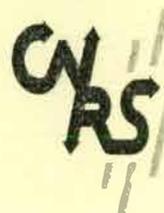


06-18



UMR
DE DROIT
COMPARÉ
DE PARIS

Université Paris1
CNRS



CENTRE NATIONAL
DE LA RECHERCHE
SCIENTIFIQUE

UMR8103 (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – CNRS)
9 Rue Malher – 75004 Paris
Tél : 01 44 78 33 61
umr8103@univ-paris1.fr

ÉMERGENCE ET CIRCULATION DE CONCEPTS JURIDIQUES
EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT :
ENTRE MONDIALISATION ET FRAGMENTATION

RAPPORT FINAL

U.M.R. de droit comparé de Paris (UMR 8103, Paris 1 Sorbonne – CNRS)

Responsabilité scientifique :
Hélène RUIZ FABRI, Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directrice
de l'UMR de droit comparé de Paris
Lorenzo GRADONI, Professeur à l'Université de Bologne

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit & Justice
Convention de recherche n° 26.10.05.19 (5 octobre 2006)
N/Réf. : ccco convention 06.18

Paris, octobre 2008

**ÉMERGENCE ET CIRCULATION DE CONCEPTS JURIDIQUES
EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT :
ENTRE MONDIALISATION ET FRAGMENTATION**

RAPPORT FINAL

Responsabilité scientifique :

Hélène RUIZ FABRI, *Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
Directrice de l'Unité Mixte de Recherche de droit comparé de Paris* Lorenzo
GRADONI, *Professeur à l'Université de Bologne*

Equipe de recherche

- Virginie Barral, *Docteure en droit, chargée de cours à l'Université de Hertfordshire*
- Federico Casolari, *Docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Sciences Politiques de l'Université de Bologne*
- Julien Cazala, *Maître de conférence, Institut d'études politiques de Paris*
- Laurence Dubin, *Maître de conférence, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*
- Véronique Guévremont, *Doctorante, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*
- Hugues Hellio, *Maître de conférence, Université d'Artois*
- Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *Chargée de recherche au CNRS, PRISME (UMR 7012), Strasbourg*
- Lilian Richieri Hanania, *Docteure en droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne*
- Jacobo Rios, *Doctorant, Université Paris I Panthéon-Sorbonne*
- Elisa Ruoizzi, *Chercheur en droit international, Université de Turin*
- Vincent Tomkiewicz, *Maître de conférence, Université de Nice*
- Seline Trevisanut, *Docteure en droit, Université de Milan*
- Francesca Volpi, *Docteure en droit, Université de Bologne*
- Fouad Zarbiyev, *Doctorant, Institut des Hautes Etudes Internationales et du développement, Genève*

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de Recherche Droit et Justice (convention n°26.10.05.19). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

SOMMAIRE

I. CONCEPTION DU PROGRAMME	1
II. MÉTHODE DE LA RECHERCHE	4
Section I – Précisions concernant certains concepts-clé de la recherche	4
A. La notion de technique de prise en compte	4
B. Le concept de proportionnalité	4
C. Le concept de précaution	6
Section II – Structure du rapport	6
A. Perspective intersystémique (1 ^{ère} Partie).....	7
B. Perspective intrasystémique (2 ^{nde} Partie)	7
III. PRÉSENTATION	8
Partie I - Perspective intersystémique	8
Chapitre 1 – Systèmes juridiques internationaux et techniques de prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux	8
A. Exception	13
B. Harmonisation.....	13
C. Subsumption	15
D. Renvoi.....	15
E. Incorporation.....	16
F. Interprétation hypertextuelle « obligatoire »	16
G. Interprétation hypertextuelle « libre ».....	17
H. Interprétation conforme	18
I. Contre-mesures « chevauchantes »	18
J. Régulation de l’ampleur et du degré d’exclusivité de la juridiction.....	18
K. Application des principes réglant les conflits de normes.....	18
Chapitre 2 – Résolution ou prévention des conflits normatifs en droit international de l’environnement	19
A. L’opérabilité limitée des règles de résolution des conflits normatifs	20
B. Une recherche de prévention des conflits normatifs	22
Chapitre 3 – Le rôle de l’interprétation des traités à la lumière de toute autre « règle pertinente de droit international applicable entre les parties » en tant que « passerelle » jetée entre systèmes juridiques différents	24
A. Quelles règles pertinentes ?	27
B. Quelles parties ?	27
C. Quelle date critique ?	30
D. Quelle prise en compte ?.....	31
Chapitre 4 – L’exception environnementale : l’exemple du système commercial multilatéral	34
A. L’exception : technique d’exclusion des valeurs environnementales du système	34
B. L’exception : mécanisme d’intégration des valeurs environnementales dans le système	36

Chapitre 5 – La fonction intersystémique du concept de développement durable	39
A. Un concept intersystémique par nature	39
B. Un concept slogan laissé au juge	41
Chapitre 6 – L’interprétation téléologique des traités comme instrument de prise en compte et de mise en balance des valeurs et intérêts environnementaux	43
A. Définition de l’interprétation téléologique	43
B. L’interprétation téléologique des traités au service de la prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux	45
C. Les limites de la prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux au moyen de l’interprétation téléologique	48
Chapitre 7 – La prise en compte de la science dans le contentieux international en matière d’environnement : le juge et l’expert	50
A. Une mesure d’instruction au cours d’un procès international	50
B. Une intégration du savoir technique dans le droit	52
Chapitre 8 – La dimension « intersystémique » de l’Affaire de l’Usine MOX	53
A. La sentence du Tribunal arbitral institué sur la base de la Convention OSPAR	54
B. L’ordonnance du Tribunal pour le droit de la mer et la sentence du Tribunal arbitral institué sur la base de la Convention de Montego Bay	56
C. La décision de la Cour de justice des Communautés européennes	57
Chapitre 9 - L’affaire du Chemin de fer du Rhin : entre fragmentation et unité du droit international	58
A. L’emprunt au droit communautaire dans la solution d’un litige environnemental	59
B. Le Rhin de fer et la circulation des concepts environnementaux	61
Partie II - Perspective intrasystémique	64
Chapitre 10 - Le rayonnement intra-systémique du concept de développement durable	64
A. Inscription du développement durable dans l’instrument fondateur du système et rayonnement du concept (droit de l’OMC et droit communautaire)	64
B. Absence du développement durable de l’instrument fondateur et rayonnement du concept (Convention de Montego Bay sur le droit de la mer et CEDH)	68
Chapitre 11 – Convention européenne des droits de l’homme	69
A. Proportionnalité	70
B. Précaution	72
Chapitre 12 – Droit communautaire	74
A. Proportionnalité	74
B. Précaution	78
Chapitre 13 – Droit de l’Organisation mondiale du commerce	83
A. Proportionnalité	84
B. Précaution	88
Chapitre 14 – Convention des Nations Unies sur le droit de la mer	92
A. Proportionnalité	94
B. Précaution	94
IV. SYNTHÈSE	96
V. BIBLIOGRAPHIE ESSENTIELLE	107

I. CONCEPTION DU PROGRAMME

La mondialisation est parfois 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. Ce n'est pas par hasard que le débat actuel sur la fragmentation du droit international porte le plus souvent sur la prolifération des juridictions internationales¹.

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 (Convention de Montego Bay - 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 Strasbourg². 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

¹ La Commission du droit international des Nations Unies (C.D.I.) a mis en place un Groupe d'étude chargé de la question de la fragmentation de l'ordre juridique international, excluant toutefois de son mandat la question de la multiplication des juridictions internationales. Le Groupe d'étude a conclu ses travaux en 2006 : v. *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, ci-après CDI, *Rapport sur la fragmentation*.

² On notera aussi que ce contrôle s'exerce déjà de façon indirecte dans la mesure où la Cour de Strasbourg peut juger de la compatibilité des comportements étatiques avec la CEDH, même lorsque ceux-ci sont dictés par le droit communautaire, comme le montre une jurisprudence récente : *Bosphorus c/ Irlande*, Arrêt du 30 juin 2005.

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.

La recherche est dans son ensemble orientée par une série d'oppositions dialectiques. Le couple *unité / fragmentation* (duquel on conçoit aussi des versions plus nuancées : incohérence / cohérence ; dissonance / harmonie) occupe une place transversale par rapport aux deux axes : l'uniformité ou l'incohérence tant des modalités de prise en compte de valeurs et intérêts environnementaux (1^{er} axe) que des techniques de mise en balance de ceux-ci (2nd axe) concourent à la formation d'un espace juridique global relativement harmonieux ou dissonant pour ce qui concerne la protection de l'environnement.

Le premier axe est, de plus, caractérisé par le couple *ouverture / fermeture* des espaces juridiques concernés. Les questions posées sont celles de savoir si et comment chacun des espaces juridiques internationaux s'ouvre aux influences provenant des autres et plus spécialement à celles du droit international de l'environnement.

On peut en outre associer le deuxième axe au couple *discrétion / contrainte*, les deux pôles pouvant fusionner ou se fondre dans l'idée de *marges de manœuvre (ou d'appréciation) variables*. Comme on le verra mieux par la suite, il y a une relation étroite entre, d'une part, techniques de mise en balance et, d'autre part, localisation et distribution du pouvoir décisionnel en matière d'environnement.

L'idée de *réseau* parachève le cadre analytique esquissé jusqu'ici : on suppose par là qu'à travers les différents espaces juridiques, les valeurs et les intérêts environnementaux circulent en étant véhiculés par des concepts juridiques apparemment ubiquitaires (développement durable, proportionnalité, précaution, etc.), tout en gardant à l'esprit qu'à l'intérieur du réseau, la circulation peut s'avérer plus ou moins fluide et que la transposition de concepts juridiques énoncés de manière assez vague se prête davantage aux glissements de sens, aux adaptations, c'est-à-dire à la fragmentation en lieu et place d'une uniformisation³.

Parmi les concepts de droit de l'environnement hautement soumis au phénomène de mondialisation, celui de développement durable (« *sustainable development* » en anglais) occupe une place éminente⁴. En quelques années, le développement durable a été quasi-unanimement inscrit par les législateurs comme un objectif essentiel des politiques publiques des différents États, de même qu'il rayonne à présent sur les dispositions des systèmes régionaux et mondial de libéralisation des échanges. Il est désormais consacré dans tous les principaux instruments de droit international de l'environnement, qu'ils soient contraignants ou qu'ils relèvent de la *soft law*. Il symbolise depuis lors la nécessité de rechercher et de maintenir, à un niveau tant mondial que régional et local, un *équilibre* vertueux entre croissance économique, respect ou affermissement des droits sociaux et protection de l'environnement⁵.

