflections on the Whaling in the Antarctic Case », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, 2015, p. 621 à 635.

<sup>219</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 226, opinion individuelle de la juge Xue, par. 13.

<sup>220</sup> Ibid., par. 14.

<sup>221</sup> Ibid., opinion dissidente du juge Owada, par. 25.

<sup>222</sup> Ibid. L'opinion dissidente du juge Abraham démontre que, sur la base des mêmes éléments et des mêmes rapports et déclarations d'experts, un juge peut tirer une conclusion tout à fait différente. Ibid., opinion dissidente du juge Abraham, par. 44 à 48.

retenu, à savoir le « caractère raisonnable »<sup>223</sup>. La divergence d'opinions entre les juges tient peut-être en partie à leur formation juridique : la plupart des juges jouissant d'une formation en *common law* ont souscrit à l'évaluation par la Cour de l'expression « en vue de », ou ne l'ont pas contestée<sup>224</sup>. En tout état de cause, il convient de noter que la Cour s'est efforcée de prendre une part plus active, attentive et interactive pendant la procédure orale afin de mieux comprendre les questions factuelles techniques<sup>225</sup>.

**d) Affaire relative aux Épandages aériens d'herbicides (2013)**

78. Dans l'affaire des *Épandages aériens d'herbicides*<sup>226</sup>, l'Équateur affirmait que l'épandage aérien d'herbicides par la Colombie à proximité ou de l'autre côté de sa frontière, qui visait des cultures illicites de plantes servant à la fabrication de stupéfiants, avait déjà gravement porté atteinte aux populations et à l'environnement

<sup>223</sup> Sur le fait que la Cour s'est gardée de définir la notion de « recherche scientifique », voir Brendan Gogarty et Peter Lawrence, « The ICJ Whaling Case: science, transparency and the rule of law », *Journal of Law, Information and Science*, vol. 23, 2014, p. 134 à 160. L'approche adoptée par la Cour concernant le « critère d'examen » dans l'espèce a également suscité des débats en doctrine quant à l'objectivité de ce critère. Guillaume Gros analyse de façon détaillée l'application du critère d'examen dans l'espèce par rapport à la pratique de l'OMC : le fait que, devant une difficulté méthodologique majeure, la Cour n'ait pas cherché à définir la notion de « recherche scientifique » témoigne de la fragilité de sa démarche et jette le doute sur l'objectivité du critère d'examen (voir Guillaume Gros, « The ICJ's handling of science in the *Whaling in the Antarctic* case: A whale of a case? », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, n° 3, 2015, p. 578 à 620). Makane Moïse Mbengue et Rukmini Das affirment que, si dans l'espèce la définition de la « recherche scientifique » passait par l'interprétation de la Convention et l'examen des éléments scientifiques par les juges, la Cour aurait pu détailler davantage le « critère d'examen objectif » en empruntant la technique que l'OMC a mise au point à ce sujet pour distinguer le droit de la science (voir Makane Moïse Mbengue et Rukmini Das, « The ICJ's engagement with science: to interpret or not to interpret? », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, n° 3, 2015, p. 568 à 577). Dans son analyse approfondie du critère d'examen, Stephen Tully critique durement l'emploi de la notion par la Cour dans l'espèce : semblable à la notion de marge d'appréciation, cette méthodologie est un moyen de déférer à l'autonomie des États, ce qui rend l'analyse juridique confuse, le raisonnement de la Cour concernant le concept de « caractère raisonnable » étant loin d'aller de soi. L'auteur conclut que la Cour a ainsi nui à son propre pouvoir juridictionnel et que cette méthodologie ne devrait pas avoir d'effet à long terme sur le règlement des différends par la Cour (voir Stephen R. Tully, « Objective reasonableness as a standard for international judicial review », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, n° 3, 2015, p. 554 à 567 ; Enzo Cannizzaro, « Proportionality and margin of appreciation in the *Whaling* case: reconciling antithetical doctrines? », *European Journal of International Law*, vol. 27, n° 4, 2016, p. 1061 à 1069). Voir également *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 226, opinion dissidente du juge Owada, par. 29 à 40.

<sup>224</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 226, déclaration du juge Keith, par. 9 à 14 ; *ibid.*, opinion individuelle du juge Greenwood, par. 24 ; *ibid.*, opinion individuelle du juge Bhandari, par. 20 ; et *ibid.*, opinion individuelle de la juge ad hoc Charlesworth, par. 1.

<sup>225</sup> Pour un avis similaire, voir F. L. Bordin, « Procedural developments at the International Court of Justice », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 13, 2014, p. 223 à 260.

<sup>226</sup> Bien que la requête introductive de l'affaire des *Épandages aériens d'herbicides* ait été déposée à la Cour en 2008 (soit avant le début de l'affaire de la *Chasse à la baleine*), après trois tours de procédure écrite, l'ouverture de la procédure orale a été fixée au 30 septembre 2013, soit environ deux mois et demi après la clôture de la procédure orale dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*. Voir l'allocution prononcée par le juge Tomka, Président de la Cour internationale de Justice, au petit-déjeuner ministériel ayant pour thème « Les 100 ans du Palais de la Paix et les progrès réalisés dans le domaine du règlement pacifique des différends », New York, 25 septembre 2013 (disponible à l'adresse : <http://www.icj-cij.org/files/press-releases/7/18307.pdf>), p. 2.

équatorien<sup>227</sup>. Au vu des mémoires, comprenant des rapports techniques, et en application du paragraphe 1) de l'article 61 de son Règlement<sup>228</sup>, la Cour a présenté aux parties, de sa propre initiative, une liste de questions techniques avant la tenue de l'audience : il s'agissait de certains points d'ordre technique dont les parties étaient priées de s'expliquer en particulier au cours de la procédure orale<sup>229</sup>. La liste comprenait 13 questions, qui portaient toutes sur les éléments scientifiques relatifs au mélange d'herbicides et aux dégâts qu'il causait. Cet échange aurait pu amener la Cour à interroger utilement des experts, qui avaient été informés des points techniques spécifiques qu'elle souhaitait voir aborder. Cependant, le demandeur s'étant désisté de l'instance trois semaines avant le début de la procédure orale, les parties n'ont jamais été entendues par la Cour<sup>230</sup>.

