



Assemblée générale

Distr. générale
25 février 2016
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-huitième session

Genève, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016

Troisième rapport sur la protection de l'atmosphère

Établi par Shinya Murase, Rapporteur spécial**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Obligation faite aux États de protéger l'atmosphère	6
A. Obligation de prévenir la pollution atmosphérique transfrontière	6
B. Devoir d'atténuation du risque de dégradation atmosphérique mondiale	18
III. Obligations d'utilisation durable et équitable de l'atmosphère	36
A. Utilisation durable de l'atmosphère	36
B. Utilisation équitable de l'atmosphère	41
C. Limites juridiques à la modification intentionnelle de l'atmosphère	49
IV. Conclusion	57
Annexe	
Projets de directives proposés par le Rapporteur spécial	58

* Nouveau tirage pour raisons techniques (3 juin 2016).

** Nous tenons à remercier les chercheurs : Charles Wharton, maître de conférences à la faculté de droit de l'Université Remnin; Masayuki Hiromi de l'Institut de droit comparé de l'Université Waseda; Deng Hua, doctorant à la faculté de droit de l'Université Remnin; Zhang Maoli, Gao Lihua, Wang Shan, Zhang Mengru, Ren Zhuoyao et Cheng Erquan de la faculté de droit de l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine pour le précieux concours qu'ils nous ont prêté.



I. Introduction

1. La Commission du droit international (CDI) était saisie à sa soixante-septième session en 2005 de notre deuxième rapport sur la protection de l'atmosphère [A/CN.4/681 et Corr.1 (chinois uniquement)] dans lequel nous proposons cinq projets de directives consacrés à l'emploi des termes, au champ d'application des directives, à la préoccupation commune de l'humanité, à l'obligation générale faite aux États de protéger l'atmosphère et à la coopération internationale.

2. La CDI a examiné notre deuxième rapport à ses 3244^e et 32249^e séances, tenues du 4 au 8 mai et le 12 mai 2015. Elle a également organisé le 7 mai 2015 une rencontre non officielle sous forme de dialogue avec des scientifiques que nous avons invités, rencontre dont les membres de la Commission ont dit tout l'intérêt¹.

3. La CDI a décidé de transmettre tous les projets de directives à son Comité de rédaction, à l'exception du projet 4 traitant de l'obligation générale faite aux États de protéger l'atmosphère, que nous n'avions pas souhaité voir renvoyer audit Comité. Elle a ainsi décidé également de consacrer le projet de directive 3 sur la préoccupation commune de l'humanité dans le préambule des projets de directives. Le Comité de rédaction a recommandé de retenir l'expression « préoccupation commune de l'humanité » en lieu et place de celle de « préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale », et l'a insérée telle quelle dans le préambule. Il a également recommandé à la Commission d'adopter les projets de directives 1, 2 et 5 sur l'emploi des termes (à savoir « atmosphère », « pollution atmosphérique » et « dégradation atmosphérique »), le champ d'application et la coopération internationale, respectivement. Cette dernière a provisoirement adopté le préambule et lesdits projets de directives, avec les commentaires y relatifs² à sa soixante-septième session.

¹ Lors de ce dialogue avec les scientifiques sur la protection de l'atmosphère que nous avons présidé, Øystein Hov (Président de la Commission des sciences de l'atmosphère, Organisation météorologique mondiale) a traité du thème « Aspects scientifiques de l'atmosphère : vue d'ensemble », Peringe Grennfelt (Président du Groupe de travail des effets, de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, Commission économique pour l'Europe) de celui sur « Le transport transcontinental des polluants et ses effets », Masa Nagai (Directeur adjoint de la Division du droit et des conventions relatifs à l'environnement du Programme des Nations Unies pour l'environnement) ayant évoqué « Les polluants atmosphériques qui affectent l'environnement mondial », Christian Blondin (Directeur du Cabinet et du Bureau des relations extérieures de l'Organisation météorologique mondiale) « Le rôle de l'atmosphère dans le climat mondial » et Jacqueline McGlade (Scientifique en chef et Directrice de la Division de l'alerte rapide et de l'évaluation du Programme des Nations Unies pour l'environnement) les questions de portée générale concernant la pollution atmosphérique et la dégradation de l'atmosphère. Alvena Karadjova (Secrétaire de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de la Commission économique pour l'Europe) ayant pour sa part parlé des conséquences économiques de la pollution atmosphérique transfrontière. Pour le résumé de cette réunion, voir le document du Programme des Nations Unies pour l'environnement : Charles Wharton, « UN ILC's Dialogue with Scientists on the protection of the atmosphere » disponible en anglais uniquement sur le lien suivant : www.unep.org/delc/Events/montevideo-events/tabid/1060317/Default.aspx.

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10)*, chap. V, par. 45 à 54.

Débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-dixième session

4. En novembre 2015, lors de la soixante-dixième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné notre deuxième rapport et l'évolution des travaux de la CDI sur le sujet. Les délégations se sont dans l'ensemble félicitées de ces travaux³ même si le sujet continuait d'inspirer quelque réserve à certaines délégations⁴. La plupart des délégations se sont félicitées de voir la CDI se rapprocher des spécialistes de l'atmosphère à l'occasion de ses travaux sur le sujet⁵.

5. La plupart des délégations ont convenu de remplacer la formule « préoccupation commune de l'humanité », que nous avons proposée par les mots « préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale » et de les insérer dans le préambule du projet⁶, encore que certaines préféreraient voir conserver le libellé originel⁷. Une délégation aurait souhaité voir invoquer en lieu et place de toute « préoccupation pressante » « la notion de *souci* [porteuse d'] un signal plus positif que l'utilisation de termes dénotant une vive inquiétude⁸. Certaines délégations se sont demandées s'il était judicieux de circonscrire la définition donnée de « pollution atmosphérique » à l'alinéa b) du projet de directive 1 aux activités ayant des effets transfrontières⁹. D'autres délégations ont douté de l'opportunité de supprimer le mot « énergie » de la définition, quand on sait que l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer vise expressément l'énergie comme cause de pollution¹⁰. Une délégation était favorable à l'évocation des effets nocifs significatifs sur les ressources biologiques à l'alinéa c) du projet de directive 1¹¹. Une autre délégation a également suggéré d'insérer

³ Finlande (au nom des pays nordiques), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, comptes rendus analytiques de séances, Sixième Commission, A/C.6/70/SR.17*, par. 36), Singapour (SR.17, par. 46), Italie (SR.17, par. 57), Bélarus (SR.17, par. 68) Autriche (SR.17, par. 81), Roumanie (SR.17, par. 102), Israël (SR.18, par. 4), États fédérés de Micronésie (SR.18, par. 11), Chine (SR.18, par. 17), Japon (SR.18, par. 25), Inde (SR.18, par. 29), République islamique d'Iran (SR.18, par. 32), Sri Lanka (SR.18, par. 40), El Salvador (SR.18, par. 47), Pologne (SR.18, par. 63), Thaïlande (SR.18, par. 67), Afrique du Sud (SR.18, par. 73), Viet Nam (SR.18, par. 78), République de Corée (SR.18, par. 81), Malaisie (SR.18, par. 10), Allemagne (SR.18, par. 12), Philippines (SR.19, par. 15), Portugal (SR.19, par. 24), Algérie (SR.19, par. 34), Argentine (SR.19, par. 42), France (SR.20, par. 15) et Hongrie (SR.21, par. 81).

⁴ République tchèque (A/C.6/70/SR.17, par. 93), Royaume-Uni (SR.18, par. 10), Fédération de Russie (SR.19, par. 5), États-Unis (SR.18, par. 18) et Slovaquie (SR.19, par. 31).

⁵ Finlande (au nom des pays nordiques) (A/C.6/70/SR.17, par. 36), Singapour (SR.17, par. 46) et Bélarus (SR.17, par. 68). Par exemple, l'Autriche s'est félicitée du « dialogue que la Commission a organisé avec des scientifiques, et qui a permis de mieux comprendre les phénomènes physiques complexes en cause » (SR.17, par. 81). Mais selon une délégation un tel dialogue « risque de donner lieu à des conclusions trompeuses, notamment dans le cas où de nombreux éléments importants sont définis par la physique et d'autres sciences naturelles et non par le droit. » (Slovaquie, SR.19, par. 31).

⁶ Finlande (au nom des pays nordiques) (A/C.6/70/SR.17, par. 36), Singapour (SR.17, par. 46), Israël (SR.18, par. 4), Chine (SR.18, par. 18), Japon (SR.18, par. 25), Sri Lanka (SR.18, par. 41), Pologne (SR.18, par. 63), République de Corée (SR.18, par. 81) et France (SR.20, par. 15).

⁷ États fédérés de Micronésie (A/C.6/70/SR.18, par. 13 à 15), Allemagne (SR.19, par. 12) et Portugal (SR.19, par. 24).

⁸ Bélarus (A/C.6/70/SR.17, par. 20).

⁹ Finlande (au nom des pays nordiques) (A/C.6/70/SR.17, par. 37), Autriche (SR.17, par. 81) et Pologne (SR.18, par. 64).

¹⁰ Autriche (A/C.6/70/SR.17, par. 82) et Pologne (SR.18, par. 64).

¹¹ Roumanie (A/C.6/70/SR.17, par. 102).

l'adverbe « mondiales » à la suite de l'expression « conditions atmosphériques » dans la définition donnée de la « dégradation atmosphérique » à l'alinéa c) de la directive 1, l'idée étant « [de préciser] que la dégradation atmosphérique visée consiste en une altération des conditions atmosphériques telle que les effets nocifs s'en font sentir dans le monde entier »¹².

6. Les délégations se sont dans l'ensemble félicitées de ce que le projet de directive 2 délimite clairement le champ d'application des directives¹³ même si de l'avis d'une délégation serait « plus utile et judicieux de prévoir une clause dite « sans préjudice » que d'exclure certaines substances du champ d'application du projet de directive »¹⁴. À cet égard, une délégation a estimé que « la plupart des problèmes sanitaires [étant] causés par les particules, notamment le carbone noir, et par l'ozone troposphérique, [il faudrait également englober] ces polluants dans le champ d'application du projet de directives », ajoutant qu' « on pourrait envisager d'en élargir la portée et voire d'élaborer une nouvelle convention mondiale consacrée à la pollution atmosphérique »¹⁵. En ce qui concerne les conditions fixées par la CDI en 2013¹⁶, une délégation a estimé que n'ayant pas de raison d'être l'évocation de négociations politiques devait être supprimée du projet de directive 2 et du commentaire introductif¹⁷. Une autre délégation s'est interrogée sur le bien-fondé de la double négation « ne traite pas de » suivie des mots « mais est aussi sans préjudice » dans le projet de directive en question¹⁸.

7. Les délégations ont dans l'ensemble souscrit au texte du projet de directive 5 sur la coopération internationale, y compris la formule « selon qu'il convient »¹⁹ même si certaines d'entre elles ont jugé qu'il conviendrait de revoir la formule en question²⁰. Le trouvant par trop restreint certains États ont souhaité voir étendre le champ d'application de la coopération dans le projet de directive 5²¹ au-delà des connaissances scientifiques, à « d'autres domaines, tels que les institutions de réglementation et les opérations et communications internationales d'urgence », ainsi qu'à « la promotion de la coopération technique, par exemple l'échange de données d'expérience et le renforcement des capacités »²². On a exprimé l'avis que l'on pourrait reprendre les dispositions des projets d'articles pertinents de la CDI sur la prévention des dommages transfrontières²³.

¹² Chine (A/C.6/70/SR.18, par. 18).

¹³ Italie (A/C.6/70/SR.17, par. 57), Chine (SR.18, par. 17), Pologne (SR.18, par. 65) et République de Corée (SR.18, par. 83).

¹⁴ République islamique d'Iran (A/C.6/70/SR.18, par. 32).

¹⁵ Hongrie (A/C.6/70/SR.21, par. 81 et 82).

¹⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, chapitre XII, par. 168.

¹⁷ El Salvador (A/C.6/70/SR.18, par. 49).

¹⁸ Philippines (A/C.6/70/SR.19, par. 15).

¹⁹ Finlande (au nom des pays nordiques) (A/C.6/70/SR.17, par. 38) et Sri Lanka (SR.18, par. 41). Le Singapour a également souligné que le principe de « bonne foi » devrait trouver une place dans le commentaire (SR.17, par. 48).

²⁰ Par exemple, le Bélarus (A/C.6/70/SR.17, par. 72).

²¹ Par exemple, El Salvador (A/C.6/70/SR.18, par. 48).

²² Singapour (A/C.6/70/SR.17, par. 50). D'autres États se sont exprimés dans ce sens : République islamique d'Iran (SR.18, par. 35), Malaisie (SR.19, par. 11) et Algérie (SR.19, par. 34).

²³ Fédération de Russie (A/C.6/70/SR.19, par. 7).

Informations émanant des États Membres

8. Au chapitre III de son rapport sur les travaux de sa soixante-septième session, la CDI a exprimé le souhait de recevoir toutes informations dignes d'intérêt concernant le sujet²⁴. Singapour lui communiquera le 30 janvier 2016 des informations sur sa législation interne en la matière²⁵.

Faits nouveaux

9. Tenu en réunion plénière de l'Assemblée générale du 25 au 27 septembre 2015 à New York, le Sommet des Nations Unies consacré à l'adoption du programme de développement pour l'après-2015 a adopté officiellement le Programme de développement durable à l'horizon 2030²⁶ qui, censé, guider la marche de la communauté internationale ces 15 prochaines années, engage tous les pays à prendre des mesures pour le bien commun dans cinq domaines essentiels : l'humanité, la planète, la prospérité, la paix et les partenariats. Le Sommet a été l'occasion pour les chefs d'État et de gouvernement de se féliciter du Programme de développement durable à l'horizon 2030, texte de rupture, inclusif, à vocation universelle destiné à l'ensemble des pays et des parties prenantes, adossé à la devise : ne laisser personne de côté²⁷. Le Programme qui s'articule en 17 objectifs de développement durable et 169 cibles connexes²⁸, embrassant toute une série de questions intégrées et indissociables, dont la lutte contre les changements climatiques, vient remplacer les objectifs du Millénaire pour le développement²⁹.

10. À sa vingt et unième session, tenue à Paris du 30 novembre au 12 décembre 2015, la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques³⁰ a adopté, sans objection de la part des 196 parties, l'Accord de Paris sous l'empire de la Convention³¹, qui ouvre un nouveau chapitre pour l'humanité dans la lutte contre les changements climatiques après 2020. Conscientes que « les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière »³², les parties à la Convention traiteront dans l'Accord de Paris de questions comme l'atténuation des effets des changements climatiques, l'adaptation à ces effets, les pertes et préjudices liés à ces effets, le financement, la mise au point et le transfert de technologies, le renforcement des capacités, et la transparence des mesures et de l'appui. L'Accord de Paris a pour but de « contenir

²⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10* (A/70/10), par. 24.

²⁵ « Informations relatives à la législation nationale de Singapour : Loi sur la brume sèche de pollution transfrontalière de 2014 » Loi visée au paragraphe 34 et à la note de bas de page 96 du présent document.

²⁶ A/RES/70/1.

²⁷ Voir la vue d'ensemble du document « Informal Summary on United Nations Summit on Sustainable Development 2015 » disponible en anglais uniquement sur le lien suivant : <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/8521Informal%20Summary%20-%20UN%20Summit%20on%20Sustainable%20Development%202015.pdf>. Voir Birgit Lode *et al.*, « Clean Air for All? Air Quality in the 2030 Agenda, and in International Law », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 25, n° 2 (à paraître en 2016).

²⁸ Résolution 70/1 de l'Assemblée générale, par. 59. Voir également par. 12, 31, 49 et 73.

²⁹ Résolution 55/2 de l'Assemblée générale.

³⁰ Consulter http://unfccc.int/portal_francophone/items/3072.php.

³¹ FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1.

³² *Ibid.*, annexe, préambule.

l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et de poursuivre l'action menée pour limiter l'élévation des températures à 1,5 °C » (alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 2)³³. On retiendra qu'à la suite de la plateforme de Durban pour une action renforcée, l'Accord de Paris fait obligation à « toutes les parties » d'honorer les engagements qu'elles y ont souscrits (art. 3).

Objet du présent rapport

11. À la suite de nos deux précédents rapports, nous nous proposons d'envisager dans le présent rapport (notre troisième), plusieurs questions clefs qui intéressent le sujet à savoir, l'obligation faite aux États de prévenir la pollution atmosphérique transfrontière et d'atténuer la dégradation de l'atmosphère planétaire I et les impératifs de diligence et d'étude d'impact sur l'environnement (voir infra sect. II, ainsi que le principe d'utilisation durable et équitable de l'atmosphère et les restrictions d'ordre juridique mises à certaines activités tendant à modifier intentionnellement l'atmosphère (voir infra sect. III).

II. Obligation faite aux États de protéger l'atmosphère

A. Obligation de prévenir la pollution atmosphérique transfrontière

12. Nous avons proposé dans notre deuxième rapport (A/CN.4/681) en 2015 le projet de directive 4 sur l'obligation générale faite aux États de protéger l'atmosphère, d'où il résulte clairement que les « États ont l'obligation de protéger l'atmosphère », ce libellé étant calqué sur l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui porte que « les États ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin »³⁴. Le débat suscité au sein de la CDI³⁵ et à la Sixième Commission³⁶ par le parti que nous pris de qualifier cette obligation d'« obligation *erga omnes* » n'est pas tranché. Le texte de projet de directive auquel ont souscrit

³³ Ibid., annexe, alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 2.

³⁴ Voir A/CN.4/681, par. 41 à 59.

³⁵ Des critiques ont été émises par Murphy (A/CN.4/SR.3246), Hassouna (SR.3247), Kittichaisaree (SR.3247) et McRae (SR.3248), et Maina Peter a déclaré qu'il « pouvait accepter la proposition du Rapporteur spécial, qui est plus susceptible de susciter une large adhésion », notant qu'« à partir du moment où l'atmosphère est considérée comme une préoccupation commune de l'humanité, tous les États sont tenus de la protéger. Par ailleurs, la nature même de l'atmosphère, qui est constamment en mouvement autour de la terre, exige que l'on respecte cette obligation. » (SR.3247). Nolte n'était pas convaincu que les « développements théoriques relatifs à la nature des obligations *erga omnes* soient vraiment utiles » et craignait même « qu'ils aillent trop loin » (SR.3246).

³⁶ Les États fédérés de Micronésie soutiennent « une déclaration normative qui impose des obligations *erga omnes* » (SR.18, par. 15). La République islamique d'Iran a appelé l'attention sur la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer qui « illustre un mécanisme susceptible d'être repris aux fins de la protection de l'atmosphère », citant l'avis consultatif du 1^{er} février 2011 concernant les responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, qui faisait référence au caractère *erga omnes* des obligations aux termes de l'article 137 de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (SR.18, par. 34).

certaines membres de la CDI³⁷, a été critiqué par d'autres comme étant de portée « trop illimitée et générale »³⁸. Pour répondre à cette critique, nous proposons de distinguer ici entre deux dimensions de la protection de l'atmosphère, l'une concernant la pollution atmosphérique transfrontière et l'autre la dégradation atmosphérique au niveau planétaire suivant en cela les définitions résultant des paragraphes 2 et 3 du projet de directive 1 adoptées provisoirement par la CDI.

13. La maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas* (use de ton propre bien de manière à ne pas porter préjudice au bien d'autrui) s'est imposée dans les relations entre États comme principe voulant que le droit souverain qui appartient à tout État d'utiliser son territoire est circonscrit par l'obligation à lui faite de ne pas causer de dommage au territoire ou dans le territoire de tout autre État³⁹. Cette maxime est à l'origine de ladite « règle de ne pas causer de dommage », interdiction faite de causer des dommages transfrontières par suite de pollution atmosphérique, notamment à la suite de la célèbre affaire de la Fonderie de *Trail* (1938-41), à l'occasion de laquelle le tribunal arbitral confirmera l'existence de cette règle en droit international, en ces termes :

« [...] 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 »⁴⁰.

14. L'affaire de la Fonderie de *Trail* était un type classique de différend né d'une pollution atmosphérique transfrontière, la cause et les effets des dommages étant alors suffisamment identifiables. On invoque souvent cette jurisprudence à l'appui de la thèse qu'en droit international, l'État a pour devoir de veiller que toutes activités menées en tout territoire relevant de sa juridiction et de son contrôle ne causent pas de dommage transfrontière dès lors que le préjudice est prévisible et établi « de façon claire et convaincante »⁴¹. On considère ainsi que le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* a valeur de règle du droit international coutumier, applicable aux rapports entre tel État et tel autre « État adjacent » avec lequel il a une frontière territoriale commune. Cette règle sera consacrée dans le principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de 1972 (Déclaration de Stockholm)⁴², puis de nouveau, sous une forme légèrement

³⁷ Nolte (A/CN.4/SR.3246), Hmoud (SR.3247), Comissario-Afonso (SR.3247), Peter (SR.3247), Candiotti (SR. 3248) et Vasquez-Bermudez (SR.3248).

³⁸ Park (A/CN.4/SR.3244), Murphy (SR.3246), Wood (SR.3247), Hassona (SR3247), Kittichasaree (SR.3247), Sturma (SR.3247), Petric (SR.3247), Jacobsson (SR.3248), Escobar-Hernandez (SR.3248) et McRae (SR.3248).

³⁹ Jutta Brunnée, « Sic utere tuo ut alienum non laedas », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, (Oxford; Oxford University Press, 2012), p. 188.

⁴⁰ *Organisation des Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1907 (Sentence de 1941), à 1965; voir A/CN.4/667, par. 43. Voir également A.K. Kuhn, « The Trail Smelter Arbitration, United States and Canada » *American Journal of International Law*, vol. 32, (1938), p. 785 à 788; *Ibid.*, vol. 35, (1941), p. 665 à 666; J. Read, « The Trail Smelter Dispute » *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1, (1963), p. 213 à 229.

⁴¹ Recueil, *ibid.*, p. 1965.

⁴² Adoptée à Stockholm le 16 juin 1972, voir le *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (A/CONF.48/14/Rev.1), partie 1, chap. 1. Voir Louis B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment » *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), p. 485 à 493.

modifiée, dans le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992⁴³. Lesdites déclarations, qui font aux États obligation de « faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale » (non souligné dans le texte original), sont venues étendre la portée de ce principe aux relations de causes à effets transfrontières à longue distance entre l'État d'origine et les États touchés. Nombre de conventions relatives à la pollution atmosphérique transfrontière, dont la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979 viendront consacrer la règle interdisant de causer tout dommage⁴⁴.

1. Prévention

15. Corollaire du principe *sic utere tuo*, le principe de prévention (obligation faite aux États de prendre des mesures préventives) est reconnu comme règle du droit coutumier international en matière de pollution atmosphérique transfrontière⁴⁵. Ce principe s'articule en deux obligations distinctes : la première étant l'obligation de « prévenir » toute pollution ou dégradation, et la seconde celle d'« éliminer » et d'« atténuer » les dommages causés en cas de pollution ou de dégradation et d'« indemniser » les victimes. Par exemple, l'énoncé « Obligation de ne pas causer de dommages significatifs » de l'article 7 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1997, s'analyse en obligation de prévenir (par. 1), d'une part et d'indemniser en cas de dommage (par. 2), d'autre part⁴⁶. Dans ce contexte, on privilégie la prévention de tout dommage futur prévisible par rapport à la réparation de tous dommages déjà survenus. La CDI n'ignore pas avoir, à l'occasion de ses précédents travaux sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, « mis l'accent sur l'obligation de prévenir par opposition à l'obligation de réparer, de corriger ou d'indemniser comporte plusieurs aspects importants, [l]a prévention [devant] être privilégiée parce qu'en cas de dommage les indemnisations ne permettent bien souvent pas de rétablir la situation qui existait avant l'événement ou l'accident. [...] Quoi qu'il en soit, et par principe, mieux vaut prévenir que guérir »⁴⁷. Privilégiant également la prévention, la Cour internationale de Justice dira à l'occasion de l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, ne pas méconnaître ceci que « dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même

⁴³ Adoptée à Rio de Janeiro le 14 juin 1992, voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, A/CONF.151/26/Rev.1* (vol. I), p. 3; voir Leslie-Anne Duvic-Paoli et Jorge E. Vinuales, « Principe 2 : Prévention » dans Jorge E. Vinuales, (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 107 à 138.