³ Pour un cadre détaillé des implications théoriques et pratiques du modèle interprétatif de réseau, voir F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie critique du droit*, Publication des FUSL, 2002 ; voir aussi H. RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Ed. SLC, 2003.

⁴ Le développement durable a été expressément qualifié de « concept » par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt relatif au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie) du 25 septembre 1997, § 140. Parmi la doctrine, voir P.-M. DUPUY, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *R.G.D.I.P.*, 1997, p. 886, qui qualifie le développement durable de « matrice conceptuelle ». L'appartenance du concept de développement durable au droit international général, a été récemment consacrée par la Cour permanente d'arbitrage, *Affaire Chemin de fer du Rhin (Belgique/Pays-Bas)*, sentence du 24 mai 2005 rendu sous les auspices de la Cour permanente d'arbitrage (24 mai 2005), § 59. Voir *infra*, III, Ch. 8-9.

⁵ S. MALJEAN-DUBOIS, R. MEHDI (dir.), *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : La promotion d'un développement durable*, Pedone, 1999 ; A. CATHERINE (dir.), *Le développement durable : enjeux politiques, économiques et sociaux*, La Documentation française, 2006 ; A. EPINEY, M. SCHEYLI, « Le concept de développement durable en droit international public », *Annuaire suisse de droit international*, 1997, p. 247 ; G. FIEVET, « Réflexions sur le concept de développement durable : prétention économique, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux », *R.B.D.I.*, 2001, p.

Cette exigence d'équilibre présuppose évidemment la *prise en compte* de valeurs et intérêts environnementaux.

Dans le sillage du concept de développement durable, 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)⁶.

Le concept de développement durable nous intéresse non seulement parce qu'il présuppose la nécessité de prendre en compte les valeurs et intérêts environnementaux, mais aussi pour l'idée d'équilibre qu'il renferme. Il évoque aussi bien la prise en compte que la mise en balance constituant ainsi la clef de voûte où les deux axes de la recherche se rencontrent.

Telle que succinctement exprimée dans les versions plus accréditées du concept de développement durable, cette idée d'équilibre est à tel point abstraite et sous-déterminée qu'elle suscite avec davantage d'urgence la question de savoir quels sont les concepts juridiques du droit de l'environnement qui régissent le contrôle de sa mise en œuvre.

Étroitement lié au concept de développement durable par l'entremise de l'idée d'équilibre, celui de *proportionnalité* joue à cet égard un rôle éminemment important. En outre, comme explicité davantage dans la Partie II, 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.

A l'instar des interrogations posées à propos des techniques de prise en compte, il s'avère pertinent de connaître les modalités de circulation de ces autres concepts juridiques au sein des divers espaces normatifs considérés et cela, afin de déterminer dans quelle mesure ils sont soumis à des effets de mondialisation « uniformisante » ou s'ils sont davantage empreints de spécificités reflétant le pluralisme de l'ordre juridique international.

128 ; S. MALJEAN-DUBOIS, « Environnement, développement durable et droit international : de Rio à Johannesburg : et au-delà ? », *A.F.D.I.*, 2003, p. 592.

⁶ Pour une définition du concept voir *infra*, II, section I (A).

II. METHODE DE LA RECHERCHE

La méthode de la recherche se définit d'abord en précisant le contenu de certains concepts-clé introduits plus haut (Section I), puis en illustrant la structure du rapport contenant les résultats de la recherche (Section II).

Section I – Précisions concernant certains concepts-clé de la recherche

Les précisions qu'on doit apporter à titre préliminaire ont trait, respectivement, à la notion de technique de prise en compte (A) et aux concepts de proportionnalité (B) et de précaution (C).

A. La notion de technique de prise en compte

Dans le cadre de cette recherche, on entend par « techniques de prise en compte » (TPC) les différentes façons dont le créateur de la norme ou son interprète, situés dans un système juridique donné, tient compte des valeurs et intérêts ayant trait à la protection de l'environnement ou des normes qui les incorporent. Comme on le verra par la suite, il est possible d'« isoler » onze TPC⁷. La notion demande à son tour une clarification du concept de « système », celui-ci étant d'une certaine façon le *sujet* de la prise en compte.

Jusqu'ici, on a utilisé une notion de « système » intuitive, au sens où le droit communautaire forme, sans nul doute, un système, tout comme le droit de l'OMC, etc. En outre, les concepts de « système », « ordre » ou « espace » ont été employés de façon interchangeable. Toutefois, la construction d'un concept de *système / espace de relations* est essentielle pour identifier les rôles respectifs des différentes TPC.

B. Le concept de proportionnalité

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 les 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 instables⁸.

Un aperçu de la jurisprudence internationale pertinente révèle que les techniques de mise en balance des intérêts diffèrent, pour le moins en partie, selon le système juridique considéré. De plus, les différences se multiplient à l'intérieur de chaque système, en fonction notamment des sujets impliqués dans le contentieux (personnes privées, États, institutions internationales) et de l'objet de celui-ci. En droit communautaire, par exemple, lesdites techniques semblent varier en fonction de l'auteur de la mesure environnementale soumise au contrôle juridictionnel (États membres ou institutions communautaires), mais aussi selon que l'exercice des compétences nationales s'opère en présence ou en l'absence de législation communautaire en la matière (harmonisation)⁹.

⁷ Voir *infra*, III, Ch. I.

⁸ Sur la proportionnalité, v. R. ALEXU, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : l'idée simple prise au sérieux*, Publications des FUSL, 2001 ; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 2000 ; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study*, Kluwer, 1996 ; E. ELLIS (dir.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart, 1999.

⁹ Voir *infra*, III, Ch. 12.

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 la 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-à-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 à l'aune de *Verhältnismäßigkeit* comporte la nécessité d'introduire la notion de *détermination du niveau de protection environnementale*. Suivant la distinction proposée par Sébastien van Drooghenbroeck¹⁰, les trois critères constituant la *Verhältnismäßigkeit* peuvent se répartir en deux catégories : les critères d'appropriation et de nécessité peuvent être qualifiés d'*instrumentaux* en ce sens qu'ils astreignent le juge à une évaluation des *instruments* de la politique environnementale. Autrement dit, les deux premiers critères n'autorisent, en eux-mêmes, aucun contrôle du niveau de protection environnementale choisi par l'auteur de la mesure. En revanche, le troisième critère est de nature *axiologique*. Il impose une pesée des intérêts et valeurs en jeu, laquelle peut bien conduire à une constatation de l'illégalité de la mesure pour « excès de protection environnementale ».

Tout cela met finalement en exergue le lien entre structure de l'analyse judiciaire et articulation de compétences, le choix du niveau de protection étant le « noyau » de la compétence. Notre recherche fait donc sienne l'hypothèse selon laquelle le concept de proportionnalité est un instrument analytique puissant afin de comprendre l'*allocation effective du pouvoir décisionnel*¹¹ entre les instances nationales et internationales compétentes en matière d'environnement, tout autant qu'à l'intérieur de ces dernières, entre organes politiques et juridictionnels¹². En effet, lorsque le juge international ou communautaire s'abstient d'évaluer le niveau de protection environnementale choisi par le législateur national ou communautaire, il applique un concept de proportionnalité « mutilé » de sa troisième composante, c'est-à-dire de celle qui lui permettrait de se prononcer sur la mise en balance sous-tendant la mesure environnementale litigieuse. Le pouvoir décisionnel en matière environnementale appartient, *in concreto*, à l'instance (État, CEDH, Union européenne, OMC, CMB) ayant le « dernier mot » sur le niveau de protection.

¹⁰ *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : l'idée simple prise au sérieux*, Publication des FUSL, 2001.

¹¹ L'utilisation du concept de proportionnalité permet surtout d'aller au-delà d'une *analyse abstraite de la répartition des compétences*.

¹² Cette distinction organique concerne davantage le droit communautaire et le droit de l'OMC. Toutefois, on peut aussi l'étendre par analogie aux autres espaces juridiques visés par la recherche, dès qu'on considère comme participant à l'exercice d'un pouvoir politique les sujets ayant adopté, ratifié ou accédé, et pouvant modifier, le(s) traité(s) servant de base aux systèmes respectifs. On peut noter *in limine* que, comme les organes politiques internationaux sont normalement représentatifs des États, l'équilibre interne aux systèmes institutionnels internationaux a aussi une influence indirecte sur l'équilibre entre niveaux national et international.

C. Le concept de précaution

L'analyse du concept de proportionnalité et de ses applications comprend en soi la *problématique de la précaution*¹³. 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'homme¹⁴. Il est pourtant concevable que les Etats puissent être obligés d'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 : « En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». 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 démontre la réticence des Etats à opposer cette obligation à leurs pairs ou la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme lorsque celle-ci est appelé à juger si un Etat a manqué à l'obligation de protéger le droit de ses ressortissants à un environnement sain¹⁵.

A son tour, la problématique de la précaution s'enchaîne avec celle de l'*administration de la charge de la preuve* en matière environnementale, notamment dans les affaires se caractérisant par un haut niveau de sophistication technique et scientifique¹⁶. Pouvant elle aussi être appréhendée comme un facteur d'équilibre dans la mise en balance des intérêts en jeu, la structure de la dialectique probatoire, telle qu'elle émerge à la fois du raisonnement du juge et des arguments des parties, doit retenir l'attention. A côté de cette problématique, il y a celle des différentes attitudes des juridictions internationales face à la science et à l'expertise scientifique.

Section II – Structure du rapport

La structure du rapport final prend sa forme à partir d'une double perspective : *intersystémique* et *intrasystémique*. Cette bipartition ne reproduit pas le couple des *axes* prise en compte / mise

¹³ Sur la problématique de la précaution en droit international, voir, en général, N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, 1999 ; L. LUCCHINI, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement : ombres plus que lumières », *A.F.D.I.*, 1999, p. 710 ; C. NOIVILLE, « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce : le cas du commerce alimentaire », *J.D.I.*, 2000, p. 263 ; C. LEBEN, J. VERHOEVEN (dir.), *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Ed. Panthéon-Assas, 2002 ; A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Kluwer, 2002 ; J. CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, L.G.D.J., 2006.

¹⁴ Voir *infra*, III, Ch. 11.

¹⁵ Voir *infra*, III, Ch. 11.