79. Au sujet de l'affaire, l'ancien Président de la Cour, le juge Tomka, indiquant que les deux parties avaient produit une longue correspondance et un très grand nombre d'éléments reposant sur des faits complexes, des témoignages et des questions techniques, scientifiques ou spécialisées, a expliqué que la Cour avait investi une énergie considérable en vue de la procédure orale. Il a ajouté qu'il considérerait les affaires techniques telles que celles des *Usines de pâte à papier* et de la *Chasse à la baleine* comme étant « au carrefour du droit et de la science »<sup>231</sup>. À une autre occasion, il a souligné que les deux parties à l'affaire des *Épandages aériens d'herbicides* avaient reconnu qu'il leur aurait été difficile de parvenir à un accord sans l'intervention de la Cour, qui avait déjà investi une énergie considérable dans la préparation de l'affaire, « notamment pour traiter et évaluer le nombreux éléments de preuves et pour établir la procédure relative à la déposition des témoins ». Il a ensuite conclu que la méticulosité avec laquelle la Cour avait traité les faits, éléments de preuve et information hautement scientifiques et techniques dans les affaires de la *Chasse à la baleine* et des *Épandages aériens d'herbicides* démontrait que la Cour était un « organe judiciaire éminemment éduqué, sophistiqué et apte à traiter les affaires à caractère scientifique »<sup>232</sup>.

**e) Affaires relatives à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* et à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (2015)**

80. Ces affaires jointes avait trait à un projet de construction sur le fleuve San Juan, dont le bras méridional (le fleuve Colorado) coule exclusivement au Costa Rica et dont le bras septentrional traverse le Nicaragua, formant une frontière partielle sur sa rive droite<sup>233</sup>. Dans ces instances, plusieurs questions techniques majeures se sont

<sup>227</sup> *Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie)*, requête introductive d'instance, rôle général n° 138, *C.I.J. Recueil 2008*, par. 2.

<sup>228</sup> « La Cour peut, à tout moment avant ou durant les débats, indiquer les points ou les problèmes qu'elle voudrait voir spécialement étudier par les parties ou ceux qu'elle considère comme suffisamment discutés ».

<sup>229</sup> Lettre du 20 juin 2013, adressée aux Gouvernements de l'Équateur et de la Colombie. La Cour a toutefois souligné qu'elle ne demandait pas de documents ou d'éléments complémentaires.

<sup>230</sup> *Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie)*, ordonnance du 13 septembre 2013, *C.I.J. Recueil 2013*, p. 278 et 279 (radiation du rôle).

<sup>231</sup> Déclaration du juge Tomka, (voir *supra*, note 226), p. 2 ; voir également l'allocution prononcée par le juge Tomka, à la soixante-sixième session de la Commission du droit international le 22 juillet 2014 (disponible à l'adresse : <http://www.icj-cij.org/files/press-releases/5/18375.pdf>).

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>233</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 665 et 691, par. 56. Le différend relatif à l'étendue des droits de navigation du Costa Rica sur le fleuve San Juan avait été réglé par la Cour dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213.

posées. Dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*, la Cour a dû se prononcer sur : a) la question de savoir si, au cours de ses activités de dragage, le Nicaragua avait artificiellement percé un chenal dans le bas inférieur du fleuve sur le territoire costaricien ou s'il s'était borné à « dégager » un *caño* existant sur son territoire ; b) le point de savoir si le Nicaragua avait procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement pour évaluer les risques de dommages transfrontières avant de mener ses activités de dragage<sup>234</sup>. En l'affaire *Nicaragua c. Costa Rica*, la Cour a dû trancher : a) la question de savoir si le Costa Rica avait effectué une évaluation de l'impact sur l'environnement avant de construire une route longeant une partie de sa frontière avec le Nicaragua et le cours du fleuve ; b) le point de savoir si la construction avait entraîné des dommages importants au fleuve<sup>235</sup>.

81. Les parties ont désigné des experts indépendants et présenté des avis détaillés à la Cour. Cette dernière a précisé les modalités d'audition de ces experts. Elle a indiqué que le contre-interrogatoire se limiterait à la teneur de l'exposé ou des rapports antérieurs des experts ; que l'interrogatoire complémentaire se limiterait aux questions soulevées lors du contre-interrogatoire ; qu'il reviendrait aux parties de fixer le calendrier détaillé de l'audition des experts et que celles-ci étaient invitées à indiquer le temps qu'il conviendrait de consacrer au contre-interrogatoire de chaque expert<sup>236</sup>. Le Costa Rica a cité deux experts et le Nicaragua en a appelé cinq, qui ont été soumis au contre-interrogatoire de la partie adverse et ont répondu aux questions des juges. La Cour a posé de nombreuses questions tant pendant le premier tour de plaidoiries<sup>237</sup> que pendant le second<sup>238</sup>. Les questions des juges étaient détaillées et visaient toutes à éclaircir certains points, termes ou chiffres techniques de l'affaire ou à obtenir un complément d'information au sujet des points qui, de leur avis, n'étaient pas convaincants ou pas suffisamment étayés. Comme lors de l'affaire de la *Chasse à la baleine*, cette phase s'est déroulée de façon interactive, les juges adaptant leurs questions aux réponses données.

82. La Cour a traité tous les points techniques de façon concise dans son arrêt : elle a cherché à déterminer si les activités de dragage du Nicaragua risquaient d'entraîner un dommage transfrontière important. Ce faisant, la Cour a simplement indiqué qu'« après examen des éléments de preuve versés au dossier, y compris les rapports et exposés des experts que les deux Parties ont fait entendre », elle pouvait conclure que le programme de dragage n'était pas de nature à créer un risque de dommage transfrontière important et que le Nicaragua n'avait donc pas l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement<sup>239</sup>. La Cour a fondé sa décision sur une étude menée par le Nicaragua en 2006, sans évaluer aucun des contre-arguments

<sup>234</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p.665, P. 694, par. 63, et p. 705, par. 100.

<sup>235</sup> Ibid., par. 64, 146 et 174.

<sup>236</sup> Ibid., par. 34 et 37.

<sup>237</sup> Audience publique tenue le mardi 14 avril 2015, à 15 heures (disponible à l'adresse : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/150/150-20150414-ORA-02-01-BI.pdf>), p. 38 à 44 ; et audience publique tenue le vendredi 17 avril 2015, à 10 heures (disponible à l'adresse : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/150/150-20150417-ORA-02-01-BI.pdf>), p. 46 à 53.

