



Synthèse

---

*Emergence et circulation de concepts juridiques  
en droit international de l'environnement :  
entre mondialisation et fragmentation.*

*Sous la responsabilité scientifique de  
Hélène RUIZ FABRI  
(Université Paris I)  
et  
Lorenzo GRADONI  
(Université de Bologne)*

**décembre 2008**

La mondialisation est généralement analysée comme un processus de circulation et de diffusion de concepts juridiques uniformes dans les divers espaces normatifs. En effet, bien que les rapports hiérarchiques entre les différents espaces relevant de l'ordre juridique international soient faibles voire inexistantes, ces espaces s'influencent mutuellement dans leur fonctionnement. Sont alors observables des emprunts croisés de valeurs normatives, de techniques de mise en œuvre, de modèles interprétatifs, de concepts juridiques. Il est dès lors possible d'associer l'idée de mondialisation des concepts juridiques non seulement au phénomène de leur transfert du droit international vers les systèmes juridiques nationaux (*dimension verticale*), mais aussi à celui de leur circulation entre les différents espaces normatifs qui coexistent au niveau international (*dimension horizontale*). Notre recherche explore la seconde de ces dimensions en choisissant, comme point d'observation, le droit international et européen de l'environnement.

Si les effets principaux de la mondialisation promeuvent ainsi en principe une diffusion de concepts juridiques uniformisés, il n'en reste pas moins qu'est observable, selon une logique diamétralement opposée, une tendance à la singularisation des concepts lors de leur réception dans les différents espaces normatifs. En effet, même s'il était possible de s'attendre à ce que les États, à travers leur participation simultanée aux différentes enceintes internationales, réussissent à garantir un certain niveau de cohérence pour ce qui concerne la production du droit (selon une hypothèse de cohérence comme conséquence de l'unité de la base sociale de l'ordre juridique international), on peut craindre, dans le même temps, la fragmentation du droit international du fait de l'existence, au plan régional ou mondial, de systèmes juridiques ayant acquis un degré plus ou moins poussé d'autonomie par rapport aux États. Ce mouvement d'autonomisation a été déclenché notamment par la création d'une pluralité de juridictions internationales indépendantes non seulement des organes politiques où les États sont représentés, mais aussi les unes des autres.

Notre recherche porte son regard sur quatre espaces juridiques distincts mais tournant tous autour d'un même centre de gravité qu'on pourrait dire « européen » : à l'échelon universel, le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et le droit de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CMB) ; au niveau régional, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et le droit de l'Union européenne. Ces espaces sont tous caractérisés par la présence en leur sein d'un pouvoir juridictionnel institutionnalisé et compétent pour trancher des différends touchant à la protection de l'environnement.

Du point de vue institutionnel, il s'agit d'espaces juridiques emboîtés. A ce propos, il est à peine nécessaire de rappeler que la Communauté européenne est membre de l'OMC à part entière, qu'elle est partie à la CMB, et qu'elle accédera tôt ou tard à la CEDH, ce qui impliquera sa soumission au contrôle de la Cour de Strasbourg. On voit donc comment plusieurs ordres de contrainte normative pèsent sur l'Union européenne ainsi que, de façon directe ou indirecte, sur ses États membres.

Du point de vue matériel, les quatre espaces juridiques susmentionnés ont en commun que le juge international s'y trouve à arbitrer entre exigences liées à la protection de l'environnement et les intérêts s'y opposant, qu'ils soient de nature économique ou sociale, publique ou privée. A l'intérieur de chacun de ces espaces, s'impose donc la *prise en compte* des valeurs et intérêts environnementaux.

Sur cette base, la recherche s'articule en deux axes principaux, l'un concernant les *techniques de prise en compte* de valeurs et intérêts environnementaux, l'autre visant, parmi les *techniques* judiciaires de mise en œuvre, celles de *mise en balance* de ces valeurs et intérêts avec d'autres exigences juridiquement protégées.

Parmi les concepts de droit de l'environnement hautement soumis au phénomène de mondialisation, celui de développement durable occupe une place éminente. Il évoque aussi bien la prise en compte que la mise en balance des intérêts et valeurs environnementaux, constituant ainsi la clef de voûte où les deux axes de la recherche se rencontrent.

La prise en compte de valeurs et intérêts environnementaux se fait par le biais de techniques juridiques conceptuellement différentes. On les appellera par la suite *techniques de prise en compte (TPC)*, entendant par là les différentes façons dont le créateur de la norme ou son interprète, situés dans un système juridique donné, tiennent compte des valeurs et intérêts ayant trait à la protection de l'environnement ou des normes qui les incorporent.

Étroitement lié au concept de développement durable par l'entremise de l'idée d'équilibre, celui de *proportionnalité* joue à cet égard un rôle important. En outre, le concept de proportionnalité implique tout autant celui de *précaution* en tant que facteur d'équilibre. De plus, l'équilibre peut être influencé par l'affrontement de différentes *téléologies* sur le plan de l'interprétation du droit.

Le concept de *proportionnalité* évoque d'emblée l'opération judiciaire de mise en balance d'intérêts opposés. D'un point de vue fonctionnel et de manière assez générale, il est donc possible d'appréhender ce concept de façon univoque, notamment en l'associant à l'exigence de recherche d'un « juste équilibre » entre ces intérêts qui sont directement ou indirectement impliqués dans le contentieux et parmi lesquels est comptée la protection de l'environnement. Cependant, unité fonctionnelle ne signifie pas toujours uniformité sur le plan des contenus. Bien que la jurisprudence et une doctrine largement majoritaire parlent depuis longtemps d'« un principe » de proportionnalité, l'usage courant de cette expression ne saurait contourner la difficulté de définir de façon unitaire un concept juridique qui semble assumer des contenus pluriels, variables, voire instables.

La recherche se propose de mesurer ces différences en organisant l'analyse selon deux perspectives. La première perspective a trait à la *structure logique et axiologique du contrôle juridictionnel*. La seconde concerne l'*intensité de celui-ci*, autrement dit, la *marge d'appréciation* laissée au sujet contrôlé par rapport à chaque étape de l'analyse judiciaire (ce qu'on appelle « structure »). A cette fin, le concept de proportionnalité, tel que codifié par la tradition juridique allemande (*Verhältnismäßigkeit*), sera constamment employé comme « étalon » de l'analyse. On se doit donc de rappeler que la *Verhältnismäßigkeit* est un concept à triple volet, où chaque volet correspond à une condition à remplir pour que la mesure environnementale litigieuse soit déclarée licite au terme de l'examen judiciaire. A cette fin, la mesure doit être (i) *adéquate* par rapport au but que son auteur lui a assigné (existence d'un lien de causalité possible entre mesure litigieuse et la protection de l'environnement) ; (ii) *nécessaire*, en ce sens qu'il ne doit pas exister de mesure alternative à la mesure litigieuse qui soit également efficace et moins restrictive (*least-restrictive alternative test*) ; (iii) *proportionnée au sens strict*, c'est dire, réalisant un « juste équilibre » entre intérêts opposés.