¹⁶ Voir, sur ces aspects, S. JASANOFF, *Science at the Bar : Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, 1995 ; V. WALKER, « Keeping the WTO from Becoming the 'World Trans-science Organization': Scientific Uncertainty, Science Policy, and Fact-finding in the Growth Hormones Dispute », *Cornell Journal of International Law*, 1998, p. 251 ; C. NOIVILLE, N. DE SADELEER, « La gestion des risques écologiques à l'épreuve des chiffres : le droit entre enjeux scientifiques et politiques », *Revue de droit de l'Union européenne*, 2001, p. 389. J. CAZALA, « Principe de précaution et procédure devant le juge international », in C. Leben, J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 152 ; J. PAUWELYN, « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *International & Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 325 ; V. WALKER, « The Myth of Science as a Neutral Arbiter for Triggering Precautions », *Boston College International & Comparative Law Review*, 2003, p. 197.

en balance. Elle se rattache plutôt à un autre « couple » structurant la recherche : *pluralité de systèmes (dimension individuelle) / rapports entre systèmes (dimension relationnelle)*. Comme le terme choisi (« 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 : spatialement, l'observateur se trouve en dehors de tout système. 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, les 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. En revanche, cet observateur ne voit pas les « exportations » de son système, dès lors qu'elles tombent, en tant qu'« importations », sous le regard d'un autre observateur intrasystémique. Le sens des interactions entre systèmes échappe en principe à chaque observateur intrasystémique, il revient aux observateurs intersystémiques de le saisir.

On pouvait aussi penser à renverser l'ordre de parties pour conférer à l'ensemble un mouvement plus « inductif », des systèmes pris individuellement aux rapports entre systèmes mais, entre les deux perspectives, il y a plutôt des relations cycliques : la première (intersystémique) informe la seconde (intrasystémique), en lui fournissant un cadre de référence conceptuel (A) ; la seconde nourrit la première, en lui communiquant ce qui se passe à l'intérieur de chaque système, y compris des phénomènes qui ne semblent pas rentrer dans le cadre conceptuel général et qui demandent son affinement ultérieur (B).

A. *Perspective intersystémique (1^{ère} Partie)*

La 1^{ère} Partie est constituée par des études théoriques générales. La première (Ch. 1) entend offrir un panorama global des interactions intersystémiques. Elle essaye d'abord de clarifier le concept de « système » en droit international, puis d'offrir une vue d'ensemble sur les techniques de prise en compte (les « récepteurs des systèmes ») ainsi que de leurs combinaisons et interactions. Cette première étude a donc une triple fonction, d'introduction, de clarification et de synthèse. En outre, elle fait en sorte que les TPC qui ne sont pas considérées dans le cadre d'études plus spécifiques rentrent dans le champ visuel de la recherche. Trois autres études générales (Ch. 2 à 4) se concentrent sur une seule technique de prise en compte (application des principes réglant les conflits de normes ; interprétation selon l'article 31 § 3 c) de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 – ci-après CVDT ; exception), chacune exigeant des analyses plus poussées à cause de son importance particulière. Une cinquième étude traite du concept de développement durable (Ch. 5), concept qui se situe à la charnière de notre recherche du fait qu'il évoque simultanément les idées de prise en compte et de mise en balance. Une sixième étude est dédiée à la problématique de l'interprétation téléologique (Ch. 6) en tant que facteur influant à la fois sur les modalités de prise en compte et sur celles de mise en balance. La septième introduit aux aspects normatifs et institutionnels de la prise en compte de la science par le juge (Ch. 7). La 1^{ère} Partie s'achève avec deux études de cas concernant, respectivement, l'affaire *MOX* et l'affaire du *Chemin de fer du Rhin*, qui montrent assez bien certaines modalités d'interaction entre systèmes (Ch. 8-9).

B. *Perspective intrasystémique (2^{nde} Partie)*

La 2^{nde} Partie renferme les résultats des études monographiques, c'est-à-dire circonscrits à une problématique par rapport à un système juridique donné. La première traite du rayonnement du concept de développement durable dans les quatre systèmes visés par la recherche (Ch. 10). Les autres concernent, dans la même perspective, la façon dont les concepts de proportionnalité et de précaution sont appréhendés dans l'espace juridique de la CEDH (Ch. 11), en droit communautaire (Ch. 12), en droit de l'OMC (Ch. 13) et dans le système de la Convention de Montego Bay (Ch. 14).

III. PRESENTATION

PARTIE I - PERSPECTIVE INTERSYSTEMIQUE

Chapitre 1 – Systèmes juridiques internationaux et techniques de prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux

Système, ordre, espace : ce sont des mots que les juristes utilisent souvent de manière interchangeable. D'ailleurs, c'est dans l'œuvre du théoricien du droit le plus influent du siècle dernier qu'on trouve l'invitation à mêler « système » et « ordre » dans un seul et même concept : H. Kelsen écrivait que « toutes les normes, dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale, forment un système de normes, un ordre normatif »¹⁷. Par contre, il semble que le juriste viennois n'ait jamais employé le terme « espace » pour rendre compte de sa vision du droit. J.L. Mackie a cependant observé que la théorie kelsenienne de l'unité du droit s'apparente au postulat kantien de l'unité de l'espace (il n'y a qu'un seul espace du moment que des espaces différents ne peuvent être humainement pensés que comme fractions d'un même espace global). A la suite de Mackie, H.L.A. Hart croyait voir, à la base de la théorie de Kelsen, un postulat tout à fait semblable : celui de l'unité de l'espace normatif¹⁸.

Par ironie du sort, c'est précisément pour dépasser cette rassurante conception unitaire du droit (international) que la doctrine s'est emparée du concept d'espace juridique en l'opposant notamment à celui d'ordre et parfois aussi à celui, plus neutre, de système¹⁹. Il va sans dire qu'il ne s'agit plus du même espace. L'espace nouveau abonde en coupures, il est étrangement fracturé : il est cubiste. Surtout, il a cessé d'être un. On parle alors d'une pluralité d'espaces « enchevêtrés »²⁰, ou « entrecroisés »²¹, de « réseaux » normatifs qui s'entortillent les uns autour des autres²². L'espace bouillonne, l'ordre se défait. Et le système ? Symbole d'une unité du droit (international) factice et irrémédiablement perdue si jamais acquise, pour certains²³ ; d'unité réelle, car péniblement conquise et à préserver contre toute menace de fragmentation, pour beaucoup d'autres²⁴, le concept de système est tantôt méprisé, tantôt tourné en fétiche.

¹⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 257.

¹⁸ H.L.A. HART, « Kelsen's doctrine of the unity of law », in Id., *Essays in jurisprudence and philosophy*, Clarendon, 1983, pp. 309-342, p. 322, n.b.p. 32.

¹⁹ L'explication plus typique de ce choix à la fois terminologique et méthodologique a été offerte par M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, pp. 92-93 : « Il semble difficile de rendre compte de la complexité des pratiques par la référence exclusive aux concepts d'ordre et de système. En ajoutant celui d'espace, il devient possible non seulement de distinguer ... ordre juridique et système de droit, mais encore d'englober le terme de système dans celui plus vague de « figure d'intégration juridique ». Car les divers processus d'intégration n'aboutissent pas toujours à un système assez autonome pour être autosuffisant ».

²⁰ Voir H. RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Ed. Société de législation comparée, Paris, 2003, 290 p. Voir aussi E. JOUANNET, « L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international », in R. Huesa Vinaixa, K. Wellens (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international. Travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2005*, Bruylant, 2006, p. 147.

²¹ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 98 : « les discontinuités sont surtout observables entre les instruments de droit international, à mesure que se multiplient les nouveaux espaces normatifs. À défaut de principe hiérarchique, l'intégration horizontale entre ces espaces se fait par une sorte d'entrecroisement, le terme marquant la volonté à la fois de préserver l'indépendance de chaque ensemble et de permettre leur mise en relation ».

²² Voir notamment l'ouvrage de F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des FUSL, 2002.

²³ Voir, p. ex., E. JOUANNET, *op. cit.*, p. 133 : « les questions de fragmentation ou d'unité présupposent très souvent l'existence préalable du droit international comme formant un système juridique. Ce qui n'est évidemment pas acquis et qui est même, pour certains, une véritable faute épistémologique ».

²⁴ P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 297, 2002, p. 87 : « L'ordre juridique international général, conçu comme une totalité, n'est que de formation récente. Il a été précédé, dès l'origine des temps historiques, par des ordres juridiques internationaux, tous conçus à partir d'une matrice consensuelle ».

D'après nous, le concept de système est particulièrement propice à une analyse impartiale des réalités du droit international contemporain²⁵, à condition qu'on le dépouille au préalable des connotations aprioriques qu'il a absorbées et qui expliquent soit son refus, soit sa surexploitation : il faut restituer le concept de système à sa simplicité. Le système n'est qu'une hypothèse sur l'existence de telle ou telle relation entre deux ou plusieurs éléments. A partir de cette conception du « système comme théorie », il sera possible de parvenir à une notion d'espace juridique partiellement différente de celles qui ont été jusqu'ici proposées en doctrine. Le concept de système n'exclut pas celui d'espace : le premier servira plutôt de base pour imaginer la structure du second.

Commençons par dégager deux idées élémentaires de l'étymologie de « système ». Le mot dérive du grec *systema*, union de la particule *syn-* (avec, ensemble) et du verbe *stenai* (placer, être, demeurer)²⁶. Or, cette idée d'éléments qui forment un ensemble en appelle par opposition une autre : celle d'éléments qui n'en constituent pas un. Cela suffit pour poser la problématique du rapport entre le système et son environnement. En même temps, vient à l'esprit la projection spatiale de cette idée : le système fractionne l'espace dans une région intérieure, où s'abritent les éléments formant le système, et une région extérieure, où se trouve tout ce qui lui est étranger.

La seconde idée élémentaire, qui est aussi la plus fondamentale, est celle de *relation*. Le système n'étant qu'un espace de relations, on ne saurait en définir les bornes sans avoir préalablement établi quelle(s) relation(s) on considère comme pertinente(s) à cette fin. Cela ne revient pas à réduire le concept de système à quelque chose de purement subjectif, ce qui le rendrait finalement inutile. Au contraire, on peut penser au rapport entre ce concept et un ensemble d'objets quelconques comme aux liens que la théorie entretient avec la réalité. La première opère toujours sur la base d'un « filtrage » de la seconde. L'observation suggère au théoricien les éléments à prendre en considération (c'est l'insondabilité du réel qui impose cette démarche fort sélective). Il formulera ensuite des hypothèses au sujet des relations existant entre les objets qu'il a pris en compte. Ainsi, composera-t-il une théorie, dont le succès (ou l'échec) dépendront essentiellement de sa simplicité et de son pouvoir explicatif.

