
VARIATIONS AUTOUR DE LA SINCÉRITÉ DE LA MOTIVATION ENVIRONNEMENTALE DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL

Jean-Marc Sorel

Professeur de droit public – Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1)
Email: j-m.sorel@wanadoo.fr

RÉSUMÉ

Sans doute n'est-il pas inutile de commencer par un constat de bon sens: il n'existe pas de juridiction spécialisée en droit de l'environnement en droit international. Dès lors, personne n'est « spécialisé » dans ce domaine, mais tout le monde en fait un peu, parfois incidemment, et souvent (pour l'ORD notamment) parce que des questions de confrontation entre le droit spécialisé imparté à une juridiction et des questions d'environnement surgissent. Ceci résulte notamment du fait qu'aucune organisation internationale (d'où émergent le plus souvent les juridictions internationales) n'existe spécifiquement en matière d'environnement, en dépit d'une vieille proposition française qui n'a jamais abouti. Il reste bien sûr le PNUE (notamment) au sein des Nations Unies, mais il s'agit d'un organe subsidiaire et non d'une organisation à part entière, au surplus non doté d'une juridiction. Il n'empêche que la pénétration de la problématique environnementale comme objet de droit en droit international est réelle, à tel point que les sujets d'études se multiplient et qu'il devient désormais rare qu'un doctorant ne vous propose pas un sujet portant sur ces questions¹.

Mots-clés: environnement; juridiction international España, África del Sur.

VARIAÇÕES EM TORNO DA SINCERIDADE DA MOTIVAÇÃO AMBIENTAL NA DISPUTA INTERNACIONAL

RESUMO

Sem dúvida, é inútil começar por uma constatação de bom-senso: não existe jurisdição especializada em direito ambiental no direito internacional. A partir de então, ninguém é «especializado» neste domínio, mas, todos o fazem, um pouco, às vezes acidentalmente, e, quase sempre, (para o ORD, sobretudo) uma vez que as questões de confronto entre o direito especializado, atrelado a uma jurisdição e a questões ambientais surgem. Isso resulta notadamente do fato de que nenhuma organização internacional (de onde emergem seguidamente as jurisdições internacionais) existe especificamente no que se refere ao meio ambiente, a despeito de uma antiga proposição francesa que nunca se concretizou. Fica claro o PNUE (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente), (notadamente) no seio das Nações Unidas; porém, trata-se de um órgão subsidiário e não de uma organização plena, além disso, não dotado de uma jurisdição. Isso não impede que a penetração da problemática ambiental como objeto de direito no direito internacional seja real, a tal ponto que os sujeitos de estudos se multipliquem e que se torne doravante raro que um doutorando não lhe proponha um tema abordando essas questões

Palavras-chave: meio ambiente; jurisdição internacional.

INTRODUÇÃO

Le bilan des principales affaires contentieuses en matière d'environnement n'est ni négligeable, ni particulièrement significatif. On peut estimer qu'il est « honnête » d'autant qu'il ne faut jamais oublier que le faible nombre d'affaires doit être jaugé à l'aune du nombre de justiciables, en l'espèce le plus souvent les Etats. Les affaires sont connues¹, du moins pour la plupart, et il n'est pas question ici de faire un nième commentaire car elles ont toutes donné lieu à de nombreux commentaires² (y compris par nous-même)³. Au surplus, ces exemples connus n'ont aucune vocation à l'exhaustivité, et bien d'autres pourraient être cités. Ces affaires nous paraissent simplement emblématiques, et il s'agit juste d'en

1 Seront envisagés dans cette liste (ou, pour le moins citées) qui n'a aucune vocation à être exhaustive les affaires suivantes (dont les références ne seront pas ensuite rappelées) : Arbitrages : Sentence du 11 mars 1941, *Fonderie du Trail* (Etats-Unis c. Canada), (*Recueil des sentences arbitrales*, vol III, pp. 1905-1982) ; Sentence du 24 mai 2005, *Rhin de fer* (Belgique c. Pays-Bas). Cour Internationale de Justice (www.icj-cij.org) : arrêt du 25 septembre 1997, *Affaire relative au projet Gabcikovo – Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie) ; arrêt du 20 avril 2010 *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay) ; *Affaire relative aux Epanrages aériens d'herbicides* (Equateur c. Colombie), Ordonnance prenant acte du désistement de l'Equateur, 13 septembre 2013 ; arrêt du 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon, Nouvelle-Zélande (intervenant) ; Arrêt du 16 décembre 2015, *Affaire de Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et affaire de la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica) (jonction d'instances par une ordonnance du 17 avril 2013). Tribunal international du droit de la mer (www.itlos.org) : Ordonnance du 3 décembre 2001, *Usine MOX* (Irlande c. Royaume-Uni). Organe de Règlement des Différends (OMC) (www.wto.org) : Etats-Unis – Venezuela, 29 avril 1996, *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule* ; Etats-Unis – Inde, Malaisie, Pakistan, Thaïlande, Rapport de l'Organe d'appel du 6 novembre 1998, *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*; Communautés européennes – Etats-Unis ; *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés* (dites affaire de la « viande aux hormones »), Rapport de l'Organe d'appel du 13 février 1998 ; Communautés européennes – Canada, *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel du 12 Mars 2001.

2 Pour des références récentes en langue française : J-L. Iten, R. Bismuth, C. Crépet Daigremont, G. Le Floch, A. de Nanteuil : *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Dalloz, Paris, 2018. Cet ouvrage commente les décisions suivantes : Tribunal arbitral, 11 mars 1941, *Fonderie du Trail* (Etats-Unis c. Canada), p.94 ; Etats-Unis – Venezuela : ORD, 29 avril 1996, *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule*, p.406 ; CIJ, 25 septembre 1997, *Affaire relative au projet Gabcikovo – Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), p. 441 ; CIJ, 20 avril 2010, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), p. 607. Voir également : Ph. Billet, J-M. Février, G. Kalflèche, A. Laget-Annemayer, I. Michallet, E. Naim-Gesbert, J-B, Seube : *Les grands arrêts du droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, 2017. Cet ouvrage commente les décisions suivantes : Tribunal arbitral, 11 mars 1941, *Fonderie du Trail* (Etats-Unis c. Canada), pp.3-9 (I. Michallet) ; CIJ, 25 septembre 1997, *Affaire relative au projet Gabcikovo – Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), pp. 287-295 (I. Michallet) ; TIDM, 3 décembre 2001, *Usine MOX* (Irlande c. Royaume-Uni), pp. 342- 351 (A. Laget-Annemayer) ; CIJ, 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon, Nouvelle-Zélande (intervenant), p.264- 272 (I. Michallet). Les commentaires (*in fine*) dans ces deux ouvrages renvoient eux-mêmes à de nombreuses références bibliographiques.

3 « Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice » (avec Hélène Ruiz Fabri) : *Affaire relative au projet Gabcikovo – Nagymaros*, *JDI* 1998/3, pp. 776-792 ; *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Ordonnances en indication de mesures conservatoires du 13 juillet 2006 et 23 janvier 2007), *JDI* 2007/3, pp. 996-1005.

extraire les points qui pourraient faire penser – ou pas – qu'on peut en déduire une forme de pénétration de la problématique environnementale en droit international, du moins pour le contentieux. Par pénétration de la problématique environnementale, nous entendons au sens large, non seulement la pollution et le climat, mais aussi la préservation des espèces ou la santé publique. Il y aurait sans doute lieu de revenir sur le périmètre de ce que l'environnement comprend, mais là n'est pas notre propos.