Ce choix méthodologique est doublement motivé. En premier lieu, les juridictions internationales utilisent souvent le « vocabulaire » de la tradition allemande. Cette récurrence de « signifiants » peut alors être prise comme point de départ d'une démarche comparative qui vise à découvrir des différences éventuelles sur le plan des « signifiés ». Mais il y a aussi une raison plus profonde qui invite à se servir de la *Verhältnismäßigkeit* en tant qu'instrument d'analyse : elle semble renfermer, dans une synthèse admirable, toutes les « virtualités logiques » du contrôle juridictionnel.

L'analyse du concept de proportionnalité et de ses applications comprend en soi la *problématique de la précaution*. En effet, cette dernière est liée à chacune des composantes du concept de proportionnalité : (i) l'examen portant sur l'adéquation de la mesure environnementale entraîne, en amont, une appréciation de l'existence ou de la caractérisation du risque que la mesure vise à prévenir (*question du fondement scientifique de la mesure environnementale*) ; (ii) il n'en va pas différemment pour le critère de la nécessité, puisque son application comporte, entre autres choses, une évaluation de l'adéquation des alternatives potentielles ; enfin, (iii) l'application du critère de la *proportionnalité au sens strict* peut mettre en relief l'existence des limites au-delà desquelles l'invocation d'une exigence de précaution, par hypothèse suffisante pour que la mesure contestée soit déclarée conforme aux critères d'adéquation et de nécessité, ne peut pas en définitive la justifier.

Dans le cadre de cette recherche, la précaution est considérée surtout en tant que « fait justificatif » de la conduite des Etats. Les Etats invoquent leur faculté d'agir à titre de précaution le plus souvent pour

écarter leurs engagements de nature commerciale mais aussi leurs obligations relatives à la protection des droits de l'homme. Il est pourtant concevable que les Etats puissent être obligés à agir à titre de précaution. Selon sa définition la plus courante - celle qui figure au Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 -, le concept de précaution est étroitement lié à l'idée d'obligation. Les conditions à remplir afin qu'on puisse parler d'une obligation d'agir à titre de précaution dans une espèce concrète laissent toutefois aux Etats une marge d'appréciation très large, comme le démontrent tant la réticence des Etats à opposer cette obligation à leurs pairs que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme lorsque celle-ci est appelée à juger si un Etat a manqué à l'obligation de protéger le droit de ses ressortissants à un environnement sain.

La recherche se structure selon une double perspective : *intersystémique* et *intrasystémique*. Cette bipartition ne reproduit pas le couple des *axes* prise en compte / mise en balance. Elle se rattache plutôt à un autre couple : *pluralité de systèmes (dimension individuelle) / rapports entre systèmes (dimension relationnelle)*. Comme le terme « perspectives » l'indique, cette bipartition dépend de l'existence de deux points de vue différents sur la problématique générale de cette recherche. Le premier permet de penser les interactions possibles entre systèmes. Le second est celui d'un observateur placé à l'intérieur d'un seul système (droit de l'OMC, CMB, droit communautaire, CEDH) : il en voit les techniques de mise en balance mais aussi, et préliminairement, la mise en œuvre des techniques de prise en compte, les « matériaux normatifs » que le système importe de l'extérieur dans la définition de ses concepts et qui finissent par influencer la mise en balance des intérêts et valeurs environnementaux à l'intérieur de chaque système.

## **I. Perspective intersystémique**

La façon dont un conflit de normes est résolu, sur la base soit des principes généraux applicables en cas de conflit (*lex specialis, lex posterior, lex superior*), soit de clauses conflictuelles expressément prévues dans un instrument international - qui peuvent à leur tour être en conflit avec une autre clause du même genre - peut se traduire dans une prise en compte des intérêts et valeurs environnementaux plus ou moins « satisfaisante » selon que la norme environnementale est retenue ou écartée au bénéfice d'une autre norme sous-tendant des intérêts et valeurs différents.

Les raisons de l'existence de conflits normatifs sont diverses. D'une part, le droit international ne comporte pas de pouvoir législatif centralisé. L'adoption et le développement de nouvelles réglementations se font dans des cadres thématiques propres à chaque question traitée. Pour chaque réglementation sectorielle du droit international, les paramètres pratiques de leur adoption - forums distincts notamment - laissent clairement percevoir que la cohérence entre ces réglementations n'est pas acquise par avance. En fait, la multiplication des obligations internationales s'inscrit moins dans une perspective de juste articulation entre elles que dans celle d'une juxtaposition imparfaite des systèmes normatifs dans le cadre desquelles elles sont convenues, qui a donné naissance au phénomène de la *fragmentation* du droit international. Il en résulte que la circulation des normes du droit de l'environnement, définies par principe dans des enceintes diplomatiques et juridiques spécifiques, suppose leur réception par des systèmes normatifs en charge de la gestion d'autres questions, commerciales par exemple. Évidemment, cette réception n'est pas automatique.

La détermination du sort réservé à la circulation des normes et principes environnementaux au sein des différents systèmes normatifs renvoie ainsi à des interrogations plus vastes. La question posée est finalement celle de savoir comment sont résolus en droit international les antagonismes entre prescriptions sectorielles différentes ou, plus simplement, les conflits normatifs du droit international. La réponse ne doit pas être recherchée dans l'étude d'aspects propres au droit de l'environnement. Il appartient plus logiquement aux règles du droit international général de proposer les moyens de résoudre cette question. A l'image des systèmes juridiques étatiques, le droit international général comporte effectivement des règles pertinentes en la matière. On se réfère surtout aux articles 30 et 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), qui renferment les adages *lex specialis derogat generali* et *lex posterior derogat priori*. Pourtant, si ces règles existent, elles semblent d'une opérabilité limitée pour pleinement résoudre ces conflits.