<sup>238</sup> Quatre experts du Nicaragua ont comparu devant la Cour. Audience publique tenue le lundi 20 avril 2015, à 10 heures (disponible à l'adresse : [www.icj-cij.org/docket/files/152/18582.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18582.pdf)), p. 35 à 38 ; audience publique tenue le lundi 20 avril 2015, à 15 heures (disponible à l'adresse : [www.icj-cij.org/docket/files/152/18584.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18584.pdf)), p. 17 à 23 ; audience publique tenue le vendredi 24 avril 2015, à 10 heures (disponible à l'adresse : [www.icj-cij.org/docket/files/152/18594.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18594.pdf)), p. 18, 19, 51 à 53.

<sup>239</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 665 et 707, par. 105.

présentés par le Costa Rica. Pour retenir que la construction d'une route par le Costa Rica comportait un risque important de dommage transfrontière, la Cour a brièvement évalué la nature et l'ampleur du projet : le projet routier était d'envergure (160 km de long) ; la route se trouvait à proximité du fleuve ; la route devait traverser des sites protégés sous le régime de la Convention de Ramsar, ce qui accentuait les risques de dommages importants compte tenu de la fragilité particulière de l'environnement concerné<sup>240</sup>. Ce faisant, là encore, la Cour n'a pas évalué les contre-arguments opposés par les experts du Costa Rica.

83. En outre, la Cour a examiné un certain nombre de questions à caractère éminemment scientifique, comme la question de savoir si la construction de la route causait des dommages importants du fait de l'augmentation du nombre de sédiments rejetés dans le fleuve, portant ainsi atteinte à la morphologie du fleuve, à la qualité de son eau et à ses écosystèmes. Devant ces questions complexes, la Cour a déclaré : « Il incombe à la Cour, au terme d'un examen attentif de l'ensemble des éléments versés au dossier, d'en apprécier la valeur probante, de déterminer quels faits sont à prendre en considération et d'en tirer les conclusions qui s'imposent. Ainsi, fidèle à sa pratique, la Cour se prononcera sur les faits, en se fondant sur l'ensemble des éléments de preuve qui lui ont été présentés, puis appliquera les règles du droit international à ceux qu'elle aura jugés avérés » (citant l'affaire des *Usines de pâtes à papier*)<sup>241</sup>.

84. Dans cette affaire, la Cour a de nouveau fondé sa décision sur les conclusions des experts et les arguments des parties « non contestés ». Alors qu'elle n'était pas en mesure de se prononcer sur la crédibilité des conclusions des experts (sur l'apport sédimentaire total), que l'affaire avait un caractère éminemment technique et qu'une partie lui a présenté une demande en ce sens, la Cour n'a fait appel à aucun expert ou du moins n'en a pas nommé sur le fondement de l'Article 50. Néanmoins, la Cour a déployé d'importants efforts pour mieux comprendre les questions techniques et vérifier la crédibilité des exposés présentés par les experts durant les débats<sup>242</sup>.

85. Pour conclure cette section consacrée à la jurisprudence de la Cour internationale de justice sur la question qui nous occupe, on peut dire que, dans les affaires du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* et des *Usines de pâtes à papier*, la Cour a de façon générale traité les questions techniques selon une approche traditionnelle, tandis que, dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, les deux parties ont nommé des experts qui ont été entendus par la Cour. Il convient de noter que, dans le dernier cas, la Cour a pris conscience, davantage que dans le passé, de la nécessité d'aborder les faits techniques sous un certain angle, et entrepris à cet égard de participer plus activement à l'établissement des faits. Il faut souligner, cependant, que c'est précisément grâce à la procédure accusatoire (contre-interrogatoire) que la Cour a pu trancher les points techniques soulevés dans l'affaire de la *Chasse à la baleine* et non en appliquant la procédure inquisitoire. On peut constater que la Cour reste prudente dans sa démarche. Toutefois, dans les affaires récentes, la Cour a clairement pris une part plus active dans l'établissement des faits et ne s'est pas contentée de suivre la procédure accusatoire traditionnelle. Elle a établi une liste de questions détaillées sur des points techniques dans l'affaire des *Épandages aériens d'herbicides*. Dans les affaires jointes relatives au fleuve San Juan, bien qu'elle n'ait pas désigné ses propres experts, la Cour a poussé plus loin encore que dans l'affaire de la *Chasse à la baleine* l'interrogatoire des experts cités par les parties. Dans l'affaire la plus récente de délimitation maritime, la Cour a désigné ses propres experts. On constate donc clairement que, lentement et prudemment, la Cour change sa façon d'aborder l'examen des questions scientifiques et techniques.

<sup>240</sup> Ibid., par. 155.

<sup>241</sup> Ibid., par. 176.

<sup>242</sup> Ibid., par. 206.

## 2. Principes juridiques applicables à l'évaluation des données scientifiques<sup>243</sup>

86. Pour évaluer les données scientifiques, les juridictions internationales doivent tenir compte de certaines règles de droit, à savoir : a) le principe *non ultra petita* ; b) le principe *jura novit curia* ; c) le critère de la preuve. Ces règles sont exposées dans les développements ci-après.

### a) Le principe *non ultra petita*

87. Comme le prévoit l'Article 38 de son Statut, la Cour internationale de Justice a pour mission de « régler, conformément au droit international, les différends qui lui sont soumis »<sup>244</sup>. La Cour ne peut pas statuer au-delà des demandes des parties. Ce principe constant de la procédure judiciaire, également appelé *non ultra petita* (ne pas accorder plus que ce qui est demandé), est une règle généralement admise devant les juridictions internationales<sup>245</sup>. Les contraintes imposées par le principe *non ultra petita* influent sur la manière dont le juge traite les faits : il doit garder une attitude passive et tenir compte uniquement des déclarations et éléments factuels produits par les parties. Dès lors, en prenant en compte dans sa décision des faits ou éléments qui n'émaneraient pas des parties, le juge prend le risque d'aller au-delà de l'objet du différend ou des prétentions formées par les parties et ainsi de violer la règle *non ultra petita*. Il ressort de la pratique de la Cour que l'objet d'un différend est délimité non seulement par les moyens de droit mais également par les moyens de faits. En application du principe *non ultra petita*, la Cour ne peut fonder sa décision sur des faits qui n'ont été ni allégués ni soulevés par les parties.