D'une manière certes quelque peu anecdotique, on peut tout d'abord remarquer que le premier arrêt – chronologiquement - cité dans le récent ouvrage sur *Les grands arrêts du droit de l'environnement* est une sentence d'un tribunal arbitral international (11 mars 1941, *Fonderie du Trail* (Etats-Unis c. Canada), ce qui tendrait à prouver que la question environnementale a été très tôt au cœur de préoccupations du droit international, en l'espèce pour la question des pollutions transfrontières⁴. La suite est moins glorieuse puisqu'il faut attendre l'affaire dite du *Barrage* en 1997 pour retrouver une décision importante dans ce domaine. Et, pour cette dernière affaire, comme pour les autres, il faut comme toujours lire entre les lignes des Etats : s'agissait-il véritablement de préoccupations environnementales, ou était-ce un prétexte pour saisir une juridiction sur des différends plus vastes entre deux Etats ? A cet égard, le bilan n'est pas forcément positif pour la prise de conscience des questions environnementales mais, inversement, tout ne semble pas négatif. Il faut simplement soupeser l'écart possible entre la raison réelle de la saisine d'une juridiction internationale, et la manière dont celle-ci a répondu à ce qui pouvait parfois apparaître comme un « prétexte », et donc la portée de la décision en matière environnementale, quelle que soit la raison initiale du recours. Dans ce cadre, la césure n'est pas nette et il s'agit plutôt d'une forme de dégradé allant du pur prétexte à la sincérité du recours en matière environnementale, tout comme la décision peut apparaître timide dans ce domaine ou, à l'inverse, se révéler une véritable avancée en matière d'environnement. Nous sommes là en plein exercice de « politique juridique

4 Il s'agissait d'une fonderie installée au Canada, mais dont les rejets dans l'air contaminaient les cultures du côté américain de la frontière. Cette affaire donna lieu à une inspection du tribunal sur les lieux, première « descente sur les lieux ». La sentence fut remarquable pour le futur développement du droit international de l'environnement puisqu'y est énoncé le principe de prévention selon lequel aucun Etat n'a le droit d'user de son territoire pour provoquer des nuisances sur le territoire d'un autre Etat. A sa suite (lointaine), la déclaration de Stockholm de 1972 (principe 21), puis la déclaration de Rio de 1992 (principe 2) reprendront ce principe qui a acquis une valeur coutumière. On y trouve aussi le creuset de l'interprétation évolutive nécessaire en matière de droit de l'environnement qui sera reprise ensuite par la CIJ et d'autres juridictions internationales.

extérieure » au sens que Guy de Lacharrière donnait à cette notion⁵, à savoir comment les Etats (et aujourd'hui l'Union européenne) utilisent le droit comme élément de politique extérieure. Il constatait alors (et ce constat est toujours d'actualité) un dégradé allant de la sincérité à la manœuvre dilatoire. Il nous a donc semblé que l'angle de la sincérité (lui-même jugé d'une manière subjective) dans la motivation des Etats révélerait le degré de pénétration de la problématique environnementale auquel les Etats sont parvenus dans le cadre du contentieux international. Cette sincérité dans la motivation vaut pour les demandeurs, les défendeurs, mais aussi les juges dans la motivation de leurs arrêts⁶. Clairement, cet angle est partiel et ne saurait impliquer un constat général.

De l'environnement comme prétexte (I) aux prétextes menant à l'environnement (II), le spectre est large et, surtout, fait appel à un dégradé qui n'est guère réductible à une catégorisation claire. En bout de chaîne, l'espoir renaît puisque l'on trouve aussi des affaires qui partent de l'environnement pour aboutir à l'environnement (III).

1 L'ENVIRONNEMENT COMME PRETEXTE

Il s'agit là de rappeler quelques affaires classées comme ayant trait à l'environnement, dont on peut douter, soit qu'elles aient été introduites pour cette noble cause, soit qu'elles aient abouti à une réelle avancée en matière d'environnement. Dans cette catégorie, se situent les affaires des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, de *l'usine MOX*, *l'affaire concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, et *l'affaire de la Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*. Inventaire à la Prévert s'il en est, d'autant que ces quatre affaires ont été jugées par des juridictions différentes. Pour les deux premières affaires, on constate la prédominance des aspects procéduraux sur le fond (A), alors que pour les deux dernières, le différend commercial primordial est faiblement masqué par des considérations environnementales (B).

1.1 La prédominance des aspects procéduraux sur le fond

Il a été fait grand cas de deux affaires qui touchent l'environnement :

⁵ Guy de Lacharrière : *La politique juridique extérieure*, Economica, Paris, 1983, 236p.

⁶ Voir notre étude : « La motivation des actes en droit international » (pp.195-205) et « La motivation des actes des juridictions internationales » (pp.255-261), in : *La motivation en droit public*, sous la direction de Sylvie Caudal, Dalloz, collection « Thèmes et Commentaires », Paris, 2013.

l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* et l'affaire de *l'Usine MOX*. En soi, ces deux affaires présentent des circonstances éloignées l'une de l'autre, si ce n'est qu'elles touchent à chaque fois deux Etats qui, pour des raisons historiques, ne s'entendent guère, et qu'elles concernent des usines jugées polluantes. Un rapide rappel des faits nous permettra de mieux le comprendre.

Pour les affaires des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, c'est le 4 mai 2006 que l'Argentine a déposé une requête introductive d'instance contre l'Uruguay au sujet de prétendues violations par l'Uruguay d'obligations découlant du statut du fleuve Uruguay, traité signé entre les deux Etats le 26 février 1975 aux fins d'établir les mécanismes communs nécessaires à l'utilisation rationnelle et optimale de la partie du fleuve qui constitue leur frontière commune. Dans sa requête, l'Argentine reprochait à l'Uruguay d'avoir autorisé de manière unilatérale la construction de deux usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, sans respecter la procédure obligatoire d'information et de consultation préalables prévue par le statut de 1975. Elle soutenait que ces usines constituaient une menace pour le fleuve et son environnement, qu'elles risquaient d'altérer la qualité des eaux du fleuve et de causer un préjudice transfrontalier sensible à l'Argentine. Deux questions sont donc posées : la violation de la procédure prévue par le traité, et le préjudice écologique que ces deux usines peuvent causer. Après divers épisodes et ordonnances en indication de mesures conservatoires, la Cour a rendu son arrêt sur le fond le 20 avril 2010.

Pour l'affaire de *l'Usine MOX*⁷, la question portait sur le complexe nucléaire de Sellafield en Angleterre, mais à 200 km des côtes irlandaises, qui avait déjà fait l'objet de nombreuses protestations de la part de l'Irlande, mais aussi d'ONG environnementalistes, en raison de sa dangerosité potentielle en mer d'Irlande. La construction sur ce site d'une usine de production de combustible pour réacteurs nucléaires (dit « MOX ») a ravivé la crise entre les deux Etats, ce qui va donner lieu à une cascade de saisines devant diverses juridictions (ou assimilées). En effet, l'Irlande a d'abord demandé la constitution d'un tribunal arbitral sur la base d'une clause compromissoire incluse dans la convention OSPAR du 22 septembre 1992 dont l'objectif est la protection du milieu marin dans l'Atlantique du Nord-Est. Cette convention prévoit notamment, dans son

⁷ A cet égard, nous nous appuyons largement (avec son aimable autorisation) sur le commentaire de cette affaire par Aurore Laget-Annamayer dans *Les grands arrêts du droit de l'environnement, op cit*, pp. 342- 351, étant parfaitement en phase avec sa pertinente analyse de l'affaire.

article 9, une obligation d'informations concernant l'environnement marin, obligation que l'Irlande reproche au Royaume-Uni d'avoir méconnue. Ce tribunal a effectivement été constitué en octobre 2001. Néanmoins, face à l'imminence de la mise en service de l'usine MOX, l'Irlande a décidé de provoquer un second arbitrage, sur la base cette fois-ci de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) de 1982, et précisément de son annexe VII, à laquelle les deux Etats sont parties. L'Irlande a donc décidé de saisir le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) d'une demande de mesures conservatoires, autrement dit d'une procédure permettant de prescrire d'urgence des mesures en attendant que l'affaire ne soit jugée au fond par un arbitrage. La complexe Convention des Nations Unies sur le droit de la mer - selon le système dit du *Forum Shopping* permet en effet la saisine du TIDM uniquement dans le cadre des mesures conservatoires, alors même que le fond de l'affaire peut être jugé dans le cadre d'un arbitrage⁸. Le Royaume-Uni contestait de son côté la compétence du TIDM en liaison avec la convention OSPAR susmentionnée, mais aussi parce que certains aspects de l'affaire – via le Traité CE ou le Traité Euratom - semblaient donner une compétence exclusive à la CJCE. Autrement dit, alors que l'Irlande estime que le différend comporte différents aspects que seul le tribunal arbitral issu de la convention des Nations Unies peut résoudre, le Royaume-Uni dénie cette compétence au profit, d'une part, d'un arbitrage dans le cadre de la convention OSPAR et, d'autre part, de la compétence de la CJCE. C'est donc dans ce cadre procédural complexe que le TIDM va rendre son ordonnance du 3 décembre 2001.