⁴⁴ *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1302, p. 217.

⁴⁵ Gunther Handl, « Transboundary Impacts » dans Daniel Bodansky, *et al.*, (dir.), *Oxford Handbook of International Environmental Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2007), p. 532, p. 538 à 540; Nicolas de Sadeleer, « The principle of prevention and precaution in international law: two heads of the same coin? » dans Malgosia Fitzmaurice, *et al.*, (dir.), *Research Handbook on International Environmental Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2010), p. 182 à 199.

⁴⁶ Résolution 51/229 de l'Assemblée générale, annexe.

⁴⁷ *Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 148, par. 2.

de réparation de ce type de dommages »⁴⁸. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire dite de la *ligne du Rhin de fer*, déclarera également qu'« Actuellement, le droit international de l'environnement met de plus en plus l'accent sur le devoir de prévention »⁴⁹.

16. La CDI a traité de l'obligation de prévention dans son projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qui porte au paragraphe 3 de son article 14 que : « la violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue [...] ». Selon le commentaire de cette disposition : « L'obligation de prévention s'analyse normalement comme une obligation de diligence, imposant aux États de prendre toutes les mesures raisonnables ou nécessaires pour éviter qu'un événement donné ne se produise, mais sans garantir que l'événement ne se produira pas »⁵⁰. Le commentaire est venue illustrer « l'obligation de prévenir les dommages transfrontières causés par la pollution atmosphérique, traitée dans l'arbitrage relatif à l'affaire de la *Fonderie de Trail* » en tant qu'exemple d'obligation de prévention⁵¹.

2. Diligence requise

17. Le principe de prévention en droit de l'environnement repose sur la notion de diligence requise. Les effets nocifs significatifs sur l'atmosphère ont, dans une large mesure, pour origine les activités de particuliers et d'entreprises privées, qui ne sont normalement pas imputables à l'État. Sous ce rapport, la diligence requise exige de l'État qu'il veille à ce que ces activités menées dans les limites de sa juridiction ou de son contrôle n'entraînent pas de tels effets. Ce n'est cependant pas à dire que la diligence requise ne joue que s'agissant d'activités privées, les activités de l'État étant également soumises à ce principe⁵².

18. La diligence requise s'analyse en l'obligation faite à tout État sous le contrôle duquel sont menées telles ou telles activités d'apporter toute son activité à sa mission de prévention, dans les limites de ses moyens, de sorte que, même s'il venait à se produire des effets nocifs significatifs, on ne pourrait lui reprocher automatiquement d'avoir failli à l'obligation de diligence. L'État n'encourrait ce reproche que dans la seule hypothèse où il aurait méconnu l'obligation à lui faite de prendre toutes les mesures voulues pour contrôler, limiter, réduire ou prévenir toutes activités humaines qui ont ou sont susceptibles d'avoir des effets nocifs

⁴⁸ *Projet GabCĉikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 78, par. 140.

⁴⁹ Arbitrage relatif à la *ligne du Rhin de fer* (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas, décision du 24 mai 2005, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII, p. 116, par. 222.

⁵⁰ *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 65, par. 14.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, p. 165, par. 7 (« L'obligation faite à l'État d'origine de prendre des mesures pour prévenir les dommages [...] est un devoir de diligence. »); Affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J., Recueil 2010*, p. 55, par. 101 (« le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise »). Voir, généralement, au sujet de la diligence requise, Duncan French (Président) et Tim Stephens (Rapporteur) du Groupe d'étude sur la diligence requise de l'Association de droit international, « First report on due diligence in international law », p. 1 à 33 (2014), disponible en anglais uniquement sur le lien suivant : <http://www.ila-hq.org/en/study-groups/index.cfm/cid/1045>.

significatifs. L'obligation ainsi faite à l'État « de veiller » n'est pas tant d'obtenir un certain résultat (obligation de résultat), que de faire tout ce qui est en son pouvoir pour ne pas causer d'effets nocifs (obligation de moyens). En ce sens, elle ne garantit pas qu'il n'y aura jamais de dommage⁵³.

19. En analysant précédemment la notion de diligence requise, la CDI a cru y voir « une diligence proportionnelle à l'importance du sujet, à la dignité et à la force de la puissance qui l'exerce »⁵⁴ qui était « appropriée et proportionnée au degré de risque de dommages transfrontières dans le cas dont il s'agit »⁵⁵. Par suite, « les activités qui peuvent être considérées comme comportant un risque exceptionnellement élevé exigent de la part de l'État qu'il mette beaucoup plus de soin à élaborer les principes d'action », ce qui constitue une norme absolue⁵⁶. S'agissant d'activités touchant l'atmosphère, cette norme est fixée en fonction de l'échelle et de l'ampleur de l'activité envisagée dans tel ou tel cas précis, d'une part, et de l'importance et de l'irréversibilité des effets nocifs que cette activité devrait ou est susceptible de causer, d'autre part.

3. Connaissance ou prévisibilité

20. L'État ne peut être réputé avoir failli à l'obligation de diligence requise que s'il savait ou aurait dû savoir que les activités en cause provoqueraient des dommages significatifs à d'autres États⁵⁷. Comme la Cour internationale de Justice l'a fait observer à l'occasion de l'affaire du *Détroit de Corfou*, tout État a l'obligation de ne pas laisser *sciemment* utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États⁵⁸ (non souligné dans le texte original). En employant l'adverbe « sciemment », en l'occurrence, la Cour a voulu préciser une condition subjective essentielle de la diligence requise. Rapprochant par la suite la condition de connaissance à la notion de contrôle, elle dira ce qui suit :

« Il est vrai, ainsi que le démontre la pratique internationale, qu'un État, sur le territoire duquel s'est produit un acte contraire au droit international, peut être invité à s'en expliquer. [...] Mais on ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un État sur son territoire terrestre ou sur ses eaux

⁵³ Désigner le principe de prévention « règle de ne pas causer de dommage », est une formule propre à induire en erreur dans une certaine mesure. Patricia Birnie, Alan Boyle et Catherine Redgwell, *International Law and the Environment*, 3^e éd., (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 137. En ce qui concerne les obligations de résultat et de moyens, voir, généralement, Pierre-Marie Dupuy, « Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility », *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), p. 371 à 385. Voir également S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokyo : Sophia University Press, 2011), p. 113 à 115.

⁵⁴ *Annuaire ... 1998*, vol. II (deuxième partie), p. 109, par. 4.

⁵⁵ *Ibid.*, ... 2001, vol. II (deuxième partie), p. 166, par. 11.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.* 1994, vol. II, 2^e partie, p. 104, par. 8.

⁵⁸ *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22. Bannelier, Karine « Foundational Judgment or Constructive Myth? The Court's Decision as a Precursor to International Environmental Law », in Karine Bannelier, Theodore Christakis et Sarah Heathcote (éds.), *The International Court of Justice and the Evolution of International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, (New York, Routledge, 2012), p. 246 et 247.

territoriales que cet État a nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui y a été perpétré⁵⁹ [...] »

21. En droit international de l'environnement, la connaissance requise de l'État est étroitement liée à l'obligation à lui faite de procéder à une étude d'impact environnemental. Étant « l'un des principaux mécanismes dont l'État se sert pour s'informer des conséquences environnementales de ses actions »⁶⁰ ladite étude « vient satisfaire à l'impératif de prévisibilité en exigeant des promoteurs de projets qu'ils analysent sous tous leurs aspects les répercussions probables de toutes activités envisagées, y compris leur impact transfrontière »⁶¹. Comme la Cour internationale de Justice l'a souligné dans l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier*, « on ne pourrait considérer qu'une partie s'est acquittée de son obligation de diligence, et du devoir de vigilance et de prévention que cette obligation implique, dès lors que [...] elle n'aurait pas procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement permettant d'apprécier les effets éventuels de son projet »⁶². Elle déclarera également à l'occasion des récentes 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*, que « afin de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de faire preuve de la diligence requise en vue de prévenir les dommages environnementaux transfrontières importants, un État doit, avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre État, vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important, ce qui déclencherait l'obligation de réaliser une évaluation de l'impact sur l'environnement »⁶³. La Cour fera observer en outre que « la réalisation d'une évaluation préliminaire du risque créé par une activité est l'un des moyens par lesquels un État peut vérifier si ladite activité comporte un risque de dommage transfrontière important »⁶⁴. De ceci qu'à l'occasion de l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier*, la Cour a estimé que « l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée »⁶⁵, on peut conclure que tout État qui a mené une étude d'impact environnemental savait nécessairement, ou aurait dû savoir, qu'il existait un risque de dommage transfrontière significatif.

4. Degré de vigilance

22. Puisque l'obligation de diligence exige de l'État qu'il « agisse » de manière à ne pas causer de dommages transfrontières significatifs, il est nécessaire de préciser le degré de vigilance exigé de l'État, c'est-à-dire, le critère selon lequel doit s'apprécier le comportement de l'État dans telle ou telle situation donnée au regard

⁵⁹ Affaire du *Détroit de Corfou*, arrêt, p. 18.

⁶⁰ Neil Craik, *The International Law of Environmental Impact Assessment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 64.

⁶¹ Ibid.

⁶² *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, p. 83, par. 204.

⁶³ *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, par. 104 et 153.

⁶⁴ Ibid., par. 154.

⁶⁵ C.I.J. Recueil 2010, p. 83, par. 204. Voir également par. 55 ci-après.

de l'obligation de diligence à lui faite⁶⁶. Si la condition de connaissance est un élément subjectif de la diligence due, le degré de vigilance constitue un élément objectif, ces conditions étant cumulatives. La théorie et la pratique du droit international de l'environnement conçoivent deux catégories de degré de vigilance : les « normes internationales généralement acceptées », d'une part, et les « meilleurs moyens utilisables », d'autre part⁶⁷.

23. La première catégorie, celle dite des normes internationales généralement acceptées, est constituée « des normes minimales internationalement reconnues résultant de traités ou de résolutions et décisions d'organismes internationaux »⁶⁸. C'est ainsi que les articles 207, 208 et 210 à 212 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer visent les « règles et *normes généralement acceptées*, établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale » (non souligné dans le texte original). Ces dispositions peuvent, par renvoi, englober les recommandations et résolutions d'organisations internationales comme l'Organisation maritime internationale (OMI) dans les obligations conventionnelles⁶⁹. Abstraction faite de leur consécration conventionnelle, sans doute faudra-il voir dans ces critères des règles de droit international coutumier découlant de l'obligation de diligence pour autant qu'ils suscitent une adhésion internationale suffisamment large et représentative⁷⁰.

24. La seconde catégorie de critères prescrivent à l'État d'employer les meilleurs moyens opératoires à sa disposition, et dans les limites de ses capacités, afin de prévenir dans la mesure du possible les dommages transfrontières⁷¹. À titre d'exemple, aux termes du paragraphe 1 de l'article 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, « [l]es États prennent, [...] toutes les mesures [...] qui sont nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, quelle qu'en soit la source; ils mettent en œuvre à cette fin *les moyens les mieux adaptés dont ils disposent, en fonction de leurs capacités* [...] » (non souligné dans le texte original). En faisant application de ce critère, on prendra en considération la capacité de réglementation et les moyens technologiques de l'État concerné, le but étant de pouvoir moduler le degré de vigilance requis, selon l'État⁷². La CDI a consacré cette démarche à l'occasion de ses travaux sur la Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, en déclarant que :

« [l]e principal élément de [...] l'obligation de prévention pourrait donc être énoncé comme suit : le degré de vigilance attendu d'un bon gouvernement. Celui-ci doit être doté d'un système juridique et de ressources suffisantes pour gérer l'appareil administratif chargé de contrôler et de surveiller les activités.

⁶⁶ Pierre-Marie Dupuy, « La diligence due dans le droit international de la responsabilité » in *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, Paris, OCDE, 1977, p. 369 à 379.

⁶⁷ Birnie, Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment*, op. cit., p. 148 à 150. Ilias Plakokefalos, « Prevention obligations in international environmental law », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 23 (2012), p. 32 à 36.

⁶⁸ Ibid. (Birnie, Boyle et Redgwell), p. 149.

⁶⁹ Alan Boyle et Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 219.

⁷⁰ Birnie, Boyle et Redgwell, op. cit., p. 150.

⁷¹ Ibid., p. 149.

⁷² Ibid., voir aussi Ilias Plakokefalos, « Prevention Obligations in International Environmental Law », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 23 (2012), p. 32 à 36.

Il est cependant entendu que le degré de vigilance attendu d'un État dont l'économie et les ressources humaines et matérielles sont bien développées et qui est doté de systèmes et de structures étatiques très élaborés est différent de celui attendu d'États moins bien lotis. Il reste qu'une certaine vigilance est censée être exercée dans l'utilisation des infrastructures et la surveillance des activités dangereuses sur le territoire de l'État, ce qui est un attribut naturel de tout gouvernement. »

Par conséquent, pour s'acquitter de l'obligation de diligence résultant du droit international général, l'État est tenu d'utiliser les meilleurs moyens opératoires dont il dispose et en fonction de ses capacités.

25. S'agissant du champ d'application temporel, la CDI a affirmé à l'occasion de ses précédents travaux que « [l']obligation de prévention fondée sur le devoir de diligence ne s'exécute pas une fois pour toutes, mais exige des efforts continus. Il en résulte que le devoir de diligence ne prend pas fin après l'octroi de l'autorisation pour l'activité considérée et la mise en route de celle-ci; Il continue d'exister [...] aussi longtemps que celle-ci se poursuit⁷³ ». Il faut dire que le contenu de la diligence requise n'est pas fixe, le degré de vigilance pouvant évoluer dans le temps. La Commission a estimé que « [c]e qui peut être considéré comme un degré raisonnable de vigilance ou de diligence peut changer avec le temps; ce qui peut être considéré comme étant une procédure, une norme ou une règle appropriée et raisonnable à un moment donné peut ne pas l'être à [tel autre] moment. En conséquence, le devoir de diligence nécessaire pour garantir la sûreté des opérations oblige les États à suivre les progrès technologiques et scientifiques »⁷⁴. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a également déclaré qu'en droit international général, « la notion de diligence requise a un caractère variable », et qu'« [e]lle peut changer dans le temps lorsque les mesures réputées suffisamment diligentes à un moment donné peuvent ne plus l'être en fonction, par exemple, des nouvelles connaissances scientifiques ou technologiques⁷⁵ ».

5. Charge de la preuve et critère d'établissement de la preuve

26. Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, le tribunal n'a fait application du principe *sic utere tuo* que lorsque « les dommages sont établis de façon claire et convaincante⁷⁶ ». D'une manière générale, il existe deux principaux critères d'administration de la preuve : le plus strict, applicable en matière pénale exige de

⁷³ Ibid., p. 177, par. 2. Dans un contexte certes légèrement différent, la Cour internationale de Justice a précisé, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, que « l'obligation ... d'empêcher la pollution [...] impose d'exercer la diligence requise (« due diligence ») vis-à-vis de toutes les activités qui se déroulent sous la juridiction et le contrôle de chacune des parties. Cette obligation implique la nécessité non seulement d'adopter les normes et mesures appropriées, mais encore d'exercer un certain degré de vigilance dans leur mise en œuvre ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs [...] », *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, p. 79, par. 197.

⁷⁴ Ibid., p. 166, par. 11.

⁷⁵ Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, affaire n° 17, avis consultatif, par. 117.

⁷⁶ Affaire de la *Fonderie de Trail (États-Unis c. Canada)*, 11 mars 1941, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1965.

l'établir « au-delà de tout doute raisonnable », celui plus souple dit de « l'hypothèse la plus probable », étant retenu en matière civile⁷⁷. Il apparaît que dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* le Tribunal a retenu un critère de preuve plus strict en présence de pollution atmosphérique transfrontière⁷⁸; il ne faut pas méconnaître le contexte et les circonstances propres à ladite espèce. En premier lieu, les deux parties ont renvoyé l'affaire devant le tribunal par accord spécial. Par conséquent, elles se sont montrées assez disposées à coopérer à dans la recherche d'une solution au litige, et ont, par suite, pu confier la mission d'enquête scientifique à la Commission mixte internationale créée en vertu du Traité sur les eaux limitrophes de 1909⁷⁹. En second lieu, à la suite de l'examen scientifique, on a estimé que le vent qui avait porté la pollution au-delà de la frontière soufflait dans une seule direction en raison des caractéristiques géographiques de la vallée de la Columbia et des conditions météorologiques qui en découlent⁸⁰. Ces facteurs ont permis au tribunal de retenir, en ladite espèce, un plus strict critère de preuve .

27. Les péripéties de ladite espèce ne sont pas sans rappeler celles de l'affaire du *Lac Lanoux*⁸¹ portée devant un tribunal institué en vertu d'un compromis entre les États. Concernant l'établissement des faits, considérant qu'« il n'a[vait] pas été affirmé clairement que les ouvrages prévus [c'est-à-dire le détournement des eaux de la rivière internationale] entraîneraient un risque anormal dans les relations de voisinage ou dans l'utilisation des eaux » (non souligné dans le texte original)⁸², le tribunal a fixé un critère de preuve plus élevé. Cependant, en ladite espèce, le débit du cours d'eau étant à sens unique, il a été de même relativement aisé d'établir la chaîne de causalité.

28. En revanche, lorsque l'une des parties soumet un différend à une juridiction internationale en vertu d'une clause facultative, d'une clause compromissoire ou d'un traité, ou de la règle dite du *forum prorogatum*, il y a généralement contestation a quant aux faits et à la charge de la preuve . En pareil cas, selon la célèbre maxime *onus probandi incumbit actori* (le fardeau de la preuve incombe au demandeur), c'est à la partie qui allègue le fait d'en établir l'existence⁸³. Or, il est certainement difficile à tout État (potentiellement) d'établir les faits allégués par des moyens de preuve clairs et convaincants, les « informations nécessaires étant pour l'essentiel sans doute en la possession de la partie qui cause ou menace de causer le dommage »⁸⁴. C'est essentiellement pourquoi l'État (potentiellement) touché peut

⁷⁷ Anna Riddell et Brendan Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (Londres, BIICL, 2009), p. 124; Eduardo Valencia-Ospina, « Evidence before the International Court of Justice », *International Law FORUM du droit international*, vol. 1, p. 203 (1999).

⁷⁸ Stephen C. McCaffrey, « Of paradoxes, precedents, and progeny: the Trail Smelter arbitration 65 years later », in Rebecca M. Bratspies et Russell A. Miller (éds.), *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter arbitration* (New York, Cambridge University Press, 2006), p. 39.

⁷⁹ Affaire *Fonderie de Trail*, p. 1918.

⁸⁰ Ibid., p. 1943 et 1969 à 1974. Voir aussi John E. Read, « The Trail Smelter dispute [abridged] », in Bratspies et Miller (éds.), *Transboundary Harm in International Law* (New York, Cambridge University Press, 2006), p. 27.

⁸¹ Affaire du *Lac Lanoux* (Espagne, France), 16 novembre 1957, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 281.

⁸² Ibid.

⁸³ En matière civile interne, c'est la règle *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (la charge de la preuve incombe à celui qui affirme, et non à celui qui nie) qui joue.

⁸⁴ Opinion dissidente de M. Weeramantry, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 342.

demander le renversement de la charge de la preuve en invoquant le principe de précaution. Il convient toutefois de noter que la Cour internationale de Justice a souligné dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* que l'approche de précaution n'a pas nécessairement pour effet « d'opérer un renversement de la charge de la preuve »⁸⁵.

29. Dans ladite l'espèce, la majorité a préféré résoudre le problème du renversement de la charge de la preuve en demandant à la partie adverse de coopérer « en produisant tout élément de preuve en sa possession susceptible d'aider la Cour à régler le différend dont elle est saisie »⁸⁶. Dans la récente affaire relative à *l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, même si la partie demanderesse prétend que « la défenderesse serait la mieux placée [...] pour fournir des explications relatives à des faits qui se seraient produits sur un territoire sur lequel [la défenderesse] exerçait un contrôle exclusif », la Cour a, pour l'essentiel, fait peser la charge principale de la preuve sur la partie alléguant tel ou tel fait tout en invoquant le « devoir de coopérer » de bonne foi mis à la charge de l'autre partie s'agissant de la production d'éléments de preuve⁸⁷. Or, le devoir de coopérer à la production de preuves est une obligation de procédure dont l'inobservation ne donne pas prise à la responsabilité de l'État⁸⁸.

30. À l'opposé, le juge Greenwood préconisera, dans son opinion individuelle en l'affaire des *Usines de pâte à papier*, d'assouplir le critère d'administration de la preuve vu les circonstances de la cause. Évoquant l'observation faite par la Cour à l'occasion de l'affaire relative à *l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* selon laquelle toute accusation aussi grave que celle d'actes de génocide exige d'être « prouvée avec un degré élevé de certitude, à la mesure de sa gravité »⁸⁹, il dira qu'« [i]l en ressort, implicitement, qu'un critère d'établissement de la preuve moins rigoureux peut être retenu dans le cas d'autres allégations, d'une gravité moindre »⁹⁰ concluant que « la nature des différends environnementaux est telle 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

⁸⁵ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 71, par. 164.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 71, par. 163.

⁸⁷ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, par. 170 et 173.

⁸⁸ Durward V. Sandifer, *Evidence before International Tribunals* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1975), p. 112 et 117; Mariko Fukasaka, « Burdens of proof before international litigation: burden of proof and producing evidence (1) », *Sophia Law Review*, vol. 52 n° 4 (2009), p. 183 et 184 [en japonais].

⁸⁹ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 130, par. 210. Le critère d'établissement de la preuve, c'est-à-dire ce qu'une partie doit faire pour s'acquitter de la charge de la preuve lorsque cette charge lui incombe, est essentiellement une tradition de la *common law*. En droit de tradition civiliste, « si le juge estime avoir été convaincu par les arguments développés sur une question, le niveau de preuve a été atteint ». Composée de juges issus des « principaux systèmes juridiques du monde » (art. 9 du Statut), la Cour, qui n'avait pas de longue date invoqué le critère d'établissement de la preuve, s'y intéressera pour la première fois à l'occasion de son arrêt en ladite affaire.

⁹⁰ Opinion individuelle du juge Greenwood, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 230, par. 25.

la preuve », et que, par conséquent, l'État (potentiellement) touché n'était tenu d'établir les faits qu'en termes de probabilité la plus forte⁹¹.