L'application des règles de résolution des conflits normatifs peut être problématique. En effet, leur mise en œuvre conduit à l'application d'une disposition conventionnelle au détriment d'une autre, privée alors d'effet juridique. Agir ainsi peut *a priori* s'avérer favorable à la circulation d'une règle environnementale si c'est à cette règle qu'est donnée la préséance. Mais l'hypothèse inverse est tout aussi valide en pratique. En effet, la position de nombreux tribunaux internationaux, non spécialisés en droit de l'environnement et dépendant du système juridique dans lequel ils sont institués, peut laisser craindre que ceux-ci soient toujours enclins à privilégier leurs disciplines propres. De surcroît, la reconnaissance de la primauté des dispositions d'un accord sur celles d'un autre n'absout pas l'État, lié par les deux traités, de ne pas respecter les engagements du traité qui sont écartées : sa responsabilité peut toujours être engagée pour non respect de la disposition qui a été écartée lors de la résolution du conflit. Dans le contexte des relations entre règlementations commerciales et environnementales par exemple, il est fort probable que les États préfèrent alors respecter leurs obligations commerciales du fait notamment des conséquences économiques. Comparativement, la dimension coopérative qui anime les mécanismes de réaction aux pratiques non conformes établis en matière de protection internationale de l'environnement ne fait pas craindre aux États manquant à leurs obligations des sanctions insurmontables. Ainsi, que ce soit du fait du choix des États ou de la décision des juridictions, les conflits risquent toujours d'être tranchés au détriment de l'application d'une norme environnementale. S'il semble légitime de douter que l'approche de résolution des conflits est la plus pertinente pour faciliter la circulation des normes et principes environnementaux en droit international, il est alors loisible de s'interroger sur l'existence d'une autre voie. En lieu et place de résolution des conflits normatifs, c'est la recherche de leur prévention qui peut être mise en avant.

Les négociateurs des traités internationaux figurent en première ligne de la lutte contre les conflits normatifs. S'ils semblent de plus en plus sensibles au risque de conflits normatifs, notamment entre traités commerciaux et environnementaux, ils restent toutefois réticents à définir *a priori* et avec précision les relations entre traités, laissant aux États parties le soin de régler cette question à l'avenir et conformément à leurs intérêts du moment. Selon les cas, ils peuvent adopter des dispositions conventionnelles de coexistence des traités ou encore prévoir une prévention indirecte par une prise en compte des normes environnementales.

Dans le contexte de circulation des normes environnementales, ce vœu de coexistence pacifique des engagements internationaux peut laisser imaginer une réception plus aisée de ces normes dans les divers systèmes normatifs. Toutefois, il reste pertinent d'apprécier la portée pratique de ces dispositions de coexistence. Elles ont essentiellement voire uniquement une portée déclarative. Reléguées en préambule du traité et non précisées davantage, elles peuvent n'avoir aucun effet juridique réel. Si un conflit normatif surgit, aucune réponse précise n'est apportée pour résoudre juridiquement le conflit. La détermination du sort à apporter à un conflit normatif patent est transférée du ressort des négociateurs des traités à la compétence de ceux qui ont la charge de régler les différends. C'est là que s'apprécient plus précisément les limites, voulues ou non, de l'œuvre des négociateurs et finalement le renvoi des choses les plus délicates à l'office du juge.

En dehors de la complémentarité des traités, les négociateurs peuvent aussi assurer une circulation des normes environnementales par divers moyens de prise en compte de ces normes, notamment par la voie de leur incorporation, d'une part, et des exceptions environnementales, d'autre part. L'incorporation est sans doute la technique de prise en compte la plus simple: elle est la réception explicite de la règle environnementale par un système donné. Toutefois, il reste possible de s'interroger sur les modalités et sur les effets de cette réception. Il n'est pas exclu que, reçue dans un système juridique déterminé, la règle environnementale soit dotée d'une teneur spécifique. Le cas de l'incorporation du concept de développement durable dans divers systèmes juridiques peut étayer l'analyse tant cet objectif est régulièrement affirmé (Union européenne, OMC, ALENA) mais reçoit une force juridique et une influence variables. Il en est de même du principe de précaution. Quant à l'exception, les négociateurs d'un traité organisent, par son usage, l'aménagement de certaines obligations de celui-ci afin de permettre la réalisation d'intérêts légitimes qui peuvent paraître en contradiction avec ces obligations conventionnelles. D'une formulation usuelle, les exceptions à

vocation environnementale ne font toutefois pas référence à des normes environnementales précises mais seulement à un objectif général. De plus, le bénéfice de ces exceptions reste soumis au respect des conditions posées par le traité qui les incorpore. En laissant totalement dépendre la mise en œuvre de préoccupations environnementales de la question de savoir s'il y a ou non respect des conditions commerciales par exemple, il y a fort à craindre qu'au final la réalisation de comportements environnementaux promus par certains traités internationaux de protection de l'environnement soit rendue strictement impraticable par l'impossible satisfaction de ces conditions commerciales. Face à ce risque, les rédacteurs de certains traités commerciaux plus récents - ALENA par ex. - se sont attachés à faire des références explicites aux prescriptions de traités de protection de l'environnement, qui réduisent un peu l'importance du respect des conditions commerciales. La circulation des normes environnementales peut en être facilitée.

En dernier ressort, la prévention des conflits est la mission des juridictions. L'interprétation des dispositions d'un traité peut être l'occasion de permettre une certaine prise en compte de normes et principes environnementaux et leur circulation. Cette possibilité leur est notamment offerte par les techniques de mise en balance des intérêts ou en accordant un rôle à l'article 31 § 3 c) de la CVDT selon lequel une règle générale d'interprétation oblige à « ten[ir] compte, en même temps que du contexte : (...) c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». A la différence d'autres dispositions envisagées, l'article 31 § 3 c) de la CVDT ne préconise pas l'application d'une règle au détriment d'une autre. Il prône une prise en compte concomitante des diverses règles de droit international susceptibles d'être appliquées à l'espèce. Il faut pour ce faire interpréter l'une d'elle à la lumière des autres. Cet aspect est important notamment face au constat selon lequel une juridiction peut avoir tendance à faire prévaloir les dispositions juridiques de son système sur celles qui lui sont extérieures. Malgré l'importance qui peut être accordée à l'article 31 § 3 c) de la CVDT, il n'a été, jusqu'à récemment, que peu exploité. Cependant, face au développement des différentes branches du droit international et à la complexification des écheveaux qu'elles tissent, il étaye à présent le raisonnement d'un plus grand nombre de juridictions, notamment ceux de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais, si cette disposition peut avoir *a priori* les mérites de renforcer l'articulation entre des branches du droit international, un certain nombre d'incertitudes existent quant à son utilisation. Parmi elles, il y a celle qui résulte de la condition selon laquelle la règle internationale pertinente pour l'interprétation doit être « applicable dans les relations entre les parties ». Cette condition *a priori* simple pose la question de la détermination des parties visées. Selon l'interprétation étroite ou plus large adoptée, la fonction de l'article 31 § 3 c) est anéantie ou décuplée. Si les parties visées sont vues comme devant être toutes les parties aux deux traités considérés, l'article 31 § 3 c) peine à trouver à s'appliquer. C'est par exemple le cas dans les relations entre le droit de l'OMC et les accords environnementaux multilatéraux tant le nombre de membres du premier est grand comparativement à ceux des seconds. Ainsi, nonobstant les mérites éventuellement attendus des dispositions de l'article 31 § 3 c) de la CVDT, notamment dans la perspective de circulation des normes et principes environnementaux et de limitation des risques de fragmentation du droit international, d'importantes incertitudes perdurent quant aux conditions de son utilisation.