Dans ces deux affaires, les décisions des juges laissent sceptiques quant à leur apport en matière d'environnement. S'agissant des affaires *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, l'argument de l'Argentine selon lequel des projets auraient été autorisés par l'Uruguay en violation du mécanisme de notification et de consultation préalables établi par les articles 7 à 13 dudit statut (violations de nature procédurale), la Cour a relevé que l'Uruguay n'avait pas informé la commission administrative du fleuve Uruguay de ces projets, contrairement à ce que prescrit le statut. La Cour a donc conclu que, en n'informant pas cette Commission des travaux projetés avant la délivrance de l'autorisation environnementale préalable pour chacune des usines et pour le terminal portuaire adjacent à l'usine,⁸ Le TIDM a déjà été confronté à une situation comparable à défaut d'être similaire avec les *Affaires du thon à nageoire bleue* (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon). En l'espèce, dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 27 août 1999, le TIDM avait ordonné des mesures, avant que celles-ci ne se révèlent caduques suite à la décision d'un tribunal arbitral considérant qu'un accord régional avait la primauté pour le règlement du différend.

et en ne notifiant pas les projets à l'Argentine par l'intermédiaire de la Commission, l'Uruguay avait violé le statut de 1975. Mais, s'agissant de l'argument de l'Argentine selon lequel les activités industrielles autorisées par l'Uruguay avaient, ou auraient, un effet négatif sur la qualité des eaux du fleuve et de sa zone d'influence, et qu'elles avaient causé un préjudice sensible à la qualité de ces eaux, ainsi qu'un préjudice transfrontalier à l'Argentine (violations de fond), la Cour, après un examen détaillé des arguments des Parties, a jugé que les éléments de preuve versés au dossier ne permettaient pas d'établir de manière concluante que l'Uruguay n'a pas agi avec la diligence requise ou que les rejets d'effluents de l'usine ont eu des effets délétères ou ont porté atteinte aux ressources biologiques, à la qualité des eaux ou à l'équilibre écologique du fleuve depuis le démarrage des activités de l'usine en novembre 2007. La Cour a par conséquent conclu que l'Uruguay n'avait pas violé les obligations de fond découlant du statut.

Dans l'affaire de l'*Usine MOX*, le TIDM va, sur les aspects touchant la compétence, donner raison à l'Irlande en estimant que seule la convention des Nations Unies, et donc l'arbitrage constitué en vertu de l'annexe VII, peut répondre à l'ensemble des aspects portés à sa connaissance dans ce différend. Cette solution d'ensemble aurait pu suffire à elle-même, mais la Commission européenne a estimé à sa suite que le droit communautaire avait été méconnu car ces différends auraient dû être introduits devant la CJCE. La Commission introduisit donc un recours en constatation de manquement. Dans cette affaire⁹, la commission invoque pour la première fois les articles 292 CE et 192 CEEA qui prescrivent aux États membres de ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du Traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci. Comme la CNUDM a été signée à la fois par la Communauté et tous ses États membres, ses dispositions, selon la Commission, font partie intégrante de l'ordre juridique communautaire. L'Irlande aurait ainsi méconnu la compétence exclusive de la CJCE. C'est ainsi qu'un différend sur un potentiel danger de pollution par un combustible nucléaire se transforme en guerre de territoires entre des juridictions concurrentes. Il est vrai que la position des tribunaux arbitraux a, en quelque sorte, facilité cette issue¹⁰. La CJCE a donc ainsi justifié sa compétence exclusive dans le 9 C-459/03, Commission c. Irlande, arrêt du 30 mai 2006.

¹⁰ En effet, le 2 juillet 2003, le tribunal arbitral constitué en vertu de la Convention OSPAR a rejeté la demande de l'Irlande, mais ce recours a bien été accueilli par ce tribunal qui a statué sur le fond, et qui ne s'est par conséquent pas reconnu incompétent au regard d'une exclusivité de la compétence communautaire. Le Tribunal arbitral constitué dans le cadre de l'annexe VII de la CNUDM a lui décidé de suspendre la procédure et a demandé à être plus amplement informé en ce qui concerne les

domaine de la protection de l'environnement et a réaffirmé son monopole juridictionnel pour l'interprétation et l'application des accords mixtes.

Le bilan que l'on peut tirer de ces deux affaires reste donc mitigé au regard du droit de l'environnement. Dans les affaires des *Usines de pâte à papier*, la solution reste procédurale – violation d'obligations d'informations en vertu d'un traité entre les deux Etats, mais pas de violations sur le fond. Rien de neuf sur le plan du droit, et même le rappel de principes anciens. Nous sommes donc face à une affaire où les deux Etats – de longue date – ne sont pas en accord sur divers aspects, et où la construction de ces usines fut un prétexte – quasiment « patriotique » - pour saisir la Cour. Néanmoins, la conclusion est, qu'en dehors d'obligations procédurales d'information, l'arrêt n'apporte guère en matière d'environnement. Pour l'affaire de l'*Usine MOX*, nous en sommes restés là, l'Irlande renonçant à poursuivre l'affaire au fond. En effet, cet Etat, qui cherchait plutôt à faire cesser les activités britanniques qu'à démontrer un manquement au droit communautaire, n'a pas porté devant la CJCE une nouvelle instance portant sur le fond de l'affaire. Non seulement son intérêt pratique était limité mais, de plus, la Commission avait déjà auparavant autorisé la mise en service de l'usine MOX. L'affaire restera plutôt dans les annales comme un exemple d'imbroglio procédural lié à la multiplication des juridictions internationales. Il n'en reste pas moins, qu'au milieu de la querelle plus que séculaire entre l'Irlande et le Royaume Uni, l'apport de la décision au droit international de l'environnement reste faible, alors que, depuis désormais longtemps, des règles s'établissent pour préciser les conditions de la gestion pour un Etat de son territoire de manière à ne pas provoquer de préjudices à l'environnement international dans le sillage de l'ancienne affaire de la *Fonderie du Trail* de 1941. Certes le principe de prévention, qui concerne des risques avérés, est rappelé à la suite de l'*affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros* de 1997 devant la CIJ, tout comme il sera réaffirmé dans la sentence arbitrale du 24 mai 2005 dans l'affaire du *Rhin de fer* entre la Belgique et les Pays-Bas (sentence dans laquelle le Tribunal arbitral estime qu'il a aussi compétence pour interpréter des actes communautaires), et plus tard de nouveau par la CIJ dans les affaires des *Usines de pâtes à papier*. Certes encore, le principe de coopération couplé à l'obligation d'information, consacre l'obligation d'entreprendre des études d'impact lorsqu'un préjudice transfrontière est potentiellement

implications du droit communautaire dans le différend dont il était saisi, position provoquée par une exception d'incompétence soulevée par le Royaume-Uni.

envisageable, mais aucune révolution, ni même évolution fondamentale, notamment concernant le principe de précaution¹¹. Mais, *in fine*, l'usine MOX est-elle dangereuse pour l'environnement ? Nous ne le savons pas.

1.2 L'environnement comme paravent à un différend commercial

D'une manière qui peut paraître paradoxale, l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC fut une juridiction assez rapidement aux prises avec des questions d'environnement (au sens large). Le paradoxe n'est en réalité qu'apparent car, d'une part, le spectre de l'ORD touche l'ensemble du commerce international, et par conséquent les questions environnementales n'y échappent pas et, d'autre part, les Etats y trouvent – d'une manière plus ou moins sincère – un angle d'attaque pour soulever des litiges. Dans ce cadre, deux affaires désormais anciennes sont emblématiques, sans qu'il ne s'agisse nullement des seules affaires de ce type. Il s'agit de l'affaire concernant *l'essence nouvelle et ancienne formules* entre les Etats-Unis et le Venezuela portée en 1995 devant l'ORD, et de l'affaire de la *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, portée devant l'ORD en 1996.