31. De fait, la Cour internationale de Justice avait déjà implicitement consenti à « l'assouplissement du critère d'établissement de la preuve » dans l'affaire du *Détroit de Corfou* de 1949⁹², en déclarant ce qui suit :

« Il est vrai, ainsi que le démontre la pratique internationale, qu'un État, sur le territoire duquel s'est produit un acte contraire au droit international, peut être invité à s'en expliquer [...] Mais on ne peut pas conclure du seul contrôle exercé par un État sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet État a nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui y a été perpétré [...]. En revanche, le contrôle territorial exclusif exercé par l'État dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de ce contrôle exclusif, l'État victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels (*circumstantial evidence*). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale. On doit les considérer comme particulièrement probants quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclusion⁹³. »

6. Juridiction et contrôle

32. Comme il ressort de l'observation faite par Max Huber à l'occasion de l'affaire de l'*Île de Palmas*, le critère à privilégier pour déterminer l'État débiteur de l'obligation de protection est celui de la juridiction territoriale⁹⁴. Le territoire est le premier fondement de la juridiction. Par conséquent, lorsque telle activité se déroule dans le territoire de tel État, c'est sur celui-ci que pèse au premier chef le devoir de protection. Le principe de la territorialité n'est pas sans exception⁹⁵, et il peut arriver qu'en présence de pollution atmosphérique transfrontière, l'application

⁹¹ Ibid., p. 230, par. 26.

⁹² Katherine Del Mar, « The International Court of Justice and Standards of Proof, » in Bannelier, Christakis et Heathcote (éds.), *The International Court of Justice and the Evolution of International Law* (Londres, Routledge, 2013), p. 98 à 123.

⁹³ *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt, p. 18.

⁹⁴ « Perspectives from international economic law on transnational environmental issues, » in Shinya Murase, *International Law: an Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokyo, Sophia University Press, 2011), p. 92.

⁹⁵ Ibid., p. 54 à 57, 295 à 304; American Law Institute, *Foreign Relations of the United States, Restatement Third*, (Philadelphia/PA, ALI, 1987), section 402, p. 230 à 234. F. A. Mann, « The doctrine of jurisdiction in international law, » in *Studies in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 39 à 41; F. A. Mann, « The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years, » *Further Studies in International Law*, (Oxford, Clarendon Press, 1990), p. 5 à 10; Werner Meng, « Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts, » in Bernhardt, éd., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1992, p. 340; Menno T. Kamminga, « Extraterritoriality, » in Rüdiger Wolfrum, éd., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, 2012, p. 1071.

extraterritoriale de la loi interne soit envisagée⁹⁶. En revanche, dans les espaces communs, tels que la haute mer et l'espace aérien au-dessus de la haute mer, il n'existe pas de lien territorial entre l'État et l'activité en cause, du fait du lieu de celle-ci. En pareils cas, si l'activité a des effets néfastes significatifs sur l'atmosphère, l'État qui exerce la juridiction sur la zone en question est en principe débiteur de l'obligation de prévention. Ainsi en est-il lorsque des navires ou des aéronefs battant son pavillon introduisent des substances ou de l'énergie dans l'atmosphère, dans la zone relevant de la juridiction d'autres États ou dans des espaces situés au-delà de toute juridiction nationale, comme la haute mer et l'espace aérien au-dessus de la haute mer.

33. Il convient de noter que l'obligation de prévention mise à la charge de l'État tire désormais fondement du « contrôle » et non de la « juridiction » qu'il exerce. Comme le principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972 et le principe 2 de la Déclaration de Rio de 1992 emploient l'un et l'autre la conjonction « ou », on distinguera le terme « contrôle » du vocable « juridiction »⁹⁷. L'une et l'autre notions ont acquis une signification particulière, en ce sens que « les activités exercées [...] sous leur contrôle » sont envisagées seules et séparément⁹⁸. La Commission du droit international a estimé à l'occasion de travaux antérieurs que

⁹⁶ La Section 4 de la Loi singapourienne sur la brume sèche de pollution dans la région de l'ASEAN, (n° 24 de 2014) envisage son application extraterritoriale en ces termes : « La présente loi s'applique à et relativement à tout comportement ou chose en dehors de Singapour qui cause la formation d'une brume sèche à Singapour ou y contribue. » La Ministre singapourienne de l'environnement et des ressources aquatiques, D. Vivian Balakrishnan, a expliqué devant le Parlement que « [c]omme nous devons faire face à une brume de pollution transfrontière, force est de donner à la loi application extraterritoriale pour qu'elle soit efficace. L'exercice d'une juridiction extraterritoriale en vertu de cette loi est conforme au droit international, notamment au principe de la territorialité objective ». (Parliament of Singapore, Official Reports, n° 12, Session 2, 4 août 2014). Il convient de noter, toutefois, que la Convention de l'ASEAN sur la brume de pollution a désormais pris effet (l'Accord sur les brumes sèches de pollution transfrontières 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 (l'Indonésie, le dixième et dernier des États membres de l'ASEAN l'ayant ratifiée, le 14 octobre 2014), il n'est sans doute pas nécessaire de recourir à l'application extraterritoriale de la loi interne, puisque le même objectif peut être atteint par l'application de la Convention, solution jugée normalement préférable. Toutefois, si les mesures qui sont envisagées en vertu de 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 « Unilateral measures and the concept of opposability in international law », in Shinya Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, (Tokyo, Sophia University Press, 2011), p. 214 à 266.

⁹⁷ Toutefois, il y a une différence entre le libellé du principe 21 de la Déclaration de Stockholm et celui de l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Le principe 21 vise les « activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle », cependant que la version anglaise de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice parle d'« activities within their jurisdiction and control ». Selon un auteur « [l'avis de la Cour internationale de Justice] circonscrit l'application du principe en limitant son application extraterritoriale ». Edith Brown Weiss, « Opening the door to the environment and to future generations », in Laurence Boisson de Chazournes et Philippe Sands, eds., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge, Cambridge University Press, 1999), p. 340.

⁹⁸ Louis B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment », *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), p. 493; Shinya Murase, *Kokusai Rippo* (International Lawmaking), Tokyo, Toshindo, 2002, p. 421 et 422 (en japonais), traduction chinoise, (Beijing, Chinese People's University of Public Safety Press, 2012), p. 210 à 212.

« [l]a fonction de la notion de « contrôle » en droit international est d'assigner certaines conséquences juridiques à un État dont la juridiction sur certaines activités ou événements n'est pas reconnue en droit international; elle s'applique à des situations où un État exerce une juridiction de facto, même lorsqu'il n'a pas de juridiction *de jure* [...] » Par suite, la juridiction se rattache aux liens « juridiques », le « contrôle » ayant trait à la capacité matérielle d'exercer un contrôle effectif sur telles activités qui se déroulent en dehors de la juridiction de l'État⁹⁹. S'agissant de la notion de « contrôle », la Cour internationale de Justice a estimé dans l'affaire relative à la *Namibie* que « [l]e fait que l'Afrique du Sud n'a plus aucun titre l'habilitant à administrer le territoire [de la Namibie] ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose envers d'autres États et qui sont liées à l'exercice de ses pouvoirs dans ce territoire. *C'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États* » (non souligné dans le texte original)¹⁰⁰.

34. Suivant en cela la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, nous concluons que, s'agissant de la pollution atmosphérique transfrontière, le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* est désormais consacré comme principe du droit international général¹⁰¹.

B. Devoir d'atténuation du risque de dégradation atmosphérique mondiale

1. Le principe *sic utere tuo* dans le contexte mondial

35. Comme il est dit plus haut (par. 12), nous envisagerons ici le principe *sic utere tuo* sous ses deux dimensions, l'une intéressant le contexte transfrontière et l'autre le contexte mondial, suivant en cela la Cour internationale de Justice qui a, à l'occasion de son arrêt en l'affaire relative à des *Usines de pâtes à papier*, dégagé deux formes d'obligation distinctes découlant de ce principe¹⁰², l'une correspondant à l'interprétation restrictive du principe *sic utere tuo*, issue de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, l'autre à sa conception extensive allant au-delà du domaine transfrontière. D'une part, dans l'affaire dite des *Usines de pâtes à papier*, la Cour, limitant le champ d'application du principe aux dommages causés à l'environnement d'un autre État, a déclaré que tout « État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État » (non souligné dans le texte original)¹⁰³, formule qui, selon la Cour, découle de l'arrêt rendu dans l'affaire

⁹⁹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 151, par. 12.

¹⁰⁰ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 54, par. 118.

¹⁰¹ Voir A/CN.4/681, par. 58.

¹⁰² Karine Bannelier, « Foundational Judgment or Constructive Myth? The Court's Decision as a Precursor to International Environmental Law », in Karine Bannelier, Theodore Christakis et Sarah Heathcote (dir.), *The International Court of Justice and the Evolution of International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, New York, Routledge, 2012, p. 251.

¹⁰³ C.I.J. Recueil 2010, p. 56, par. 101.

du *Détroit de Corfou*¹⁰⁴. D'autre part, l'interprétant extensivement, elle dira que le principe *sic utere tuo* a depuis vu son champ d'application s'étendre géographiquement, en invoquant son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, d'où résulte « l'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou *dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale* » (non souligné dans le texte original)¹⁰⁵.

36. Nous disions dans notre deuxième rapport que le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*, dont l'application était au départ circonscrite à la relation entre « États adjacents » partageant une frontière territoriale commune, sera par la suite étendu aux questions atmosphériques de portée mondiale¹⁰⁶. Si le principe classique ne visait que les dommages transfrontières causés à d'autres États au sens strict, il avait vu sa portée territoriale s'étendre à l'indivis mondial en soi¹⁰⁷. Reformulation de ce principe, le principe 21 de la Déclaration de Stockholm pose que « les États [...] ont le devoir de s'assurer que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou *dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale* ». Cette partie du principe a été reprise dans le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. Les zones situées au-delà des limites de la juridiction et de la souveraineté des États, qu'on appelle généralement « indivis mondial », comprennent en principe la haute mer, l'espace extra-atmosphérique et l'atmosphère mondiale¹⁰⁸. Même si la notion d'atmosphère, qui ne peut être décrite en termes de zone, ne correspond pas à celle de « zones situées au-delà de la juridiction nationale », il est néanmoins évident que l'atmosphère qui se trouve au-dessus desdites zones est désormais couverte par le principe 21 de la Déclaration de Stockholm¹⁰⁹.

37. Il convient de noter que le principe *sic utere tuo* se heurte à des difficultés de preuve en présence de phénomènes mondiaux tels que la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques. S'agissant de ces phénomènes, on peut difficilement établir la chaîne causale, autrement dit le lien matériel entre la cause (activité) et l'effet (dommage), en raison du caractère généralisé, à long terme et cumulatif des effets. De nature complexe et synergique, les effets néfastes résultent d'une multitude de sources et ne sont donc pas imputables à une seule et unique activité. Dans le contexte mondial, pratiquement tous les États sont susceptibles d'être à la fois responsables et lésés. Par conséquent, même s'il survient effectivement quelque dommage, il est difficile, sinon impossible, d'en imputer la responsabilité à un seul

¹⁰⁴ Ibid., p. 55, par. 101. La Cour a consacré dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États ». *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22.

¹⁰⁵ Ibid., p. 78, par. 193.

¹⁰⁶ Voir A/CN.4/681, par. 52 à 57.

¹⁰⁷ Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), p. 191.

¹⁰⁸ Ibid., p. 191 à 193; Alan E. Boyle, « State responsibility for breach of obligations to protect the global environment », in W. E. Butler (dir.), *Control over Compliance with International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 69.

¹⁰⁹ Birnie, Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment*, op. cit., p. 145, citant les préambules de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et d'autres conventions mondiales.

État¹¹⁰. La difficulté d'établir l'existence d'un lien de causalité entre l'acte illicite et le dommage subi a été reconnue dans la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979. Aux termes de l'article 1 de ladite Convention, l'expression « pollution atmosphérique transfrontière à longue distance » désigne toute pollution « à une distance telle qu'il n'est généralement pas possible de distinguer les apports des sources individuelles ou groupes de sources d'émission ». Nonobstant cette définition, le principe 21 de la Déclaration de Stockholm est repris dans le préambule de la Convention, qui y voit l'expression d'une « conviction commune ». La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques tiennent également compte des difficultés susmentionnées. Néanmoins, ces deux instruments consacrent expressément aussi le principe 21 de la Déclaration de Stockholm dans leur préambule, ce qui permet de considérer celui-ci comme faisant partie intégrante du droit international¹¹¹.

38. De fait, la Cour internationale de Justice viendra confirmer dans son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires que les dispositions du principe 21 de la Déclaration de Stockholm et du principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement font « maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement »¹¹². Réaffirmant cette opinion à l'occasion de l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour précisera « [avoir] récemment eu l'occasion de souligner [...] l'importance que le respect de l'environnement revêt à son avis, non seulement pour les États mais aussi pour l'ensemble du genre humain » (non souligné dans le texte original)¹¹³. Elle citera également ce même paragraphe dans l'affaire relative à des *Usines de pâtes à papier*¹¹⁴. En outre, le tribunal arbitral saisi de l'affaire relative à la *ligne du Rhin de fer*, déclarera que « le droit de l'environnement [...] [suppose que] lorsque le développement risque de porter atteinte de manière significative à l'environnement, doit exister une obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer,

¹¹⁰ En revanche, on pourrait, même en pareil cas, identifier tout « État lésé » aux fins du droit de la responsabilité des États. Selon l'article 42 b) i) des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble, un État spécialement atteint est considéré comme un État lésé. D'après le commentaire : « Même dans les cas où les effets juridiques d'un fait internationalement illicite s'étendent, par implication, à [...] la communauté internationale dans son ensemble, le fait illicite peut avoir des effets néfastes spécifiques sur un État ou sur un petit nombre d'États. » *Annuaire ... 2001*, vol. II, deuxième partie, art. 43, par. 12. Le commentaire donne l'exemple de la pollution de la haute mer, qui constitue une violation de la règle coutumière, lorsque la pollution a une incidence particulière sur la mer territoriale d'un État donné. En pareil cas, « l'obligation existe pour tous les autres États, mais, parmi ces derniers, l'État côtier qui est particulièrement touché par la pollution doit être considéré comme "spécialement" atteint ». Giorgio Gaja, « The Concept of an Injured State », in James Crawford, Alain Pellet et Simon Olleson (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 947. Il en est de même, par exemple, s'agissant de dommages causés par les pluies acides résultant de la pollution atmosphérique transfrontière ou de ceux causés par le trou dans la couche d'ozone.

¹¹¹ Yoshida Osamu, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer* (La Haye, Kluwer Law International, 2001), p. 62 à 67; Malgosia Fitzmaurice, « Responsibility and climate change », *German Yearbook of International Law*, vol. 53, 2010, p. 117 et 118.

¹¹² *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 241 et 242, par. 29.

¹¹³ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 41, par. 53.

¹¹⁴ Affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, p. 78, par. 193.

cette pollution [...] [C]e devoir est désormais devenu un principe du droit international général. »¹¹⁵ Ces affaires ont confirmé que l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs à l'atmosphère dans d'autres États, non limitée exclusivement aux États adjacents, constituait un principe établi du droit international coutumier.

2. Précaution

39. S'agissant de la protection de l'atmosphère contre la dégradation atmosphérique mondiale, les conventions traitant de la matière consacrent, entre autres obligations de fond, le principe dit de mesures de précaution. À la différence des « mesures de prévention », adossées à la science, la précaution s'impose en l'absence de certitude scientifique. L'impératif de précaution est donc incontournable s'agissant de la protection de l'atmosphère. La notion de précaution se dédouble en deux impératifs, d'une part, celui des « mesures de précaution » (approche de précaution), d'autre part, celui dit du « principe de précaution ». Le premier impératif conduit à adopter des mesures administratives pour donner effet aux règles de précaution, le second consistant dans le principe juridique dont le demandeur en cas de dommage peut se prévaloir devant le juge essentiellement pour faire reporter sur la partie défenderesse la charge de prouver l'inexistence du dommage¹¹⁶. S'il est quelques conventions qui consacrent le principe de précaution¹¹⁷, les juridictions internationales n'y ont à ce jour pas vu une règle du droit international coutumier, encore que des demandeurs l'aient invoqué plus d'une

¹¹⁵ Arbitrage relatif à la *ligne du Rhin de fer* (« IJzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas, décision du 24 mai 2005, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. XXVII, p. 66 et 67, par. 59. Il était peut-être prématuré d'affirmer que le principe 21 n'était qu'un point de départ et qu'il n'était pas encore entré dans le droit international coutumier à la date de l'adoption de la Déclaration de Stockholm en 1972. Toutefois, l'évolution ultérieure de la jurisprudence de la Cour – l'affaire des *Essais nucléaires II* de 1995, l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* de 1996, l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros* de 1997 et l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* de 2010 – confirme le caractère coutumier du principe, qui est également attesté par la pratique des États et l'*opinio juris*; voir Birnie, Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment*, op. cit., p. 143; Paolo Galizzi, « Air, Atmosphere and Climate Change », in Shawkat Alam, *et al.* (dir.), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, Londres, Routledge, 2014, p. 333 à 347.

¹¹⁶ Dans le Protocole de Cartagena de 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, les États ont préféré la solution dite de l'« approche de précaution » à celle du « principe de précaution », comme il résulte du préambule (Nicolas de Sadeleer, « The principle of prevention and precaution in international law: two heads of the same coin? » in Malgosia Fitzmaurice, *et al.* (dir.), *Research Handbook*, op. cit., p. 191 et 192). À ce sujet, voir Jonathan B. Wiener, « The rhetoric of precaution », in Jonathan B. Wiener *et al.* (dir.), *The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe*, Washington/DC et Londres, Earthscan, 2011, p. 3 à 35.

¹¹⁷ Par exemple, le Protocole de 1996 à la Convention de Londres sur l'immersion des déchets et la Convention de Stockholm de 2001 sur les polluants organiques persistants. Sadeleer, op. cit., p. 186 et 187. Arie Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (La Haye, Kluwer Law International, 2002), p. 15; Jonathan B. Wiener, « Precaution », in Daniel Bodansky *et al.* (dir.), *Oxford Handbook of International Environmental Law*, op. cit., p. 601. Voir Antonio A. Cançado Trindade, « Principe 15: precaution », in Duvic-Paoli et Vinuales, *The Rio Declaration on Environment and Development*, op. cit., p. 417 à 421.

fois devant elles¹¹⁸. On aurait donc tort de consacrer le principe de précaution dans les présentes directives¹¹⁹. Comme on l'a vu plus haut, le droit relatif à la dégradation de l'atmosphère est assis sur l'idée de précaution, les conventions sur la matière consacrant expressément ou tacitement les approches ou mesures de précaution comme éléments essentiels de l'obligation faite à l'État de réduire au minimum le risque de dégradation atmosphérique.

40. Vu les développements qui précèdent, nous proposons le projet de directive suivant :

Projet de directive 3 : Obligation faite aux États de protéger l'atmosphère

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère de la pollution transfrontière et de la dégradation atmosphérique mondiale.

a) Ils prendront toutes mesures dictées par la diligence requise pour prévenir la pollution atmosphérique tel que prescrit par le droit international.

b) Ils prendront toutes mesures indiquées adéquates pour réduire au minimum le risque de dégradation atmosphérique, tel que prescrit par les conventions consacrées à la matière.

C. Le devoir de procéder à des études d'impact sur l'environnement

41. S'agissant de protéger l'atmosphère en prévenant la pollution atmosphérique et en réduisant au minimum le risque de dégradation atmosphérique, tout État est tenu, entre autres obligations majeures, de procéder à l'étude/évaluation de l'impact sur l'environnement de toute activité envisagée. La Cour internationale de Justice a déclaré à l'occasion de la récente affaire de la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, qu'« au titre de l'obligation qui lui incombe de faire preuve de la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants, un État doit vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre État. Si tel est

¹¹⁸ Dans son ordonnance du 27 août 1999 portant mesures conservatoires en l'affaire du *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*, le Tribunal international du droit de la mer a indiqué que les parties devraient « agir avec *prudence et précaution* et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves » (non souligné dans l'original), sans toutefois viser le « principe de précaution » invoqué par les demandeurs (par. 77 de l'ordonnance, laquelle sera annulée par la sentence rendue par le tribunal arbitral le 4 août 2000). Dans l'affaire de l'*Usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni)*, le Tribunal a de nouveau visé « la prudence et la précaution » et non le « principe de précaution » (ordonnance du 3 décembre 2001, par. 84). Il retiendra cette solution de nouveau dans l'affaire relative aux *Travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)* (ordonnance du 8 octobre 2003, par. 99). Voir Sadeleer, op. cit., p. 189 et 208.

¹¹⁹ En balisant le terrain de nos travaux sur le sujet en 2013, nous avons souligné cette distinction et il a été convenu que l'on pourrait envisager « l'approche/les mesures de précaution » dans le projet de directives, sinon le « principe de précaution ». Il convient toutefois de noter la réserve « mais seraient aussi sans préjudice de ces questions », faite à cette occasion. Nous nous sommes abstenus d'invoquer l'une et l'autre notions dans les présents projets de directives. La notion d'approche ou de mesures de précaution est sous-entendue dans le projet de directive 3 a) ci-après.

le cas, il lui faut effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement. »¹²⁰ La Cour conclura que l'État en question ne s'était « pas acquitté de l'obligation qu'il avait, en droit international général, d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement avant d'entreprendre la construction de la route »¹²¹. Il convient de noter que l'existence d'une étude/évaluation de l'impact sur l'environnement est une donnée importante, voire décisive, pour apprécier si l'État en question fait preuve de la diligence requise par le droit international général de l'environnement¹²².

1. Évolution de l'étude/évaluation d'impact sur l'environnement en droit international

42. Le principe de l'étude/évaluation d'impact sur l'environnement, qui permet de mesurer et d'analyser l'impact sur l'environnement de tout projet, plan ou programme¹²³, a vu le jour dans la loi de 1969 portant politique environnementale nationale des États-Unis d'Amérique (*National Environmental Policy Act*). Aujourd'hui, plus de 130 États dans le monde ont repris ou transposé ce modèle dans leur droit interne¹²⁴. Au niveau international, l'origine en remonterait au lendemain de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de Stockholm de 1972. Si la Déclaration de Stockholm n'envisage pas expressément l'étude/évaluation d'impact sur l'environnement, on peut en voir la logique en

¹²⁰ *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, par. 153.

¹²¹ *Ibid.*, par. 168.

¹²² Opinion individuelle du juge Hisashi Owada (en anglais uniquement), par. 18.

¹²³ Astrid Epiney, « Environmental impact assessment », in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 580 à 592; Philippe Sands et Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 601 à 623; Olufemi Elias, « Environmental impact assessment » in Malgosia Fitzmaurice *et al.* (dir.), *Research Handbook on International Environmental Law*, op. cit., p. 227 à 242; John Glasson, Riki Therivel et Andrew Chadwick, *Introduction To Environmental Impact Assessment* (Oxford, Routledge, 2013); David B. Hunter, « International environmental law: sources, principles and innovations » in Paul G. Harris, *Routledge Handbook of Global Environmental Politics*, Oxford, Routledge, 2013; Donald K. Anton, « Case concerning pulp mills on the River Uruguay (*Argentina v Uruguay*) (Judgment) [2010] I.C.J. Reports (10 April 2010) », disponible en anglais uniquement à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705810; Deng Hua, « The evolution and implementation of environmental impact assessment in international law », *Sun Yat-Sen University Law Review*, vol. 13, n° 3, 2015, p. 129 à 148 (en chinois). Voir également Nicholas A. Robinson, « International trends in environmental assessment », *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol. 19, 1992, p. 591 à 622; Kevin R. Gray, « International environmental impact assessment-potential for a multilateral environmental agreement », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 11, 2000, p. 83 à 128; John H. Knox, « The myth and reality of transboundary environmental impact assessment », *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, p. 291 à 319; John H. Knox, « Assessing the candidates for a global treaty on transboundary environmental impact assessment », *New York University Environmental Law Journal*, vol. 12, 2003, p. 153 à 168; Charles M. Kersten, « Rethinking transboundary environmental impact assessment », *Yale Journal of International Law*, vol. 34, 2009, p. 173 à 206; Vanessa Edwards, « Review of the Court of Justice's case law in relation to waste and environmental impact assessment », *Journal of Environmental Law*, vol. 25, 2013, p. 515 à 530; Mary Sabina Peters, « Minimize risk of carbon sequestration through environmental impact assessment and strategic environmental assessment », *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 24, 2015, p. 12 à 16.