L'article 31 § 3 c) est l'un des moyens permettant de nuancer l'affirmation selon laquelle « tout ordre juridique forme un espace idéal parfaitement clos sur lui-même ». Néanmoins, on ne peut pour autant conclure que le développement de la jurisprudence internationale relative à l'article 31 § 3 c) de la CVDT montre que le génie est sorti de sa lampe. Tout d'abord, la multiplication des références à cette disposition ne signifie pas que les membres des formations de jugement ont fait jouer à celle-ci un rôle important dans les motifs et l'élaboration du dispositif de la décision. Ensuite, si les références à l'article 31 § 3 c) peuvent sembler aujourd'hui plus nombreuses, le processus n'est pas véritablement nouveau et des procédés comme l'analogie ou la contextualisation, utilisés de manière ancienne, montrent que l'interprète a toujours pris en compte, de manière intuitive ou inconsciente, sous une forme ou sous une autre, les règles de droit international extérieures à l'accord dont une disposition est objet de l'interprétation. Il n'en est pas moins évident que l'utilisation faite par les interprètes de l'article 31 § 3 c) montre une grande réserve de la part de ceux-ci. Si cette « passerelle intersystémique » existe véritablement, elle est non seulement étroite mais aussi surveillée.

La prise en compte d'intérêts et valeurs environnementaux peut avoir lieu non seulement par le truchement de l'article 31 § 3 c) mais aussi moyennant une interprétation téléologique des textes pertinents. A cet égard, il faut distinguer plusieurs cas de figure : celui des traités environnementaux, à savoir des traités dont l'objet principal est la protection de l'environnement (*i*), celui des traités qui intègrent explicitement les préoccupations environnementales sans que l'environnement en soit l'objet exclusif ou principal (*ii*) et celui des traités dont la mise en œuvre a des incidences sur l'environnement, mais qui sont « muets » sur les préoccupations environnementales (*iii*).

La première catégorie ne pose pas de problèmes particuliers dans la mesure où il ne s'agit pas de faire rentrer les valeurs environnementales par la porte de l'interprétation téléologique, mais d'interpréter un traité environnemental qui par définition se nourrit dans sa totalité de ces valeurs. Quant à la deuxième catégorie, on peut distinguer deux hypothèses. La protection de l'environnement peut constituer un objectif formel du traité. Dans cette situation, on a affaire à une pluralité d'objets et de buts ou plutôt à une finalité composite. L'autre cas de figure concerne les traités qui intègrent les préoccupations environnementales sans les consacrer pour autant comme un objectif formel. Le paragraphe premier du Préambule de l'Accord instituant l'OMC illustre bien cette hypothèse. La troisième catégorie est la plus problématique.

Comprendre comment les valeurs et intérêts environnementaux peuvent être pris en compte dans l'interprétation d'un traité qui ne les intègre pas explicitement nécessite de mentionner une modalité singulière d'interprétation téléologique, celle menée non pas selon l'objet et le but d'une disposition particulière ou du traité dans son ensemble, mais selon les finalités de l'ordre juridique dans lequel s'inscrit le traité. C'est la combinaison de l'interprétation téléologique telle qu'elle est traditionnellement entendue et de l'interprétation systémique au sens large. Prendre l'ordre juridique dans sa totalité comme base d'inférence de l'interprétation téléologique conduit inévitablement à dépasser les volontés particulières pour inscrire le traité dans un certain idéal du droit. Dès lors, cette technique n'est pas à la portée de tout interprète. Elle nécessite que la communauté ne soit pas seulement « un ordre en puissance dans l'esprit des hommes » mais corresponde à « un ordre effectivement établi », présentant un haut degré de cohésion autour des valeurs environnementales pour que l'interprète puisse les intégrer dans son raisonnement. L'interprète lui-même doit par ailleurs vouloir assumer cette mission. Et le droit doit être conçu par les acteurs concernés non comme un bric-à-brac, mais comme un système formellement et axiologiquement cohérent qui s'inspire de finalités communes. C'est l'élément le plus important du point de vue des limites de la prise en considération des valeurs et intérêts environnementaux par le biais de l'interprétation téléologique. En effet, plus la prise de conscience de l'importance de ces valeurs est effective dans une communauté et plus le consensus est important, plus les répercussions interprétatives seront grandes. Le consensus a pour effet de rapprocher l'interprétation qui intègre les valeurs et intérêts environnementaux de la catégorie de « ce qui va de soi », permettant d'en appeler à la figure du législateur raisonnable. Le concept de développement durable semble faire appel à ce genre de législateur mais on peut douter qu'il renferme d'ores et déjà le consensus de la communauté des Etats sur des objectifs plus ou moins vagues.

L'analyse formelle et matérielle du concept de développement durable montre que ce dernier peut éventuellement, en tant que principe coutumier, imposer (et non simplement souhaiter) la rencontre syncrétique de systèmes juridiques différents mais en aucun cas prescrire comment celle-ci doit avoir lieu. En somme, le développement durable impose une rencontre en ne précisant ni le lieu ni l'heure et laisse au juge toute latitude pour fournir les indications nécessaires à son avènement et à son déroulement.

Sur la base des quelques affaires où le concept de développement durable a été utilisé par le juge alors qu'aucun traité en présence ne le mentionnait explicitement, et donc où il exerce une fonction intersystémique, on peut repérer deux fonctions herméneutiques majeures du concept. En premier lieu, il pousse vers une interprétation évolutive des traités internationaux se référant à des concepts environnementaux. En second lieu, il fournit au juge une justification à l'exercice d'une opération de mise en balance qu'il maîtrise du début jusqu'à la fin. Peut-être en passe de devenir une obligation coutumière de comportement, le concept laisse, pour le moment, chaque juge libre de lui octroyer un

contenu. C'est donc davantage sous l'angle de son rayonnement « intrasystémique » que le concept produira des effets juridiques plus précis, ce qui ne garantit pas qu'il va revêtir des contenus homogènes dans les divers espaces juridiques qui composent l'ordre juridique international.