Le modèle conceptuel qu'on va esquisser n'est qu'un *patchwork* des différentes manières de représenter le droit comme « système » ou « ordre ». Ces représentations sont bien connues de tout juriste. Notre point de départ est la distinction kelsenienne entre théories dynamique et statique du droit. On sait bien qu'en se plaçant dans cette double perspective, l'on parvient à représenter l'ordre juridique tel « un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée ... d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »²⁷. On peut filmer cet édifice lorsqu'il est en construction : c'est le point de vue de la théorie dynamique. Elle vise l'engendrement des normes à partir d'autres normes qui, hiérarchiquement supérieures, habilitent cette création. On peut également en prendre un instantané : on en obtiendra l'image d'un droit « à l'état de repos, comme un système de normes en vigueur »²⁸.

Quelle que soit la perspective adoptée, l'unité de l'ordre juridique sera assurée en postulant l'existence d'une norme fondamentale dont toutes les autres auront tiré, directement ou

²⁵ La « jurisprudence analytique » (entendue au sens large) avait pris le concept de système très sérieusement. A son propos, H.L.A. HART écrivait : « there is a good deal of unfinished business for analytical jurisprudence still to tackle, and this unfinished business includes a still much needed clarification of the meaning of the common assertion that laws belong to a *system* of law, and an account of the criteria for determining the system to which given laws belong, and what individuates one system from another » (*op. cit.*, p. 310, souligné dans l'original). On sait bien que le défi fut relevé par J. Raz, élève de Hart, dans son ouvrage *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal systems*, Clarendon, 1970. Toutefois, dans ses écrits, Raz ne se réfère presque jamais au droit international. Le même constat s'applique au bel ouvrage de M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988. Voir aussi M. TROPER, « Système juridique et État », *Archives de philosophie du droit*, 1986, pp. 29-44, p. 29, qui entendait « apporter un commencement de réponse à une question relativement simple : « à quels traits reconnaît-on qu'on est en présence d'un système juridique ? » (*en entendant par « système juridique », un système juridique interne*) » (souligné par nous).

²⁶ Voir M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto. Volume 1 : Dalle origini alla scuola storica*, Giuffrè, 2002, p. 1.

²⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 299.

²⁸ *Ibidem*, p. 96.

indirectement, leur validité formelle²⁹. Comme le dit Kelsen, « dans la théorie statique du droit, les normes se projettent dans les normes inférieures dont elles deviennent des éléments »³⁰. La théorie dynamique nous montre une construction étagée (en train de se faire), tandis que la théorie statique nous fait voir des normes figées et disposées en rayons. Dans le premier cas, l'unité est due à l'existence d'une base commune ; dans le second, à celle d'un centre de rayonnement unique. En ce sens, comme l'a observé M. Troper, les théories dynamique et statique ne sont, à l'intérieur de la doctrine kelsenienne, que « deux points de vue » sur le même objet, « deux manières d'appréhender l'ordre juridique »³¹. Quel rapport peuvent-elles entretenir avec le concept de système ? Un début de réponse à cette question peut être recherché dans la réélaboration de la distinction kelsenienne qu'a proposée G. Timsit³².

Selon cet auteur, on peut parler de « dualité *du* système normatif considéré dans ses deux éléments constitutifs : un ordre normatif proprement dit (On), système hiérarchisé d'engendrement des normes fondé sur l'existence d'une relation hiérarchique ou relation d'ordre entre normes, et un espace normatif (En), système d'appartenance ou d'inclusion des normes dans un ensemble non hiérarchisé »³³. D'après G. Timsit, cette représentation « stéréoscopique » du système juridique (« On + En ») est nécessaire : « Il est impossible de caractériser un système de droit par la seule référence à l'On – le procès de création du droit – sans savoir quel droit est ainsi créé ; ou par la seule référence à l'En – le droit créé – sans savoir par qui, comment et dans quelles conditions il est créé »³⁴.

Par la suite, nous retiendrons le concept d'ordre pour désigner *un mode d'identification du système juridique*. En même temps, nous exploiterons le concept d'espace en raison de l'immédiateté avec laquelle il rend l'idée de l'« étendue » du système juridique. Mais notre adhésion aux thèses « timsitiennes » s'arrête ici car on ne saurait rendre compte de certains phénomènes propres au droit international sans modifier et enrichir le concept d'espace tel que G. Timsit l'a défini.

Selon la conception défendue par Timsit, l'espace n'est qu'une projection de l'ordre : le premier se répand au fur et à mesure que le second l'engendre. Nous pensons au contraire qu'il serait utile d'introduire un certain décalage entre ces deux concepts. C'est pourquoi nous risquons-nous à redéfinir le concept d'espace juridique autour de l'idée de « prise en compte » : appartient à l'espace juridique tout ce que l'ordre prend en compte lorsqu'il engendre ses normes (en retenant une acception large d'engendrement, c'est-à-dire compréhensive des interprétations que les juges du système donnent de ses normes). Ainsi entendu, l'espace juridique déborde les marges définies par l'ensemble des normes que le système a produit à partir de sa norme fondamentale. Il pourra aussi inclure des normes engendrées ailleurs, c'est-à-dire par un autre système, mais encore des éléments non-normatifs, tels des faits ou situations qui, surgissant à l'horizon du système, semblent demander une réaction de sa part. On a désormais franchi les bornes d'un normativisme quelque peu désincarné. Il faut faire maintenant un pas supplémentaire dans cette direction, en puisant cette fois dans la tradition institutionnaliste.

De cette tradition, on tirera un *second mode d'identification d'un système juridique*. A la différence du premier, qui met en exergue les relations entre normes engendrées à partir d'une seule norme fondamentale, le second s'appuie sur l'idée de *base sociale* (que le critère d'effectivité présuppose). P.-M. Dupuy rend très bien cette idée lorsqu'il définit le concept d'ordre juridique comme « organisation d'un système plus ou moins complexe de normes et d'institutions destinées à s'appliquer effectivement aux sujets constitutifs d'une communauté déterminée »³⁵. Selon cet auteur, chantre éminent de l'unité de l'ordre juridique international,

²⁹ *Ibidem*, p. 273 : « Parce qu'elle est le fondement de validité de toutes les normes qui appartiennent à un seul et même ordre juridique, la norme fondamentale assure l'unité de ces normes dans leur pluralité ».

³⁰ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, L.G.D.J., 1997, p. 198.

³¹ M. TROPER, « La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amselek », *Revue du droit public*, 1978, p. 1528.

³² Voir G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, 1986, pp. 17-27.

³³ *Ibidem*, p. 25.

³⁴ *Ibidem*, p. 69.

³⁵ P.-M. DUPUY, *op. cit.*, p. 66.

c'est précisément l'existence d'une communauté internationale qui autorise à parler d'un ordre juridique international en dépit de son apparente fragmentation. A l'appui de sa thèse, P.-M. Dupuy cite S. Romano. D'après cet auteur, il faut « chercher (le droit international) dans l'institution en laquelle se concrétise la communauté elle-même plutôt que dans les normes résultants d'accords particuliers »³⁶. Mais l'image que le juriste italien donnait du rapport entre le droit international et la communauté qu'il régit était beaucoup plus contrastée de celle que P.-M. Dupuy veut transmettre. On peut en fait lire dans l'ouvrage classique du premier : « nous pouvons nous dispenser de décider si cette communauté doit être prise au sens large, c'est-à-dire si elle est unique et qu'y participe la généralité des États, ou si au contraire il existe autant des communautés que de groupes, diversement imbriqués d'ailleurs, que forment les États entre lesquels un droit international particulier s'établit »³⁷. Nous nous rangeons à cette thèse « agnostique » quant à l'existence d'un système juridique international qui engloberait tout sous-système dont l'existence est déterminable selon notre double mode d'identification. D'ailleurs, nul ne nie vraiment l'existence d'une pluralité de (sous-)systèmes juridiques internationaux.

Ceci dit, on définira le mode d'identification selon la base sociale comme suit : font système toutes les normes internationales en vigueur entre deux ou plusieurs sujets de droit international (leur base sociale), pourvu que cet ensemble de normes ne soit pas identique à un autre dont la base sociale est plus large. Les implications de cette définition peuvent être illustrées au moyen d'un exemple.

Soient A, B, C, D , quatre Etats qui ont tous ratifié le traité t_1 . Un second traité multilatéral, t_2 , lie A, B et C . A et B sont aussi liés par un traité bilatéral t_3 , tandis que C et D sont les seules parties au traité t_4 . Soit c le droit international général, on obtient quatre systèmes :

$$\begin{array}{ll} \text{(I)} & S_{(AB)} = c + t_1 + t_2 + t_3 \\ \text{(II)} & S_{(CD)} = c + t_1 + t_4 \\ \text{(III)} & S_{(ABC)} = c + t_1 + t_2 \\ \text{(IV)} & S_{(ABCD)} = c + t_1 \end{array}$$