88. Comme l'a souligné le juge Fitzmaurice, les faits que la Cour doit établir sont des faits « relatifs » ou « judiciaires » et non des faits « absolus »<sup>246</sup>. C'est là une caractéristique fondamentale de la procédure accusatoire, qui met l'accent sur ce qui ressort de la confrontation des parties au litige plutôt que sur la réalité exacte du conflit. Par conséquent, le principe *non ultra petita* incite la Cour à fonder sa décision sur les faits convenus entre les parties et à ne pas tenir compte des faits contestés. En ce sens, il contribue à la tendance qu'a la Cour d'éviter de prendre en considération, dans toute la mesure possible, les faits techniques contradictoires, pour, au contraire, privilégier les faits moins complexes et non contestés.

### b) Le principe *jura novit curia*

89. Il convient par ailleurs d'examiner le principe *jura novit curia* (le juge connaît le droit), qui est également constant en droit international<sup>247</sup>. Dans la pratique de la Cour internationale de Justice, cette règle signifie généralement qu'il appartient au juge, en première instance, de déterminer la règle de droit applicable aux faits établis, que cette règle soit ou non prouvée ou invoquée par l'une ou l'autre partie. Autrement dit, le droit est l'apanage de la Cour. Le principe *jura novit curia* met donc en avant le pouvoir général d'application et d'interprétation du droit dont dispose la Cour. Toutefois, concrètement, l'application et l'interprétation du droit suppose

<sup>243</sup> Nous remercions vivement Mariko Fukasaka, qui a établi la première version de cette section du présent rapport.

<sup>244</sup> Robert Kolb, « General principles of procedural law », in Andreas Zimmermann *et al.* (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 870 à 908.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 895. Voir également Mariko Kawano, « The role of judicial procedures in the process of the pacific settlement of international disputes », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 346, 2011, p. 70 à 80.

<sup>246</sup> Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 2, Cambridge, Grotius, 1986, p. 524 à 533.

<sup>247</sup> Le principe *jura novit curia* revient souvent dans le contexte de la détermination par la Cour du droit international coutumier applicable ainsi que dans celui de l'administration de la preuve.

intrinsèquement d'apprécier la valeur probante et la pertinence des faits et des éléments de preuve. Comme l'a constamment affirmé la Cour, son rôle est également d'apprécier la pertinence des faits et des éléments qui lui sont soumis pour dire le droit. À ce titre, le principe *jura novit curia* influe également sur la fonction d'établissement des faits qui incombe à la Cour. Sur ce fondement, la Cour doit donc « connaître » les faits au regard du droit. La raison tient au fait que, dans les affaires concrètes, la façon de qualifier juridiquement le litige est intimement liée à la façon de construire, de présenter et d'examiner les arguments de fait. Le principe *jura novit curia* impose donc à la Cour d'avoir une connaissance suffisante des questions techniques.

90. En conséquence, la règle *jura novit curia* pose des limites aux restrictions imposées par la règle *non ultra petita*. Dans son analyse des limites de cette règle, Gerald Fitzmaurice estime qu'en application du principe *jura novit curia*, le tribunal connaît et applique le droit, indépendamment des affirmations respectives des parties. Autrement dit, il fonde son raisonnement en fait et en droit, en tenant compte éventuellement d'éléments différents de ceux invoqués par les parties<sup>248</sup>. Cette règle peut donc permettre, voire imposer à la Cour d'examiner des points de fait qui n'ont pas été soulevés par les parties aux fins de la bonne application du droit international. Dans les affaires revêtant un caractère technique, un tel examen par la Cour peut bien souvent n'être effectué qu'avec l'aide d'experts.

91. Toutefois, il convient également de se demander « dans quelle mesure » le principe *jura novit curia* oblige effectivement la Cour à faire en sorte d'apprécier la pertinence des faits et la valeur probante des éléments de preuve présentés. Dans l'exercice de son pouvoir inhérent, la Cour tire ses propres conclusions après avoir évalué les faits techniques. Dans de nombreuses affaires, elle s'est abstenue d'examiner les questions techniques et est parvenue à une décision sans donner la moindre explication. En tant que telle, l'évaluation des faits, c'est-à-dire leur établissement et la détermination de leur force probante, tend à se fondre dans l'application et l'interprétation du droit et n'a qu'une fonction figurative et théorique. Ce problème est par ailleurs lié à la question plus fondamentale de savoir si les faits peuvent jamais être dissociés du droit.

92. Le problème tient au fait que le principe *jura novit curiae* repose intrinsèquement sur l'hypothèse que le fait et le droit sont dissociables par le juge. Par ailleurs, il arrive souvent que la Cour attribue un caractère juridique à certaines questions et s'accorde ainsi toute latitude pour les trancher. Pourtant, concrètement, dans le prétoire, la frontière entre le « fait » et le « droit » est souvent floue<sup>249</sup>. D'une manière générale, ce flou se présente sous deux aspects. Le premier concerne les faits techniques, comme l'illustre l'affaire de la *Chasse à la baleine*, à savoir par exemple l'appréciation du caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre de la seconde phase du programme de chasse à la baleine au regard des objectifs de recherche scientifique annoncés. Si le caractère raisonnable est une notion juridique, son interprétation et son application nécessitent de comprendre et d'évaluer des faits éminemment techniques. La frontière entre droit et fait devient particulièrement floue dans des affaires présentant un tel degré de technicité. Le second aspect découle de la difficulté générale qu'il y a à distinguer le fait du droit dans telle ou telle affaire. Tout fait invoqué par les parties l'est dans l'idée que telle ou telle règle de droit lui sera appliquée. En d'autres termes, un fait avancé par les parties devant la Cour ne peut

<sup>248</sup> Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (voir *supra*, note 246), p. 531.

<sup>249</sup> Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 42 à 49.

pas être un fait pur ou isolé ; il est censé avoir un certain effet juridique, qui déclenche l'application de la disposition de droit recherchée.

93. Après avoir fait le constat du flou qui sépare le fait du droit, on ne peut que s'interroger sur la portée de la règle *jura novit curiae* à la Cour. Car le champ d'application de cette règle se confond avec celui du droit qui est déterminé par les juges. La portée du droit définit également celle des faits, qu'on estime laissée dans une large mesure aux mains des parties. La question importante qui se pose ici, en droit, est celle de l'étendue du pouvoir d'appréciation dont dispose la Cour pour déterminer la pertinence et la valeur probante des éléments techniques. Autrement dit, dans quelle mesure la règle *jura novit curia* impose-t-elle à la Cour de comprendre véritablement les faits techniques ? Sur le plan du droit, la Cour a pour mission fondamentale d'apprécier les éléments de preuve. D'un autre côté, toutefois, précisément parce qu'il s'agit d'une question de droit, la Cour a en soi toute latitude pour apprécier les faits (autorité, valeur probante, poids, etc.) de la manière qui lui semble appropriée. Cette question est d'autant plus pertinente que la Cour s'est bien souvent concentrée sur les points de droit, évitant de s'attarder sur les questions techniques pour apprécier les faits du point de vue du droit. L'appréciation des questions factuelles techniques tend à se fondre dans le raisonnement juridique, sans que la Cour n'explique comment elle évalue concrètement les éléments techniques.