## II. Perspective intrasystémique

*Développement durable.* Parallèlement à sa capacité de rayonnement intersystémique, la capacité de résonance du concept de développement durable peut se ressentir au sein d'un même système juridique, par l'influence qu'il déploie sur le système et ses normes ainsi que par les applications qui en sont faites. Or, si diverses techniques par le truchement desquelles le concept déploie ses incidences peuvent être identifiées, telles l'interprétation des normes ou la résolution des conflits ainsi que la définition de normes ou institutions secondaires du système normatif, tant les modes de rayonnement du développement durable que son intensité varient d'un système à l'autre. A cet égard, une distinction fondamentale doit être établie entre les systèmes intégrant le concept dans leur instrument fondateur et ceux pour lesquels le développement durable est absent de l'instrument normatif de base.

Alors que tant la CMB que la CEDH ne font aucune mention du concept, l'objectif de développement durable est reconnu dans le préambule de l'Accord instituant l'OMC de 1994 et figure dans les textes fondateurs du système communautaire. Cette présence dans les textes constitutifs du système commercial multilatéral et de l'Union européenne est source de répercussions tangibles quant au rayonnement du concept, notamment du point de vue de l'interprétation des normes du système et de la définition de normes ou institutions juridiques secondaires. La malléabilité du concept explique en partie sa capacité de rayonnement à travers le processus d'interprétation. Il confère en effet à l'interprète qui l'emploie une marge de manœuvre assez vaste, encourageant de la sorte ce dernier à s'y référer. L'incidence du développement durable dans l'interprétation et la définition des règles du droit de l'OMC et de l'Union européenne, si elle est de texture et d'intensité variables, est cependant significative dans chacun de ces systèmes. Un cadre juridique structurellement propice, intégrant le concept dans ses instruments fondateurs, explique sans doute cette capacité de rayonnement. Les conditions du déploiement des incidences de l'objectif de développement durable sont cependant moins favorables lorsque celui-ci est absent de l'instrument normatif de base.

Le silence tant de la CMB que de la CEDH à l'égard du développement durable s'explique par le fait qu'elles ont été conclues avant la consécration du concept, et ne pouvaient donc pas, en toute logique, s'y référer. Cette absence de l'objectif des textes fondateurs de ces deux systèmes ne signifie pour autant pas que le développement durable est incapable de rayonner tant sur l'interprétation que sur la définition de leurs normes ou institutions. Cependant, elle implique une incidence plus diffuse du concept. La Cour de Strasbourg n'a, à ce jour, pas estimé nécessaire de s'appuyer ouvertement sur le concept de développement durable. On peut néanmoins estimer qu'elle devait avoir le concept à l'esprit pour sa décision *Hutton* (2003) lorsqu'elle relève que « lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter ... des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu ». Le contexte plus favorable du système du droit de la mer offre une perspective plus prometteuse, la présence du développement durable dans les accords maritimes régionaux et les instruments établissant les institutions régionales pouvant générer dans ce cadre la panoplie des incidences interprétatives du concept mises en lumière à l'égard du droit de l'OMC et du droit de l'Union européenne. Ces incidences demeurent cependant théoriques dans la mesure où la jurisprudence relative au droit de la mer ne s'est pour l'heure pas appuyée explicitement sur le concept.

La question de l'incidence du concept de développement durable sur la définition des normes ou institutions juridiques secondaires du système de la CEDH peut être rapidement réglée : elle est tout simplement inexistante. Non seulement le développement durable est absent du texte de la CEDH de 1950, mais il n'a pas non plus reçu d'écho dans les protocoles successifs amendement ou s'ajoutant à la Convention, ce qui n'est pas surprenant, les droits économiques, sociaux et culturels, plus à même d'embrasser la question du développement durable, n'y ayant qu'une place minimale. Malgré des

circonstances de départ similaires, la situation a évolué différemment dans le cadre du droit de la mer. En premier lieu, le texte de la CMB s'avère dès le départ plus propice à une éventuelle réception du concept. La partie XII est déjà entièrement consacrée à la protection et la préservation du milieu marin, et la Convention invite les Etats parties à conclure des accords régionaux ou mettre en place les institutions nécessaires tant pour protéger et préserver le milieu marin que pour la conservation et la gestion des ressources vivantes. C'est à ce stade de la définition des normes et institutions juridiques secondaires que le concept de développement durable va pénétrer le système et y déployer ses effets, apparaissant dans de nombreuses conventions maritimes régionales.

*Proportionnalité et précaution.* Contrairement à d'autres instruments régionaux, la CEDH ne comporte aucune disposition expresse sur le droit à l'environnement. Toutefois, les organes européens ont toujours défendu la position selon laquelle la convention est un « instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles », l'interprétation évolutive étant la condition de l'effectivité de l'instrument conventionnel. Par la *technique de la protection par ricochet* (ou par *subsumption*) définie comme une protection « indirecte, par l'intermédiaire de droits reconnus dans la convention », certaines composantes d'un droit à l'environnement - y compris notamment les concepts de proportionnalité et de précaution - sont ainsi prises en compte par la médiation d'autres droits fondamentaux.

Lorsque l'environnement est considéré en tant qu'élément du contenu de certains droits classiques garantis par la CEDH (surtout le droit à la vie privée et familiale et le droit à la vie), le *leitmotiv* de la Cour est celui de la recherche du « juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble », étant entendu que l'Etat possède une certaine marge d'appréciation. Cela signifie concrètement la mise en balance d'intérêts privés qui incorporent une dimension environnementale avec un intérêt général qui n'est pas l'intérêt juridique de protection de l'environnement, mais bien souvent l'intérêt économique.

En matière environnementale, il semble qu'une distinction eu égard à l'intensité du contrôle puisse être opérée selon les deux cas de figure suivants : selon que l'environnement est pris en compte en tant qu'intérêt général à protéger, pour justifier les ingérences dans l'exercice de certains droits de la convention, ou selon que l'environnement est pris en compte en tant qu'élément du contenu de certains droits garantis par la CEDH. Dans le premier cas de figure, la Cour se contente d'exiger des Etats qu'ils fournissent des motifs « pertinents » pour justifier leurs ingérences dans les droits et libertés conventionnels. L'intérêt particulier face à l'intérêt général de la protection de l'environnement a donc peu de chances de l'emporter et l'Etat peut plus aisément justifier des ingérences dans les droits de la CEDH en faisant appel à l'intérêt général d'ordre environnemental, entendu *lato sensu*. Le contrôle de proportionnalité se limite ainsi à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Dans le second cas de figure, l'intensité du contrôle de la Cour est renforcée, l'allégation de l'ingérence devant être basée sur des motifs non seulement pertinents mais également suffisants, puisqu'il ne doit pas exister d'autres mesures possibles moins radicales du point de vue des droits de l'homme. Dans la jurisprudence la plus contemporaine, la Cour semble toutefois limiter son contrôle à la sanction de l'erreur manifeste d'appréciation.