Dans ce schéma, le système doté de la base sociale plus large (IV), qui est aussi le moins « dense » du point de vue normatif, sera dénommé « système premier ». Un système défini selon sa base sociale est premier si les relations entre ses sujets ne sont réglées que par le droit international général et, à côté de celui-ci, par un seul système conventionnel au maximum (« systèmes » au sens de notre premier mode d'identification). Si elle existait, la « communauté internationale » constituerait alors le premier des systèmes premiers et aussi le moins dense du point de vue normatif :

$$S_{(CI)} = c$$

Le droit de l'OMC et la CMB constituent des systèmes premiers :

$$S_{(OMC)} = c + t_{OMC} \quad S_{(CMB)} = c + t_{CMB}$$

Mais il existe aussi un système normativement plus dense dont la base sociale est constituée par les sujets qui sont à la fois parties à la CMB et membres de l'OMC :

$$S_{(OMC \cap CMB)} = c + t_{OMC} + t_{CMB}$$

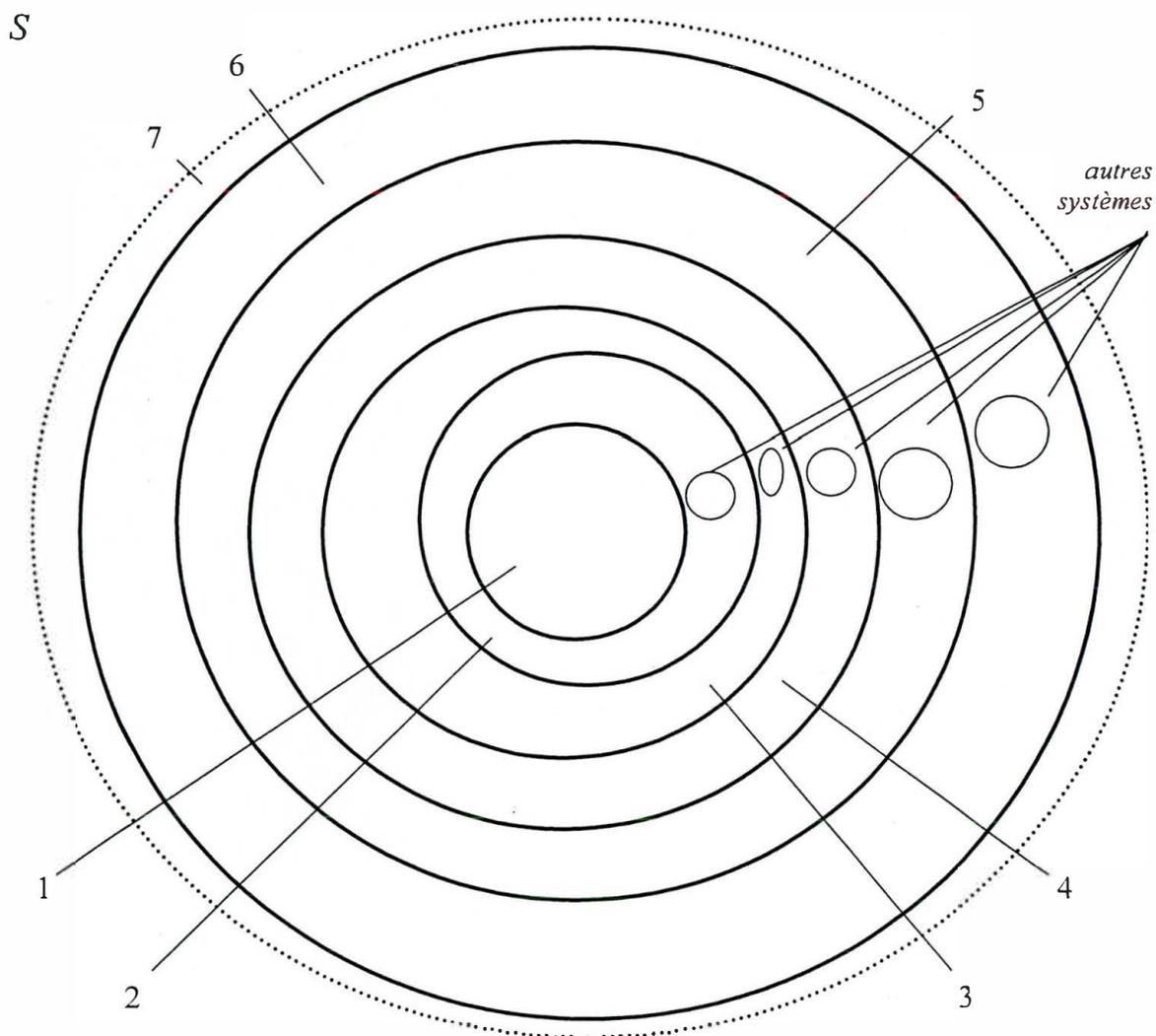
En combinant nos deux modes d'identification des systèmes, on est finalement à même de construire un concept unifié de système en tant qu'espace de relations. Cet espace se subdivise en sept dimensions ou couches concentriques. Procédant du centre vers la « périphérie » :

1. la première est celle des normes « engendrées », soit celles qui peuvent se ramener, directement ou indirectement, à la norme fondamentale du système S (typiquement, un traité institutif).

³⁶ Cité par DUPUY, *op. cit.*, p. 73, n.b.p. 107).

³⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 3^{ème} éd., Sansoni, Florence, 1977, trad. fr. *L'ordre juridique*, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 39.

2. La deuxième comprend toute norme non engendrée par S mais dont le champ d'application *ratione personarum* englobe, ou à la limite coïncide avec, la base sociale de S .
3. La troisième inclut toute norme dont la base sociale *est* un sous-ensemble de la base sociale de S .
4. La quatrième inclut toute norme dont la base sociale *comprend* un sous-ensemble de la base sociale de S .
5. La cinquième est constituée par toute norme dont la base sociale n'a qu'un seul élément en commun avec celle de S .
6. La sixième contient toutes les normes dont la base sociale n'a aucun élément en commun avec celle de S .
7. La septième est la couche des « faits sociaux », la dimension pré- ou extra-normative que le système peut être appelé à prendre en compte.



Ceci n'est pas l'image d'un système *et* de son environnement, mais plutôt celle d'un système en tant qu'espace. Chaque système projette son propre espace à sept dimensions. Il ne faut pas s'imaginer les systèmes comme s'ils étaient tous noyés dans le même « bouillon » de normes et faits, car les unes et les autres ne sont que la représentation qu'on se fait à l'intérieur d'un système. De plus, ce n'est pas le système lui-même qui exprime un point de vue – impersonnel et unitaire – sur son espace : le système est un lieu d'où (ou vers lequel) on jette des regards

divers, plus ou moins panoramiques, perçants, autorisés, ou descendant d'une autorité ayant un certain « droit de regard » sur le système (législateur, juge, etc.). Cette conception du système comme espace n'est pas sans évoquer la notion de « champ » souvent employée dans les travaux de P. Bourdieu et de son école. Tout comme un champ, sorte de microcosme social, ne jouit que d'une autonomie relative par rapport aux autres champs sociaux, un système juridique, lui aussi microcosme social mais orienté vers la pratique juridique, n'est pas sans relations avec les autres systèmes du même type : chaque système apparaîtra dans les champs visuels des autres comme dans un jeu de réfractions croisées.

Dans la représentation qu'on vient de donner d'un système-espace international, les autres systèmes internationaux ($S_1, S_2, S_3 \dots S_n$) apparaissent inscrits dans telle ou telle dimension (plus ou moins éloignée du centre du champ visuel) *selon le type et l'entité de l'intersection de leurs bases sociales respectives avec celle du système-espace ainsi représenté (S)*. Les liens entre S et les autres systèmes – liens qui seront représentés par des flèches (voir *infra*) – se nouent grâce à la mise en œuvre de onze techniques de prise en compte :

- a. exception
- b. harmonisation
- c. subsomption
- d. renvoi
- e. incorporation
- f. interprétation hypertextuelle obligatoire (art. 31 §3 c) de la Convention de Vienne)
- g. interprétation hypertextuelle « libre »
- h. interprétation conforme
- i. contre-mesures « chevauchantes »
- j. régulation de l'ampleur et du degré d'exclusivité de la juridiction
- k. application des principes réglant les conflits de normes

Les définitions et les illustrations qu'on donnera ici de ces techniques cherchent surtout à établir l'autonomie de chaque TPC par rapport aux autres mais aussi leurs possibles interactions et combinaisons.

A. Exception

La technique de l'exception est largement utilisée, principalement par les systèmes de libéralisation des échanges, afin de permettre la prise en compte des préoccupations environnementales. En effet, dans les systèmes juridiques dans le cadre desquels la mise en œuvre de mesures environnementales peut heurter les principes du libre échange (Union européenne, OMC), on peut remarquer un usage de la même technique de l'exception et des formules quasiment identiques pour permettre la prise en compte des préoccupations environnementales face aux obligations de libéralisation commerciale (respectivement article 30 du Traité CE et article XX du GATT). Cette technique est aussi employée dans d'autres systèmes régionaux (ALENA, Mercosur, etc.). Conformément à son sens étymologique (*ex capere* désigne ce qui « est hors de prise »), l'exception permet en principe de mettre en échec les conséquences juridiques normalement applicables au non-respect des obligations commerciales de fond. Sur la base de cette analyse liminaire, la réception du droit international de l'environnement serait opérée par effacement de la force contraignante des obligations commerciales³⁸.

B. Harmonisation

Le mot est évidemment tiré du vocabulaire du droit communautaire, où il désigne tout acte législatif ou réglementaire établissant des règles communes. En droit communautaire, l'harmonisation est, à l'origine, fonctionnelle à la création d'un marché unique où les produits et les facteurs de production puissent circuler librement malgré la diversité des législations

³⁸ Voir *infra*, Ch. 2 et 4.

nationales. L'harmonisation n'affectait alors le droit de l'environnement que de manière incidente, c'est-à-dire seulement dans la mesure où l'uniformisation des règles pertinentes servait à la création d'un marché unique de niveau continental³⁹. A partir de l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen, à cette harmonisation « marchande » s'en est ajoutée une autre, pour laquelle la protection de l'environnement constitue en principe une fin indépendante⁴⁰. A la différence du premier, ce type d'harmonisation ne comporte en soi ni un nivellement des standards environnementaux adoptés au niveau national, ni une « suspension » de la compétence des Etats membres en la matière : au sens de l'article 176 du Traité CE, les normes arrêtées par le législateur communautaire « ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque Etat membre, de mesures de protection renforcées ». Ces dernières doivent néanmoins être compatibles avec le Traité CE, c'est-à-dire que lorsqu'elles constituent une entrave aux échanges au sens de la jurisprudence *Dassonville*, elles doivent se justifier au titre de l'exception prévue à l'article 30 CE ou en tant qu'expressions d'une exigence impérative (*Cassis de Dijon*). L'harmonisation « marchande » comporte au contraire l'éclipse de l'« exception ordinaire », en ce sens que les Etats ne peuvent y déroger *in melius* que s'ils respectent les conditions beaucoup plus restrictives prévues aux paragraphes 4 à 10 de l'article 95 CE.