Sous le titre un peu étrange d'*affaire concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (mais la liste des titres des affaires devant l'ORD est souvent savoureuse), se cache un différend a priori classique sur le plan commercial. Ce litige fut en réalité le premier devant l'ORD et il impliquait les Etats-Unis. Il était donc intéressant de constater la manière dont ce pays réagirait s'il perdait. Or, il a perdu et il a bien réagi en acceptant la décision. Ce fut donc un bon point de départ positif pour le système de règlement des différends. Concernant le litige lui-même entre les Etats-Unis et le Venezuela, il s'agissait d'un problème consécutif à une nouvelle législation américaine de 1995 relative aux normes contre la pollution atmosphérique. Ceci impliquait une discrimination contre l'essence en provenance du Venezuela en soumettant celle-ci à des normes moins favorables que celles applicables aux produits d'origine américaine, ceci au prétexte que la qualité de l'essence importée du Venezuela est plus difficile à contrôler. Les Etats-Unis invoquaient l'article XX du GATT qui

¹¹ Le TIDM sera plus audacieux en 2011, mais dans un simple avis à la portée moindre qu'une décision contentieuse. En effet, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du TIDM, dans son avis du 1^{er} février 2011 relatif aux *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone a*, à plusieurs reprises, souligné la nécessité d'une « approche » de précaution (notamment § 131), et a constaté qu'il existait un mouvement vers la consécration de ce principe dans le droit international coutumier (§ 135).

permet des exceptions générales pour la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux (§b), ainsi que la protection des ressources naturelles épuisables (§g. C'est « l'air » qui est visé en l'espèce). A priori, l'affaire se présente donc comme un différend entre un Etat qui souhaite préserver son environnement par diverses mesures, et un Etat qui estime que les discrimination consécutives à ces mesures masque une rupture dans la « clause de traitement national » qui interdit un traitement différencié pour des produits similaires venant de l'étranger.

Dans le même ordre d'idées que l'affaire précédente, les Etats-Unis vont de nouveau souhaiter s'appuyer sur la protection de l'environnement dans une affaire concernant la prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes introduite par l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande. *Bis repetita* pourrait-on dire. La question ici posée est celle de l'interdiction par les Etats-Unis d'importation de crevettes et de produits dérivés en raison des méthodes de pêche utilisées pour obtenir ces crevettes qui sont considérées comme contraires à la protection de l'environnement (en l'espèce les filets utilisés pour cette pêche attrapent également des espèces protégées comme les tortues marines). Il s'agit donc véritablement de la première affaire importante en matière d'environnement (même si l'affaire de *l'essence* présentait déjà un profil similaire), ce qui permet de souligner que, via le vecteur du commerce, l'OMC est capable de toucher de nombreux domaines connexes. De nouveau, les Etats-Unis invoquent l'article XX du GATT sur les exceptions générales, et de nouveau l'argument environnemental est mis en avant.

Dans *L'affaire concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, le panel qui a rendu son rapport en janvier 1996 a reconnu à l'encontre des Etats-Unis une discrimination contraire à la clause de traitement national sur la base de l'article III :4 du GATT qui interdit de soumettre les produits importés à un traitement moins favorable que les produits similaires nationaux. Pour le Groupe spécial, s'il est légitime de vouloir protéger l'environnement, il faut le faire de manière à ne pas nuire aux principes du GATT, notamment à l'aide de telles discriminations.

Les Etats-Unis ont fait appel de cette décision du panel (que l'on peut considérer – *mutatis mutandis* – comme une première instance), mais l'Organe d'appel, en mai 1996, tout en modifiant une interprétation

d'un article du GATT (l'article XX), a laissé en l'état la solution dégagée par le panel (c'est-à-dire l'impossibilité pour les Etats-Unis d'invoquer la protection de l'environnement comme fondement de la discrimination). Au passage, l'Organe d'appel développe une véritable méthodologie de l'interprétation en s'appuyant sur le droit international général car il considère qu'il ne faut pas lire l'accord du GATT comme « l'isolant cliniquement du droit international public ». Cette phrase inscrite dans la première décision de cette nouvelle juridiction marquera les esprits car elle signifie que l'OMC ne doit pas se comporter comme une organisation « corporatiste » archiboutée sur son principe de spécialité (en l'espèce, le commerce international), mais qu'elle doit prendre garde de s'appuyer sur la structure générale du droit international. C'est donc la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui servira de base, et notamment ses articles 31 et 32 relatifs à l'interprétation. Il va les utiliser, y compris les travaux préparatoires pour l'interprétation de l'article XX, allant même très loin dans un souci pédagogique, probablement parce qu'il s'agissait du premier exercice de ce genre. Il a donc posé les bases. En l'espèce, l'Organe d'appel en ressortira une interprétation assez stricte des exceptions de l'article XX en faisant peser la charge de la preuve sur celui qui invoque l'exception.

Les Etats-Unis, après discussion, ont accepté de se plier à la décision de l'Organe d'appel et ont fait savoir, qu'en août 1997, l'Agence pour la protection de l'environnement avait modifié la législation incriminée et qu'ils s'étaient ainsi conformés aux prescriptions de l'ORD dans les délais. Il faut néanmoins surtout retenir que l'environnement a ici été pris en otage comme prétexte à une guerre commerciale. En effet, la solution dégagée par l'ORD ressort de la technique juridique, celle de l'interprétation d'un accord, mais ne laisse guère de place aux considérations de fond environnementales. Certains pourraient donc déplorer que l'accord en cause ne permet pas à un Etat de prendre des mesures plus protectrices pour son environnement. En réalité, il est vite apparu que l'essence produite aux Etats-Unis ne comportait pas de différence significative avec celle importée du Venezuela. En clair, l'argument environnemental a ici servi de pur prétexte pour protéger un produit national.

Dans l'affaire de la *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, le Groupe spécial va, dans un premier temps, condamner les Etats-Unis en estimant que les

restrictions à l'importation sont des restrictions quantitatives contraires à l'article IX du GATT, et qu'il ne s'agit pas d'exceptions au titre de l'article XX. L'Organe d'appel va suivre cette conclusion, mais en modifiant le raisonnement juridique. D'une part, se posait véritablement pour la première fois la question de la présence de personnes privées dans la procédure car les Etats-Unis avaient joint en annexe de nombreux *amicus curiae* d'ONG (la plupart étant des ONG travaillant dans la protection de l'environnement). A cet égard (et la question deviendra de plus en plus importante à l'avenir), l'Organe d'appel décide de ne prendre en compte que les arguments déjà développés par les Etats-Unis eux-mêmes, autrement dit, les arguments endossés par les Etats-Unis, et laisse libre le Groupe spécial de prendre en compte ou non les arguments des ONG car il possède une liberté d'appréciation en matière d'expertises. Cette réponse était certes vague mais permettait de ne pas rejeter l'immixtion des personnes privées tout en laissant le Groupe spécial (et l'Organe d'appel) libre d'apprécier de tels arguments. Sur le fond, l'Organe d'appel rejette l'interprétation stricte des exceptions de l'article XX développée par les Etats-Unis et condamne son unilatéralisme en lui reprochant une absence de négociations avec les plaignants et l'imposition de mesures trop strictes pour la protection de l'environnement. Une fois de plus, on peut s'étonner du peu de considération pour les arguments environnementaux, mais si l'on « creuse » un peu l'affaire, on s'aperçoit, qu'en l'espèce, seuls les Etats-Unis fabriquaient et vendaient les filets de pêche qu'ils estimaient comme étant les seuls compatibles avec la protection de l'environnement. Marché captif en quelque sorte, et flagrante mauvaise foi de la part de cet Etat qui souhaitaient aussi de cette manière protéger sa propre production. Les tortues marines attendront des jours meilleurs.