94. La question de la portée du droit se pose également lorsque la Cour apprécie des faits identiques de manière très différente des parties, remettant en cause le caractère suffisant des faits articulés par celles-ci. Le même dilemme peut également se produire lorsque la Cour applique une règle du droit qui n'a pas été invoquée par les parties, lesquelles doivent alors produire de nouveaux éléments factuels pour appuyer ou contester cette disposition appliquée de manière inattendue. Si l'ensemble de ces activités relèvent des strictes fonctions de dire le droit de la Cour, les faits correspondants pourraient alors également être traités par la Cour de la manière qui lui semble appropriée. Il est donc indispensable de déterminer le champ d'application du principe *jura novit curiae* pour comprendre la portée et les limites du rôle de la Cour dans l'établissement des faits. Caroline Foster a montré que, dans les affaires relatives à des incertitudes scientifiques portées devant les juridictions internationales, les questions de fait et de droit étaient souvent mélangées et que la distinction entre le fait et le droit n'était pas toujours nette<sup>250</sup>.

95. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour s'est efforcée de tirer les conclusions qui s'imposaient des éléments de preuve produits et de « se prononcer sur les faits » en y appliquant les règles correspondantes<sup>251</sup>. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a décrit comme suit la situation factuelle : « La Tchécoslovaquie a informé la Hongrie qu'elle se verrait contrainte de prendre des mesures unilatérales si cette dernière persistait dans son refus de reprendre les travaux »<sup>252</sup>. Cet énoncé, présenté comme la description d'une situation factuelle, est en réalité chargé d'éléments qui n'ont pu être formulés ou pensés que par un professionnel du droit. De même, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour a examiné les « éléments factuels et scientifiques » produits par les parties pour établir des faits allégués et pour lesquels la charge de la preuve, comme l'a confirmé la Cour, incombait aux parties. La Cour a ainsi estimé que « les éléments recueillis montr[ai]ent plutôt qu'aucun lien n'a[vait] pu être clairement établi entre

<sup>250</sup> Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 58 ; Foster, *Science and the Precautionary Principle* (voir *supra* note page 139), p. 137 à 148.

<sup>251</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 72 et 73, par. 168.

<sup>252</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 47, par. 61, et p.76, par. 133.

les effluents de l'usine Orion (Botnia) et les malformations des rotifères »<sup>253</sup> et que « les éléments versés au dossier n'établissaient pas clairement que des substances toxiques avaient été introduites dans le milieu aquatique en conséquence des rejets atmosphériques de l'usine Orion (Botnia) »<sup>254</sup>. Toutes ces expressions – « n'établissent pas clairement », « effluents », « malformations », « effets préjudiciables », « introduites dans », « milieu » et « rejets atmosphériques » – portent en elles le signe d'un certain effet juridique, d'autant plus qu'en l'espèce « effets préjudiciables » était un terme juridique mentionné dans un traité. Ces assertions ont des implications si lourdes sur le plan juridique qu'il est difficile de savoir précisément si la Cour établissait les faits ou expliquait les effets juridiques de cet établissement des faits.

96. Selon certains commentateurs, les questions scientifiques sont des questions mélangées de droit et de fait<sup>255</sup>, qu'il est difficile de ranger dans l'une ou l'autre catégorie. Dans la déclaration faite dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, le juge Yusuf a estimé que les experts avaient pour rôle d'élucider les faits et de vérifier la validité scientifique des méthodes utilisées pour établir certains faits ou recueillir des données, tandis qu'il appartenait à la Cour d'évaluer la force probante des faits<sup>256</sup>. Caroline Foster considère que la différence entre les rôles respectifs des juges et des experts réside dans la distinction entre le particulier et le général : les experts doivent apporter leurs lumières sur les questions scientifiques particulières à l'espèce, tandis que les juges doivent déterminer les effets à plus long terme de la manière d'interpréter et d'appliquer un terme juridique dans une affaire donnée<sup>257</sup>.

97. En s'appuyant sur la règle *jura novit curia*, la Cour peut en principe appliquer toute règle de droit aux faits et peut en théorie apprécier les éléments de preuve et tirer les conclusions qui lui paraissent appropriées (dès lors qu'elle se conforme à la règle *non ultra petita*). Ce sont là des questions juridiques. Compte tenu de sa fonction judiciaire et en application de la règle *jura novit curia*, la Cour doit suffisamment comprendre le sens de chaque fait technique en l'espèce, au même titre qu'un expert. C'est là aussi une question de droit. À cette fin, elle est invitée à solliciter le concours d'experts ou à demander aux parties de présenter des moyens de preuve ou des explications complémentaires. Là aussi, la Cour doit donner aux parties la possibilité de commenter les conclusions des experts ou tout élément ou avis nouveau produit par la partie adverse.

### c) Critère d'établissement de la preuve

98. Enfin, il peut être utile ici d'évoquer le critère d'établissement de la preuve, à l'aune duquel le juge détermine si la partie qui allègue certains faits est parvenue à en faire la preuve de façon satisfaisante<sup>258</sup>, autrement dit le degré de persuasion nécessaire<sup>259</sup>. La Cour a tendance à éviter de qualifier trop précisément le critère de la preuve, tout en y faisant parfois référence (souvent de façon peu cohérente, même dans une même affaire) en employant des expressions telles que « sans le moindre doute », « aucun doute raisonnable », « concluant », « suffisant », « sur la base des éléments disponibles » et

<sup>253</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 100, par. 262.

<sup>254</sup> Ibid., par. 264.

<sup>255</sup> Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (voir *supra*, note 250), p. 58 ; Foster, *Science and the Precautionary Principle* (voir *supra*, note 139), p. 137 à 148.

<sup>256</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, déclaration du juge Yusuf, par. 10.

<sup>257</sup> Foster, *Science and the Precautionary Principle* (voir *supra*, note 139), p. 145 à 147.