Si donc l'harmonisation est avant tout le fait du législateur du système, on en donnera ici une définition plus large, pour y inclure le fait du « constituant » du système : ce sont les normes en matière d'environnement qu'on trouve dans le(s) traité(s) servant de base au système. Cet élargissement du concept est nécessaire pour rendre compte à la fois de la présence d'un volet environnemental plus ou moins important dans les systèmes « sans législateur » (comme celui de la CMB) et de la possibilité qu'à défaut de législateur, ces systèmes engendrent de nouvelles normes environnementales moyennant une révision du traité originaire. Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, son texte plutôt daté ne fait aucune référence à l'environnement, mais cela ne l'empêche pas de produire d'ores et déjà un « effet harmonisant » sur les droits des Etats parties. Toutefois, comme on le verra plus loin, cet effet résulte de l'application d'une autre TPC (*subsumption*). L'Accord instituant l'OMC et ses nombreuses annexes ne contiennent de même aucune norme environnementale relevant du concept d'harmonisation. L'article XX (b), (g) du GATT, tout comme l'article 2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'article 2 de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et l'article 8 § 2(c) de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, n'imposent aux membres de l'OMC aucune *obligation*. Ces dispositions s'analysent plutôt comme des « exceptions » permettant à chaque membre de l'organisation de poursuivre sa propre politique environnementale. Leur effet « harmonisant » est alors presque nul. Le préambule de l'Accord instituant l'OMC s'inscrit dans la même logique lorsqu'il proclame, dans son 1^{er} alinéa, que « l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif du développement durable » est, *du point de vue du droit de l'OMC*, simplement *permise*. Mais, en droit de l'OMC, on peut trouver aussi un embryon singulier d'harmonisation.

Le concept est explicitement mentionné à l'article 3 :1 de l'Accord SPS : « Afin d'harmoniser le plus largement possible les mesures (SPS), les membres établiront leurs mesures (SPS) sur la base de normes, directives ou recommandations internationales ». S'il est prévu que ces standards internationaux soient émis par des organisations indépendantes de l'OMC (Commission du *Codex Alimentarius*, de l'Organisation mondiale pour la santé animale et des organisations internationales et régionales opérant dans le cadre de la Convention internationale pour la protection des végétaux⁴¹), l'article 3 :4 de l'Accord SPS dispose que les membres « participeront pleinement, dans les limites de leurs ressources », aux activités des organisations internationales compétentes dans le domaine de la protection sanitaire et phytosanitaire. Tout se passe comme si les membres de l'OMC avaient délégué l'exercice d'une fonction législative à d'autres organisations internationales, tout en prévoyant d'exercer une influence prépondérante

³⁹ Voir articles 94 et 95 du Traité CE dans sa version actuelle.

⁴⁰ Voir articles 174 et 175 du Traité CE dans sa version actuelle.

⁴¹ Voir Annexe A, § 3 de l'Accord SPS.

au sein de ces dernières. Or, aux termes de l'article 3 :3, l'obligation de ne procéder à l'adoption d'une mesure SPS que sur la base des standards internationaux peut être écartée par tout membre désirant « introduire ou maintenir des mesures ... qui entraînent un niveau de protection ... plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées (sur lesdits standards) ». L'Accord SPS semble alors avoir introduit une forme d'harmonisation calquée sur celle que prévoit l'article 175 du Traité CE. Il s'agit toutefois d'une harmonisation « impure », car l'obligation de prendre un standard international comme base pour l'adoption d'une mesure SPS n'équivaut pas à une imposition de s'y conformer, selon l'interprétation que l'Organe d'appel a donné de l'article 3 dans l'affaire des *Hormones*.

On doit encore spécifier que notre concept d'harmonisation n'impose aucune restriction quant au degré de précision de la norme édictée. On peut parler d'harmonisation même lorsque la règle en question se borne à imposer une conduite conforme à un standard aussi vague que celui de développement durable⁴².

C. *Subsorption*

A la différence de l'exception, la technique de la subsorption ne procède pas d'une reconnaissance explicite de la protection de l'environnement comme valeur appartenant à l'espace juridique. Cette technique revêt une importance singulière dans les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme. En effet, bien qu'on parle souvent et depuis des années d'un droit individuel à l'environnement, il n'en reste pas moins que ce droit n'est presque jamais inscrit dans les principaux instruments du droit international des droits de l'homme. Cependant, ce manque de reconnaissance explicite n'a pas empêché les juridictions, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme, de dériver des « fragments » d'un droit à l'environnement à partir des droits de l'homme expressément visés par lesdits instruments : on songe, de façon non exclusive, aux droits à la santé et à la vie privée et familiale, mais aussi au droit « procédural » d'être informé des conditions de l'environnement dans lequel on vit. La subsorption n'est qu'une technique interprétative dont la mise en œuvre est rendue possible à partir de la texture extrêmement ouverte de certains concepts du droit international des droits de l'homme⁴³.

D. *Renvoi*

La prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux peut être imposée ou permise par une norme renvoyant l'opérateur juridique situé dans un système à une ou plusieurs règles ou standards engendrés par un autre système. Le renvoi est soit « fixe », lorsqu'il vise une norme extra-systémique existante à un moment donné, soit « mobile », s'il pointe vers une norme sur la production juridique appartenant à un autre système. Cette distinction s'estompe, toutefois, dès qu'on fait le départ entre l'énoncé normatif, par hypothèse demeurant intact, et la norme résultant de son interprétation, qui est au contraire susceptible d'évoluer selon les changements que subit son espace de référence. Le renvoi, surtout s'il est mobile, peut être associé à un dispositif de filtrage visant à préserver l'« intégrité » du système récepteur. Composantes d'une sorte d'ordre public, les limites au renvoi peuvent être de nature substantielle ou formelle. Dans le second cas, la réception de la norme peut dépendre du fait qu'elle a été acceptée par une majorité plus large que celle qui a suffi pour son adoption selon les règles du système d'origine. C'est ce que la CE avait demandé à l'Organe d'appel de dire dans l'affaire des *Sardines*. D'après la CE, le droit de l'OMC aurait dû être interprété de façon à exclure tout standard international n'ayant pas été adopté par *consensus* dans l'enceinte d'une autre organisation. Autrement dit, la CE invoquait la « superposition » d'une règle décisionnelle consacrée par la pratique du GATT puis de l'OMC à celles qui, à l'extérieur de l'OMC, gouvernent l'adoption des standards auxquels l'Accord OTC fait cependant renvoi. L'estimant contraire à la lettre de

⁴² Voir *infra*, Ch. 5 et 10.

⁴³ Voir *infra*, Ch. 11.

cet accord, l'Organe d'appel n'a pas accédé à la demande de la CE⁴⁴. Cette interprétation avait pourtant obtenu la sanction politique du Comité OTC, qui voyait en elle un antidote contre l'affermissement éventuel d'intérêts minoritaires au sein de l'OMC par la voie détournée des procédures de standardisation extra-systémiques⁴⁵.

La technique du renvoi opère toujours en combinaison avec d'autres TPC. On a déjà pu constater comment le renvoi que l'Accord SPS fait aux standards internationaux se trouve au cœur d'un mécanisme d'harmonisation embryonnaire. Dans ce cas, le renvoi ne vise pas une norme primaire destinée à régler les comportements des membres de l'OMC, mais une norme secondaire qui autorise certains organismes internationaux à délibérer sur des standards *non contraignants* relevant du champ d'application de l'Accord SPS. C'est alors le droit de l'OMC qui confère aux standards ainsi identifiés une dimension juridique nouvelle, notamment lorsqu'il impose de se reporter à eux pour déterminer le contenu de l'obligation de formuler toute mesure SPS sur la base des standards internationaux pertinents⁴⁶.

Le renvoi peut également se combiner avec la technique de l'exception. Au cas où l'exception environnementale ne justifie que des mesures dont l'adoption est permise en vertu des normes externes auxquelles le système fait renvoi, on parlera d'exception « clôturée » par le renvoi. Si ces normes se limitent, par contre, à indiquer des comportements admissibles sur la base de l'exception, sans pour autant saturer son champ d'application, on parlera plutôt d'exception partiellement concrétisée au moyen d'un renvoi. On doit maintenant essayer de distinguer le renvoi d'une TPC qui lui est assez proche : l'incorporation.

E. Incorporation

La figure de l'incorporation est tirée de la pratique suivie par la CE lorsqu'elle conclut des accords internationaux (p. ex. : incorporation dans l'ordre juridique communautaire des Accords de l'OMC ou de la CMB). A la différence du renvoi, l'incorporation peut entraîner une réécriture de la norme à l'intérieur du système (p. ex. : la traduction de la norme dans la langue ou les langues officielles du système) et, sur le plan de la validité, une autonomisation de la norme incorporée par rapport à la norme externe qui lui a servi de modèle (la première pourrait survivre à l'extinction de la seconde). Au niveau de l'interprétation, on pourrait distinguer, quoique de façon moins nette, entre interprétation selon les règles du système auquel la norme appartient, qui serait caractéristique du renvoi, et interprétation selon les règles du système incorporant. En outre, comme le montre l'affaire *MOX*, le recours à la technique de l'incorporation peut se répercuter sur le plan juridictionnel (en l'occurrence, prohibition de saisir une juridiction externe autrement compétente pour interpréter la norme externe incorporée)⁴⁷. Enfin, dès lors que la norme externe impose une obligation au système qui y fait renvoi ou l'incorpore, le principe suivant lequel la norme interne doit être interprétée, dans toute la mesure du possible, de façon à la rendre conforme à la norme externe, n'a pas de sens si cette dernière fait l'objet d'un renvoi, tandis que le même principe garde toute son importance en cas d'incorporation.

F. Interprétation hypertextuelle « obligatoire »

Son emploi est prescrit par une règle générale de droit coutumier relative à l'interprétation des traités : l'article 31 § 3 c) de la CVDT, aux termes duquel l'interprète tient compte « en même temps que du contexte ... de toute règle pertinente de droit international applicable entre les

⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel : *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002, § 227.

⁴⁵ Voir le rapport du Groupe spécial du 29 mai 2002 relatif à la même affaire, § 7.91. Cf. J. CAZALA, « Les renvois opérés par le droit de l'Organisation mondiale du commerce à des instruments extérieurs à l'organisation », *Revue belge de droit international*, 2005, p. 537.

⁴⁶ On est donc en présence d'un « renvoi non réceptif » (*rinvio non ricettizio*) selon la distinction formulée par G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, CEDAM, 1967, pp. 79-82. Cf. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 972.

⁴⁷ Voir *infra*, Ch. 8.

parties ». Apparemment conçue comme gage de la cohérence de l'ordre juridique international, véritable « passerelle » entre espaces juridiques différents, l'article 31 § 3 (c) soulève pourtant lui-même des problèmes d'interprétation. Par exemple : que faut-il entendre pour « parties » : les parties à l'instance ou bien la généralité des parties au traité à interpréter ou encore leur totalité ? Comment apprécie-t-on la « pertinence » d'une règle externe au système ? Ces questions seront approfondies dans le Chapitre 3.