¹²⁴ Kersten, *ibid.*, p. 176; James Rasband *et al.*, *Natural Resources Law and Policy*, 2^e éd. (New York, Foundation Press, 2009), p. 253.

filigrane dans ses principes 14 et 15¹²⁵. En outre, le principe 17 de la Déclaration de Rio de 1992 prescrit en des termes impératifs (même si la Déclaration proprement dite est un instrument non juridiquement contraignant) qu' : « [u]ne étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente »¹²⁶.

43. S'étant largement imposé de nos jours dans l'ordre juridique international, le principe de l'étude/évaluation d'impact sur l'environnement est consacré par de nombreuses conventions internationales¹²⁷. On la définit comme « une procédure nationale ayant pour objet d'évaluer l'impact probable d'une activité proposée sur l'environnement » (Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, alinéa vi) de l'article premier)¹²⁸. Une certaine jurisprudence internationale est venue confirmer l'impératif d'étude/évaluation d'impact sur l'environnement¹²⁹. Généralement parlant, l'étude/évaluation s'analyse en technique juridique qui permet de faire une place aux considérations d'ordre environnemental dans la prise de décisions, de proposer un choix de mesures de nature à permettre d'atténuer les effets nocifs pour l'environnement et présenter des variantes de solutions moins nocives, d'aider les décideurs à évaluer tel projet donné avant de se prononcer sur l'opportunité d'y donner suite et d'associer à la prise de décisions toutes personnes susceptibles d'être touchées, etc.¹³⁰. De plus, on la juge essentielle pour appréhender d'emblée l'impact de tout projet sur l'environnement, et pouvoir ainsi en prévenir, réduire ou maîtriser les effets préjudiciables à l'environnement¹³¹. En outre, dans le contexte du principe de développement durable, l'étude/évaluation d'impact sur l'environnement est aussi la technique juridique qui permet de concilier essor socioéconomique et protection de l'environnement, l'idée étant de trouver un juste équilibre aux fins du développement durable¹³². L'évaluation de l'impact sur l'environnement en soi n'est qu'un procédé, qui ne vient ni commander tel ou tel résultat déterminé, ni imposer de normes écologiques de fond¹³³.

¹²⁵ Les principes 14 et 15 de la Déclaration de Stockholm portent ce qui suit. Principe 14 : « Une planification rationnelle est un instrument essentiel si l'on veut concilier les impératifs du développement et la nécessité de préserver et d'améliorer l'environnement. » Principe 15 : « En planifiant les établissements humains et l'urbanisation, il faut veiller à éviter les atteintes à l'environnement et à obtenir le maximum d'avantages sociaux, économiques et écologiques pour tous. À cet égard, les projets conçus pour maintenir la domination du colonialisme et du racisme doivent être abandonnés. » (A/CONF.48/14/Rev.1).

¹²⁶ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement [A/CONF.151/26/Rev.1, (vol. I)].

¹²⁷ Voir *infra*, par. 44 à 50.

¹²⁸ Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, 25 février 1991, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1989, p. 310 (entrée en vigueur le 10 septembre 1997).

¹²⁹ Voir les paragraphes 52 à 58 plus bas.

¹³⁰ Epiney, « Environmental impact assessment », p.581.

¹³¹ *Ibid.*, p. 580.

¹³² Gerry Bates, *Environmental Law in Australia*, 7^e éd. (Chastwood, N.S.W, Lexis Nexis Butterworths, 2010), p. 307.

¹³³ Elias, « Environmental Impact Assessment », *op. cit.*, p. 227.

2. Traités

44. Il n'existe pour l'heure aucune convention générale mondiale gouvernant l'étude/évaluation d'impact environnemental transfrontière, les États ayant préféré traiter de la matière principalement par voie de traités régionaux ou sectoriels, si bien que les dispositifs d'étude/évaluation d'impact sur l'environnement varient d'une région et d'une ressource à l'autre¹³⁴. Un grand nombre de conventions prescrivent la réalisation d'études/évaluations d'impact sur l'environnement, le domaine de la protection du milieu marin contribuant spécialement à l'essor de ce procédé¹³⁵. Les conventions ci-après consacrent diversement l'obligation de procéder à une étude/évaluation d'impact sur l'environnement : a) Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières (Convention de Londres de 1972 et son Protocole de 1996) (art. 4 et 5, annexes II et III)¹³⁶; b) Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1982, art. 206)¹³⁷; c) Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution (1978, art. 11)¹³⁸; d) Convention relative à la coopération en matière de protection et de mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique de l'Ouest et du Centre (1981, art. 13)¹³⁹; e) Convention concernant la protection de l'environnement marin et des aires côtières du Pacifique du Sud-Est (1981, art. 8)¹⁴⁰; f) Convention régionale pour la conservation du milieu marin de la mer Rouge et du golfe d'Aden (1982, art. 11)¹⁴¹; g) Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des Caraïbes (1983, art. 12)¹⁴²; h) Convention amendée pour la protection, la gestion et la mise en valeur du milieu marin et côtier de la région de l'océan Indien occidental (1982/2010, art. 14)¹⁴³; i) Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud (1986, art. 16)¹⁴⁴; j) Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée (1976/1995, art. 4)¹⁴⁵ et ses Protocoles relatifs à la protection de la Méditerranée contre la pollution résultant de l'exploration et de l'exploitation du plateau continental et des fonds marins et de leur sous-sol (1994, art. 5) et à la gestion intégrée des zones côtières de la Méditerranée (2008, art. 19);

¹³⁴ Sur la question de savoir pourquoi la conclusion d'un traité mondial sur l'évaluation de l'impact environnemental demeure une lointaine perspective, voir Knox, « Assessing the candidates for a global treaty on transboundary environmental impact assessment », op. cit., p. 153 à 168; voir également Kersten, « Rethinking transboundary environmental impact assessment », op. cit., p. 178.

¹³⁵ Epiney, « Environmental Impact Assessment », op. cit., p. 582.

¹³⁶ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1046, p. 138.

¹³⁷ Ibid., vol. 1833, p. 396.

¹³⁸ Ibid., vol. 1140, p. 155.

¹³⁹ Disponible, en anglais uniquement, à l'adresse : <http://abidjanconvention.org/media/documents/publications/Abidjan%20Convention%20English.pdf>.

¹⁴⁰ Disponible, en anglais uniquement, à l'adresse : <http://sedac.ciesin.org/entri/texts/marine.environment.coastal.south.east.pacific.1981.html>.

¹⁴¹ *Environmental Policy and Law*, vol. 9, p. 56, disponible, en anglais uniquement, à l'adresse : <http://sedac.ciesin.org/entri/texts/red.sea.gulf.of.aden.1982.html>.

¹⁴² Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1506, p. 157.

¹⁴³ Disponible, en anglais uniquement, à l'adresse : http://www.unep.org/NairobiConvention/docs/Final_Act_Nairobi_Amended_Convention&Text_Amended_Nairobi_Convention.pdf.

¹⁴⁴ Disponible, en anglais uniquement, à l'adresse : <http://sedac.ciesin.org/entri/texts/natural.resources.south.pacific.1986.html>.

¹⁴⁵ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1102, p. 27.

k) Convention-cadre pour la protection de l'environnement de la mer Caspienne (2003, art. 17)¹⁴⁶ et son Protocole relatif à la protection contre la pollution provenant de sources et activités situées à terre (2012, art. 12; un nouveau protocole relatif à l'étude d'impact environnemental transfrontière devant être adopté en 2016).

45. Certaines conventions énumérées ci-après qui intéressent d'autres domaines du droit international de l'environnement prescrivent la réalisation d'études/évaluations d'impact sur l'environnement : a) Convention relative à la protection de l'environnement entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède (1974, art. 6)¹⁴⁷; b) Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur la conservation de la nature et des ressources naturelles [1985, art. 14 1)]¹⁴⁸; c) Accord entre le Canada et les États-Unis sur la qualité de l'air (1991, art. 5)¹⁴⁹; d) Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques [1992, art. 4 1) f)]¹⁵⁰; e) Convention sur la diversité biologique [1992, art. 14 1)]¹⁵¹; f) Protocole au traité sur l'Antarctique, relatif à la protection de l'environnement (1991, art. 8)¹⁵²; g) Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination [1989, art. 4 2) f)]¹⁵³; h) Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux [1992, art. 3 1) h) et 9 2) j)]¹⁵⁴.

46. On retiendra que plusieurs institutions financières multilatérales subordonnent l'octroi de prêts à tout État emprunteur à la réalisation d'études/évaluations d'impact sur l'environnement. Les textes applicables de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale) organisent des procédures d'évaluation internes lesquelles résultent de sa politique opérationnelle 4.01 portant évaluation environnementale (janvier 1999, révisée en avril 2013, en cours de nouvelle révision), qui prescrit l'étude/évaluation de l'impact environnemental de tous projets candidats au financement. En procédant à toute étude/évaluation, on doit tenir compte de facteurs divers, dont le milieu naturel, la santé et la sécurité, les aspects sociaux ainsi que les incidences écologiques transfrontières et planétaires, et associer les populations intéressées à l'entreprise. La Banque mondiale peut refuser de financer tout projet de nature à nuire à l'environnement. Cette faculté vient lui permettre de s'assurer que tout projet est écologiquement rationnel et viable et de faire des choix de financement éclairés¹⁵⁵.

¹⁴⁶ Disponible, en anglais uniquement, à l'adresse: http://www.tehranconvention.org/IMG/pdf/Tehran_Convention_text_final_pdf.pdf.

¹⁴⁷ Disponible, en anglais uniquement, à l'adresse : <http://sedac.ciesin.org/entri/texts/acr/Nordic.txt.html>.

¹⁴⁸ Disponible, en anglais uniquement, à l'adresse: <http://environment.asean.org/agreement-on-the-conservation-of-nature-and-natural-resources/>.

¹⁴⁹ Disponible à l'adresse suivante: http://www.ijc.org/fr/_Air_Quality__Agreement.

¹⁵⁰ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1771, p. 107.

¹⁵¹ Ibid., vol. 1760, p. 79.

¹⁵² *International Legal Materials*, vol. 30, 1991, p. 1455, et disponible à l'adresse : <http://www.polarlaw.org/1991protocol.htm>.

¹⁵³ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1673, p. 57.

¹⁵⁴ Ibid., vol. 1936, p. 269.

¹⁵⁵ Epiney, « Environmental Impact Assessment », op. cit., p. 582 et 583; voir également Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2^e éd. (Manchester, Manchester University Press, 2003), p. 821 et 822. Concernant les directives d'évaluation environnementale similaires adoptées par la Banque africaine de développement, la Banque asiatique de développement et la

On notera que la Banque asiatique d'investissement pour l'infrastructure, nouvellement créée, s'est également donné des prescriptions analogues¹⁵⁶.

47. Principal instrument multilatéral consacré à la matière des études/évaluations d'impact sur l'environnement, la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière¹⁵⁷ contribue puissamment à l'avènement d'un régime d'évaluation en droit international. Elle met à la charge des Parties l'obligation de procéder à l'évaluation de l'impact environnemental de certaines activités dès le premier stade de la planification, et consacre l'obligation générale pour les États de s'informer les uns les autres de tout grand projet à l'étude susceptible d'avoir un impact préjudiciable important sur l'environnement au-delà des frontières, et d'engager des consultations à ce sujet¹⁵⁸. Adoptée sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe (CEE), la Convention était de par sa portée limitée à la région de la CEE (à savoir 45 Parties, y compris l'Union européenne). Cependant, à la suite de l'entrée en vigueur de son premier amendement, le 26 août 2014, elle est désormais ouverte à tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies, qui est censée jouer un grand rôle dans la sphère du droit international en érigeant le principe de l'étude/évaluation d'impact sur l'environnement en outil majeur au service du développement durable¹⁵⁹.

48. Aux termes de son article 2 1), la Convention se donne pour objectif général d'amener les Parties à s'engager à prendre toutes mesures appropriées et efficaces pour prévenir, réduire et combattre l'impact transfrontière préjudiciable important que des activités proposées pourraient avoir sur l'environnement. Ainsi, aux termes de son article 2 2), les Parties sont tenues d'établir une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement de certaines activités relevant de leur juridiction susceptibles d'avoir un « impact transfrontière préjudiciable important »; en outre, elles doivent donner notification aux États susceptibles d'être touchés des effets transfrontières prévus de ces activités et engager des consultations avec ces États. Aux termes de l'article premier, consacré aux définitions, l'expression « activité proposée » désigne toute activité ou tout projet visant à modifier sensiblement une activité, dont l'exécution doit faire l'objet d'une décision d'une autorité compétente suivant toute procédure nationale applicable; l'expression « évaluation de l'impact sur l'environnement » s'entend d'une procédure nationale ayant pour objet d'évaluer l'impact probable de toute activité proposée sur l'environnement; le terme

Banque interaméricaine de développement, voir Günther Handl, *Multilateral Development Banking: Environmental Principles and Concepts Reflecting General International Law and Public Policy* (Londres, Kluwer Law International, 2001). Voir également Autorité internationale des fonds marins, « Recommandations à l'intention des contractants en vue de l'évaluation d'éventuels impacts sur l'environnement liés à l'exploration des minéraux marins dans la Zone » (ISBA/19/LTC/8).

¹⁵⁶ Voir www.aiib.org/uploadfile/2015/0907/20150907061253489.pdf (en anglais).

¹⁵⁷ Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, 25 février 1991, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1989, p. 310 (entrée en vigueur le 10 septembre 1997).

¹⁵⁸ Voir http://www.unece.org/fr/env/eia/eia_f.html.

¹⁵⁹ Communiqué de presse de la CEE, « UNECE Espoo Convention on Environmental Impact Assessment Becomes a Global Instrument » (27 août 2014), disponible, en anglais uniquement, à l'adresse suivante : <http://www.unece.org/info/media/presscurrent-press-h/environment/2014/unece-espoo-convention-on-environmental-impact-assessment-becomes-a-global-instrument/unece-espoo-convention-on-environmental-impact-assessment-becomes-a-global-instrument.html>.

« impact » désigne tout effet d'une activité proposée sur l'environnement, notamment sur la santé et la sécurité, la flore, la faune, le sol, l'air, l'eau, le climat, le paysage et les monuments historiques ou autres constructions, ou l'interaction entre ces facteurs; il désigne également les effets sur le patrimoine culturel ou les conditions socioéconomiques qui résultent de modifications de ces facteurs; l'expression « impact transfrontière » désigne tout impact, et non pas exclusivement un impact de caractère mondial, qu'aurait dans les limites d'une zone relevant de la juridiction d'une Partie une activité proposée dont l'origine physique se situerait en tout ou partie dans la zone relevant de la juridiction d'une autre Partie¹⁶⁰. La Convention édicte par ailleurs des obligations d'ordre procédural plus détaillées. Son intérêt réside dans le fait qu'elle édicte des normes relativement détaillées et précises concernant la réalisation de toute évaluation d'impact sur l'environnement¹⁶¹. Les États font assez souvent application de la Convention, ce qui non seulement rend compte de l'augmentation du nombre des parties, mais montre aussi que les États voient dans l'évaluation de l'impact environnemental transfrontière une procédure utile pour informer et consulter les autorités et les populations des pays voisins. Venu compléter la Convention, le Protocole relatif à l'évaluation stratégique environnementale de 2003 (entré en vigueur en 2011) jette les bases du développement durable en prescrivant aux Parties de faire une place aux considérations d'ordre environnemental, y compris la santé, ainsi qu'aux attentes des populations dans leurs plans et programmes et, dans la mesure du possible, dans leurs politiques et législation, le plus tôt possible. Au 1^{er} janvier 2016, le Protocole comptait 26 Parties, dont l'Union européenne¹⁶².

49. L'Union européenne a également adopté la pratique de l'étude d'impact transfrontière sur l'environnement, ayant pris des directives qui prescrivent à tout État membre d'évaluer l'impact de tout projet sur l'environnement des autres États membres. Entrée en vigueur en 1985, la Directive originelle relative à l'étude d'impact sur l'environnement (85/337/CEE) vise toute une série de projets publics et privés, définis par les annexes I et II¹⁶³. Elle sera modifiée trois fois, en 1997, 2003 et 2009. La directive 97/11/CE viendra en aligner le texte sur celui de la Convention d'Espoo, en élargissant ainsi la portée en augmentant le nombre et les types de projets soumis à étude d'impact sur l'environnement (annexe I). La directive en question est également venue instituer de nouvelles mesures de sélection, dont de nouveaux critères de sélection (annexe III) des projets visés à l'annexe II et des exigences d'informations minimales. La directive 2003/35/CE viendra aligner les dispositions relatives à la participation du public sur celles de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement de 1998. La directive 2009/31/CE viendra modifier les annexes I et II de la directive 85/337/CEE pour y inclure les projets relatifs au transport, au piégeage et au stockage de dioxyde de carbone. La Directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 venue codifier le contenu de la Directive 85/337/CEE et de ses trois amendements sera modifiée en 2014 par la Directive 2014/52/UE, entrée en vigueur le 15 mai 2014, qui viendra simplifier

¹⁶⁰ Voir l'article premier de la Convention (Définitions) à l'adresse suivante : http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/Espoo_Convention_authentic_FRE.pdf.

¹⁶¹ Epiney, « Environmental Impact Assessment » op. cit., p. 584.

¹⁶² Voir https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-4-b&chapter=27&lang=fr&clang=_fr.

¹⁶³ Kersten, « Rethinking trans-boundary environmental impact assessment », op. cit., p. 180.

les règles gouvernant l'évaluation des effets potentiels des projets sur l'environnement¹⁶⁴. Inspirée par un souci d'allègement du poids administratif de la réglementation, cette directive vient également renforcer la protection de l'environnement, le but étant de permettre aux pouvoirs publics et au secteur privé de faire des choix d'investissement plus prudents, prévisibles et viables à long terme. Cette nouvelle démarche permet de mieux appréhender les menaces et problèmes apparus depuis l'entrée en vigueur de la directive originelle, voici plus de 30 ans. On s'intéresse ainsi davantage désormais à certains domaines, tels que l'efficacité environnementale, les changements climatiques et la prévention des catastrophes à l'occasion de toutes études/évaluations d'impact sur l'environnements¹⁶⁵. En regard d'un grand nombre d'instruments internationaux, la directive relative à l'étude d'impact sur l'environnement comporte des dispositions assez détaillées, explicitées également dans toute une jurisprudence de la Cour de justice européenne¹⁶⁶, laquelle a ainsi contribué de manière décisive à l'efficacité de la directive dont le libellé ménage néanmoins une grande marge de manœuvre aux États membres¹⁶⁷.

50. Le Protocole au traité sur l'Antarctique, relatif à la protection de l'environnement de 1991 envisage un procédé d'étude d'impact sur l'environnement plus graduel, en ce qu'il porte en son article 8 1) que les activités envisagées doivent être soumises aux procédures prévues à l'annexe I du Protocole, le but étant d'étudier au préalable les impacts de ces activités sur l'environnement de l'Antarctique. Il pourra être procédé à toute activité envisagée qui aurait « un

¹⁶⁴ Voir <http://ec.europa.eu/environment/eia/eia-legalcontext.htm>.

¹⁶⁵ Les principales modifications apportées à la directive 2014/52/UE relative à l'étude d'impact sur l'environnement sont les suivantes : 1) les États membres ont désormais pour mandat de simplifier leurs différentes procédures d'étude d'impact sur l'environnement; 2) il est imparti un délai aux fins de chacune des différentes étapes de l'étude : les décisions de sélection doivent intervenir dans un délai de 90 jours (délai certes susceptible de prorogation), les consultations publiques devant durer au moins 30 jours. Les États membres doivent également veiller à voir prendre toutes décisions finales dans un « délai raisonnable »; 3) on a simplifié la procédure de sélection, qui est l'occasion d'apprécier s'il y a lieu l'étude d'impact. Les décisions doivent être dûment motivées par référence aux nouveaux critères de sélection; 4) les rapports d'étude d'impact doivent être intelligibles pour le public, s'agissant spécialement d'évaluations de l'état actuel de l'environnement et de solutions de remplacement à l'activité envisagée; 5) la qualité et le contenu des rapports doivent être améliorés. Les autorités compétentes devront également prouver leur objectivité pour ainsi éviter tout conflit d'intérêts; 6) les motifs du consentement à l'exécution de tout projet doivent être clairs et plus transparents aux yeux du public. Les États membres peuvent également fixer le délai de validité de toute conclusion ou opinion motivée résultant de l'étude; 7) les promoteurs de tout projet qui aurait des effets nocifs significatifs sur l'environnement devront faire le nécessaire pour éviter, prévenir ou réduire ces effets. Ils devront assurer le suivi de tout projet de cette nature en empruntant les procédures instituées à cet effet par les États membres. On pourra faire appel aux accords de suivi en vigueur pour éviter tout double emploi et frais inutiles. Pour plus de précisions, voir <http://ec.europa.eu/environment/eia/review.htm>.

¹⁶⁶ Par exemple: affaire C-301/95 *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne* (1998) ECR I-6135; affaire C-392/96 *Commission des Communautés européennes c. Irlande* (1999) ECR I-5901; affaire C-87/02 *Commission c. Italie* (2004) ECR I-5975; affaire C-508/03 *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* (2006) ECR I-3969; affaire C-290/03 *Barker c. London Borough of Bromley* (2006) ECR I-3949; affaire C-435/97 *World Wildlife Fund (WWF) c. Autonome Provinz Bozen* (1999) ECR I-5613; affaire C-287/98 *État du Grand-duché de Luxembourg c. Berthe Linster* (2000) ECR I-6917.

¹⁶⁷ Epiney, « Environmental impact assessment », op. cit., p. 586.

impact moindre que mineur ou transitoire ». Dans le cas contraire, il sera procédé à une évaluation environnementale initiale. Si cette évaluation fait apparaître un « impact mineur ou transitoire », on pourra mener cette activité en suivant les procédures appropriées de suivi, d'évaluation et de vérification de son impact. En présence de toute activité qui aurait « un impact supérieur à un impact mineur ou transitoire », on fera tenir une étude approfondie à toutes les parties, qui sera mise à la disposition du public et soumise à la Réunion consultative. Expression plus aboutie de la mise en œuvre du principe de l'étude d'impact sur l'environnement, ce dispositif a plus de chances d'emporter l'adhésion des uns et des autres dans des contextes bien déterminés comme l'Antarctique¹⁶⁸.