2 LES PRETEXTES MENANT A L'ENVIRONNEMENT

Nous le répétons, les catégories établies pour le besoin de cette communication ne sont pas étanches les unes par rapport aux autres. Autrement dit, si l'environnement sert parfois de prétexte de la part d'un Etat pour amener un autre Etat devant une juridiction internationale, il arrive également que ce « prétexte » débouche sur une décision qui s'avère importante pour la protection de l'environnement, sans que disparaisse pour autant les autres intentions « cachées » (parfois à peine) de l'Etat demandeur. La césure est donc quelque peu arbitraire. Parmi les affaires

portées devant des juridictions internationales dont le fondement réel ne semble pas être le souci environnemental, mais ayant finalement débouché sur quelques avancées dans ce domaine, nous citerons, dans des situations bien disparates, la désormais célèbre affaire du *Barrage Gabčíkovo-Nagymaros* entre la Hongrie et la Slovaquie, l'affaire des *Epanchages aériens d'herbicides* entre l'Equateur et la Colombie, l'affaire concernant *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* entre le Costa Rica et le Nicaragua, devant la CIJ pour ces trois dernières, et l'affaire des *Mesures concernant les viandes et les produits carnés* devant l'ORD.

2.1 De la politique à l'environnement

Dans l'affaire du *Barrage Gabčíkovo-Nagymaros* entre la Hongrie et la Slovaquie devant le CIJ¹², la question concernait un tronçon du Danube d'environ 200 kilomètres, situé entre Bratislava, en Slovaquie, et Budapest, en Hongrie. Dans la majeure partie de cette région, le chenal principal du fleuve constitue la frontière entre les deux Etats. Un traité signé en 1977 par la Tchécoslovaquie et la Hongrie prévoyait la construction et l'exploitation d'un système composé de deux séries d'écluses, situées l'une en territoire slovaque (Gabcikovo), l'autre en territoire hongrois (Nagymaros). Ce système était conçu comme unique et indivisible et présenté comme un investissement conjoint destiné notamment à la production d'énergie hydro-électrique mais sans que soient perdus de vue les objectifs d'amélioration de la navigation et de prévention des inondations, les parties s'engageant par ailleurs à veiller au maintien de la qualité des eaux et à assumer leurs obligations relatives à la protection de l'environnement. On le constate, enjeux économiques et environnementaux se mêlaient. Globalement, le traité prévoyait un partage du financement et de la gestion des travaux, chacun contrôlant la partie située sur son territoire. Les travaux, commencés en 1978, firent l'objet d'un accord visant d'abord à les ralentir, en 1983, puis à les accélérer, début 1989, toujours à l'initiative de la Hongrie, avant que celle-ci ne décide en définitive quelques mois plus tard d'interrompre provisoirement puis d'abandonner les travaux à Nagymaros. Les deux Etats sont finalement parvenus à un compromis en 1993 permettant de porter l'affaire devant la

¹² Nous nous permettons de reprendre à ce propos nos remarques faites lors de la Chronique annuelle de la CIJ (avec Hélène Ruiz Fabri) : *Affaire relative au projet Gabcikovo – Nagymaros*, JDI 1998/3, pp. 776-792.

CIJ. Au-delà des faits, le différend est surtout le symbole d'une forme de liberté retrouvée (et d'antagonismes ravivés) entre les anciens « peuples frères » libérés de la tutelle de Moscou et de l'obligation de faire semblant de s'entendre.

Durant la procédure, les deux parties se sont défendus sur des angles différents. Alors que la Slovaquie s'est arc-boutée sur le nécessaire respect de la parole donnée et des engagements pris et sur son droit de réagir en cas de non-respect, la Hongrie a argumenté de façon plus transversale en s'appuyant essentiellement sur la nécessaire protection de l'environnement pour justifier non seulement l'arrêt des travaux mais aussi la dénonciation du traité. Ces positions se retrouvent à propos de chacune des questions auxquelles la Cour répond dans l'ordre défini par le compromis. Mais l'arrêt était aussi attendu pour ce qu'il dirait du droit de l'environnement. L'affaire n'avait pourtant pas été soumise à la chambre spéciale constituée par la Cour en 1993 pour les questions d'environnement, formation de jugement qui n'a guère de succès et n'a connu aucune affaire à ce jour.

Dans son arrêt du 25 septembre 1997, la Cour a affirmé que la Hongrie n'était pas en droit de suspendre puis d'abandonner, en 1989, les travaux relatifs au projet de Nagymaros ainsi qu'à la partie du projet de Gabčíkovo dont elle était responsable, et que la Tchécoslovaquie était en droit de recourir, en novembre 1991, à une « solution provisoire » autorisée par le compromis. La Cour a par contre précisé que la Tchécoslovaquie (la Slovaquie a succédé à la Tchécoslovaquie le 1^{er} janvier 1993) n'était pas en droit de mettre en service à partir d'octobre 1992 le système de barrage en question. La Cour décide aussi d'indemnisations réciproques pour les deux parties en fonction de leurs violations du droit international. Face à l'inexécution de l'arrêt par la Hongrie, la Slovaquie va introduire une nouvelle requête en 1998. Epilogue de cette longue affaire, le 21 juillet 2017, la Cour internationale de Justice a pris acte du désistement, par la République slovaque, de la procédure engagée par le biais de sa demande du 3 septembre 1998 tendant au prononcé d'un arrêt supplémentaire en l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros.

Au-delà de ces péripéties procédurales, on remarque que la Cour internationale de Justice va entrer dans cette affaire avec une certaine prudence, il est vrai en partie en raison des règles que le recours au droit de l'environnement voulait justifier d'avoir malmenées, celles du droit des traités. La Cour indique clairement que ces règles-là, qu'on pourrait qualifier de quasi-constitutionnelles, en tous cas structurantes de l'ordre

juridique international, ne supportent pas l'à peu-près. Mais l'impératif environnemental est là et la Cour en souligne à plusieurs reprises et de façon appuyée l'importance et les enjeux en faisant d'ailleurs le détour obligé par le principe du développement durable et les droits des générations futures mais aussi en affirmant la positivité du principe de l'utilisation non dommageable du territoire (§ 53). Elle range même la préservation de l'environnement dans la catégorie éminente des intérêts essentiels de l'Etat.

Quoi qu'il en soit, on retient souvent ce différend comme marquant l'entrée de la CIJ dans le droit international de l'environnement pour une affaire qui marquait surtout la fin de l'ère soviétique et de projets pharaoniques dans lesquels l'environnement n'avait guère sa place (euphémisme). L'intrusion de la problématique alors nouvelle de l'environnement (nous sommes peu de temps après la conférence de Rio) est pourtant assez timide. Logiquement, la Cour ne retient pas l'argument de la Hongrie sur l'état de nécessité écologique, ni le principe de précaution, et s'appuie essentiellement sur la question classique du partage de cours d'eau (en l'espèce le fleuve est frontalier entre les deux Etats), tout en affirmant le principe de prévention et la nécessité d'études d'impact sur l'environnement dans le cadre d'un développement durable. On pourra trouver que ceci reste modeste mais, en 1997, ces avancées furent remarquées, d'autant que la solution juridique n'impliquait pas forcément ce détour. La Cour a donc poussé son raisonnement pour volontairement englober les premiers pas du droit international de l'environnement et le paragraphe 53 de cet arrêt (qui reprend un passage d'un avis antérieur de 1996) en est sans doute le symbole :

« La Cour rappellera qu'elle a récemment eu l'occasion de souligner dans les termes suivants toute l'importance que le respect de l'environnement revêt à son avis, non seulement pour les Etats mais aussi pour l'ensemble du genre humain : « L'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement. » (Licéité de la menace ou de l'emploi

d'armes nucléaires, avis consultatif; C.I.J. Recueil 1996, p. 241-242, par. 29.) »

2.2 De la guerre à l'environnement

Même si la problématique est aujourd'hui débattue¹³, on nous accordera que la préoccupation environnementale n'est guère privilégiée en temps de guerre, ou simplement de fortes tensions entre des Etats. Les deux exemples cités ci-dessous n'y dérogent pas mais, d'une manière surprenante, introduisent ou confirment des obligations liées à l'environnement là où on ne les attendait guère.