<sup>258</sup> Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues* (voir *supra*, note 249), p. 323.

<sup>259</sup> Kevin M. Clermont et Emily Sherwin, « A comparative view of standards of proof », *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, p. 244.

« clair et convaincant »<sup>260</sup>. Néanmoins, dans certaines affaires, elle a semble-t-il appliqué le critère de la « prépondérance des preuves »<sup>261</sup>. La prépondérance des preuves est une règle classique de *common law* appliquée en matière civile. Elle se distingue du critère utilisé dans le droit continental, qui impose un degré de probabilité beaucoup plus élevé en matière civile comme pénale, à savoir la preuve « au-delà de tout doute raisonnable »<sup>262</sup>. En application du critère de la prépondérance des preuves, le juge doit seulement rechercher quelle partie offre la preuve la plus convaincante et non déterminer si la preuve atteint un degré de probabilité déterminé. Dans les affaires présentant une grande complexité factuelle, la Cour a ainsi tendance à abaisser le degré de preuve exigé pour permettre aux juges de parvenir à une conclusion<sup>263</sup>.

99. Cette technique pourrait également être retenue par la Cour pour examiner les faits techniques. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, le juge Greenwood a estimé que l'espèce en question « [lui] sembl[ait] précisément être de celles qui appellent un critère d'établissement de la preuve moins strict », en raison de la nature même des différends relatifs à l'environnement. Il a expliqué que ces litiges n'avaient pas la même gravité que les affaires de génocide et que l'application d'un critère d'établissement de la preuve plus élevé aurait pour effet de placer un État dans la quasi-impossibilité de s'acquitter de la charge de la preuve. Il a estimé en conséquence que la partie à qui incombe la charge de la preuve n'était tenue d'établir les faits qu'« en termes de probabilité la plus forte (on parle parfois de “prééminence de la preuve”) »<sup>264</sup>.

100. Dans les affaires caractérisées par une grande complexité factuelle ou technique, la Cour peut donc aussi retenir, s'il y a lieu, un critère d'établissement de la preuve moins rigoureux et se contenter pour se prononcer d'apprécier le poids des différents éléments de preuve présentés par les parties. Grâce à cette méthode, même lorsqu'elle n'est pas convaincue par les éléments avancés par les parties, la Cour n'est pas tenue d'examiner les points de fait techniques pour parvenir à une conclusion. Ainsi, un critère d'établissement de la preuve moins rigide peut lui permettre d'éviter d'étudier les questions factuelles complexes. Elle peut d'ailleurs se montrer d'autant plus souple que les règles générales régissant l'administration de la preuve devant elle (recevabilité des moyens de preuve, inférences et présomptions, critère de la preuve) sont beaucoup moins développées que celles des juridictions nationales<sup>265</sup>. Les règles et les critères qu'elle applique en matière d'administration de la preuve étant moins définis et moins détaillés, la Cour dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour apprécier la pertinence et la valeur probante des éléments de preuve qui lui sont soumis.

<sup>260</sup> Riddell et Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (voir *supra* note 139), p. 126 à 137 ; Katherine Del Mar, « The International Court of Justice and standards of proof » in Karine Bannelier, Theodore Christakis et Sarah Heathcote (dir.), *The ICJ and the Evolution of International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, Abingdon, Routledge, 2012, p. 99 et 100.

<sup>261</sup> Par exemple, *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 587 et 588, par. 64 et 65.

<sup>262</sup> Clermont et Sherwin, « A comparative view of standards of proof » (voir *supra* note 259), p. 245 et 246.

<sup>263</sup> Del Mar, « The International Court of Justice and standards of proof » (voir *supra* note 260), p. 100 à 106 (où l'auteur indique que, la fonction judiciaire de la Cour dans les affaires de délimitation étant « déclarative », celle-ci applique un critère de la preuve relativement faible).

<sup>264</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, opinion individuelle du juge Greenwood, par. 26.

<sup>265</sup> Durward V. Sandifer, *Evidence Before International Tribunals*, éd. révisée, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975, p. 8 à 15 ; Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues* (voir *supra* note 249), p. 240 et 241, 325 et 326 ; Riddell et Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (voir *supra*, note 139), p. 2 à 4.

### 3. Jurisprudence d'autres juridictions

101. Dans la présente partie, nous examinons brièvement le traitement réservé aux faits scientifiques par d'autres juridictions à caractère permanent, comme le Tribunal International du droit de la mer et l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Les éventuelles procédures des juridictions régionales et des tribunaux d'arbitrage ad hoc ne sont pas étudiées ici.

102. L'article 289 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose ce qui suit : « Pour tout différend portant sur des questions scientifiques ou techniques, une cour ou un tribunal exerçant sa compétence en vertu de la présente section peut, à la demande d'une partie ou d'office, et en consultation avec les parties, choisir, de préférence sur la liste appropriée établie conformément à l'article 2 de l'annexe VIII, au moins deux experts scientifiques ou techniques qui siègent à la cour ou au tribunal sans droit de vote ». Dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, le Japon a soutenu, devant le tribunal arbitral établi en application de l'annexe VII de la Convention, que le différend était d'ordre scientifique et non juridique, arguant que seule l'exactitude de certaines prévisions et de certains jugements scientifiques était au cœur des débats. Le tribunal arbitral a fait observer que le différend ne se limitait pas à des questions d'ordre scientifique<sup>266</sup>. Ni le Tribunal ni les parties n'ont nommé d'experts dans cette affaire. En revanche, dans l'affaire de la *Mer de Chine méridionale*, le tribunal arbitral a très largement eu recours à ses propres experts. Conformément au paragraphe 1 de l'article 24 de son règlement de procédure, il a nommé un expert hydrographe et un expert des questions de sécurité de la navigation. Il a également nommé trois scientifiques spécialisés dans les questions relatives aux récifs coralliens, qui ont donné un avis indépendant sur l'impact des constructions chinoises sur les systèmes de récifs coralliens<sup>267</sup>. Sur le fondement de leurs rapports, le tribunal a conclu que, s'agissant de la protection et de la préservation du milieu marin en mer de Chine méridionale, les activités de mise en valeur des terres et de construction d'îles artificielles, d'installations et de structures avaient causé un dommage grave et irréparable à l'écosystème des récifs coralliens<sup>268</sup>.

103. Quant à l'Organe de règlement des différends de l'OMC, le paragraphe 2 de l'article 13 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends dispose qu'« [à] propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un

<sup>266</sup> *Affaire du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, sentence sur la compétence et la recevabilité, décision du 4 août 2000, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (n° de vente : E/F.04.V.15), p. 1 à 57, par. 40 a) et 65.