3 Instruments non juridiquement contraignants

51. Au nombre des instruments non juridiquement contraignants traitant de la matière des études d'impact sur l'environnement, on retiendra : a) le projet de principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États (principe 5)¹⁶⁹ du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), approuvé par l'Assemblée générale dans sa résolution 34/186; b) les conclusions de l'étude sur les aspects juridiques intéressant l'environnement relatifs à l'exploration minière et au forage en mer dans les limites de la juridiction nationale (UNEP/GC.9/5/Add.5, annexe III)¹⁷⁰ du PNUE, approuvées par l'Assemblée générale dans sa résolution 37/217; c) la Charte mondiale de la nature (alinéas b) et c) du paragraphe 11)¹⁷¹ approuvée par l'Assemblée générale dans sa résolution 37/7 (1982); d) les buts et principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement de 1987 (UNEP/GC.14/17, annexe III) du PNUE, approuvés par l'Assemblée générale dans sa résolution 42/184¹⁷²; e) la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement issue de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (principe 7) de 1992¹⁷³; f) le projet d'articles de la CDI sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses de 2001¹⁷⁴. On notera que selon le projet d'article 7 : « Toute décision relative à l'autorisation d'une activité entrant dans le champ d'application des présents articles, repose, en particulier, sur une évaluation du dommage transfrontière possible du fait de cette activité, dont une évaluation de l'impact sur l'environnement. » D'après le commentaire dudit projet d'article, les États d'origine ne sont pas tenus d'exiger qu'il soit procédé à une estimation des risques de toute activité entreprise sur leur territoire, dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle. Le projet d'article 7 cadre pleinement avec le principe 17 de la Déclaration de Rio, qui prévoit également qu'une étude d'impact sur l'environnement doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement. L'État d'origine doit ainsi veiller à faire évaluer le risque de voir l'activité envisagée causer des dommages transfrontières importants pour pouvoir ainsi apprécier l'étendue et la

¹⁶⁸ Elias, « Environmental impact assessment », op. cit., p. 234.

¹⁶⁹ UNEP/GC.6/17.

¹⁷⁰ UNEP/GC.9/5/Add.5, annexe III.

¹⁷¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, supplément n° 51* (A/37/51), p. 17, A/Res/37/7(1982).

¹⁷² UNEP/GC.14/17, annexe III, approuvée dans A/RES/42/184.

¹⁷³ Voir par. 14, note de bas de page 42.

¹⁷⁴ Voir *Annuaire ... 2001, vol. II (deuxième partie)*, par. 97.

nature des risques envisageables et, par suite, le type de mesures préventives à prendre. Même si le projet d'article 7 n'en précise pas le contenu, l'évaluation des risques doit comporter l'étude de l'impact possible des dommages transfrontières de l'activité considérée et renseigner sur leurs effets non seulement sur les personnes et les biens, mais également sur l'environnement des autres États¹⁷⁵.

4. Jurisprudence

52. C'est sans doute ici le lieu d'évoquer brièvement le sort réservé à l'obligation de réaliser une étude d'impact sur l'environnement dans la jurisprudence internationale. Dans la deuxième affaire des *Essais nucléaires* portée devant la Cour internationale de Justice en 1995¹⁷⁶, la Nouvelle-Zélande a tenté d'empêcher la France de procéder de nouveau à des essais nucléaires souterrains dans le Pacifique motif pris notamment de ce que cette dernière n'avait pas réalisé d'étude d'impact sur l'environnement, prescrite par la Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud de 1986¹⁷⁷ et le droit international coutumier¹⁷⁸. On retiendra aussi que, sans nier l'existence de ces obligations dérivant de la Convention susmentionnée et du droit international coutumier, la France fera valoir que l'État qui réalise une étude d'impact sur l'environnement doit bénéficier d'une certaine marge de manœuvre. Si dans sa majorité la Cour n'a pas examiné ces arguments pour défaut de compétence, le juge, M. Weeramantry, a exprimé l'avis que le principe de l'étude d'impact transfrontière sur l'environnement avait atteint le niveau de reconnaissance qui justifiait que la Cour en « tînt compte »¹⁷⁹, le juge ad hoc, M. Geoffrey Palmer, ayant, quant à lui, estimé que le droit international coutumier pourrait prescrire la réalisation d'une telle étude s'agissant d'activités qui peuvent avoir de graves conséquences sur l'environnement¹⁸⁰.

53. À l'occasion de l'affaire relative au *projet Gabčíkovo-Nagymaros* de 1997, la Hongrie invoquera le concept d'étude d'impact sur l'environnement pour la première fois en affirmant qu'il faudrait procéder à une « évaluation conjointe de l'impact sur l'environnement ainsi que de l'avenir des ouvrages de la variante C dans le cadre du développement durable de la région »¹⁸¹. Dans son arrêt, la Cour internationale de Justice semble admettre qu'il existe une obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement avant de réaliser tout projet susceptible d'avoir des effets néfastes sur l'environnement d'un autre État, notamment en interprétant le traité en question sous un nouveau jour¹⁸² et en déclarant qu'« [i] est clair que les incidences du projet sur l'environnement et ses implications pour celui-ci seront nécessairement

¹⁷⁵ Ibid., par. 98.

¹⁷⁶ *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires*, C.I.J. Recueil 1995, p. 288f.

¹⁷⁷ *Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud, 24 novembre 1986* (entrée en vigueur le 22 août 1990, voir supra par. 44), disponible en anglais sur le lien suivant : <http://sedac.ciesin.org/entri/texts/natural.resources.south.pacific.1986.html>.

¹⁷⁸ Plaidoirie de la Nouvelle-Zélande, 1995 : CR/95/20, par. 10 à 25.

¹⁷⁹ Opinion dissidente de M. Weeramantry, *Demande d'un examen de la situation conformément au paragraphe 63 du jugement de la Cour du 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires*, C.I.J., Recueil 1995, p. 344.

¹⁸⁰ Ibid., p. 412 ; voir Elias, « Environmental impact assessment », op. cit., p. 234.

¹⁸¹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, arrêt*, p. 73, par. 125.

¹⁸² Epiney, « Environmental impact assessment », op. cit., p. 588.

une question clef. Les nombreux rapports scientifiques présentés à la Cour par les Parties [...] fournissent amplement la preuve que ces incidences et ces implications sont considérables. Aux fins de l'évaluation des risques écologiques, ce sont les normes actuelles qui doivent être prises en considération. Non seulement le libellé des articles 15 et 19 du Traité relatif à la construction et au fonctionnement du système de barrage de Gabtikovo-Nagyymaros, signé à Budapest le 16 septembre 1977, le permet, mais il le prescrit même dans la mesure où ces articles mettent à la charge des parties une obligation continue, et donc nécessairement évolutive, de maintenir la qualité de l'eau du Danube et de protéger la nature. La Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages. »¹⁸³ La Cour soulignera que les États devaient prendre en considération les nouvelles normes environnementales « non seulement lorsqu'[ils] envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé »¹⁸⁴, notant l'étroite relation qui existe entre l'étude d'impact préalable et le suivi postérieur de l'application des traités en vue de tenir compte des effets de ces activités sur l'environnement¹⁸⁵.

54. La sentence rendue à l'issue de l'arbitrage relatif à la *ligne Rhin de fer* en 2005 vient accréditer la thèse de l'existence d'une obligation générale de réaliser une étude d'impact sur l'environnement en droit international. Le tribunal a déclaré que le droit international et le droit communautaire prescrivaient « l'intégration de mesures de protection de l'environnement appropriées dans la conception et la mise en œuvre des activités de développement économique » et que les « principes émergents intègrent désormais la protection de l'environnement au processus de développement », souscrivant ainsi à l'avis exprimé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *projet Gabčíkovo-Nagyymaros*¹⁸⁶.

55. Dans l'arrêt rendu en 2010 en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice a relevé que la pratique de l'étude d'impact sur l'environnement était « acceptée si largement par les États ces dernières années, que l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée » (les italiques sont de l'auteur)¹⁸⁷. Même si le statut du fleuve Uruguay de 1975 entre l'Argentine et l'Uruguay ne prescrit pas l'établissement d'étude d'impact sur l'environnement, l'Uruguay en a réalisé une. Les deux parties sont convenues que le droit international prescrit une telle étude mais l'Argentine a fait valoir que le champ d'application de l'étude uruguayenne ne satisfaisait pas les normes internationales,

¹⁸³ *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros, arrêt*, p. 77 et 78, par. 140.

¹⁸⁴ *Ibid.*, M. Weeramantry évoque dans son opinion le « principe de l'évaluation continue de l'impact sur l'environnement », déclarant que la consécration de considérations d'ordre écologique dans le traité signifiait que le principe de l'étude d'impact sur l'environnement était aussi consacré par le traité. *Ibid.*, p. 111 et 112.

¹⁸⁵ Elias, « Environmental impact assessment », *op. cit.*, p. 235.

¹⁸⁶ *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. XXVII, par. 59.

¹⁸⁷ Dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour a déclaré qu'« une évaluation de l'impact sur l'environnement doit être réalisée avant la mise en œuvre du projet. » *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, arrêt*, p. 83, par. 204.

notamment en ce qui concerne l'évaluation des différents choix d'emplacement et la consultation publique. La Cour a estimé que l'étude était adéquate sous ce double rapport¹⁸⁸. De l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* on retiendra, entre autres solutions, ceci que de l'avis de la Cour le droit international général prescrit de réaliser une étude d'impact sur l'environnement lorsque telle activité industrielle projetée risquerait d'avoir un impact préjudiciable significatif sur tout autre État ou sur toute ressource naturelle partagée. Il faudrait voir dans les observations de la Cour l'expression de la pratique normale à suivre pour définir certaines des questions que l'État doit prendre en considération en s'acquittant de l'obligation à lui faite de procéder à l'étude prescrite sous l'empire de sa législation ou de ses procédures internes d'autorisation de projets. Par exemple, de l'opinion de la Cour qu'il faudrait réaliser une étude d'impact sur l'environnement « avant la mise en œuvre du projet »¹⁸⁹ on serait fondé à déduire qu'une telle étude pourrait influencer le choix et le plan d'ensemble du projet¹⁹⁰. En déclarant que l'étude d'impact sur l'environnement doit être suivie, le cas échéant, de la surveillance continue des effets du projet sur l'environnement pendant toute sa durée de vie, la Cour rend compte d'une pratique optimale, étant en outre logiquement conduite à cette constatation par ceci qu'elle a reconnu l'existence de « l'obligation de diligence, et du devoir de vigilance et de prévention que cette obligation implique »¹⁹¹. Ainsi, même si à l'occasion de l'affaire relative au *projet Gabčíkovo-Nagymaros*, elle n'est pas allée jusqu'à reconnaître le statut non conventionnel de l'obligation de réaliser une étude d'impact sur l'environnement, la Cour semblerait l'avoir bel et bien consacré dans celle des *Usines de pâte à papier*. On peut conclure que l'on voit désormais dans l'étude d'impact sur l'environnement un outil essentiel qui permet de faire une place aux impératifs d'ordre environnemental dans le processus d'élaboration des projets, et, par suite que le droit international positif érige désormais en obligation générale la réalisation de l'étude d'impact sur l'environnement¹⁹².

56. À l'occasion de son avis consultatif de 2011 concernant les responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone¹⁹³ la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a évoqué la question de l'étude d'impact sur l'environnement en se référant à l'arrêt rendu en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*. Répondant à la question posée par le Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins, de savoir « quelles sont les [...] obligations juridiques des États parties à la Convention (des Nations Unies sur le droit de la mer) qui patronnent des activités menées dans la Zone [...]? », la Chambre a visé spécialement l'étude d'impact sur l'environnement comme étant l'une des

¹⁸⁸ Ibid., p. 85, 87, par. 210, 211, 219.

¹⁸⁹ Ibid., p. 83, par. 205.

¹⁹⁰ Voir l'opinion dissidente du juge ad hoc, M. Vinuesa (par. 65): « toutes les consultations [...] se sont tenues après la délivrance des autorisations environnementales et sont donc toutes dépourvues d'effectivité. »

¹⁹¹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, p. 82 et 83, par. 204. Voir aussi Cymie R. Payne, « Pulp Mills on the River Uruguay », *AJIL*, vol. 105 (2011), p. 99 et 100.

¹⁹² Elias, « Environmental impact assessment », op. cit., p. 236.

¹⁹³ *Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, Responsabilités et Obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la zone, avis consultatif*, Tribunal international du droit de la mer, affaire n° 17, par. 141f.

obligations directes incombant aux États qui patronnent¹⁹⁴. Comme elle le fera observer, l'article 206 de la Convention et les textes connexes, dont le paragraphe 6 de l'article 31 du Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone et le paragraphe 6 de l'article 33 du Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des sulfures polymétalliques dans la Zone adoptés par l'Autorité internationale des fonds marins, mettent à la charge des États qui patronnent l'obligation de réaliser une étude d'impact sur l'environnement¹⁹⁵. Toutefois, allant plus loin, la Chambre dira qu'« [il] convient toutefois de souligner que l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact potentiel sur l'environnement constitue également une obligation directe en vertu de la Convention et *une obligation générale en vertu du droit international coutumier*. » (non souligné dans le texte original)¹⁹⁶. Déduisant cette constatation de l'arrêt *Usines de pâte à papier*¹⁹⁷, la Chambre élargira la portée de l'obligation aux activités menées dans la Zone. Selon elle : « Bien que portant sur la situation spécifique examinée par la Cour [dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*], le langage utilisé [par la Cour internationale de Justice] semble suffisamment général pour s'appliquer aux activités menées dans la Zone, même si celles-ci ne rentrent pas dans le champ d'application des Règlements. *Le raisonnement de la Cour [dans l'affaire relative à des Usines de pâte à papier] dans un cadre transfrontière peut aussi s'appliquer aux activités ayant un impact sur l'environnement menées dans une zone au-delà des limites de la juridiction nationale et les références de la Cour aux « ressources partagées » peuvent aussi s'appliquer aux ressources qui sont le patrimoine commun de l'humanité.* » (non souligné dans le texte original)¹⁹⁸. Au vu de l'avis consultatif, on peut conclure que l'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement édictée par le droit international général joue également s'agissant d'activités menées dans toute zone située au-delà des limites de la juridiction nationale.

57. La sentence arbitrale partielle rendue en 2013 en l'affaire des *Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga (Pakistan c. Inde)* est venue confirmer l'obligation faite à l'État par le droit international coutumier de procéder à une étude d'impact sur l'environnement au vu des arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans les affaires relatives au *projet Gabčikovo-Nagymaros*, à des *Usines de pâte à papier* et à la *ligne du Rhin de fer*¹⁹⁹.

58. Dans l'affaire récente relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière – Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan*, la Cour internationale de Justice a réitéré le constat qu'elle avait fait à l'occasion de l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* que l'« on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement »²⁰⁰. Dans cette espèce-ci,

¹⁹⁴ Ibid., p. 42, par. 122.

¹⁹⁵ Ibid., p. 48, par. 142 et p. 50, par. 146.

¹⁹⁶ Ibid., p. 49, par. 145.

¹⁹⁷ Ibid., p. 50, par. 147.

¹⁹⁸ Ibid., p. 50, par. 148.

¹⁹⁹ PCA, *Arbitrage des Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga, sentence partielle du 18 février 2013*, par. 450, 451 et 452. Cette obligation sera confirmée par la sentence finale du 20 décembre 2013, par. 112.

²⁰⁰ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière, arrêt, C.I.J., Recueil 2015*, par. 104.

la Cour a explicité le contenu de l'obligation dégagée dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* de trois manières différentes. Premièrement, même si elle a visé des activités industrielles entreprises par des sociétés privées dans cette dernière affaire, la Cour a conclu en l'espèce que l'obligation de réaliser une étude d'impact de l'environnement « vaut, de manière générale, pour toute activité projetée susceptible d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière »²⁰¹, et joue donc s'agissant également de projets menés par l'État lui-même. Deuxièmement, si elle a déclaré à l'occasion de l'affaire dite des *Usines de pâte à papier*, que l'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement était continue, la Cour mettra l'accent dans la présente espèce (Certaines activités) sur l'obligation de réaliser cette étude avant d'entreprendre toute activité, déclarant que « cette obligation requiert toutefois que le risque de dommage transfrontière important soit évalué *ex ante* »²⁰². Troisièmement, la Cour fera observer que « le renvoi au droit interne ainsi opéré ne concerne pas la question de savoir s'il y a lieu ou non de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement »²⁰³.

5. Droit international coutumier

59. On s'est autorisé de la pratique internationale susévoquée pour largement soutenir que le droit international coutumier prescrit de réaliser une étude d'impact sur l'environnement en présence de toutes activités ou de tous projets susceptibles de causer des dommages transfrontières significatifs sur l'environnement. Depuis le début des années 80, toute une série d'instruments internationaux sont venus prescrire la réalisation d'études d'impact sur l'environnement en présence d'activités grosses de risques de dommages. En outre, plus de 130 pays se sont donnés des textes internes prescrivant la conduite d'études d'impact sur l'environnement. Il existe donc une pratique des États assez uniforme et constante en la matière. Les États reconnaissent également le caractère juridiquement contraignant de cette obligation, du moins en ce qui concerne les projets susceptibles de causer des dommages transfrontières. On peut donc dire à tout le moins que le principe de l'étude d'impact sur l'environnement préalable à l'exécution de tous projets de nature à causer d'importants dommages transfrontières a valeur de règle du droit international coutumier. Autrement dit, l'État a pour obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement dès lors que sont remplies les trois conditions suivantes : à savoir, premièrement, que le projet soit susceptible d'avoir un impact sur l'environnement, deuxièmement, qu'il puisse causer des dommages transfrontières et, troisièmement, que son impact soit important. Par ailleurs, d'après la pratique internationale, il est des indications d'ordre procédural à observer en matière d'étude d'impact sur l'environnement : premièrement, il faut procéder à l'étude avant de se prononcer sur l'opportunité du projet envisagé; deuxièmement, il faut appréhender et évaluer l'impact du projet en tous ses aspects environnements; troisièmement, il faut pourvoir à la participation du public sous une forme ou une autre; quatrièmement, dans la pratique, c'est d'ordinaire aux pouvoirs publics de conduire l'étude; cinquièmement, l'autorité

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid., par. 161. Il faut toutefois garder à l'esprit que même dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour avait déclaré qu'il fallait procéder à une « évaluation de l'impact sur l'environnement avant la mise en œuvre du projet ». *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, p. 83, par. 205.

²⁰³ Ibid., par. 157.

compétente doit prendre en considération les résultats de l'étude en se prononçant sur l'exécution du projet²⁰⁴. Certaines des conditions ou indications précitées demeurent mal définies dans de nombreux instruments internationaux, même si certains instruments supranationaux, comme la directive 85/337/CEE²⁰⁵ de l'UE, proposent des éléments de procédure plus précis. Encore peut-on difficilement dire que ces éléments sont l'expression d'une pratique continue établie. D'où l'impossibilité de se prononcer plus précisément à ce stade sur la manière de procéder à l'étude d'impact sur l'environnement prescrite par le droit international coutumier.

60. Si les développements qui précèdent intéressent principalement l'obligation de réaliser des études d'impact sur l'environnement dans les contextes transfrontières, il reste à savoir, essentiellement à défaut de précédents en la matière, s'il en est de même des études d'impact sur l'environnement réalisées en présence de projets de nature à avoir un impact significatif sur l'atmosphère mondiale, comme les activités de géo-ingénierie. Cependant, selon nous, ces activités sont susceptibles de comporter un risque plus élevé de dommages encore plus « étendus, durables et graves » que ces dommages transfrontières et donc, *a fortiori*, les mêmes règles devraient s'appliquer à ces activités de nature à causer une dégradation de l'atmosphère à l'échelle mondiale.

61. Vu les développements qui précèdent, nous proposons le projet de directive suivant :

Projet de directive 4 : Étude d'impact sur l'environnement

Les États ont l'obligation de prendre toutes mesures nécessaires pour faire procéder à toutes études d'impact sur l'environnement indiquées, le but étant de prévenir, d'atténuer et de maîtriser les causes et effets de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique engendrées par toutes activités envisagées, ces études devant être menées en toute transparence et pourvoir à une large participation de la population.

III. Obligations d'utilisation durable et équitable de l'atmosphère

A. Utilisation durable de l'atmosphère

1. La notion de durabilité en droit international

62. On a longtemps considéré que l'atmosphère était inépuisable et non exclusive, chacun pouvant, pensait-on, en profiter sans en priver les autres²⁰⁶. Cette opinion a vécu²⁰⁷. Ce qu'il faut retenir, c'est que l'atmosphère est une ressource épuisable aux

²⁰⁴ Epiney, « Environmental impact assessment », *op. cit.*, p. 588 à 590.

²⁰⁵ Voir par. 42 supra.

²⁰⁶ Ainsi qu'il ressort du rapport A/CN.4/667, par. 84 (notes 235 et 236), ce débat n'es pas sans rappeler la célèbre controverse, qui avait opposé aux XVI^e et XVII^e siècles Hugo Grotius, dans son ouvrage *Mare Liberum*, et John Selden, dans son ouvrage *Mare Clausum*, autour de la question de savoir si les ressources des mers et océans étaient limitées ou illimitées.

²⁰⁷ Voir le commentaire à l'alinéa 2) du préambule, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément no 10 (A/70/10)*, p. 25. Dans l'affaire *Gasoline* de 1996, le

capacités d'assimilation limitées. Même si l'on peut exploiter l'atmosphère au sens classique du terme (comme on exploiterait des minéraux, le pétrole et le gaz), en réalité, tout pollueur exploite l'atmosphère en en réduisant la qualité et l'aptitude à absorber des polluants, d'où la nécessité d'en assurer la conservation pour permettre aux organismes de respirer et de jouir de conditions climatiques stables. L'atmosphère étant une ressource naturelle limitée, il faut pourvoir à son utilisation durable. Le droit international ne définissant pas toujours clairement le caractère normatif du développement durable, c'est là chose plus facile à dire qu'à faire. Largement accepté en théorie, semble-t-il, la notion de développement durable n'en suscite pas moins quelque divergence de vues quant à son application dans les faits²⁰⁸.

63. Les grandes lignes de l'évolution de la notion de développement durable étant bien esquissées, notamment par Nico Schrijver dans ses travaux sur la matière²⁰⁹, nous n'y reviendrons pas ici. On retiendra toutefois que c'est à l'occasion de l'arbitrage de 1893 concernant les phoques à fourrure de la mer de Béring que l'on évoque pour la première fois la notion de développement durable au sens où on l'entend aujourd'hui²¹⁰. La notion de durabilité a vu le jour en droit international au cours des années 50, dans des accords de pêcheries hauturières, sous le concept de « rendement constant maximum »²¹¹, calculé, en principe, sur la base de preuves scientifiques déterminant le seuil d'existence durable de telle ou telle espèce, le but étant que le volume total de capture autorisé de l'espèce en question ne dépasse pas ce seuil. La notion de durabilité était ainsi, en principe, adossée à des données scientifiques. Aux termes de la Convention de 1958 sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer de 1958 en son article 2, l'expression

Groupe spécial et l'Organe d'appel de l'OMC ont déclaré que l'air pur était une « ressource naturelle » qui pouvait être « épuisée ». *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (1996), Rapport de l'Organe d'appel (WT/DS 2/AB/R (1996).

²⁰⁸ Duncan French, *Sustainable development*, dans *Research Handbook of International Environmental Law*, Malgosia Fitzmaurice, *et al.*, eds., op. cit., p. 51 à 68; Daniel Barstow Magraw et Lisa D Hawke, *et al.*, *Sustainable development*, dans *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Daniel Bodansky et David Freestone, eds., (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 613 à 638. Voir également Winfried Lang, éd., *Sustainable Development and International Law*, Londres : Graham & Trotman (1995), p. 3 à 290; Konrad Ginther, *et al.*, eds., *Sustainable Development and Good Governance*, (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1995), p. 1-22; Alan Boyle, *et al.*, eds., *International Law and Sustainable Development*, op. cit., p. 1 à 364.