Dans la première affaire, le 31 mars 2008, l'Equateur, après des négociations infructueuses avec son voisin, a déposé une requête introductive d'instance contre la Colombie au sujet d'un différend relatif à l'« épandage aérien par la Colombie d'herbicides toxiques en des endroits situés à proximité, le long ou de l'autre côté de sa frontière avec l'Equateur ». L'Equateur soutenait que « l'épandage a[vait] déjà gravement porté atteinte aux populations, aux cultures, à la faune et au milieu naturel du côté équatorien de la frontière et risqu[ait] sérieusement, avec le temps, de causer d'autres dommages ». D'une manière symbolique, l'Equateur fondait la compétence de la Cour, non seulement sur le traditionnel article XXXI du pacte de Bogotá du 30 avril 1948, mais aussi sur l'article 32 de la convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (1988), preuve que le différend touchait des aspects connexes dont cette région est assez coutumière. L'affaire des *Epanrages aériens d'herbicides* débutait donc.

La deuxième affaire à proximité géographique de la précédente, ne saurait surprendre les spécialistes du contentieux devant la CIJ. C'est de nouveau un euphémisme de constater que le Nicaragua connaît des différends avec tous ses voisins. La longue liste des affaires portées devant la Cour par – ou contre – cet Etat fait de ce petit territoire l'Etat qui a porté le plus d'affaires devant la CIJ¹⁴. Parmi cette longue liste, le Costa Rica a introduit, le 18 novembre 2010, une instance contre le Nicaragua à raison d'une « incursion en territoire costaricien de l'armée nicaraguayenne », qui aurait occupé et utilisé une partie de celui-ci, « ainsi que [de] violations par le Nicaragua d'obligations lui incombant envers le Costa Rica » en vertu

13 K. Christakis Mollard-Bannelier : *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, Paris, Pedone, 2001, 542p ; L. F. Nguinta Heugang Diekouam : *La protection de l'environnement en période de conflit armé*, L'Harmattan, Paris, 2015, 226p.

14 Voir : www.icj-cij.org/fr/affaires-par-pays.

d'un certain nombre de conventions et de traités internationaux. Le Costa Rica reproche plus précisément au Nicaragua d'avoir, à l'occasion de deux incidents distincts, occupé son sol dans le cadre de la construction d'un canal à travers le territoire costaricien, entre le fleuve San Juan et d'avoir mené certaines activités connexes de dragage dans le San Juan. En raison des multiples contentieux qui touchent les pays d'Amérique centrale (et dont le Nicaragua est souvent l'épicentre), par la suite, la Cour a, conformément au principe de bonne administration de la justice, joint les instances dans la présente affaire (*Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*) et dans celle relative à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica) par une ordonnance du 17 avril 2013.

La première affaire entre l'Equateur et la Colombie s'est conclue sans décision de la Cour. En effet, en septembre 2013, l'Equateur a souhaité que l'affaire soit rayée du rôle de la Cour, ce que la Colombie a accepté, car un accord du 9 septembre 2013 prévoit l'établissement d'une zone d'exclusion, dans laquelle la Colombie ne se livrera à aucune opération d'épandage aérien, crée une commission mixte chargée de veiller à ce que les opérations d'épandage menées en dehors de cette zone n'entraînent pas, par un phénomène de dérive, le dépôt d'herbicides en territoire équatorien, et prévoit, en l'absence de tels dépôts, la réduction échelonnée de la largeur de ladite zone.

Pour la deuxième affaire entre le Costa-Rica et le Nicaragua, la Cour a rendu son arrêt sur le fond le 16 décembre 2015, dans lequel elle déclare que le Costa Rica avait souveraineté sur le territoire litigieux. Elle a par conséquent considéré que, par les activités qu'il avait menées sur le territoire litigieux depuis 2010, et notamment en creusant trois canaux et en établissant une présence militaire sur certaines parties de ce territoire, le Nicaragua avait violé la souveraineté territoriale du Costa Rica, et qu'il avait dès lors l'obligation d'indemniser ce dernier à raison des dommages qu'il lui avait causés par les activités illicites auxquelles il s'était livré sur le territoire costaricien, et que, à défaut d'accord à ce sujet entre les Parties dans un délai de douze mois, elle procéderait elle-même au règlement de cette question dans une étape ultérieure de la procédure. On retrouve là une solution somme toute « classique » concernant un conflit territorial ou frontalier. En raison de qui est apparu comme une inexécution de l'arrêt, la Cour s'est finalement prononcée sur la question de l'indemnisation le 2 février 2018. Dans son arrêt, la Cour était d'avis que les dommages causés

à l'environnement, ainsi que la dégradation ou la perte consécutive de la capacité de celui-ci de fournir des biens et services, sont susceptibles d'indemnisation en droit international. Pour établir le montant de l'indemnité due à raison des dommages environnementaux, la Cour a estimé le coût de la restauration de l'environnement endommagé ainsi que celui de la dégradation ou perte de biens et services environnementaux subie tant que l'environnement n'est pas reconstitué. Il ressort de l'analyse faite par la Cour que des frais et dépenses susceptibles d'indemnisation qui ont été engagés par le Costa Rica s'élevaient à un total de près de 380.000 dollars (payables le 2 avril 2018 au plus tard, ce qui fut acquitté par le Nicaragua avant même cette date buttoir).

Le bilan de ces deux affaires surprend par la manière dont la Cour, partant d'une situation de tension – voire de conflit – entre des Etats, parvient à en extraire des apports non négligeables pour la protection de l'environnement. Dans la première affaire, si on lit entre les lignes, on s'aperçoit rapidement que cet épandage avait surtout pour objectif de nuire à la guérilla des FARC (combattue par le gouvernement colombien) installée près de la frontière en détruisant leurs ressources naturelles, dont des plantations de substances dites « illicites », autrement dit de stupéfiants. C'est donc à la fois le processus de paix en cours du côté colombien, mais aussi l'épée de Damoclès d'une affaire devant la Cour qui a poussé la Colombie vers cet accord. Quoi qu'il en soit, voilà une affaire purement politique dans un contexte de guerre entre la Colombie et la guérilla des FARC qui s'achève par un accord dont le point essentiel consiste à ce que des nuisances ne pénètrent pas sur le territoire d'un Etat voisin selon la vieille jurisprudence de la *Fonderie du Trail*, même s'il ne limite pas totalement le droit de la Colombie à pratiquer cet épandage dans la zone prescrite. Dans la deuxième affaire, on peut retenir qu'elle s'insère dans un vaste ensemble de conflits frontaliers, territoriaux et maritimes entre le Costa Rica, le Nicaragua, mais aussi le Salvador, le Honduras ou la Colombie. Avec cette violation territoriale, la Cour a donc fait droit à la dégradation de l'environnement qui s'en est suivie, et ce en fixant une indemnité adéquate. Certes, ceci est plutôt rare de la part de la Cour qui se contente le plus souvent d'une réparation par satisfaction, et même si c'est bien la violation de l'intégrité territoriale du Costa-Rica qu'il faut retenir, l'arrêt se distingue par une évaluation claire et chiffrée des dommages environnementaux, ce qui n'était pas forcément attendu sous cette forme.

3 L'EMERGENCE D'AFFAIRES VÉRITABLEMENT ENVIRONNEMENTALES

Trois affaires nous semblent se détacher des autres par la manière dont la question a été posée à la juridiction, ou par la manière dont la juridiction a répondu à celle-ci. Certes, il faut raison garder car les avancées sont encore modestes, mais on peut y ressentir une véritable prise de conscience. La prudence s'impose d'autant plus que la première affaire citée, celle dite de la « viande aux hormones » est en réalité un échec pour le demandeur, contrebalancée par la prise en compte claire, et pour la première fois, de préoccupations non commerciales dans l'affaire dite de *l'amiante*, les deux devant l'ORD. Et, pour la CIJ, l'affaire de la *chasse à la baleine* permet à cette juridiction d'aller au-delà de ce qui était attendu dans l'affirmation de la protection d'espèces menacées.