<sup>267</sup> Cour permanente d'arbitrage, *Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale (La République des Philippines c. La République populaire de Chine)*, sentence, affaire n° 2013-19, 12 juillet 2016, par. 58, 85, 88 et 90. Dans ce contexte, l'approche adoptée par le tribunal dans le différend opposant les Philippines à la Chine (qui n'a pas participé à la procédure) est riche d'enseignements : en application de l'article 9 de l'Annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, lorsqu'une des parties ne se présente pas, le tribunal doit vérifier que « la demande est fondée en fait et en droit », ce qui est très proche du libellé de l'Article 53 du Statut de la Cour internationale de Justice. Le tribunal a expliqué que cet article visait à équilibrer les risques de préjudice susceptible d'affecter l'une et l'autre partie en cas d'absence d'une d'entre elles. Il a fortement insisté sur sa volonté de garantir aux deux parties leur droit à un procès équitable, en prenant différentes mesures pour que toutes deux aient la possibilité de débattre de certains points précis, utiles à la prise de décision par le tribunal, et de traiter toute question dont le Tribunal estime qu'elle n'aurait pas été examinée ou alors de manière insuffisante, d'autant plus si l'on considère que les Philippines avaient fait part de leurs inquiétudes quant aux désavantages éventuels qu'elles auraient à subir en raison du refus de la Chine de participer à la procédure (ibid., par. 116 à 128).

<sup>268</sup> Dispositif B, paragraphe 13 a).

groupe consultatif d'experts ». En application de cette disposition, dans l'affaire des *Crevettes*, le groupe spécial de l'OMC a sélectionné cinq experts scientifiques<sup>269</sup> et les a consultés sur les questions relatives à la conservation des tortues de mer<sup>270</sup>. En outre, les groupes spéciaux de l'OMC nomment régulièrement des experts scientifiques dans le cadre de différends relevant de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, conformément au paragraphe 2 de l'article 11 du texte, aux termes duquel : « Dans un différend relevant du présent accord et qui soulève des questions scientifiques ou techniques, un groupe spécial devrait demander l'avis d'experts choisis par lui en consultation avec les parties au différend »<sup>271</sup>. Le paragraphe 2 de l'article 14 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce donne également la faculté aux groupes spéciaux d'« établir un groupe d'experts techniques qui [leur] fournira une assistance en ce qui concerne les problèmes d'ordre technique nécessitant un examen détaillé par des experts », « à la demande d'un Membre qui est partie à un différend, ou de sa propre initiative »<sup>272</sup>.

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

### **Projet de directive 12 : Règlement des différends**

**1. Les différends relatifs à la protection de l'atmosphère contre la pollution et la dégradation doivent être réglés par des moyens pacifiques, conformément au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, c'est-à-dire par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux.**

**2. Ces différends pouvant présenter une grande complexité factuelle et une dimension scientifique marquée, il convient de prendre dûment en compte les règles et procédures régissant, notamment, le recours aux experts en vue d'apprécier correctement les éléments scientifiques, lorsque ces différends doivent être réglés par voie arbitrale ou judiciaire. Ces experts peuvent être désignés par chaque partie et être contre-interrogés par la partie adverse. Ils peuvent également être nommés par la juridiction saisie du différend.**

**3. Lors du règlement judiciaire des différends relatifs à la protection de l'atmosphère, il peut être tenu compte du fait que la règle *jura novit curia* (le juge connaît le droit) s'applique non seulement au droit mais également au fait, ce qui suppose d'apprécier les éléments scientifiques, sous réserve de ne pas excéder les limites du différend conformément à la règle *non ultra petita* (ne pas accorder plus que ce qui est demandé).**

<sup>269</sup> OMC, rapport du groupe spécial, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R et Corr.1, adopté le 6 novembre 1998, par. 5.6. Nous remercions vivement Yuka Fukunaga de sa contribution à cette section du présent rapport.

<sup>270</sup> Ibid., par. 5.1.

<sup>271</sup> Voir, par exemple, OMC, rapport du Groupe spécial, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/R/USA, adopté le 13 février 1998, sect. VI, par. 8.5 à 8.9 ; OMC, rapport du Groupe spécial, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS48/R/CAN, adopté le 13 février 1998, sect. VI, par. 8.5 à 8.9. Voir également Yuka Fukunaga, « Experts in WTO and investment litigation », in Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti et Franz X. Stirnimann (dir.), *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, p.135 à 168, p. 142 à 150.

<sup>272</sup> Voir, par exemple, OMC, rapports du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R et WT/DS293/R, adoptés le 21 novembre 2006, par. 7.12 à 7.30.

## V. Conclusion

105. À ce jour, la Commission a adopté à titre provisoire des projets de directives énonçant certaines obligations ainsi que des recommandations dans le domaine de la protection de l'atmosphère. Dans le présent rapport, nous avons réaffirmé qu'il incombait logiquement et intrinsèquement aux États de mettre en œuvre de bonne foi ces obligations dans l'ordre interne. Nous avons observé que les mécanismes de contrôle adoptés dans le cadre des accords multilatéraux relatifs à l'environnement avaient vocation à aider les États à respecter leurs obligations. Nous avons également analysé la question du règlement des différends liés à la protection de l'atmosphère, qui présentent souvent une grande complexité factuelle et scientifique et pour lesquels les preuves scientifiques sont primordiales.

106. Nous espérons que la Commission pourra achever la première lecture des projets de directives en 2018 à la lumière de ce cinquième rapport et la deuxième lecture en 2020 sur la base de notre sixième rapport.

## Annexe I

### Projets de directives et de préambule sur la protection de l'atmosphère provisoirement adoptés par la Commission à ce jour

#### Préambule

[...]

*Conscients* que l'atmosphère est indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres,

*Ayant à l'esprit* que des substances polluantes et des substances de dégradation sont propagées et transportées dans l'atmosphère,

*Constatant* qu'il existe une étroite corrélation entre l'atmosphère et les océans,

*Reconnaissant* par conséquent que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique est une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale,

*Conscients* de la situation et des besoins particuliers des pays en développement,

*Conscients également*, surtout, de la situation particulière dans laquelle les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement se trouvent du fait de l'élévation du niveau de la mer,

*Constatant* qu'il convient de tenir pleinement compte du fait qu'il est dans l'intérêt des générations futures de préserver durablement la qualité de l'atmosphère,

*Rappelant* que les présentes directives ne doivent pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone et la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, et qu'elles ne visent pas non plus à « combler » les lacunes des régimes conventionnels actuels ni à compléter ceux-ci par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques.