²⁰⁹ Voir Nico Schrijver, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: inception, Meaning and Status*, Recueil des cours, vol. 329 (2007), p. 217 à 412. Voir aussi, Dire Tladi, *Sustainable Development in International Law: An Analysis of Key Enviro-Economic Instruments*, (Pretoria : Pretoria University Law Press, 2007), p. 11 à 38.

²¹⁰ Le tribunal d'arbitrage a adopté le « règlement » pour la conservation durable des phoques à fourrure. *Moore 's International Arbitral Awards*, vol. 1, p. 755. Voir « Unilateral measures and the concept of opposability in international law », dans *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Shinya Murase, (Tokyo: Sophia University Press, 2011), p. 227 et 228.

²¹¹ Al. a) du paragraphe 10 de l'annexe à la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1946; al. b) et i) du paragraphe 1 de l'article IV de la Convention internationale de 1952 concernant les pêcheries hauturières de l'Océan Pacifique Nord (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 205, p. 2770); al. a) du paragraphe 1) de l'article 2 de la Convention intérimaire entre les États-Unis d'Amérique, le Canada, le Japon et l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur la conservation des phoques à fourrure du Pacifique Nord (*ibid.*, vol. 314, p. 4546).

« conservation des ressources biologiques de la haute mer » s'entend de « l'ensemble des mesures rendant possible le *rendement optimum constant* de ces ressources, de façon à porter au maximum les disponibilités en produits marins, alimentaires et autres »²¹² (non souligné dans le texte original). Le droit des pêcheries viendra par la suite recadrer la norme du rendement constant maximum pour limiter le volume total de capture autorisé. Ainsi, la Convention sur le droit de la mer dispose en son article 61, paragraphe 3, que les mesures de conservation « visent aussi à maintenir ou rétablir les stocks des espèces exploitées à des niveaux qui assurent le *rendement constant maximum, eu égard aux facteurs écologiques et économiques pertinents, y compris les besoins économiques des collectivités côtières vivant de la pêche et les besoins particuliers des États en développement* »²¹³ (non souligné dans le texte original). Cette formulation s'expliquerait par ceci que la communauté internationale craignait que la norme de rendement constant maximum ne puisse, à elle seule, garantir que les limites adéquates fixées pour prévenir la surpêche ne soient pas dépassées²¹⁴. On peut donc dire que la notion de durabilité, au moins pour ce qui concerne la pêche hauturière, obéit à des données d'ordre scientifique, mais aussi à des choix de principe d'ordre politique (non scientifiques).

2. Traités et autres instruments

64. Premier instrument international à parler de « développement durable », la Stratégie mondiale de la conservation de 1980, élaborée par l'Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, en définit la notion comme étant « [l'intégration] de la conservation au développement pour que les modifications apportées à la planète garantissent véritablement la survie et la prospérité de l'humanité »²¹⁵. Le rapport de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement (Commission Brundtland), intitulé « Notre avenir à tous », viendra donner à l'expression ses titres de noblesse internationale²¹⁶, ces deux textes étant ainsi à l'origine d'un véritable « changement de paradigme » en droit international de l'environnement²¹⁷. À la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, de Rio de Janeiro, de 1992, les gouvernements érigeront officiellement pour la première fois le développement

²¹² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 559, p. 285. Faite à Genève le 29 avril 1958, entrée en vigueur le 20 mars 1966.

²¹³ On trouve des dispositions similaires au paragraphe 1, lettre c) de l'article 119 de la Convention sur le droit de la mer, au paragraphe b) de l'article 5 de l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention de 1995 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, à l'article 7.2.1 du Code de conduite de la FAO pour une pêche responsable de 1995, et à l'alinéa b) du paragraphe 17.46 du chapitre 17 de l'Action 21 de la CNUCED relatif à l'utilisation durable et à la conservation des ressources biologiques marines de haute mer.

²¹⁴ J. F. Caddy et K. L. Cochrane, « A review of fisheries management past and present and some future perspectives for the third millennium », *Ocean and Coastal Management*, vol. 44 (2001), p. 653 à 682; Chusei Yamada *et al.*, « Regarding the southern bluefin tuna case », *Jurist*, n° 1197 (2001), p. 66 (en japonais).

²¹⁵ UICN, *Stratégie mondiale de la conservation*, Gland : UICN, 1980.

²¹⁶ Commission mondiale pour l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, Oxford: Oxford University Press (1987), p. 43 à 46.

²¹⁷ Tladi, *Sustainable Development in International Law*, op. cit., p. 34 à 38

durable en politique mondiale, que viendront consacrer la Déclaration de Rio²¹⁸ et l'Action 21²¹⁹. Les deux conventions majeures adoptées à Rio, à savoir la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques²²⁰ et la Convention sur la diversité biologique (Convention sur la biodiversité)²²¹ envisagent le développement durable. La Convention sur les changements climatiques pose en « principe » en son article 3 que « [l]es Parties ont le droit d'œuvrer pour un développement durable et doivent s'y employer », la Convention sur la diversité biologique portant en son article premier que « [l]es objectifs de la présente convention [...] sont la conservation de la diversité biologique [et] l'utilisation durable de ses éléments ». La Déclaration de principes, non juridiquement contraignante mais faisant autorité, pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts²²², également adoptée à Rio, évoque le consensus mondial sur la gestion, la conservation et le « développement durable » des forêts du monde entier. Le premier paragraphe du préambule de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC de 1994, consacre le développement durable comme objectif de l'Organisation²²³. De ce que ces instruments y voient uniquement un « objectif » ou un « principe », on serait tenté de conclure que le développement durable a uniquement valeur d'orientation ou de déclaration de principe politique et non de code opératoire permettant de déterminer les droits et obligations des États.

3. Jurisprudence

65. Dans son arrêt *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)* de 1997, la Cour internationale de Justice évoquera « la nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement » qu'à son avis « le concept de développement durable traduit bien »²²⁴, sans toutefois aller jusqu'à envisager le caractère normatif et le statut de ce concept. Sur ce point, le juge Weeramantry estimera, dans son opinion individuelle, que, loin d'être « un simple concept, [le développement durable] est un principe de valeur normative, crucial pour statuer en l'espèce »²²⁵, opinion que d'aucuns partageront sous certaines réserves²²⁶. Dans son ordonnance de 2006 en *l'affaire des Usines de pâte à papier (Argentine c. Uruguay)*, la Cour internationale de Justice mettra en évidence « l'importance d'assurer la protection, sur le plan de l'environnement, des ressources naturelles partagées tout en permettant un développement économique durable », soulignant

²¹⁸ Déclaration de Rio, par. 14.

²¹⁹ Action 21, Rapport de la CNUED, 1 (1992), document publié sous la cote A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), p. 9.

²²⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, p. 107.

²²¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1760, p. 79.

²²² Document publié sous la cote A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), p. 480.

²²³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867, p. 154.

²²⁴ *C.I.J. Recueil 1997*, par. 140.

²²⁵ Opinion individuelle du juge Weeramantry, par. 104. Il déclarera également que « le droit inclut nécessairement en lui-même le principe de conciliation. Ce principe est celui du développement durable », et notera plus loin qu'il fait « partie du droit international moderne d'abord en vertu de sa nécessité logique inéluctable, mais aussi à cause de son acceptation générale par la communauté mondiale » (ibid.).

²²⁶ Voir Vaughn Lowe, « Sustainable development and unsustainable arguments », dans *International Law and Sustainable Development*, Boyle *et al.* édés., op. cit., p. 19 et suiv., dans lequel le développement durable est décrit comme un « méta-principe ». Voir également Dire Tladi, *Sustainable Development in International Law*, op. cit., p. 94 à 109.

« [qu']il doit être tenu compte de la nécessité de garantir la protection continue de l'environnement du fleuve ainsi que le droit au développement économique des États riverains »²²⁷. La Cour évoquera de nouveau à l'occasion de son arrêt de 2010 en ladite espèce le concept de développement durable dans les mêmes termes que dans l'ordonnance de 2006 susmentionnée²²⁸ et dans l'arrêt *projet Gabčíkovo-Nagyymaros*²²⁹.

66. Dans sa décision de 1998 en l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, l'Organe d'appel de l'OMC déclarera ce qui suit : « [R]appelant que les membres de l'OMC ont expressément mentionné l'objectif de développement durable dans le préambule de l'Accord sur l'OMC, nous estimons qu'il est trop tard à présent pour supposer que l'article XX g) du GATT de 1994 peut être interprété comme visant uniquement la conservation des minéraux ou des autres ressources naturelles non biologiques épuisables[,] » et que « [é]tant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'Accord sur l'OMC, il doit, selon nous, éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'Accord sur l'OMC, le GATT de 1994 en l'espèce »²³⁰.

67. À l'occasion de sa sentence arbitrale de 2005 en l'affaire de la *ligne du Rhin de fer (Belgique c. Pays-Bas)*, le tribunal arbitral conclura ce qui suit : « Des discussions considérables ont eu lieu en ce qui concerne ce qui, en matière de droit de l'environnement, constitue des « règles » ou des « principes », ce qui relève du droit non contraignant (« soft law »), et quel droit conventionnel ou principes en matière d'environnement a contribué au développement du droit international coutumier. [...] Les principes qui en résultent, quel que soit leur statut actuel, font référence [au] développement durable. [...] Le point important est que ces principes émergents intègrent désormais la protection de l'environnement au processus de développement. Le droit de l'environnement et le droit applicable au développement ne constituent pas des alternatives, mais des concepts intégrés se renforçant mutuellement; ainsi, lorsque le développement risque de porter atteinte de manière significative à l'environnement, doit exister une obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer, cette pollution. [...] Le Tribunal estime que ce devoir est désormais devenu un principe du droit international général »²³¹. Dans sa sentence arbitrale partielle de 2013 en l'affaire des *eaux de l'Indus Kishenganga (Pakistan c. Inde)*, la Cour d'arbitrage dira qu'il n'est pas douteux que le droit international coutumier contemporain fait à l'État obligation de tenir compte de la protection de l'environnement en planifiant et en élaborant des projets susceptibles de causer quelque dommage à un État limitrophe. Depuis l'affaire de la *Fonderie de Trail*, toute une jurisprudence arbitrale internationale est venue souligner la nécessité de gérer les ressources naturelles de façon durable. La Cour internationale de Justice s'arrêtera spécialement sur le principe de « développement durable » dans l'affaire

²²⁷ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, Indication de mesures conservatoires*, C.I.J. Recueil 2006, p. 133, par. 80.

²²⁸ Ibid., par. 75.

²²⁹ Ibid., par. 76.

²³⁰ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, AB-1998-4, WT/DS58/AB/R (12 octobre 1998), par. 129, 131 et 153.

²³¹ CPA, *Arbitrage relatif au chemin de fer dit Iron Rhine*, 2005, par. 58 à 60.

Gabčíkovo-Nagymaros, évoquant « la nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement »²³².

68. Ainsi, s'agissant de savoir s'il a été érigé en « principe », tout porte à croire que l'on se rallie de plus en plus à la thèse que le concept de développement durable a acquis en droit valeur de « principe émergent » du droit international coutumier. Toutefois, comme il subsiste une certaine ambiguïté quant au statut juridique de ce concept, sans doute la Commission voudra-t-elle opter pour le conditionnel « devrait » en parlant de l'utilisation durable de l'atmosphère comme proposé ci-après:

Projet de directive 5 : Utilisation durable de l'atmosphère

1. Étant donné sa nature limitée l'atmosphère, devrait être l'objet d'utilisation durable.

2. Aux fins de l'utilisation durable de l'atmosphère, le droit international prescrit de concilier développement économique et protection de l'environnement.

B. Utilisation équitable de l'atmosphère

1. La notion d'équité en droit international

69. Équité et développement durable sont deux notions souvent regardées comme liées par essence, en droit international de l'environnement et singulièrement en droit de l'atmosphère, l'utilisation équitable de l'atmosphère étant le corollaire de son utilisation durable²³³. L'équité s'entend de la justice distributive dans la répartition des ressources d'une part, et dans la répartition des charges, d'autre part. On ne méconnaîtra donc pas la dualité inhérente à ce concept²³⁴.

70. Le droit international général s'intéresse de longue date à l'équité, notion envisagée sous diverses acceptions²³⁵. Selon la Cour internationale de Justice, la notion d'équité en droit international, certes difficile à définir, « procède directement de l'idée de justice »²³⁶. Elle évoque la prise en compte du caractère

²³² CPA, *Arbitrage des eaux de l'Indus Kishenganga*, sentence partielle du 18 février 2013, par. 449, constatation que viendra confirmer la sentence finale du 20 décembre 2013, par. 111.

²³³ Ainsi, d'après l'Accord de Copenhague issu de la COP-15 de la CCNUCC tenue en 2009, les Parties qui s'associent à l'Accord s'engagent « sur la base de l'équité et dans l'optique d'un développement durable » à renforcer l'action concertée à long terme visant à combattre les changements climatiques (décision 2/CP. 15 de l'Accord de Copenhague, publié sous la cote FCCC/CP/ 2009/11/Add.1, 30 mars 2010. Le huitième alinéa du préambule à l'Accord de Paris, adopté par la COP-21 de la CCNUCC le 12 décembre 2015 souligne les « liens intrinsèques » de « l'accès équitable au développement durable » (FCCC/CP/ 2015/L.9).

²³⁴ Dinah Shelton, *Equity*, dans *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Daniel Bodansky, *et al.*, (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 639 à 662.

²³⁵ Michael Akehurst, « Equity and general principles of law », ICLQ, vol. 25 (1976), p. 801 à 825; Francesco Francioni, *Equity in international law*, dans *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Rüdiger Wolfrum, éd., (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 632 à 642; M. W. Janis, « Equity in international law », dans *ibid.*, vol. II (Amsterdam: North-Holland, 1995), p. 109.

²³⁶ *Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 46, par. 71.

juste et raisonnable nécessaire à l'application des règles de droit établies²³⁷. L'invoquant dans l'arrêt rendu en 1985 par sa Chambre en l'affaire du *différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*²³⁸, la Cour en dégagera trois formes en droit international : a) l'équité *infra legem* (découlant du droit); b) l'équité *praeter legem* (extérieure au droit, mais proche); et c) l'équité *contra legem* (contraire au droit). Selon ledit arrêt, l'équité *infra legem* « constitu[e] une méthode d'interprétation du droit et en [est] l'une des qualités »²³⁹. La notion d'équité *praeter legem* est quant à elle particulièrement importante en ce qu'elle permet de combler les lacunes du droit existant²⁴⁰. L'équité *contra legem* (contre la loi) peut s'assimiler au règlement *ex aequo et bono* (voir le paragraphe 2 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice), qui, du consentement des parties concernées, peut permettre de corriger les règles juridiques existantes qui pourraient autrement conduire à un résultat déraisonnable et injuste, mais que l'on distinguera de l'interprétation et de l'application du droit positif.

71. L'équité revêt une double dimension en droit international de l'environnement²⁴¹. D'une part, elle postule un équilibre mondial « Nord-Sud » équitable, traduit par le concept de « responsabilités communes mais différenciées » (tel qu'énoncé dans le principe 7 de la Déclaration de Rio et dans plusieurs accords multilatéraux sur l'environnement). D'autre part, elle préconise d'établir un équilibre équitable entre la génération actuelle et les générations futures de l'humanité, dont la Commission mondiale pour l'environnement et le développement a dégagé la définition dans son rapport de principe en ces termes : « Le développement durable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs »²⁴².

2. Traités et autres instruments

72. Nombre de traités multilatéraux mondiaux font une place de choix à l'équité et aux principes équitables. Selon son préambule, le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone à la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone de 1985 tend à « réglementer équitablement le volume mondial total des émissions ». Aux termes du paragraphe 1 de l'article 3 de

²³⁷ James R. Crawford, SC, FBA, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition, (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 44. Voir aussi Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, (Oxford: Clarendon Press, 1995).

²³⁸ *Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 554.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Voir en général Prosper Weil, « L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice : un mystère en voie de dissipation? », dans *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Vaughan Lowe et Malgosia Fitzmaurice, éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), p.1 21 à 144; Juliane Kokott, « Equity in international law », dans *Equity Concerns in Climate Change, Fair Weather*, (London: Earthscan, 1999), p. 186 à 188; Dinah Shelton, *Equity*, dans *Oxford Handbook of International Environmental Law* (2007), Daniel Bodansky *et al.*, op. cit., p. 639 à 662 et p. 642.

²⁴¹ Shelton, *ibid.*, p. 640 à 645.

²⁴² *Notre avenir à tous*, (Oxford : Oxford University Press, 1987), p. 43. Voir également Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokyo: United Nations University Press, 1989); et Claire Molinari, « Principle 3: From a Right to Development to Intergenerational Equity », dans *The Rio Declaration on Environment and Development*, Duvic-Paoli et Vinuales, op. cit., p. 139 à 156.

la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques²⁴³ « il incombe aux parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, sur la base de l'équité et en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées et de leurs capacités respectives ». D'après l'alinéa a) du paragraphe 2 de son article 4, « [c]hacune de ces Parties [visées à l'annexe I] adopte des politiques nationales et prend en conséquence les mesures voulues pour atténuer les changements climatiques en limitant ses émissions anthropiques de gaz à effet de serre et en protégeant et renforçant ses puits et réservoirs de gaz à effet de serre [...] tenant compte [...] de la nécessité pour chacune de ces Parties de contribuer de façon appropriée et équitable à l'action mondiale entreprise pour atteindre cet objectif ». Tout dernièrement, l'Accord de Paris, adopté par les parties à la Convention le 12 décembre 2015, porte en son article 2, paragraphe 2, qu'il « sera appliqué conformément à l'équité et au principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, eu égard aux contextes nationaux différents ». D'après son article premier la Convention sur la diversité biologique de 1992 s'assigne, entre autres objectifs, le « partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques »²⁴⁴. De même, la Convention des Nations Unies de 1994 sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique, souligne plus d'une fois l'intérêt qu'il y a à partager des informations « de façon équitable et selon des modalités arrêtées d'un commun accord » [voir art. 16 g), art. 17 1) c), et art. 18 2) c)]²⁴⁵.

73. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer vise aussi expressément l'équité : a) le préambule cite, entre autres objectifs de la Convention, « [l']utilisation équitable et efficace » des ressources océaniques, « [c]onsidérant que la réalisation de ces objectifs contribuera à la mise en place d'un ordre économique international juste et équitable dans lequel il serait tenu compte des intérêts et besoins de l'humanité tout entière et, en particulier, des intérêts et besoins spécifiques des pays en développement, qu'ils soient côtiers ou sans littoral »; b) les articles 74 1) et 83 1) envisagent la « solution équitable » des différends; c) les articles 69 1) et 70 1) consacrent le droit de participation « selon une formule équitable »; d) les articles 82 4) et 140 2) parlent de « partage équitable » dans l'exploitation des ressources; et e) l'article 155 2) envisage « [l']exploitation équitable [de la Zone] au bénéfice de tous les pays ».

74. On retrouve également des dispositions similaires dans des traités et instruments régionaux. Aux termes de la Convention de la CEE de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, les parties « prennent toutes les mesures appropriées [...] [p]our veiller à ce qu'il soit fait un usage raisonnable et équitable des eaux transfrontières » (par. 2 c) de l'article 2). La Convention sur la protection du Danube de 1994 se donne en son article 2, paragraphe 1, pour objectifs « la gestion durable et équitable de l'eau », les parties contractantes devant, aux termes de son article 6) « pren[dre] les mesures appropriées pour prévenir ou réduire l'impact transfrontière, pour assurer une utilisation durable et équitable des ressources en eau, et pour contribuer à la

²⁴³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, p. 107.

²⁴⁴ *Ibid.*, vol. 1760, p. 79.

²⁴⁵ *Ibid.*, vol. 1954, p. 3.

conservation des ressources écologiques »²⁴⁶. L'Accord de coopération pour un développement durable du bassin du Mékong de 1995 prévoit, en son article 5, l'utilisation raisonnable et équitable des eaux du fleuve Mékong²⁴⁷. Le protocole révisé de la Communauté de développement d'Afrique australe de 2000 sur les cours d'eau partagés²⁴⁸ met en avant l'utilisation équitable des cours d'eau de la région (art. 2 a), 3 7) et 3 8) du préambule). Comporte également des dispositions analogues la Convention-cadre sur la protection et le développement durable des Carpates de 2003, qui se donne pour objectif de prendre des mesures pour répondre à des « utilisations durables, équilibrées et équitables de l'eau » [art. 6 b)]²⁴⁹.

3. Travaux antérieurs de la Commission

75. Il convient de prendre note des travaux antérieurs de la Commission qui intéressent l'équité. Aux termes de l'article 5 (« Utilisation et participation équitables et raisonnables ») de ses articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1994²⁵⁰ (adoptés sous forme de convention en 1997), les États du cours d'eau « utilisent sur leur territoire respectif le cours d'eau international de manière équitable et raisonnable » et « participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau international *de manière équitable et raisonnable* »²⁵¹ (non souligné dans le texte original). L'article 4 (« Utilisation équitable et raisonnable ») de ses articles sur le droit des aquifères transfrontières (2008) porte identiquement que « [I]es États de l'aquifère utilisent les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières selon le principe de l'utilisation équitable et raisonnable »²⁵².

76. Selon les articles de la Commission de 2001 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses « [I]es États intéressés recherchent des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 10 » (projet d'article 9, par. 2). D'après l'article 10 (« Facteurs d'un juste équilibre des intérêts ») desdits articles : « Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 9, les États intéressés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment : a) le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum ou de le réparer; b) l'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'État d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour l'État susceptible d'être affecté; c) le

²⁴⁶ Art. 6 a) de la Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube, fait à Sofia le 29 juin 1994. Voir <http://www.icpdr.org/main/icpdr/danube-river-protection-convention>.

²⁴⁷ Y sont parties : le Cambodge, le Laos et la Thaïlande. Voir <http://www.mrcmekong.org/assets/Publications/policies/agreement-Apr95.pdf>.

²⁴⁸ http://www.sadc.int/files/3413/6698/6218/Revised_Protocol_on_Shared_Watercourses_-_2000_-_English.pdf.

²⁴⁹ Art. 6 b) de la Convention-cadre sur la protection et le développement durable des Carpates, voir http://www.carpathianconvention.org/tl_files/carpathiancon/Downloads/01%20The%20Convention/1.1.1.1_CarpathianConvention.pdf.

²⁵⁰ *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 117.

²⁵¹ Voir également l'article 6 concernant les « facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable » et les commentaires y relatifs. *Ibid.*, par. 218 et 222.

²⁵² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10), par. 53 et 54.

risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, et de réhabiliter l'environnement; d) la mesure dans laquelle l'État d'origine et, le cas échéant, l'État susceptible d'être affecté sont prêts à assumer une partie du coût de la prévention; e) la viabilité économique de l'activité, compte tenu du coût de la prévention et de la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou encore de la remplacer par une autre activité; f) les normes de prévention appliquées à la même activité ou à des activités comparables par l'État susceptible d'être affecté et celles qui sont appliquées à des activités comparables au niveau régional ou international. »

4. Jurisprudence

77. La Cour internationale de Justice a également invoqué les règles d'équité, spécialement en présence de différends maritimes. S'agissant de la côte rentrante de l'Allemagne, dans son arrêt de 1969 concernant les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, elle fera application du principe d'équité pour délimiter les plateaux continentaux en lieu et place de la règle d'équidistance qui conduirait selon elle à un résultat injuste sur le fond, déclarant que : « Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables » et qu'il ne s'agissait « pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d'appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables »²⁵³. L'arrêt du *plateau continental de la mer du Nord* suscitera toute une jurisprudence de délimitation maritime et d'allocation des ressources, dont : les affaires de compétence en matière de pêcheries (*Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande et République fédérale d'Allemagne c. Islande*) de 1974²⁵⁴, le contentieux arbitral de 1977 et 1978 de la délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France²⁵⁵, l'affaire du plateau continental opposant la Tunisie à la Jamahiriya arabe libyenne de

²⁵³ *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, par. 85 et 88.