G. Interprétation hypertextuelle « libre »

Dans la pratique judiciaire internationale, on constate aussi des emprunts normatifs moins « formalisés », qui peuvent se ramener à l'idée de *mimétisme législatif ou judiciaire*, un mimétisme qui n'opère pas nécessairement en tant que facteur d'homogénéisation, mais relève plutôt d'une logique complexe où reproduction et transformation coexistent.

Les différences qui séparent le mimétisme et l'interprétation selon l'article 31 § 3 c) sont à tel point significatives qu'il est justifié de les traiter comme des TPC autonomes. La première différence tient à ce que l'interprétation « 31 § 3 c) » fait l'objet d'une obligation, tandis que le mimétisme dénote une technique de prise en compte moins « contrainte », qui relève au fond d'une interprétation selon le sens ordinaire des mots d'un traité, qui peut être éclairci à partir d'éléments « extérieurs », tel l'usage que font les Etats de certains termes.

En outre, le mimétisme, d'une part, et l'interprétation « 31 § 3 c) », d'autre part, entrent dans les processus interprétatifs à des niveaux différents. La seconde est régie par une règle complexe qui, elle-même, s'interprète suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Le premier dépend d'une règle qui, *stricto sensu*, ne s'interprète pas mais dirige directement l'interprète vers son objet. A tout le moins, il faut concéder que l'article 31 § 3 c) requiert une exégèse préalable d'une complexité qui n'est pas comparable à celle requise en amont d'une interprétation (con)textuelle. Les tâtonnements du Groupe spécial dans l'affaire des *OGM*, lorsqu'il se livre à la recherche du sens à donner au terme « parties », tout comme son interprétation de ce terme, sans précédent et peut-être contestable, le montrent fort bien. Appelé à établir ce qu'il fallait entendre par « parties » au sens de l'article 31 § 3 c), le Groupe spécial a répondu que ce sont « toutes les parties » au traité à interpréter, et non les seules « parties au différend ».

Le Groupe d'étude sur la fragmentation établi au sein de la Commission du droit international a exprimé un avis divergent : « Comme l'identité exacte des parties à la plupart des conventions internationales importantes est peu probable, il y aurait fort peu de chances que l'on puisse recourir d'une façon ou d'une autre au droit international conventionnel pour interpréter ces conventions. Curieusement, cela aurait pour effet que plus le nombre de parties à un traité multilatéral comme les accords visés de l'OMC s'accroît, plus ces traités seraient retranchés du reste du droit international. Dans la pratique, il s'ensuivrait que les accords multilatéraux se retrouveraient isolés comme autant d'îles n'autorisant aucune référence *inter se* dans leur application »⁴⁸.

Mais on peut aussi penser que la décision du Groupe spécial s'inscrit dans une stratégie judiciaire tendant à privilégier une interprétation uniforme du droit de l'OMC (ce qui ne manque pas d'évoquer par analogie la posture adoptée, il y a longtemps, par la CJCE). A condition de ne pas être contrecarré par les membres, ce « coup » entraînerait, à l'intérieur, un renforcement de l'organisation et en particulier de son juge ; à l'extérieur, il produirait un effet « englobant » et même de « hiérarchisation », où les flux interprétatifs « obligatoires » se propageraient de façon unidirectionnelle, des systèmes plus généraux (englobants *ratione personarum*) vers les systèmes à participation plus restreinte (englobés).

Tout cela pour dire que la technique de l'interprétation « 31 § 3 c) » est susceptible d'interprétations et d'utilisations différentes de système à système, selon leurs propres finalités, dynamiques internes, contraintes externes et stratégies. En ce sens, la règle sous-jacente à cette

⁴⁸ Rapport sur la fragmentation, § 471.

technique peut même faire l'objet d'une interprétation mimétique. On peut aussi douter que le droit international général impose déjà *une* solution, dans la mesure où la pratique n'en est qu'à ses débuts⁴⁹.

H. *Interprétation conforme*

Le principe de l'interprétation conforme (à une obligation internationale), déjà mentionné, paraît irréductible aux autres techniques de prise en compte. En particulier, il ne peut se réduire à une forme de mimétisme. Le juge peut « imiter » afin d'obtenir un effet de mise en conformité, mais il sera obligé de le faire dès lors que le système auquel il appartient prévoit le principe susvisé. Obligatoire comme l'interprétation « 31 § 3 c) », elle ne saurait être confondue avec celle-ci. L'interprétation « 31 § 3 c) » présuppose l'existence d'une règle liant les parties au traité à interpréter – typiquement, les sujets « liés » seront membres de l'organisation internationale dont l'interprète est un organe – tandis que l'interprétation conforme est déclenchée par l'existence d'une obligation pesant sur l'organisation internationale elle-même.

I. *Contre-mesures « chevauchantes »*

Si un système permet la violation de ses normes à titre de contre-mesure pour répondre à la violation d'une obligation environnementale découlant d'une norme externe au système, d'une certaine manière, il prend en compte des intérêts et valeurs environnementaux tels que « codifiés » à l'extérieur du système. Bien qu'elle ne concerne pas le droit de l'environnement, l'affaire *Mexique – Boissons sans alcool*, jugée à l'OMC, montre très bien cette possibilité. Dans cette affaire, le Mexique prétendait que les mesures litigieuses, contraires à l'article III du GATT, se justifiaient en tant que contre-mesures visant à faire cesser des violations de l'ALENA de la part des Etats-Unis. Le Mexique s'est appuyé exclusivement sur l'article XX d) du GATT, mais il aurait pu se fonder aussi sur le droit international général. Les arguments du Mexique au titre de l'article XX d) n'ont persuadé ni le Groupe spécial ni l'Organe d'appel. Mais ceux-ci n'étaient pas obligés de répondre à la question de savoir si les mesures litigieuses pouvaient se justifier sur la base du droit international général.

J. *Régulation de l'ampleur et du degré d'exclusivité de la juridiction*

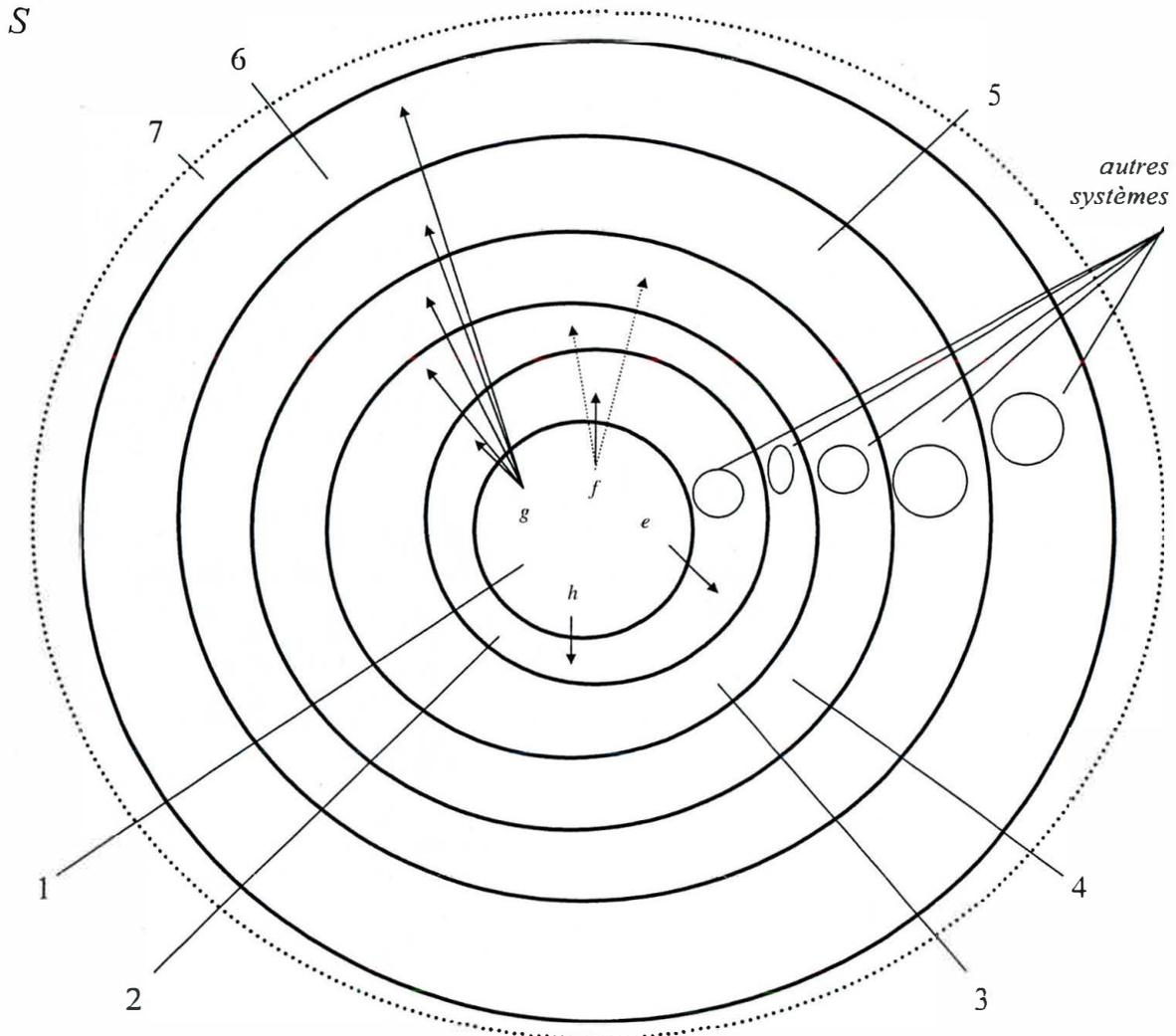
Dans la même affaire, l'Organe d'appel, dans un *obiter dictum*, a affirmé que, même si l'interprétation que le Mexique donnait de l'article XX d) était exacte, la question de savoir si une violation d'une norme externe au système (en l'occurrence, certaines dispositions de l'ALENA) s'était ou non produite échappait de toute façon à la juridiction de l'OMC. L'affaire *Mexique – Boissons sans alcool* suscite alors l'observation suivante : si un système étend sa juridiction à une norme environnementale externe, s'il peut (ou s'empare de la prérogative de) dire le droit de l'environnement en dehors du système, il met en œuvre une technique de prise en compte. La (auto)régulation de l'ampleur de la juridiction paraît un facteur important des dynamiques intersystémiques.