En matière environnementale, la Cour reconnaît une large marge d'appréciation aux Etats, avec pour conséquence une limitation de son contrôle. La Cour n'exige donc pas le respect d'un « juste équilibre », mais assouplit cette exigence par la notion de « raisonnable » ; la décision des autorités nationales ne doit pas être « manifestement dénuée de fondement raisonnable », ou bien encore, la mesure prise est légitime si elle n'est pas « manifestement disproportionnée au but légitime poursuivi ». Les raisons de cette reconnaissance sont plurielles. Ce peut être l'expression d'une *nécessité fonctionnelle* : dans certains domaines, dont fait partie le droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, mais dont font partie également d'autres domaines, telle la politique économique et sociale, la Cour part du principe que les autorités de l'Etat sont mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la nécessité d'une restriction à une liberté. Ce peut être l'expression d'une *exigence idéologique* : dans certains domaines, la Cour est soucieuse du respect du pluralisme au sein de la communauté des Etats européens. C'est pourquoi, *la conformité au droit*

*interne des mesures incriminées par le requérant* est devenue un critère nouveau important dans la pondération des intérêts en jeu. Dès lors que le juge interne a opéré la technique de pesée des intérêts, la Cour européenne reprend à son compte ce constat et les conclusions obtenues au niveau national. Le contrôle de proportionnalité disparaît et se réduit à un simple contrôle d'une bonne administration de la justice nationale. Ce n'est plus le fond du droit qui est apprécié ; les intérêts environnementaux sont réduits à la prise en compte d'une dimension procédurale. Cette procéduralisation du droit de la CEDH au nom de l'environnement vient gommer le contrôle de la Cour sur les droits substantiels. Toutes les affaires environnementales dans lesquelles la Cour européenne ose conclure à une violation de la convention, sont des cas de violation de la réglementation interne.

Le principe de précaution n'est nullement inscrit dans le système de la CEDH, ni même impliqué par lui. On peut donc affirmer, sans controverse, qu'il s'agit, contrairement à la technique du contrôle de proportionnalité, d'un principe étranger au système de la Convention. S'il s'agit *a priori* d'un principe externe, la Cour, qui semble avoir fait appel à la notion de précaution dans certains de ses arrêts, ne mentionne pas la source externe, ni matérielle, ni formelle, d'importation du principe. Il ressort effectivement de la jurisprudence qu'elle semble considérer le principe de précaution comme un prolongement, voire une autre facette du principe de prévention partiellement présent dans le système de la CEDH. Il en découlera certaines conséquences, notamment une tendance à la confusion entre les deux principes. La CourEDH a donc fait une lecture autonome du principe de précaution, une de plus dans l'ordre international. Or, paradoxalement, alors que, dans le cadre d'un système de protection des droits fondamentaux, on pourrait escompter un niveau de protection élevé et ainsi un recours fréquent au principe de précaution, il en va tout autrement, en l'état actuel de la jurisprudence de Strasbourg. La Cour se révèle assez exigeante, puisque les conditions ont trait à la probabilité de survenance du dommage. La menace du péril doit être « sérieuse », « précise » et « surtout imminente ». On ne peut qu'être critique par rapport à ces critères, spécialement par rapport à celui qui prime selon la jurisprudence européenne, à savoir le critère d'imminence, étranger au principe de précaution. Au total, le principe de précaution fait l'objet d'une application très limitée et spécifique par la Cour européenne. Cette sous-exploitation, voire ce détournement, peuvent s'expliquer notamment par le fait que le droit à l'environnement, ou les intérêts environnementaux, ne sont appréhendés qu'indirectement par la CourEDH. D'un autre point de vue, on peut se féliciter des capacités créatives de la Cour de Strasbourg qui a franchi le pas vers la prise en compte du principe de précaution, très éloigné des concepts qu'elle manipule habituellement. Cette première reconnaissance permet donc l'espoir d'une jurisprudence évolutive et plus protectrice des valeurs environnementales, même si l'application qui en est faite est actuellement très stricte.

Tout comme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, celle de la Cour de justice des Communautés européennes depuis ses débuts reconnaît au concept de proportionnalité un rôle fondamental dans la mise en balance d'intérêts divergents. Cependant, à la différence de la CEDH, le droit communautaire comporte un volet environnemental important : on constate, à l'intérieur de ce système, une présence significative de règles et principes relevant du droit de l'environnement, y compris le principe de précaution.

Dans le cadre du système juridique communautaire, la protection de l'environnement relève de la compétence partagée entre la Communauté et les Etats membres, cette matière pouvant être réglementée tant au niveau communautaire que national. Dans les secteurs où le législateur communautaire n'est pas encore intervenu, et où il n'existe donc aucune réglementation communautaire pertinente, les Etats membres maintiennent leur pouvoir de légiférer et de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de l'environnement. Il se peut toutefois qu'une mesure nationale mise en place dans le but de satisfaire une exigence environnementale soit susceptible de restreindre la liberté des échanges intracommunautaires, étant ainsi en principe en contradiction avec les dispositions du traité CE qui interdisent tous les obstacles aux échanges. Mais, en dépit de son caractère fondamental, le principe de la libre circulation comporte un certain nombre d'exceptions qui ont trait, entre autres, à la protection des intérêts et valeurs environnementaux.

Lorsqu'il s'agit d'appliquer ces exceptions, les intérêts de nature environnementale que le juge communautaire estime pouvoir prendre en compte constituent, par définition, des éléments normatifs en provenance de l'extérieur, notamment des systèmes juridiques des Etats membres. De manière générale, les mécanismes à disposition de l'autorité judiciaire lui permettent de prendre en considération potentiellement une grande variété de valeurs environnementales invoqués par les Etats membres en tant que motifs justifiant une mesure entravant le commerce, alors même que cette dernière correspond à une réglementation plus sévère par rapport au niveau de protection fixé dans une convention internationale ou intégré dans une directive communautaire d'harmonisation minimale.

Une fois que la valeur environnementale intégrée dans une mesure nationale est considérée comme étant en principe susceptible d'être prise en compte par le système de l'Union, le juge apprécie la légitimité de l'équilibre établi entre l'intérêt environnemental et l'exigence opposée, par rapport à laquelle la mesure en question entraîne des effets restrictifs. La jurisprudence montre assez clairement comment la structure de l'examen judiciaire de proportionnalité change selon que la mesure environnementale soumise au contrôle du juge est d'origine nationale ou communautaire. L'absence ou la présence de règles harmonisées apparaît comme un autre facteur exerçant une influence sur le raisonnement suivi par les organes judiciaires.