²⁵⁴ *Affaires de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande; République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3f. La Cour soulignera que « ni dans un cas, ni dans l'autre, il ne s'agit de droits absolus » et que les deux parties devaient tenir compte des droits d'autres États et des nécessités de la conservation des stocks halieutiques (par. 63 et 71). « [L]es deux Parties ont donc l'obligation de continuer à étudier la situation des ressources de la pêche dans les eaux litigieuses et d'examiner ensemble, sur la base des renseignements scientifiques et autres données disponibles, les mesures qu'imposent la conservation, le développement et l'exploitation équitable de ces ressources [...] » (par. 64, 71). Réitérant la solution dégagée à l'occasion des affaires du plateau continental de la mer du Nord, elle précisera « [qu'il] ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable » (par. 69, 78).

²⁵⁵ *Recueil des sentences arbitrales internationales*, vol. 18, (2006), p. 57, par. 99.

1982²⁵⁶, l'affaire de la région du golfe du Maine de 1984²⁵⁷, l'affaire du plateau continental opposant la Jamahiriya arabe libyenne à Malte de 1985²⁵⁸, l'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales opposant le Qatar au Bahreïn de 2001²⁵⁹. C'est le juge Cançado-Trindade en particulier qui aura dégagé la notion d'équité entre les générations s'agissant de l'environnement²⁶⁰.

78. Vu les développements qui précèdent, nous proposons le projet de directive suivant :

Projet de directive 6 : Utilisation équitable de l'atmosphère

Les États devraient utiliser l'atmosphère selon le principe d'équité dans l'intérêt des générations présentes et futures de l'humanité.

5. Équité et impératif de traitement spécial des pays en développement

79. L'équité n'est pas l'égalité; au vrai, d'ordinaire à différences spéciales solution spéciale ou traitement spécial²⁶¹ au nom de l'équité dans les faits. En imaginant le concept de responsabilités communes mais différenciées on a sans doute voulu en traduire l'idée, l'approche équitable devant permettre de promouvoir une égalité substantielle en droit international de l'environnement. Il postule que, tout en poursuivant *un objectif commun*, les États assument des *obligations différentes*, selon leur situation socioéconomique et leur responsabilité historique dans le

²⁵⁶ *Affaire du Plateau continental de la Tunisie et de la Libye*, C.I.J. Recueil, 1982. La Cour préconisera l'application de principes équitables, non comme une fin en soi, mais comme moyen d'aboutir à un résultat équitable. « L'équité d'un principe doit être appréciée d'après l'utilité qu'il présente pour aboutir à un résultat équitable. Tous les principes ne sont pas en soi équitables; c'est l'équité de la solution qui leur confère cette qualité. Les principes qu'il appartient à la Cour d'indiquer doivent être choisis en fonction de leur adéquation à un résultat équitable » (par. 70). En outre, elle prendra en compte toutes les circonstances pertinentes pour « satisfaire au critère de proportionnalité en tant qu'aspect de l'équité » (par. 131).

²⁵⁷ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984. Après un débat approfondi, la Chambre conclura que « la délimitation effectuée dans le respect des principes et règles de droit régissant la matière, en appliquant donc des critères équitables et en utilisant les méthodes appropriées, a en outre produit un résultat d'ensemble équitable » (par. 241).

²⁵⁸ Dans l'affaire du *plateau continental de 1985 (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)*, la Cour affirmera l'importance que présente « [l]e caractère normatif des principes équitables appliqués dans le cadre du droit international général », parce que « ces principes gouvernent non seulement la délimitation par voie judiciaire ou arbitrale mais aussi, et d'ailleurs surtout, l'obligation incombant aux Parties de rechercher en premier lieu une délimitation par voie d'accord, ce qui revient à viser un résultat équitable », arrêt, C.I.J. Recueil 1985, par. 46.

²⁵⁹ Dans l'affaire de 2001 opposant le Qatar au Bahreïn, la Cour, ayant recherché s'il existait « des circonstances spéciales qui exigeraient d'ajuster la ligne d'équidistance tracée à titre provisoire afin d'obtenir un résultat équitable », appliquera, eu égard aux circonstances géographiques spéciales, la règle d'équidistance pour parvenir à une solution équitable. *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, par. 217.

²⁶⁰ Voir ses opinions individuelles dans l'affaire des *usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (arrêt), p. 177 à 184, par. 114 à 131, et dans l'affaire de la *chasse à la baleine dans l'Antarctique*, C.I.J. Recueil 2014, p. 362 à 367, par. 41 à 47.

²⁶¹ Shelton, « Equity », in Daniel Bodansky et al., *Oxford Handbook of International Environmental Law*, (2007), op. cit., p. 647.

problème environnemental considéré²⁶². Le phénomène n'est pas nouveau en droit international. La première tentative du genre aura sans doute été la Conférence de Washington de l'Organisation internationale du Travail, de 1919, au cours de laquelle les délégations d'Asie et d'Afrique réussirent à faire adopter des normes de travail différenciées²⁶³. On peut également citer le Système généralisé de préférences, mis au point par la CNUCED dans les années 70²⁶⁴.

80. L'impératif de traitement spécial des pays en développement en matière de protection de l'environnement est consacré dans un certain nombre d'instruments internationaux, dont les Déclarations de Stockholm et de Rio. Le principe 12 de la Déclaration de Stockholm rappelle qu'il importe de « [tenir] compte de la situation et des besoins particuliers des pays en développement ». Le principe 6 de la Déclaration de Rio met l'accent sur « les besoins particuliers des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés et des pays les plus vulnérables sur le plan de l'environnement », le principe 7 portant que, « [é]tant

²⁶² Ellen Hey, « Common but differentiated responsibilities », in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 444 à 448.

²⁶³ Voir Iwao Ayusawa, *International Labor Legislation*, (Studies in History, Economics and Public Law, vol. XCI, n° 2), (New York: Columbia University, 1920), p. 149 et suiv. L'auteur de l'article en question estime que le troisième des Quatorze points de Wilson, « [l]a levée [...] de toutes les barrières économiques et l'établissement d'une égalité des conditions de commerce entre toutes les nations (...) » était vide de sens, et souligne que la diversité des situations économiques appelle un traitement différencié dans la législation du travail (chap. VI, p. 149 et suiv.), ce que reconnaît la Conférence de Washington de 1919 au sujet des conditions de travail dans les pays d'Asie et d'Afrique, y compris son propre pays, le Japon (chap. VII, p. 173 et suiv.). Bien avant l'avènement du concept de responsabilités communes mais différenciées, c'était en fait là en matière d'œuvre législative internationale, la première tentative de consécration d'un traitement différencié, sur le fondement de l'article 405 3) du Traité de paix de Versailles de 1919, qui deviendra l'article 19 3) de la Constitution de l'OIT (aux termes duquel les conventions du travail doivent « avoir égard aux pays dans lesquels » des « circonstances particulières rendent les conditions de l'industrie essentiellement différentes »). Le même principe sera également consacré dans certaines des conventions approuvées par l'OIT en 1919 et dans plusieurs conventions postérieures à l'article de M. Ayusawa. Sans avoir inventé le concept de l'idée de traitement différencié, ce dernier a été l'un des premiers spécialistes à voir dans le principe qui la sous-tend une injonction normative et à la rattacher plus généralement à l'égalité de traitement substantielle connue du droit international économique. En fin de carrière, dans les années 60, étant, professeur à l'Université chrétienne internationale de Tokyo, Ayusawa donne des cours de droit international du travail et de relations internationales. Alors étudiant de première année, nous avons eu le privilège de l'écouter évoquer avec passion et enthousiasme les problèmes Nord-Sud, qui sont, à ses yeux l'une des grandes priorités du monde de l'après-guerre (nous sommes profondément reconnaissant à M. Steve Charnovitz, de la faculté de droit de l'Université George Washington, d'avoir appelé notre attention sur la contribution de M. Ayusawa).

²⁶⁴ Voir l'article 23 (la clause de la nation la plus favorisée en ce qui concerne le traitement dans le cadre d'un système généralisé de préférences) et l'article 30 (nouvelles règles du droit international en faveur des pays en développement) du projet d'articles de la Commission du droit international de 1978 sur les clauses de la nation la plus favorisée, *Annuaire ... 1978*, vol. II, Partie 2, par. 47 à 72. Shinya Murase, *Fondement économique du droit international*, Tokyo : Yuhikaku (2001), p. 109 à 179 (en japonais). Tuula Honkonen, *The Common But Differentiated Responsibilities Principle in Multilateral Environmental Agreements: Regulatory and Policy Aspects* (Alphen: Kluwer Law International, 2009), p. 49 à 66. Voir également les exceptions prévues auparavant pour les pays en développement énoncées à l'article XVIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1947, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, p. 194.

donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées ».

81. La notion de responsabilités communes mais différenciées a trouvé place dans plusieurs accords multilatéraux sur l'environnement, à commencer par la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques²⁶⁵ qui dispose en son article 3 1) qu'il « incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, sur la base de l'équité et en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées et de leurs capacités respectives »²⁶⁶. Les parties au Protocole de Kyoto de 1997 ont adopté une interprétation stricte de la notion de responsabilités communes mais différenciées, faisant obligation d'atténuer ou de stabiliser les émissions de gaz à effet de serre aux seuls États développés et industrialisés (parties visées à l'annexe 1) sans mettre de nouvelles obligations juridiquement contraignantes à la charge des pays en développement. Toutefois, à sa dix-septième session en 2011, la Conférence des Parties, décidera d'entreprendre d'élaborer un instrument juridique qui serait applicable à toutes les Parties. On notera qu'il n'est plus question ici de la notion de responsabilités communes mais différenciées. En effet, l'Accord de Paris de 2015 prescrit à toutes les Parties d'honorer les engagements ainsi souscrits (art. 3). On retiendra cependant que les Parties doivent néanmoins être guidées par « le principe de l'équité et des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, eu égard aux contextes nationaux différents » [troisième alinéa du préambule, art. 2 2) et art. 4 3)].

82. Dans la mesure où diverses situations influent sur la répartition de ressources partagées ou communes et la charge de protection de l'environnement, comme il est dit plus haut, l'égalité de traitement peut produire des résultats extrêmes lorsqu'il existe déjà des inégalités économiques ou autres dans la société²⁶⁷. L'égalité de droits n'emporte pas forcément par égalité de résultats, et c'est pourquoi le droit international de l'environnement s'est largement écarté de l'égalité formelle au profit du groupement d'États, le but étant de répartir les charges et avantages en fonction de la responsabilité des uns et des autres dans les dommages et de leur aptitude financière ou technologique à y remédier²⁶⁸. C'est dans ce contexte que la notion de responsabilités communes mais différenciées a vu le jour. On voit néanmoins que celle-ci trahit au fond une ambiguïté quant aux critères à retenir pour opérer la différenciation envisagée²⁶⁹. De plus, s'agissant des changements

²⁶⁵ Voir Christopher D. Stone, « Common but differentiated responsibilities in international law », *AJIL*, vol. 98 (2004), p. 276 à 301, en référence ici à la page 279.

²⁶⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, p. 107.

²⁶⁷ Shelton, « Equity », in Daniel Bodansky et al., *Oxford Handbook of International Environmental Law* (2007), op. cit., p. 655.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Il existe diverses théories des motifs et critères de traitement différencié, notamment celles dites de la contribution (les pays industrialisés produisant la plus grande part des émissions mondiales passées et actuelles de gaz à effet de serre sont responsables de la dégradation de l'environnement mondial et doivent donc assumer les coûts des activités de dépollution), du droit acquis (les pays en développement ont le droit de souscrire des engagements moins nombreux et moins onéreux et de solliciter une assistance financière ou technique, compte tenu du passé colonial et de l'exploitation subie ainsi que de l'impératif de développement), des capacités (les pays développés ayant les moyens et capacités de prendre des mesures adaptées devraient concourir au premier chef à la protection de l'environnement) et de la promotion (la différenciation consistant à moduler les engagements en fonction de la situation particulière de chaque pays s'impose si l'on

climatiques, l'application de la notion a connu un certain recul, comme en témoigne par exemple la Plateforme de Durban pour une action renforcée, de 2011, précurseur de l'Accord de Paris de 2015, d'où il résulte que les obligations ainsi souscrites s'appliquent à tous les États (art. 3).

83. On se rappellera qu'en retenant le présent sujet, en 2013, la CDI a dit comprendre que les travaux y afférents ne concerneraient pas des questions telles que les responsabilités communes mais différenciées mais seraient aussi sans préjudice de ces questions. Même s'il reste à élucider le sens exact de cette double négation²⁷⁰, il faut dire qu'en utilisant l'expression « mais seront aussi sans préjudice de », elle a entendu d'un commun accord voir envisager la notion de responsabilités communes mais différenciées dans le projet de directives. Toutefois, comme l'intérêt porté aux besoins des pays en développement reste soutenu en droit international certes pas nécessairement conçu sous la forme de responsabilités communes mais différenciées, nous proposons d'énoncer dans le préambule un principe directeur calqué sur le neuvième alinéa du préambule du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières de 2008, comme suit :

Projet de quatrième alinéa du préambule

« Soulignant la nécessité de prendre en considération la situation particulière des pays en développement, »

C. Limites juridiques à la modification intentionnelle de l'atmosphère

84. On utilise l'atmosphère à plusieurs fins, et tout particulièrement pour la navigation aérienne. À l'évidence, la plupart des activités menées à ce jour ne trahissent aucune intention manifeste ou tangible d'altérer les conditions atmosphériques. Il en est toutefois, notamment la modification artificielle du temps (contrôle du climat) dont c'est là l'objectif même. La modification du temps est un exemple d'utilisation de l'atmosphère qui a déjà cours dans les pays. On pratique en outre, à titre expérimental, la fertilisation des océans aux fins d'absorption du CO₂ à petite échelle. La science propose diverses variantes de méthodes pour exploiter activement l'atmosphère. Certaines des technologies de géo-ingénierie proposées (telles que l'élimination du dioxyde de carbone et la gestion du rayonnement solaire) sont dignes d'intérêt; encore doit-on pouvoir les mettre en œuvre. D'où, à notre sens, l'intérêt de nous arrêter dans le présent rapport sur les modalités d'usage (ou d'utilisation) de l'atmosphère et leurs conséquences juridiques.

85. La modification artificielle du temps comme moyen de guerre est interdite par la Convention de 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (Convention sur

veut favoriser une large adhésion aux traités internationaux). Voir Lavanya Rajamani, *Differential Treatment under International Environmental Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006) p. 2, 118 à 125. Voir également Philippe Cullet, « Common but differentiated responsibilities », in Malgosia Fitzmaurice *et al.*, éd., *Research Handbook on International Environmental Law*, op. cit., p. 161 à 181.

²⁷⁰ Voir par. 6 et *supra*, note de bas de page 18.

la modification de l'environnement)²⁷¹. Muette sur la question de savoir si telle ou telle utilisation des techniques de modification de l'environnement à des fins pacifiques est conforme aux principes généralement reconnus et aux règles applicables du droit international, ladite convention, seul instrument international venant régler directement la manipulation délibérée des processus naturels provoquant « des effets étendus, durables ou graves » (art. 1) à caractère transfrontière, offrirait une solution possible aux fins de l'interdiction des pratiques de géo-ingénierie à grande échelle. On pratique largement le contrôle des conditions météorologiques et on mène des expériences en ce domaine dans certains pays depuis les années 40, le but étant d'influencer le climat. L'Assemblée générale a examiné la question pour la première fois en 1961²⁷². On intervient sur le temps notamment pour prévenir tels phénomènes météorologiques préjudiciables, (ouragans, tornades, etc.), créer des conditions climatiques favorables, telles que les pluies artificielles dans des régions en proie à la sécheresse ou, au contraire, éloigner temporairement les précipitations de telle région devant accueillir une importante manifestation. Pour améliorer la pluviométrie, on a couramment recours à la technique de l'ensemencement des nuages qui consiste à pulvériser de fines particules – de glace sèche ou d'iodure d'argent, par exemple – dans le ciel pour provoquer la formation de nuages de pluie. Réputée sûre, cette technique ne semble toutefois pas avoir totalement fait la preuve de son efficacité. En 1980, le Conseil d'administration du PNUE a approuvé un ensemble de recommandations à l'intention des États et d'autres acteurs susceptibles de modifier le temps²⁷³. S'il devenait possible dans l'avenir, le contrôle des conditions météorologiques à grande échelle ne manquerait sans doute pas d'entraîner certaines conséquences néfastes, dont des effets indésirables, des dégâts aux écosystèmes existants et des risques pour la santé de l'homme. Si elles venaient à traverser les frontières, ces incidences

²⁷¹ Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, adoptée à New York le 10 décembre 1976, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1108, p. 151, entrée en vigueur en octobre 1978.

²⁷² Au paragraphe 1 a) de sa résolution 1721 (XVI) C sur la coopération internationale touchant les utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, l'Assemblée générale a recommandé aux États Membres et aux autres organisations compétentes de "faire progresser la science et la technique atmosphériques de manière à faire mieux connaître les forces physiques fondamentales affectant le climat et à donner la possibilité de modifier à grande échelle les conditions météorologiques ».

²⁷³ Décision 8/7/A du Conseil d'administration du PNUE sur les dispositions relatives à la coopération entre États en matière de modification du temps, sixième session, 29 avril 1980. On notera que, dès 1963, l'Organisation météorologique mondiale encourage la prudence dans le maniement des techniques de modification du temps, déclarant que « la complexité des mécanismes atmosphériques est telle que la modification artificielle du temps dans une partie du monde aurait nécessairement des répercussions ailleurs. L'état actuel des connaissances sur la circulation générale de l'atmosphère conforte cette analyse. On est toutefois encore bien loin de pouvoir prédire avec certitude le degré, la nature ou la durée des effets secondaires que la modification du temps ou du climat à un endroit donné de la terre peut avoir ailleurs, et même de savoir si ces effets seraient bénéfiques ou préjudiciables. Avant d'expérimenter la modification artificielle du temps à grande échelle, il est crucial d'évaluer scrupuleusement les conséquences possibles et souhaitables de la démarche et de conclure des arrangements internationaux satisfaisants. » Organisation météorologique mondiale, *Second Report on the Advancement of Atmospheric Sciences and Their Application in the Light of Developments in Outer Space* (Genève : secrétariat de l'OMM, 1963). Voir Rita F. and Howard J. Taubenfeld, « Some international implications of weather modification activities », *International Organization*, vol. 23, n° 4 (1969), p. 808 à 833, p. 811.

dommageables risqueraient de susciter des litiges internationaux²⁷⁴. D'où l'intérêt, selon nous, d'œuvrer au développement progressif du droit international en cette matière²⁷⁵.

86. Par géo-ingénierie, on entend communément le fait de manipuler intentionnellement l'environnement mondial à grande échelle²⁷⁶. Dans le contexte des changements climatiques, elle évoque un large éventail de méthodes et de technologies visant à modifier délibérément le système climatique dans le but d'atténuer les effets des changements climatiques²⁷⁷. Pour lutter contre le réchauffement de la planète, la solution première consiste à réduire les émissions de gaz à effet de serre²⁷⁸. Cependant, comme cette solution n'est pas pleinement mise en œuvre²⁷⁹, on a recours comme solution de remplacement à l'extraction des gaz à effet de serre existants, en particulier le dioxyde de carbone²⁸⁰. Solution classique de réduction des émissions de dioxyde de carbone, le boisement est érigé dans le régime du Protocole de Kyoto, en précieux moyen d'atténuation des changements

²⁷⁴ Lada L. Roslycky, « Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules », *Hague Yearbook of International Law*, vol. 16 (2003), p. 3 à 40; Peter H. Sand, « Internationaler Umweltschutz und neue Rechtsfragen der Atmosphärennutzung », *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht* (Journal du droit aérien et du droit de l'espace), vol. 20, n° 2 (1971), p. 109 à 133. Voir aussi H. J. Taubenfeld, « International environmental law: air and outer space », in L. A. Teclaff et A. E. Utton, éd., *International Environmental Law* (New York: Praeger, 1974), p. 195; Edith Brown Weiss, « International responses to weather modification, » *International Organization*, vol. 29 (1975), p. 805 à 826, p. 813.

²⁷⁵ Il a été suggéré de tenir compte des éléments ci-après aux fins de la réglementation de la modification des conditions météorologiques : l'obligation de servir l'intérêt commun de l'humanité; l'obligation de ne pas causer de dommages transfrontières significatifs; l'obligation de procéder à des études d'impact sur l'environnement; la participation du public; l'obligation de coopérer; l'échange d'informations et de notifications; la consultation; l'obligation de faire appel aux organisations internationales; et la responsabilité des États. Roslycky, op. cit., p. 27 à 40. Voir également Ray J. Davis, « The international law of the hydroscopic cycle: atmospheric water resources development and international law, » *Natural Resources Journal*, vol. 31 (1991), p. 11 à 44, p. 17.

²⁷⁶ David W. Keith, « Geoengineering », in Andrew S. Goudie *et al.*, éd., *Encyclopedia of Global Change: Environmental Change and Human Society* (Oxford : Oxford University Press, 2001), p. 495.

²⁷⁷ Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, rapport sur la réunion d'experts du GIEC consacrée à la géo-ingénierie, juin 2011. Voir aussi, plus généralement, le programme de géo-ingénierie de l'Université d'Oxford, à l'adresse : www.geoengineering.ox.ac.uk/what-is-geoengineering/what-is-geoengineering/; Parson, Edward A, « Climate Engineering: Challenges to International Law and Potential Responses », www.questia.com/library/journal/1G1-326981407/climate-engineering-challenges-to-international-law; Jesse Reynolds, « The International Legal Framework for Climate Engineering », <http://geoengineeringourclimate.com/2015/03/26/the-international-legal-framework-for-climate-engineering-working-paper/>; Clive Hamilton, *Earthmasters: The Dawn of the Age of Climate Engineering* (New Haven, Yale University Press, 2013).

²⁷⁸ www.epa.gov/climatechange/ghgemissions/; John Shepherd *et al.*, « Geoengineering the Climate: Science, Governance and Uncertainty » (Londres: Royal Society, 2009), consultable à l'adresse https://royalsociety.org/~media/Royal_Society_Content/policy/publications/2009/8693.pdf.

²⁷⁹ John Shepherd *et al.*, « Geoengineering the Climate: Science, Governance and Uncertainty » (Londres: Royal Society, 2009), en référence ici à la page 1, consultable à l'adresse https://royalsociety.org/~media/Royal_Society_Content/policy/publications/2009/8693.pdf.

²⁸⁰ Johannes Urpelainen, « Geoengineering and global warming: a strategic perspective, » *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 12, n° 4 (2012), p. 375 à 389.

climatiques²⁸¹. La solution en sera consacrée dans les décisions issues de différentes sessions de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : à Copenhague en 2009²⁸² et à Cancún en 2010²⁸³, de même que par l'article 5 2) de l'Accord de Paris. On a mis en place de nouvelles mesures d'incitation à la réduction des émissions dues à la déforestation et à la dégradation de la forêt dans les pays en développement²⁸⁴.