[Ultérieurement, des alinéas pourront être ajoutés et l'ordre des alinéas pourra être modifié.]

[...]

#### Directive 1 : Définitions

Aux fins des présentes directives,

- a) On entend par « atmosphère » l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre ;
- b) On entend par « pollution atmosphérique » l'émission ou le rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances contribuant à des effets nocifs qui s'étendent au-delà de l'État d'origine et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre ;
- c) On entend par « dégradation atmosphérique » toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre.

### **Directive 2 : Champ d'application des directives**

1. Les présentes directives [contiennent des principes directeurs concernant] [traitent de] la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.
2. Les présentes directives ne traitent pas de questions relatives au principe du pollueur-payeur, au principe de précaution, aux responsabilités communes mais différenciées, à la responsabilité de l'État et de ses ressortissants et au transfert de fonds et de technologies, y compris les droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais sont aussi sans préjudice de ces questions.
3. Les présentes directives ne traitent pas de certaines substances, telles que le carbone noir, l'ozone troposphérique et d'autres substances à double impact, qui font l'objet de négociations interétatiques.
4. Rien dans les présentes directives ne remet en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international applicable ni les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation.

[Les différentes formulations proposées entre crochets seront examinées plus avant.]

### **Directive 3 : Obligation de protéger l'atmosphère**

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence dans l'adoption de mesures appropriées, conformément aux règles de droit international applicables, en vue de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

### **Directive 4 : Évaluation de l'impact sur l'environnement**

Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement des activités proposées relevant de leur juridiction ou contrôle qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important sur l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique.

### **Directive 5 : Utilisation durable de l'atmosphère**

1. Dans la mesure où l'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée, son utilisation devrait être entreprise de manière durable.
2. L'utilisation durable de l'atmosphère inclut le besoin de concilier développement économique et protection de l'atmosphère.

### **Directive 6 : Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère**

L'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable, en tenant compte des intérêts des générations présentes et futures.

### **Directive 7 : Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère**

Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère devraient être menées avec prudence et précaution, sous réserve de toute règle applicable de droit international.

**Directive 8 [5] : Coopération internationale**

1. Les États ont l'obligation de coopérer, selon qu'il convient, entre eux et avec les organisations internationales compétentes pour protéger l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.
2. Les États devraient coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Cette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.

**Directive 9 : Relation entre règles pertinentes**

1. Les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes, y compris, *inter alia*, les règles du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme, devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles, en conformité avec les principes de l'harmonisation et de l'intégration systémique et dans l'objectif d'éviter les conflits. Cela devrait être fait conformément aux règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, notamment à l'article 30 et au paragraphe 3 c) de l'article 31, ainsi qu'aux règles et principes du droit international coutumier.
2. Les États devraient, dans la mesure du possible, lorsqu'ils élaborent de nouvelles règles de droit international concernant la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, s'efforcer de le faire de manière harmonieuse.
3. Aux fins de l'application des paragraphes 1 et 2, les États devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques. Parmi ces groupes figurent, *inter alia*, les peuples autochtones, les populations des pays les moins avancés et les populations des zones côtières de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer.

## Annexe II

### Projets de directives proposés par le Rapporteur spécial dans le présent rapport

#### Projet de directive 10 : Mise en œuvre

1. Les États sont tenus de mettre en œuvre dans leur droit interne les obligations énoncées dans le présent projet de directives sur la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. La mise en œuvre dans l'ordre interne s'accomplit par les voies législative, administrative et judiciaire.
2. Le manquement à une obligation constitutif d'une violation engage la responsabilité de l'État en droit international si l'acte ou l'omission est imputable à cet État et que le dommage ou le risque est établi de façon claire et convaincante.
3. Les États devraient également mettre en œuvre de bonne foi les recommandations formulées dans le présent projet de directives.
4. L'application extraterritoriale de son droit interne par un État peut être autorisée lorsqu'elle est solidement fondée en droit international. Elle devrait être exercée avec soin, en tenant compte de la courtoisie entre les États concernés. Elle ne devrait en aucune circonstance être exercée par la contrainte.

#### Projet de directive 11 : Contrôle du respect

1. Les États sont tenus de respecter effectivement le droit international relatif à la protection de l'atmosphère, en se conformant aux règles et procédures prévues dans les accords environnementaux multilatéraux applicables.
2. En cas de non-respect, des approches axées sur la facilitation, l'exécution ou les deux peuvent être adoptées, selon qu'il convient.
3. Les mesures de facilitation consistent notamment à fournir une assistance aux États défaillants, de manière transparente, non accusatoire et non punitive, afin que ces États s'acquittent de leurs obligations internationales compte tenu de leurs capacités et de leurs circonstances particulières.
4. Les mesures d'exécution consistent notamment à mettre en garde contre une situation de non-respect, à supprimer les droits et privilèges que leur confèrent les accords environnementaux multilatéraux applicables ainsi qu'à imposer d'autres formes de sanctions. Ces mesures devraient avoir pour seul objectif de ramener les États défaillants à une situation de respect.

#### Projet de directive 12 : Règlement des différends

1. Les différends relatifs à la protection de l'atmosphère contre la pollution et la dégradation doivent être réglés par des moyens pacifiques conformément au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, c'est-à-dire par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux.
2. Ces différends pouvant présenter une grande complexité factuelle et une dimension scientifique marquée, il convient de prendre dûment en compte les règles et procédures régissant, notamment, le recours aux experts en vue d'apprécier correctement les éléments scientifiques, lorsque ces différends doivent être réglés par voie arbitrale ou judiciaire. Ces experts peuvent être

désignés par chaque partie et être contre-interrogés par la partie adverse. Ils peuvent également être désignés par la juridiction saisie du différend.

3. Lors du règlement judiciaire des différends relatifs à la protection de l'atmosphère, il peut être tenu compte du fait que la règle *jura novit curia* (le juge connaît le droit) s'applique non seulement au droit mais également au fait, ce qui suppose d'apprécier les éléments scientifiques, sous réserve de ne pas excéder les limites du différend conformément à la règle *non ultra petita* (ne pas accorder plus que ce qui est demandé).
-