Une fois vérifiée l'existence d'un lien de causalité entre une législation nationale et la poursuite d'un intérêt environnemental - examen qui, dans des circonstances d'incertitude scientifique, doit se faire à l'aune du principe de précaution -, l'attention du juge se focalise sur l'application du critère de nécessité afin de vérifier qu'il n'existe pas de mesures alternatives également efficaces et moins restrictives pour atteindre le but poursuivi. Si la proposition de moyens ayant des effets moins restrictifs provient de la Commission, la sévérité du contrôle se manifeste à travers l'imposition aux Etats membres de l'obligation de prouver que de telles restrictions moins graves aux échanges ne sont pas aptes à protéger effectivement les intérêts invoqués. En revanche, la Cour apparaît réticente à procéder au test de proportionnalité au sens strict du terme, le niveau de protection défini par les autorités nationales n'étant généralement pas remis en cause. Le troisième volet du principe de proportionnalité s'applique aux mesures étatiques seulement lorsque celles-ci s'écartent d'une exigence normative introduite par le législateur communautaire sur la base de l'art. 95 du Traité CE. En revanche, le principe de proportionnalité est appliqué normalement dans son intégralité lorsqu'il s'agit d'évaluer la légalité d'un acte communautaire. Toutefois, la Communauté jouit, par rapport aux Etats membres, d'un traitement « de faveur » de la part du juge communautaire : la mesure communautaire ne saurait être considérée comme violant le principe de proportionnalité que si elle est *manifestement* inappropriée et le juge se limite à vérifier si l'institution en cause a commis une « erreur manifeste d'appréciation » en adoptant la mesure.

Le Traité CE ne définit pas le principe de précaution, se limitant à affirmer que la politique de la Communauté « est fondée » sur celui-ci. L'article 7 du règlement 178 du 2002 contient une définition du principe. Dans une optique de circulation des modèles normatifs, le libellé de l'article 7 du règlement 178/2002 démontre l'« adhésion » du législateur communautaire aux règles de l'OMC : l'article 7 reproduit en substance l'article 5.7 de l'Accord SPS. On est donc en présence d'une forme de mimétisme législatif. Même si le principe de précaution n'a été formellement introduit en droit communautaire qu'en 1993 - avec l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht (article 130 R § 2 devenu ensuite article 174) -, le concept était déjà présent dans certains raisonnements de la Cour. Ce n'est toutefois qu'avec les arrêts *Alpharma* et *Pfizer* que le principe de précaution trouve sa pleine expression.

De façon générale, il appartient aux Etats et aux institutions communautaires de choisir, dans leurs sphères de compétence respectives, le niveau de protection qu'elles veulent assurer et le niveau de risque qu'elles ne considèrent pas acceptable, en tenant compte des obligations assumées sur le plan international et de celles qui découlent du Traité. Sur ce point, on constate une forte similarité entre le langage de la Cour et celui de l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Hormones*, le droit d'établir son propre niveau de protection constituant également un élément invariable de la jurisprudence relative à l'examen de proportionnalité dans le cadre de l'article XX. La relation entre les deux

système n'est pas pour autant à sens unique mais « circulaire » : si, par exemple, la jurisprudence communautaire, à partir des arrêts *Pfizer* et *Alpharma*, présente une rigueur scientifique accrue, certaines affirmations de l'Organe d'appel montrent que sa rigueur scientifique semble s'assouplir.

En droit de l'OMC, une technique de mise en balance largement inspirée du concept de proportionnalité s'est affirmée à partir de la mise en œuvre des exceptions « environnementales » prévues à l'art. XX b) et g) du GATT. Cet article prescrit l'application d'un test de nécessité. Dans le cadre de l'OMC, ce test a subi une remarquable évolution lors de l'affaire du *Bœuf coréen*. Le test élaboré par l'Organe d'appel dans cette affaire présente certains éléments d'affinité avec le principe de proportionnalité tripartite d'origine allemande, traditionnellement suivi par la CJCE. Toutefois, l'Organe d'appel ne rappelle jamais explicitement la jurisprudence communautaire, donnant donc l'impression de vouloir développer une jurisprudence autonome. Ce qui manque, tant au niveau jurisprudentiel que normatif, est la transparence par rapport non seulement à la source d'inspiration utilisée, mais surtout aux conséquences que cela entraîne sur la nature du contrôle des organes judiciaires et, en dernière analyse, sur la marge de manœuvre dont disposent les membres en relation avec le niveau de protection qu'ils choisissent. Un des aspects les plus problématiques dans la compréhension du nouveau test créé par l'Organe d'appel concerne ses rapports avec le test de nécessité traditionnel, en principe respectueux des choix du niveau de protection effectués par chaque Membre. L'intensité du test tend à changer selon l'application concrète de la part des organes judiciaires. En premier lieu, l'importance de l'objectif conditionne directement l'intensité de l'intrusion dans la souveraineté nationale. Plus précisément, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel seront plus déférents face à des objectifs de protection de la santé et de l'environnement, sujets qui impliquent des évaluations très délicates de la part des Etats (article XX b) du GATT). Les mesures destinées à assurer le respect des droits de nature économique (prévues par l'article XX d)) pourraient être soumises à un contrôle plus sévère. En deuxième lieu, les mesures qui comportent une interdiction totale des échanges seront assez difficiles à justifier, à cause de la gravité de la restriction. Ces éléments sont susceptibles d'ouvrir la porte à l'application d'un critère de proportionnalité *stricto sensu*. La marge nationale d'appréciation reste très incertaine. Certes, la jurisprudence confirme plutôt la liberté de l'État de fixer le niveau de protection désiré par rapport à l'objectif légitime, mais l'émergence d'éléments de proportionnalité dans le test de nécessité a directement pour effet d'accorder au juge un pouvoir d'appréciation accru sur la légalité d'une mesure selon les valeurs protégées par cette dernière et l'on peut s'interroger sur l'opportunité de cette émergence dans un système faiblement intégré et qui n'a réalisé à ce jour qu'une harmonisation limitée des politiques environnementales de ses membres, presque uniquement à l'égard de mesures sanitaires et phytosanitaires.

Toutefois, ni le juge international ni le juge communautaire ne statuent en dernier ressort sur la détermination du niveau de protection. Dans l'immense majorité de cas, ils ne se prononcent que de façon *négative* : il peuvent certes constater l'absence de « juste équilibre », mais ils ne *prescrivent* rien à propos des mesures alternatives qui auraient pu atteindre cet équilibre. C'est donc davantage un rapport *dialogique* qui semble s'instaurer entre le juge et le décideur politique, même quand le second dispose (ou s'empare) du pouvoir d'effectuer un contrôle axiologique sur les décisions du premier.