87. On envisage généralement la géo-ingénierie tendant à la réduction du réchauffement planétaire sous une double dimensions à savoir l'élimination du dioxyde de carbone, d'une part, et la gestion du rayonnement solaire, d'autre part²⁸⁵. Les techniques d'élimination du dioxyde de carbone sont censées permettre d'en débarrasser l'atmosphère, et de prévenir ainsi directement l'augmentation de l'effet de serre et l'acidification des océans²⁸⁶. Il faudrait sans doute les mettre en œuvre à l'échelle mondiale pour agir véritablement sur les niveaux de dioxyde de carbone dans l'atmosphère. Entre autres techniques proposées on citera : a) la fixation du carbone du sol, également dite « carbonisation de la matière organique », qui consiste à brûler la biomasse et à l'enterrer, pour en piéger ainsi le contenu carbonique dans le sol²⁸⁷ – la méthode n'a toutefois pas été retenue par le Protocole de Kyoto²⁸⁸; et b) la séquestration du carbone, qui renvoie à un ensemble de technologies mises en œuvre pour capturer les émissions de dioxyde de carbone (CO₂) à partir de vastes sources ponctuelles, telles que les centrales à charbon²⁸⁹, le CO₂ piégé étant ensuite stocké dans des réservoirs géologiques ou dans les océans²⁹⁰ (l'avantage à long terme de la séquestration du carbone tient au fait que l'on peut en compenser les coûts en partie grâce aux recettes tirées de la production de pétrole et de gaz²⁹¹, son inconvénient également bien connu – le CO₂ stocké dans le sous-sol pouvant s'échapper – résidant dans le risque d'explosions). On a récemment adopté sous l'empire de certains instruments juridiques internationaux des mesures tendant à réglementer la séquestration du carbone²⁹². Ainsi, le Protocole de 1996 à la

²⁸¹ Josep G. Canadell et Michael R. Raupach, « Managing forests for climate change mitigation », *Science*, vol. 320 (2008), p. 1456 et 1457; Leonard Ornstein *et al.*, « Irrigated afforestation of the Sahara and Australian outback to end global warming », *Climatic Change*, vol. 97 (2009), p. 409 et 410; Kenneth R. Richards et Carrie Stokes, « A review of forest carbon sequestration cost strategies: a dozen years of research », *Climatic Change*, vol. 63 (2004), p. 24, 25.

²⁸² *Rapport de la quinzième session de la Conférence des Parties, additif. Deuxième partie : mesures prises par la Conférence des Parties à sa quinzième session*, FCCC/CP/2009/11/Add.1 (30 mars 2010), p. 11f.

²⁸³ *Rapport de la Conférence des Parties à sa seizième session, additif. Deuxième partie : mesures prévues par la Conférence des Parties à sa seizième session*, FCCC/CP/2010/7/Add.1 (15 mars 2011).

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Brian P. Flannery *et al.*, « Geoengineering climate, » in Robert G. Watts, éd., *Engineering Response to Global Climate Change: Planning a Research and Development Agenda* (Boca Raton/Florida: CRC Press, 1997), p. 381; Jason Blackwell et Jane C.S. Long, « The politics of geoengineering, » *Science*, vol. 327 (29 janvier 2010), p. 527.

²⁸⁶ www.geoengineering.ox.ac.uk/what-is-geoengineering/what-is-geoengineering/.

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ Karen N. Scott, « International law in the anthropocene: responding to the geoengineering challenge », *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, n° 2 (2013), p. 322.

²⁸⁹ Jennie C. Stephens, « Carbon capture and storage », <http://www.eoearth.org/view/article/150922/>.

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, Rapport spécial sur le captage et le stockage du dioxyde de carbone, Groupe de travail III, décembre 2005, p. 259 (par exemple les

Convention de Londres de 1972 comporte désormais une disposition et annexe modifiées, ainsi que de nouvelles directives concernant le contrôle de la mise en décharge des déchets et d'autres matières. Ces amendements sont venus asseoir en droit international de l'environnement le fondement juridique nécessaire à la réglementation de la séquestration du carbone dans les formations géologiques du sous-sol marin aux fins d'isolement permanent²⁹³. Ces textes autorisent sous certaines conditions le piégeage du CO₂ et son exportation vers d'autres États aux fins de stockage dans le sous-sol marin²⁹⁴.

88. Sans doute utile comme technique d'absorption de CO₂, la géo-ingénierie marine, en tant qu'intervention délibérée sur le milieu marin pour manipuler des processus naturels, est néanmoins également susceptible d'avoir des effets délétères²⁹⁵. Il existe plusieurs types de géo-ingénierie marine²⁹⁶. Les deux types d'activités ci-après, à savoir la fertilisation des océans par apport de fer et l'augmentation de l'alcalinité des océans, ont trait à l'immersion en mer et, par conséquent, à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières (Convention de Londres, 1972) et à son Protocole de 1996 (Protocole de Londres). En 2008, les Parties ont adopté une résolution venue affirmer que les activités de fertilisation des océans, hormis celles qui s'inscrivent dans le cadre de la recherche scientifique légitime, ne devraient pas être autorisées et inviter instamment les États à faire preuve de la plus grande prudence et à suivre les meilleures orientations disponibles, y compris pour la recherche scientifique²⁹⁷. La même année, la Conférence des Parties à la Convention

explosions de 2001 à Hutchinson, Kansas (États-Unis), lorsque du gaz naturel comprimé s'est échappé d'installations de stockage en caverne de sel. Consultable (en anglais) à l'adresse www.ipcc.ch/pdf/special-reports/srccs/srccs_wholereport.pdf.

²⁹³ www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/EmergingIssues/CCS/Pages/default.aspx. On retiendra entre autres textes : les Directives spécifiques de 2012 relatives à l'évaluation du dioxyde de carbone en vue de son évacuation dans les formations géologiques du sous-sol marin, adoptées le 2 novembre 2012 (LC 34/15, annexe 8), consultables (en anglais) à l'adresse www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/EmergingIssues/CCS/Documents/2012%20SPECIFIC%20GUIDELINES%20FOR%20THE%20ASSESSMENT%20OF%20CARBON%20DIOXIDE.pdf; le Cadre d'évaluation et de gestion des risques de la séquestration du CO₂ dans les structures géologiques du sous-sol marin (CS-SSGS) (source : LC/SG-CO2 1/7, annexe 3), consultable (en anglais) à l'adresse www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/EmergingIssues/CCS/Documents/CO2SEQUESTRATIONRAMF2006.doc; la résolution LP 3 4) portant amendement de l'article 6 du Protocole de Londres (adoptée le 30 octobre 2009), consultable (en anglais) à l'adresse [www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/EmergingIssues/CCS/Documents/Resolution%20LP-3%20\(4\).doc](http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/EmergingIssues/CCS/Documents/Resolution%20LP-3%20(4).doc); et la résolution sur l'amendement consistant à inclure la séquestration du CO₂ dans les formations géologiques du sous-sol marin dans l'annexe 1 du Protocole de Londres, consultable (en anglais) à l'adresse www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/EmergingIssues/CCS/Documents/LP1_1%20CO2.doc.

²⁹⁴ Art. 6, annexe 1 « Directives spécifiques pour l'évaluation des flux de dioxyde de carbone en vue de leur évacuation dans les formations géologiques du sous-sol marin », à l'annexe 4 du Rapport de la vingt-neuvième réunion consultative et de la deuxième réunion des Parties contractantes, OMI, 14 décembre 2007, LC 29/17.

²⁹⁵ Modification de l'article premier du Protocole de Londres, nouveau paragraphe 5 *bis* (LC 35/15, annexe 4).

²⁹⁶ C. M. G. Vivian, « Brief summary of marine geo-engineering techniques », consultable à l'adresse www.cefas.defra.gov.uk/publications/files/20120213-Brief-Summary-Marine-Geoeng-Techs.pdf.

²⁹⁷ Résolution LC-LP.1 (2008) sur la réglementation de la fertilisation des océans, consultable (en anglais) à l'adresse www.who.edu/filesserver.do?id=56339&pt=10&p=39373.

sur la diversité biologique a exhorté les États à s'assurer qu'il n'y aurait pas d'activités de fertilisation des océans tant qu'il n'existerait pas de fondement scientifique qui justifie de telles activités et qu'un « mécanisme de réglementation et de contrôle efficace, mondial et transparent ne sera[it] pas en place pour ces activités »²⁹⁸. La géo-ingénierie marine se décline également sous la forme d'une augmentation de l'alcalinité des océans, procédé qui consiste à broyer, disperser et dissoudre des pièces comme le calcaire, les silicates ou l'hydroxyde de calcium dans l'océan afin d'accroître la capacité de celui-ci de stocker le carbone et ainsi d'améliorer directement l'acidification des océans²⁹⁹. Il s'agit de piéger le dioxyde de carbone présent dans l'atmosphère en augmentant l'alcalinité (et le pH) des océans³⁰⁰. C'est là l'équivalent géochimique du processus d'altération naturelle des pierres, qui contribue à prémunir le milieu marin contre la diminution du pH et permettrait ainsi de lutter contre l'acidification des océans³⁰¹. Cette technique de nature à soulever des problèmes juridiques rappelant ceux suscités par la fertilisation des océans, n'a cependant pas encore retenu l'attention des organismes internationaux compétents.

89. La gestion du rayonnement solaire est une autre forme de géo-ingénierie. Les techniques y relatives sont censés permettre d'atténuer les effets négatifs des changements climatiques en réduisant les températures de la surface terrestre en augmentant l'albédo de la planète ou en faisant dévier le rayonnement solaire³⁰². On estime qu'en provoquant une déviation du rayonnement solaire d'environ 1,8 %, on pourrait compenser les effets que le doublement des concentrations de CO₂ dans l'atmosphère est de nature à produire sur la température moyenne de la planète³⁰³. Plusieurs solutions s'offrent à cette fin, dont celles de l'amélioration de l'albédo ou de l'utilisation d'aérosols stratosphériques. La première vise à accroître la réflectance des nuages ou de la surface terrestre, le but étant de renvoyer dans l'espace une plus grande masse de la chaleur du soleil. D'aucuns voient là une solution sans risque, la composition de l'atmosphère ne s'en trouvant pas modifiée. Elle consiste simplement à utiliser des matériaux blancs ou réfléchissants en milieu urbain de manière à refléter le rayonnement solaire en plus grande quantité et faire ainsi diminuer les températures mondiales³⁰⁴. Toutefois, son efficacité comme

²⁹⁸ Décision IX/16 sur la diversité biologique et les changements climatiques, consultable à l'adresse www.cbd.int/doc/decisions/COP-09/cop-09-dec-16-fr.pdf. Une exception est envisagée pour les activités de recherche à petite échelle menées dans les « eaux côtières » à des fins scientifiques, sans création ou vente de compensations des émissions de carbone ni à quelque autre fin commerciale. Naoya Okuwaki, « The London Dumping Convention and Ocean Fertilization Experiments: Conflict of Treaties surrounding Technological Development for CO₂ Mitigation », *Jurist*, n° 1409 (2010), p. 38 à 46 (en japonais).

²⁹⁹ www.geoengineering.ox.ac.uk/what-is-geoengineering/what-is-geoengineering/.

³⁰⁰ Haroon S. Kheshgi, « Sequestering atmospheric carbon dioxide by increasing ocean alkalinity, » *Energy*, vol. 20, n° 9, (1995), p. 915 à 922.

³⁰¹ Ibid.

³⁰² Scott, « International law in the anthropocene: responding to the geo-engineering challenge », *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, n° 2, (2013), p. 326.

³⁰³ Ken Caldeira et Lowell Wood, « Global and Arctic climate engineering: numerical model studies, » *Philosophical Transactions of the Royal Society (Série A)*, vol. 366 (2008), p. 4039 et 4040.

³⁰⁴ Hashem Akbari *et al.*, « Global cooling: increasing world-wide urban albedos to offset CO₂, » 94, *Climatic Change* (2009), p. 275 et 277; Robert M. Hamwey, « Active amplification of the terrestrial albedo to mitigate climate change: an exploratory study, » *Mitigation and Adaptation Strategies for Global Change*, vol. 12 (2007), p. 419 à 421.

mesure d'atténuation ne convainc pas totalement³⁰⁵. La méthode des aérosols atmosphériques consiste à introduire de fines particules réfléchissantes dans la haute atmosphère, le but étant de renvoyer une partie de la lumière du soleil avant qu'elle n'atteigne la surface de la Terre. L'injection d'aérosols sulfatés dans l'atmosphère suscite néanmoins quelque inquiétude. Premièrement, elle est de nature à accentuer l'appauvrissement de la couche d'ozone³⁰⁶. Deuxièmement, elle peut également perturber la pluviosité et le cycle de la mousson, et affecter ainsi les ressources vivrières et l'approvisionnement en eau, en particulier en Afrique et en Asie³⁰⁷. Troisièmement, la solution n'en serait pas rentable comme mesure d'atténuation des changements climatiques³⁰⁸.

90. Ainsi, la géo-ingénierie, qui pourrait permettre de faire face aux changements climatiques, ne serait aux yeux de certains qu'une solution trompe-l'œil aux problèmes du réchauffement planétaire, en ce sens qu'elle viendrait dissuader les uns et les autres de réduire les émissions de gaz à effet de serre³⁰⁹. L'intérêt grandissant suscité par la géo-ingénierie s'explique en partie par la conception que l'on a des problèmes inhérents au régime des changements climatiques et aux politiques actuelles dites du tout réduction des émissions³¹⁰. Comme on ne maîtrise qu'imparfaitement les technologies nécessaires et le système climatique, on redoute tous effets secondaires indésirables potentiels de cette solution sur l'environnement et les écosystèmes. Selon certains spécialistes, loin d'en écarter la solution, il importerait d'entreprendre de dégager des règles de droit et des normes internationales qui viendraient encadrer l'utilisation de la géo-ingénierie dans l'avenir³¹¹. On a également préconisé de donner pour mission à un organe compétent, comme le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, de procéder à une étude scientifique approfondie de la question, en prélude à la conclusion d'un nouvel accord international qui viendrait gouverner la géo-ingénierie³¹². Cette entreprise normative nouvelle ne serait assurément pas du ressort de la Commission du droit international. Toutefois, au nombre des exemples de géo-ingénierie susévoqués, le boisement est consacré dans le Protocole de Kyoto, la modification artificielle du temps étant réglementée en partie par le droit

³⁰⁵ The Royal Society, « Geoengineering the Climate: Science, Governance and Uncertainty », p. 34 (Londres, 2009), consultable à l'adresse https://royalsociety.org/~media/Royal_Society_Content/policy/publications/2009/8693.pdf.

³⁰⁶ Simone Tilmes *et al.*, « The sensitivity of polar ozone depletion to proposed geoengineering schemes, » *Science*, vol. 320 (2008), p. 1201 et 1204; Paul J. Crutzen, « Albedo enhancement by stratospheric sulfur injections: a contribution to resolve a policy dilemma?, » *Climatic Change*, vol. 77, n^{os} 3 et 4 (2006), p. 211 à 220.

³⁰⁷ Alan Robock *et al.*, « Regional climate responses to geoengineering with tropical and Arctic SO₂ injections », *J. Geophysical Res.* (16 août 2008), p. 1.

³⁰⁸ Marlos Goes, Nancy Tuana et Klaus Keller, « The economics (or lack thereof) of aerosol geoengineering », *Climate Change*, vol. 109 (2011), p. 719 et 720.

³⁰⁹ Richard Black, « UK Climate Fix Balloon Grounded » (16 mai 2012), <http://www.bbc.com/news/science-environment-18086852>; Johannes Urpelainen, « Geoengineering and global warming: a strategic perspective, » *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 12, n^o 4 (2012), p. 375 à 389.

³¹⁰ Karen N. Scott, « International law in the anthropocene: responding to the geoengineering challenge, » *op. cit.*, p. 320.

³¹¹ Johannes Urpelainen, « Geoengineering and global warming: a strategic perspective » *op. cit.*, p. 378.

³¹² Ibid. Voir aussi Scott Barrett, « The incredible economics of geoengineering, » *Environmental and Resource Economics*, vol. 39 (2008), p. 53.

international (Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles) et, à sa suite, par les résolutions de l'Assemblée générale et les directives du PNUE sur la matière. La fertilisation des océans, comme forme de géo-ingénierie marine qui est réglementée en partie par la Convention de Londres et son protocole, n'est autorisée qu'à des fins de recherche scientifique. Ayant pour leur part envisagé toutes les activités de géo-ingénierie, les Parties à la Convention sur la diversité biologique décideront en 2010, suivant en cela la décision susmentionnée sur la fertilisation des océans, « qu'aucune activité de géo-ingénierie liée aux changements climatiques [ne serait] entreprise qui pourrait avoir un impact sur la diversité biologique, tant qu'il n'existe[rait] pas de base scientifique adéquate permettant de justifier de telles activités et d'examen approprié des risques associés pour l'environnement et la diversité biologique ainsi que des impacts sociaux, économiques et culturels associés, à l'exception des études de recherche scientifique à petite échelle qui pourraient être menées dans un environnement contrôlé, et seulement si elles sont justifiées par le besoin de rassembler des données scientifiques et sont sujettes à une évaluation préalable approfondie des impacts potentiels sur l'environnement »³¹³. En outre, plusieurs directives non contraignantes majeures ont vu le jour dans ce domaine à savoir : les recommandations issues de la Conférence d'Asilomar sur les technologies de modification des conditions météorologiques, organisée par le Climate Institute (États-Unis) en 2010³¹⁴; les normes facultatives élaborées en 2011 par l'équipe spéciale du Bipartisan Policy Center (États-Unis) chargée de la recherche sur la restauration du climat³¹⁵; et les principes d'Oxford sur la gouvernance de la géo-ingénierie du climat, mis au point par des universitaires britanniques en 2013³¹⁶. Il va donc sans dire que les exigences de prudence et de précaution (pour reprendre les termes des ordonnances du Tribunal international du droit de la mer³¹⁷) présideront à toutes activités de géo-ingénierie, même dûment

³¹³ Décision X/33 (2010), consultable à l'adresse www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-33-fr.pdf.

³¹⁴ Les recommandations de la Conférence d'Asilomar sont les suivantes : 1. Promotion du bien commun; 2. Établissement des responsabilités et obligations; 3. Recherche ouverte et coopérative; 4. Évaluation itérative; 5. Participation et consentement du public. www.climate.org/resources/climate-archives/conferences/asilomar/report.html.

³¹⁵ 2011-L'équipe spéciale du Bipartisan Policy Center chargée de la recherche sur la restauration du climat a dégagé les principes suivants: principe 1 – Objet de la recherche en ce domaine; principe 2 – Mise à l'essai et déploiement des technologies idoines; principe 3 – Tutelle des programmes de recherche; principe 4 – Impératif de transparence; principe 5 – Coordination internationale; principe 6 – Gestion adaptative. <http://bipartisanpolicy.org/library/task-force-climate-remediation-research/>.

³¹⁶ Les principes sont les suivants : 1. Réglementation de la géo-ingénierie comme bien public; 2. Participation du public à la prise de décisions en matière de géo-ingénierie; 3. Communication d'informations sur les travaux de recherche en géo-ingénierie et publication des résultats; 4. Étude d'impact indépendante; 5. Gouvernance avant déploiement (les cinq principes ont une importance égale; la numérotation n'emporte pas ordre de priorité). Voir Steve Rayner *et al.*, « The Oxford principles », monographie n° 1 sur la gouvernance de la géo-ingénierie du climat (Université d'Oxford, 2013), consultable à l'adresse www.geoengineering-governance-research.org/perch/resources/workingpaper1rayneretaltheoxfordprinciples.pdf. Voir aussi Chiara Armani, « Global experimental governance: international law and climate change technologies, » ICLQ, vol. 64, n° 4 (2015), p. 875 à 904.

³¹⁷ Voir les ordonnances du Tribunal portant mesures conservatoires dans l'affaire *du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)* en 2009 (par. 77), dans l'affaire *de l'usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni)* en 2011 (par. 84) et dans l'affaire *relative aux travaux de*

autorisées, et qu'en tout état de cause il conviendra de procéder, au cas par cas à l'évaluation préalable de ces activités en présence de tout projet. À l'évidence, le droit international prescrit de réaliser des études d'impact sur l'environnement en présence de telles activités, ainsi qu'il ressort des larges développements consacrés à cette matière plus haut (par. 41 à 60).

91. Vu les développements qui précèdent, nous proposons le projet de directive suivant :

Projet de directive 7: Géo-ingénierie

Les activités de géo-ingénierie visant à modifier les conditions atmosphériques devraient être menées avec prudence et précaution, en toute clarté et transparence et ce dans le respect du droit international existant. Elles doivent impérativement faire l'objet d'études d'impact environnemental.

IV. Conclusion

92. Ayant envisagé les principales directives de fond en la matière (à savoir, l'obligation faite aux États de protéger l'atmosphère et d'en faire une utilisation durable et équitable) à l'occasion de notre troisième rapport en 2016, nous voudrions proposer à la Commission de traiter, en 2017, de la question des rapports entre le droit de l'atmosphère et d'autres branches du droit international (droit de la mer, droit international du commerce et de l'investissement, droit international des droits de l'homme, etc.) et, en 2018, des questions d'application et de respect des directives et de règlement des différends touchant la protection de l'atmosphère, l'espoir étant qu'elle aura achevé l'examen du sujet en première lecture à cette date, pour en mener à bien la deuxième lecture en 2019.

poldérisation réalisés par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour) en 2003 (par. 99).

Annexe

Projets de directives proposés par le Rapporteur spécial

Préambule

...

« *Soulignant la nécessité de prendre en considération la situation particulière des pays en développement* », »

[D'autres paragraphes pourront être ajoutés, et l'ordre des paragraphes sera éventuellement revu, à un stade ultérieur.]

Directive 3 : Obligation des États de protéger l'atmosphère

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

a) Les mesures de diligence raisonnable qui conviennent doivent être prises conformément aux règles applicables du droit international afin de prévenir la pollution atmosphérique.

b) Les mesures qui conviennent doivent être prises conformément aux conventions applicables afin de réduire au minimum le risque de dégradation atmosphérique.

Directive 4 : Étude d'impact environnemental

Les États ont l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'il soit procédé à une étude d'impact environnemental adaptée en vue de prévenir, de réduire et de maîtriser les causes et les impacts de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique qui pourraient découler des activités proposées. L'étude doit être menée dans la transparence et avec la participation d'un large éventail de la population.

Directive 5 : Utilisation durable de l'atmosphère

1. Le caractère fini de l'atmosphère impose qu'elle soit utilisée en ayant soin de veiller à sa pérennité.

2. Pour garantir une utilisation durable de l'atmosphère, le droit international impose de maintenir un juste équilibre entre le développement économique et la protection de l'environnement.

Directive 6 : Utilisation équitable de l'atmosphère

Les États doivent utiliser l'atmosphère en appliquant le principe d'équité et dans l'intérêt des générations présentes et futures.

Directive 7 : Géo-ingénierie

Les activités de géo-ingénierie doivent être menées avec prudence et précaution, en toute transparence et dans le respect du droit international existant. Elles doivent impérativement faire l'objet d'études d'impact environnemental.

Directive 8 [5] : Coopération internationale

Le projet de directive 8 serait le projet de directive 5, tel que provisoirement adopté par la Commission en 2015.