3.1 L'environnement au-delà du commerce

L'affaire des *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* devant l'ORD en 1996 représente une forme de rendez-vous manqué. Il s'agit de l'affaire communément qualifiée de « viande aux hormones ». En effet, l'importation de viande produite avec des hormones était considérée licite par les Etats-Unis et le Canada, ce que l'Europe, dans une directive, refusait pour des raisons de santé publique. De plus, l'Europe souhaitait ainsi faire pression sur la négociation de l'accord SPS (sur les mesures sanitaires et phytosanitaires) alors discuté dans le cadre de l'OMC. Plus précisément, les Etats-Unis et le Canada mettaient en cause l'interdiction d'utiliser certaines hormones dans l'élevage, interdiction qui se concrétisait par l'interdiction d'importation d'une telle viande en Europe. Parmi les pays européens, le France est particulièrement attachée à cette interdiction en raison de problèmes graves qui se sont posés dans les années 70 sur la santé.

Une des questions centrales discutées fut celle de la référence au Codex alimentaire (ou *Codex Alimentarius*) de la FAO (rédigé en commun avec l'OMS) qui n'est pas un texte obligatoire mais un simple guide au service des Etats. Or, ce Code ne mentionne pas la dangerosité de la viande issue d'élevages utilisant des hormones de croissance. Le rapport du Groupe spécial rendu public le 18 août 1997 donne donc tort à

l'Europe, et l'Organe d'appel validera cette interprétation par son rapport du 16 janvier 1998. L'Organe d'appel reconnaît néanmoins que les Etats peuvent avoir un niveau de protection plus élevé que celui indiqué dans le Codex, mais il estime également, qu'en l'espèce, ceci est contraire à l'accord SPS. La solution est donc ambiguë puisqu'il donne raison à la Communauté européenne sur le bien-fondé du principe de précaution, tout en lui donnant globalement tort en estimant que ce principe n'est pas applicable en l'espèce puisque contraire à l'accord SPS. Dans un exercice d'interprétation en fonction du droit international général, l'Organe d'appel estime que le principe de précaution ne fait pas encore l'objet d'une *opinio juris* (donc n'est pas une norme coutumière), et qu'il ne peut ainsi prévaloir sur des normes spéciales comme l'accord SPS. Pour ce faire, l'Organe d'appel n'hésite pas à se référer à la jurisprudence de la CIJ, et notamment à l'affaire du *Barrage* sur le Danube entre le Hongrie et la Slovaquie. Mais c'est aussi le défaut de bases scientifiques solides qui est reproché à l'Europe dans son argumentaire, le Groupe spécial estimant ainsi que la Communauté européenne fait varier d'une manière arbitraire son niveau de protection, et ne peut donc invoquer le principe de précaution tel qu'il est envisagé par le traité sur l'Union européenne de Maastricht de 1992.

A la suite de fortes tensions, et d'un déroulement procédural complexe, la Communauté acceptera les compensations financières¹⁵, autrement dit, elle acceptera de ne pas se conformer à la décision de l'ORD et de payer en retour pour cette violation des accords OMC, prouvant que les impératifs de santé publique sont plus importants qu'une décision juridictionnelle qui lui était contraire. On constate, à travers cette affaire, les limites du système lorsqu'une décision de l'ORD touche un problème sensible pour un Etat (ou un groupe d'Etats), et on peut donc retenir que l'Europe a préféré accepter la sanction plutôt que de céder sur une question sensible, mais surtout qu'il s'agit sans doute d'une occasion manquée pour la protection de la santé publique, partie intégrante du droit à un environnement sain. Cet échec pour l'Europe pouvait augurer d'un avenir sombre pour la défense d'impératifs non commerciaux dans le système de l'OMC alors assez récent¹⁶. L'affaire de *l'amiante* va néanmoins

15 Sous la forme de levées de concessions pour un montant d'environ 115 millions de dollars.

16 Tout en précisant, qu'en réalité, cette affaire va se poursuivre puisque, en 2003, une nouvelle directive européenne (2003/74/CE) interdisant l'importation de viandes contenant des hormones, a été publiée. Celle-ci se conformait selon ses rédacteurs à la décision de l'ORD car les Communautés européennes avaient bien procédé à l'évaluation des risques avant la nouvelle directive. Les Etats-Unis n'ont pas admis que cette nouvelle directive clôturait l'affaire, ce qui a entraîné un nouveau contentieux devant l'ORD (DS 320). Ce n'est qu'en 2014 que les parties ont finalement notifié à l'ORD

contrebalancer cette impression.

En effet, l'emblématique affaire des *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* portée devant l'ORD en 1998 marque sans doute la première prise en compte de préoccupations non commerciales, en l'espèce de santé publique, dans le contentieux de l'ORD. La plainte émanait du Canada (gros producteur d'amiante) et visait la Communauté européenne, mais en particulier la France, pays particulièrement sensibilisé par la question des produits en amiante. On le sait, ce produit isolant largement utilisé dans l'industrie du bâtiment ainsi que dans l'industrie automobile, fut et reste l'objet de nombreuses procédures judiciaires en France en raison de nombreux décès qui y seraient liés. Depuis, la France, suivie par les instances communautaires, a strictement interdit tous les produits importés contenant de l'amiante ou ses dérivés. Le Canada proteste donc contre le règlement européen qui interdit cette importation sur le sol communautaire.

Dans son rapport du 12 mars 2001, l'Organe d'appel va apporter d'importantes précisions au fond. En substance, il s'agissait de la première mise en cause sérieuse de l'accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) doublée de la question plus classique de la similarité des produits en cause. En l'espèce, l'Organe d'appel, sur la base des arguments canadiens, va faire un véritable test de similarité (entre l'amiante et des produits dits « similaires »), en constatant que deux produits peuvent avoir la même utilisation (être donc « similaires »), tout en n'ayant pas les mêmes propriétés physiques. L'Organe d'appel constate alors le caractère « unique » de l'amiante et relève sa dangerosité, ce qui n'avait pas été relevé de cette manière par le Groupe spécial (qui, à cet égard, est largement critiqué par l'Organe d'appel). De cette manière, l'Organe d'appel reconnaît qu'un Etat peut choisir un niveau de protection plus élevé si des produits similaires existent sur la base des exceptions générales de l'article XX du GATT. Il s'agit sans doute de la première affaire dans laquelle s'inscrit nettement une préoccupation en matière de santé publique reconnue par l'ORD et c'est un véritable acte de politique judiciaire. C'est, en quelque sorte, une décision rassurante après celle sur les *hormones* puisqu'elle permet de constater que des impératifs de santé publique peuvent primer sur des considérations purement commerciales.

Par la force des choses, l'ORD a donc fait évoluer l'application

un mémorandum d'accord en date du 21 octobre 2013 qui représente un compromis (d'ailleurs assez obscur) pour sortir de l'impasse.

de certaines dispositions des accords et a développé une politique jurisprudentielle qui tient compte de normes non commerciales provenant notamment du droit international général ou d'autres accords interférant dans le commerce, sans être strictement commerciaux. L'équilibre reste précaire mais la préoccupation est réelle. Ces potentialités de contradictions internes au système de l'OMC se doublent d'autres potentialités externes d'accords qui semblent en contradiction avec les dispositions des accords de l'OMC. Ainsi en fut-il pour la question des OGM dont la commercialisation est encadrée et restreinte par les « règles » du protocole de Carthagène, alors que les accords de l'OMC traitent cette question comme une exception.