Si la jurisprudence communautaire européenne témoigne aujourd'hui de l'attribution d'une grande place au principe de précaution, devenu un outil essentiel pour la mise en œuvre des politiques communautaires visant à protéger l'environnement et la santé, dans le cadre du droit de l'OMC, il ne semble possible d'entrevoir qu'une application indirecte de ce que l'on pourrait appeler une « approche de précaution ». En effet, le principe de précaution n'est mentionné explicitement dans aucun accord de l'OMC et toute reconnaissance d'une application obligatoire de ce principe dans le cadre de cette organisation a été écartée par l'Organe de règlement des différends. Cependant, l'Organe d'appel a admis que l'article 5.7 de l'Accord SPS prend en compte le principe de précaution. La même conclusion a été formulée relativement à l'article 3.3 du même accord, qui affirme le droit des membres de définir le niveau de protection sanitaire qu'ils jugent approprié, y compris lorsqu'il dépasse les standards de protection internationaux. Sur la base de cette autonomie, il est possible d'apercevoir une logique de précaution au sein de l'OMC, incorporée notamment à l'Accord SPS, et

permettant aux membres d'adopter des mesures nécessaires afin de garantir leurs niveaux de protection. Une telle logique réapparaît dans l'Accord OTC et a été d'une certaine manière reconnue par la jurisprudence dans le cadre du GATT (*CE – Amiante*) et de l'AGCS (*Etats-Unis – Jeux et paris*), dans le sens où des mesures de « prudence » ont pu être adoptées (en matière de santé et de moralité publique, respectivement) pour répondre à la gestion d'un risque selon le droit des Etats de définir le niveau de protection qu'ils considèrent comme le plus approprié. Il semble ainsi possible de sauvegarder les intérêts de protection de l'environnement et de la santé dans le cadre du droit de l'OMC, y compris dans des situations de prime abord non couvertes par le principe de précaution tel que prévu par la Déclaration de Rio, lequel se limite aux « cas de risque de dommages graves ou irréversibles ». La gravité ou l'irréversibilité du dommage est en fait liée à la question de l'acceptabilité du risque par le Membre qui adopte une mesure de précaution et peut ainsi être au moins indirectement traitée par le juge de l'OMC, notamment lorsqu'il examine la nécessité d'une mesure et l'importance de la valeur qu'elle envisage de sauvegarder. Il est en outre concevable que la protection de l'environnement et de la santé puisse être davantage prise en compte au sein de l'OMC au fur et à mesure que le principe de précaution sera réaffirmé dans de nouveaux traités internationaux de droit de l'environnement, ce qui pourrait conduire à son affirmation en tant que principe du droit international coutumier.

La Convention des Nations Unies du droit de la mer, signée à Montego Bay en 1982 (CMB) n'est pas un traité environnemental au sens propre du terme, même si le cadre juridique qu'elle crée réserve une place de choix à la protection de l'environnement marin. La CMB exprime en effet tout au long de ses plus de trois cent articles le souci de préserver le milieu marin et ses ressources. Pour chaque zone marine définie et règlementée par la Convention, on retrouve des obligations qui contraignent les Etats à tenir compte de l'exigence de protéger et de préserver la mer dans l'exercice de leurs droits, la nature et l'ampleur desquels varient selon la zone considérée. La Partie XII de la CMB (*Protection et préservation du milieu marin* : articles 192 à 237) est expressément dédiée à l'environnement marin et s'ouvre en posant l'obligation générale de « protéger et préserver le milieu marin ». La Partie XII est aujourd'hui considérée comme reflétant le droit international coutumier en la matière.

Cependant, conformément à sa nature de convention cadre, la CMB encourage surtout l'élaboration d'instruments successifs pour détailler et perfectionner la réglementation existante. Dans le secteur de la protection de l'environnement marin, la CMB a promu l'adoption d'accords qui développent les principes environnementaux qui n'étaient qu'embryonnaires à la date de sa signature. Parmi ceux-ci, le principe de proportionnalité, auquel le concept de développement durable est intimement lié, et le principe de précaution.

Le droit de la mer est un secteur juridique où le balancement des intérêts, comme technique de mise en œuvre, est ubiquitaire. Par exemple, le droit de passage inoffensif des navires d'un Etat dans la mer territoriale d'un autre Etat peut être limité par le jeu des exceptions prévues à l'art. 21, trois desquelles ont trait à la protection de l'environnement (conservation des ressources biologiques de la mer, prévention des infractions aux lois et règlements de l'Etat côtier relatifs à la pêche et, plus généralement, la préservation de l'environnement de l'Etat côtier et la prévention, la réduction et la maîtrise de sa pollution). Le principe de proportionnalité est également pertinent pour ce qui est des modalités d'exercice de la liberté de la navigation garantie en haute mer dans la zone économique exclusive des Etats. Les pouvoirs souverains de nature fonctionnelle pour l'exploitation des ressources mais aussi pour leur conservation et préservation doivent être mis en balance avec les exigences de la navigation internationale et les droits garantis par le droit international coutumier et conventionnel aux autres Etats.

L'obligation générale de coopération, énoncée aux articles 197-199 de la CMB, entretient un lien indirect avec la technique de mise en balance : les sujets appelés à coopérer seront en fait porteurs d'intérêts conflictuels qu'il s'agira de soupeser afin de trouver une solution qui soit à la fois la résultante des vecteurs des intérêts individuels des Etats en conflit (proportionnalité bilatérale, trilatérale, etc.) et compatible avec les exigences imputables à la communauté des Etats toute entière.

Le Tribunal international pour le droit de la mer a constamment rappelé aux Etats leur devoir de coopérer entre eux afin de prévenir les dommages au milieu marin.

La CMB fixe des standards de comportement qui, tout en étant assez vagues, relèvent clairement du principe de précaution. On cherchera en vain dans la CMB des standards plus ambitieux, étant donné sa nature de convention cadre. Le principe de précaution se trouve néanmoins énoncé dans des actes de droit dérivé ou dans des accords conclus dans le cadre de la Convention. Sans s'y référer explicitement, le TIDM a utilisé une approche de précaution dans l'ordonnance portant adoption de mesures conservatoires relative à l'affaire du *Thon à nageoire bleue*. Il se peut que cette approche soit implicitement requise par la logique des mesures conservatoires indépendamment de l'existence d'un principe de précaution en droit international général.