3.2 Les baleines au secours de l'environnement

L'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant) devant la CIJ a été introduite le 31 mai 2010 par l'Australie, qui reprochait au Japon de poursuivre l'exécution « d'un vaste programme de chasse à la baleine dans le cadre de la deuxième phase du programme japonais de recherche scientifique sur les baleines dans l'Antarctique au titre d'un permis spécial (« JARPA II ») », en violation tant des obligations contractées par cet Etat aux termes de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1946 que d'autres obligations internationales relatives à la préservation des mammifères et de l'environnement marins. L'affaire se présente donc directement comme étant motivée par la protection des baleines. Les conflits entre les Etats présents sont nombreux et touchent à la préservation des espèces marines. Ce fut le cas des affaires précédemment citées à propos du *Thon à nageoire bleue* (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon) portées devant le TIDM en 1999.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 31 mars 2014, la Cour s'est penchée sur la question de l'interprétation et de l'application de l'article VIII de la convention de 1946, dont le paragraphe 1 autorise, dans sa partie pertinente, les parties à « accorder à l'un quelconque de [leurs] ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques ». S'agissant de l'interprétation de cette disposition, la Cour a tout d'abord fait observer que, si l'article VIII confère notamment à un Etat partie à la convention le pouvoir discrétionnaire de rejeter une demande de permis spécial, la

réponse à la question de savoir si la mise à mort, la capture et le traitement de baleines en vertu du permis spécial demandé poursuivent des fins de recherche scientifique ne saurait dépendre simplement de la perception qu'en a cet Etat. Cette disposition d'une convention de 1946 est donc relue à la lumière du contrôle de la justification des « recherches scientifiques », paravent derrière lequel le Japon s'est souvent abrité. Néanmoins, la Cour a indiqué que le permis spécial (le JARPA II) pouvait globalement être qualifié de programme de « recherche scientifique ». Victoire temporaire en réalité pour le Japon car, elle s'est ensuite penchée sur la question de savoir si c'était à des fins de recherche scientifique qu'il était recouru à des méthodes létales. Elle a, pour y répondre, examiné si les éléments de la conception et de la mise en œuvre de ce programme étaient raisonnables au regard des objectifs de recherche annoncés. La Cour a estimé que les éléments de preuve dont elle disposait ne permettaient pas d'établir que tel était le cas. Elle a donc conclu que les permis spéciaux au titre desquels le Japon autorisait la mise à mort, la capture et le traitement de baleines dans le cadre de JARPA II n'étaient pas délivrés « en vue de recherches scientifiques » au sens de l'article VIII, paragraphe 1, de la convention de 1946. Le constat ne s'arrête pas là car la Cour s'est ensuite penchée sur les conséquences de cette conclusion, à la lumière de l'affirmation de l'Australie selon laquelle le Japon avait contrevenu à plusieurs dispositions du règlement annexé à ladite convention. En l'espèce, ceci concernait les moratoires sur la chasse commerciale et les usines flottantes, ainsi que l'interdiction de la chasse commerciale dans le sanctuaire de l'océan Austral. Or, la Cour constate que le Japon a effectivement violé certaines des dispositions de la convention de 1946. Elle a donc ordonné au Japon de révoquer les permis dans le cadre de ce programme, et intimer de ne pas en donner de nouveaux.

Cet arrêt peut être considéré comme remarquable parce que la Cour, en écho amplifié à celui sur le *Barrage*, a su dépasser l'apparence pour plonger au cœur d'un différend environnemental. L'apparence était que la convention de 1946 semble être une simple convention pour la gestion ordonnée de la chasse à la baleine. On peut se douter, qu'à cette époque, la préoccupation de la protection des espèces n'avait guère animée les Etats lors de sa rédaction. Or, la Cour, par un adroit exercice d'interprétation évolutive, en fait un instrument de préservation de la diversité biologique, en lieu et place d'une simple régulation de la chasse à la baleine. Et pour aboutir à ce résultat, la Cour revêt un habit de scientifique

en détaillant les types de pêches, de baleines, etc. En un mot, elle vérifie le caractère raisonnable de l'échantillonnage légal nécessaire aux recherches « scientifiques » et bride la marge nationale des Etats dans ce domaine. C'est beaucoup ! Sans doute ne faut-il pas y ajouter trop d'emphase, comme certains commentateurs ont estimé devoir le faire¹⁷, mais l'avancée est réelle et la préservation des espèces au cœur de la solution recherchée.

Un rapide bilan en droit international nous amène à un constat nuancé : L'avantage est une prise de conscience fondamentale des juridictions internationales vis-à-vis de l'environnement, du moins de certaines d'entre-elles. L'inconvénient est l'illusion de ce qui pourrait mener à une forme de régime auto-suffisant, non pas de la part des juridictions, encore moins des Etats, mais de certains commentateurs zélés en matière d'environnement. Les progrès ne viendront pas d'une forme de suffisance envers laquelle tout doit se plier. Cette tendance a déjà été à l'œuvre dans d'autres domaines du droit international, en matière de droit de l'homme ou de droit international pénal international, notamment.

Dès lors, que faut-il penser de la déferlante environmentaliste qui semble pénétrer le droit ? Et en quoi l'environnement constitue-t-il une force de pénétration du droit ? Sans doute parce que le droit est un réceptacle, une sorte d'éponge, il absorbe les courants dominants, et n'est que la résultante de l'état d'une société à un moment donné. Si l'économie domine, l'économie envahit le droit, si l'environnement s'impose, le droit devient environnemental, etc. Sur ce constat, nous pouvons être d'accord à condition de ne pas faire d'impérialisme ou surtout d'unilatéralisme. La COP 21 est un progrès certes, mais qui s'arrête aux portes des intérêts économiques bien compris des Etats.

La pénétration de la problématique environnementale signifie-t-elle que le droit est « environné » par l'environnement, autrement dit encerclé par lui ? Oui, si l'on considère la montée en puissance de cette préoccupation nationale, régionale et mondiale. Non, le droit reste le droit, c'est-à-dire un mode parmi d'autres de rapports sociaux, tendant à une forme de maintien de la paix dans une société donnée à un moment donné.

¹⁷ Notamment : « Ce faisant, elle pose en creux la question fondamentale des circonstances autorisant la mise à mort d'être vivants non humains et des conditions de cette mise à mort. Elle interroge la relation entre l'être humain et les autres espèces, telle qu'elle est conçue dans la lettre de la convention baleinière et dans le droit de l'environnement contemporain (...) La Cour n'est évidemment pas entrée dans le débat portant sur la personnalité juridique des animaux ... » mais elle « aborde les baleines comme des êtres vivants et non comme des choses », I. Michallet, in Ph. Billet, J-M. Février, G. Kalfliche, A. Laget-Annamayer, I. Michallet, E. Naim-Gesbert, J-B, Seube : *Les grands arrêts du droit de l'environnement, op cit*, pp. 271-272.

Le fait que l'environnement soit plus présent dans le droit actuel, ce qui est une évidence, tient au fait que cette question est devenue cruciale, et non, à mon humble avis, au fait qu'il aurait transformé le droit en « l'environnementalisant ».

En clair, les considérations environnementales sont de plus en plus présentes dans le droit. Ce qui est du domaine du droit substantiel. Il en va différemment pour les sources qui ne bougent guère, même si « l'objet » environnement peut les faire évoluer. Par exemple, le COP 21 est remplie de *soft law* (de « droit souple » selon la traduction incomplète du Conseil d'Etat¹⁸). Mais la *soft law* se répand en général, notamment dans le domaine du droit économique, et ce n'est donc pas l'apanage du droit de l'environnement, c'est l'apanage d'une évolution sociétale qui s'accommode de plus en plus mal de la règle « dure ».

A l'heure actuelle (et depuis longtemps), la seule force englobante du droit nous semble être celle de l'économie. Dès lors, il faudrait sans doute évoquer « l'économisation de l'environnement », donc « l'économisation du droit de l'environnement », donc « l'économisation du droit en général ». Les déclinaisons peuvent être infinies mais seule la réalité reste et, dans ce domaine, le primat de l'économie a encore de beaux jours devant lui, même si on peut le regretter.

Como citar este artigo (ABNT):

SOREL, Jean-Marc. Variations autour de la sincérité de la motivation environnementale dans le contentieux international. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 73-99, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1388>>. Acesso em: dia mês. ano.

Artigo recebido em: 20/11/2018

Artigo aceito em: 07/12/2018

18 Conseil d'Etat, *Le droit souple, Étude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, 297 p.