K. *Application des principes réglant les conflits de normes*

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. Cette question est analysée dans le Chapitre 2.

⁴⁹ Cf. *infra*, Ch. 3.

Le comportement des techniques de prise en compte peut être illustré en utilisant le diagramme du système-espace comme toile de fond. Si le diagramme représente la *structure du système-espace*, la « disposition » des TPC – autant de flèches différemment ordonnées et orientées à l’intérieur de cette espace – représente la *dynamique du système-espace*. A titre *purement illustratif*, on montre ci-dessous la disposition de l’interprétation hypertextuelle « obligatoire » (*f*), celle de l’interprétation hypertextuelle « libre » (*g*), celle de l’interprétation conforme (*h*) et celle de l’incorporation (*e*). Le trait discontinu indique que la pertinence de la TPC en question demeure incertaine.



Chapitre 2 – Résolution ou prévention des conflits normatifs en droit international de l’environnement

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. Ces normes peuvent s’ignorer mutuellement et s’avérer en contradiction les unes des autres.

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 international⁵⁰. 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. Tant ses modalités que son principe même peuvent être discutés. Or, il n'est pas exclu que la réception d'une même norme environnementale par différents systèmes normatifs soit variable au point que la teneur juridique donnée dans ces cadres à la dite norme environnementale soit tout simplement différente. Selon cette hypothèse, la circulation de ces règles et principes signifierait alors éventuellement leur singularisation ou leur altération. Pis encore, eu égard aux fondements antagonistes que peuvent avoir les réglementations environnementales restrictives, d'une part, et les autres réglementations plus permissives, d'autre part, la circulation des règles environnementales peut s'avérer impossible ou être refusée explicitement ou implicitement tant la contradiction serait forte entre ces réglementations.

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 question n'est pas nouvelle et 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. Pourtant, si ces règles existent, elles semblent d'une opérabilité limitée pour pleinement résoudre ces conflits (A). Dès lors, pour asseoir une circulation plus efficace des normes et principes environnementaux, il importe moins de se tourner vers la recherche de la résolution de ces conflits que vers la détermination, certes difficile, des moyens de leur prévention (B).

A. L'opérabilité limitée des règles de résolution des conflits normatifs

Il est habituel, en droit interne, de se référer à la hiérarchie des normes pour résoudre les conflits normatifs mais le droit international reste encore dépourvu de hiérarchie, n'en déplaise aux promoteurs du *jus cogens*. Indépendamment donc de cela, les conflits éventuels peuvent en principe trouver une solution grâce aux règles promues par le droit international général, règles réputées être énoncées par la CVDT, notamment en ses articles 30 et 41⁵¹. Ces règles sont clairement marquées de l'empreinte des adages *Lex posterior derogat lege priori* et *Lex specialis derogat lege generali*.

L'article 30 s'en remet initialement et fort logiquement à la volonté des parties : le traité subordonné à un autre par la volonté des parties ne s'applique qu'en cas de compatibilité avec le traité supérieur. Mais de très nombreux traités restent silencieux. Dans ces cas, l'article 30 distingue en ses paragraphes 3 et 4 selon que le cercle des parties aux deux traités coïncident parfaitement ou non. En cas d'identité des parties, le paragraphe 3 s'en remet à la règle *Lex posterior* pour indiquer que « le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ». S'il n'y a pas d'identité et afin de respecter le principe de souveraineté des États, le paragraphe 4 de l'article 30 distingue, d'une part, les relations entre les États qui sont parties aux deux traités et pour lesquelles la

⁵⁰ V. *Rapport sur la fragmentation*, spéc. pp. 18-21.

⁵¹ V. les commentaires in O. CORTEN et P. KLEIN (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités : Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006 et dans le contexte précis de la fragmentation du droit international, le *Rapport sur la fragmentation*, spéc. pp. 125-180.

règle *Lex posterior* reste applicable et, d'autre part, les relations entre États dont l'un n'est pas partie au traité postérieur. Ces relations sont évidemment régies par le seul lien conventionnel existant: « le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques ».

L'article 41 de la CVDT précise les règles applicables aux relations entre États qui seraient apparemment régies par deux liens conventionnels. Il vise en effet le cas d'accord conclus par certains États dont les relations sont déjà régies par un traité multilatéral. Il reconnaît la licéité de ces accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement, en la conditionnant toutefois : la modification doit être autorisée par le traité multilatéral, ou, non interdite, elle ne doit pas être incompatible avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité multilatéral. De plus, ces accords ne doivent porter « atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ». Sont ici réaffirmés l'effet relatif des traités et la licéité des accords *inter se*. Reste toutefois à savoir si ces règles sont suffisantes pour résoudre les conflits normatifs. Or, le doute est permis. Ces règles souffrent de limites tant du point de vue de leur champ d'application que de leur application.

Le champ d'application des règles de la CVDT est nécessairement soumis à conditions. En premier lieu, elles ne concernent que les relations résultant d'engagements conventionnels et non ceux issus d'autres sources du droit international. Or, les normes et principes environnementaux ne sont pas tous nécessairement énoncés par des conventions ou des traités internationaux. Il peut aussi s'agir de normes coutumières par exemple. Dans de telles conditions, la CVDT ne serait *a priori* d'aucun secours. Sans doute, pourra-t-on minorer l'importance de ce constat en se tournant vers des règles analogues. En deuxième lieu, les dispositions de l'article 30 de la CVDT concernent seulement les relations entre engagements résultant de traités « portant sur la même matière ». Or, dans une acception stricte, les normes environnementales, d'une part, et les traités relatifs à certains systèmes internationaux, d'autre part, ne semblent pas pouvoir être considérés comme portant sur la même matière. Dès lors, les traités en conflit ne pourraient pas, pour leur résolution, faire appel à cette disposition de la CVDT. Reste à savoir si l'interprétation stricte de cette condition doit être suivie en pratique. Une partie importante de la doctrine semble refuser une classification hermétique des traités selon la matière qu'ils concernent. En troisième lieu, les articles 30 et 41 de la CVDT n'envisagent que le seul cas des relations entre États liés par les deux engagements conventionnels. La question peut être posée de l'intensité de la réception de normes environnementales dans certains systèmes juridiques si ces normes ne valent que pour certains de leurs membres seulement.

De plus, l'application même 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 réglementations 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.

B. Une recherche de prévention des conflits normatifs

Thème central du droit de l'environnement, la prévention peut autant être considérée comme une exigence essentielle de gestion des conflits normatifs. De même qu'il est préférable d'assurer la prévention des dommages environnementaux, il est préférable d'assurer la prévention des conflits normatifs dès lors que les règles relatives à leur résolution paraissent d'une faible opérabilité. Cette prévention peut être le fait tant des auteurs des normes, les négociateurs, que de ceux chargés de leur application en cas de différends, les juges.

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 tels conflits, 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.

Lors de la rédaction d'un traité, les négociateurs peuvent formuler certaines dispositions ayant pour but de régir les conflits qui pourraient surgir entre ce traité et un autre, qu'il soit antérieur ou postérieur. Plusieurs types de dispositions sont envisageables. Il s'agit de dispositions directement empreintes de la logique des articles 30 et 41 de la CVDT ou de dispositions plus originales qui n'envisagent pas la résolution du conflit sous l'angle d'une préséance donnée aux dispositions de l'un des traités. Ce second mode apparaît par exemple dans le dispositif du Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques adopté le 29 janvier 2000 dans le cadre de la Convention sur la biodiversité du 5 juin 1992⁵² ainsi que dans celui du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture du 6 novembre 2002. Ces dispositions s'inspirent d'une logique commune : elles affirment la coexistence pacifique du traité dans lequel elles sont insérées et d'autres traités, identifiés expressément ou non. Cette coexistence non conflictuelle repose sur une complémentarité revendiquée des traités : les droits et obligations que les États parties ont en vertu des traités ne doivent pas être modifiés du fait de l'acceptation de ces nouveaux engagements. 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,

⁵² Selon le préambule du protocole, ses Parties indiquent : « Estimant que les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable, Soulignant que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur, Considérant qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux ».

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 variables⁵³. 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.

La prévention des conflits est aussi une mission des juridictions. Comme l'heure de l'élaboration de normes compatibles est évidemment passée, c'est au stade de l'interprétation et de l'application de ces normes qu'il revient aux juridictions d'envisager la question des conflits, par leur résolution ou leur prévention. L'option de la résolution des conflits suppose, d'une part, de reconnaître l'existence d'un conflit patent, ce qui renvoie les États à leurs propres contradictions et peut affecter leur susceptibilité et, d'autre part, de résoudre ce conflit sur la base des règles identifiées précédemment. Face aux limites mentionnées, les juridictions sont tentées de préférer l'option de la prévention des conflits normatifs. Il s'agit ici de minorer l'existence du conflit, notamment par la voie de l'interprétation compatible des normes en jeu. Toutefois, l'interprétation ne permet pas de résoudre toutes les difficultés. D'une part, l'interprète d'une norme ne peut pas procéder à sa novation qui le conduirait à énoncer des droits ou des obligations non convenues par les États nonobstant le respect de la volonté des parties et le principe de souveraineté des États. D'autre part, eu égard à la forte relation qui unit une juridiction instituée au sein d'un système juridique donné et le droit de ce système - groupes spéciaux et Organe d'appel de l'OMC par ex. -, il y a matière à s'interroger sur la possibilité offerte à ces juridictions de faire application de dispositions étrangères au système normatif dans lequel elles sont instituées. Pour autant, 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.

Parmi les techniques identifiées de mise en balance d'intérêts - proportionnalité, précaution et interprétation téléologique -, la première retient davantage l'attention. En plus de recouvrir très directement la logique même de la mise en balance d'intérêts, la proportionnalité est présente dans de très nombreux systèmes juridiques et il n'est pas impossible de considérer que la proportionnalité est en elle-même une règle de la sphère environnementale. Elle n'a cependant un usage possible dans un système juridique donné que si les différents intérêts à mettre en balance sont déjà reconnus par ce système. Mais si la reconnaissance au moins formelle de l'intérêt environnemental par un système juridique est un préalable de l'usage à son profit de la

⁵³ Voir *infra*, Ch. 8-14.

technique de la proportionnalité, il reste nécessaire de connaître les modalités suivies par les juridictions pour faire usage du test de proportionnalité. Ce test est généralement développé dans le cadre de l'examen de la condition posée par les exceptions, selon laquelle il doit exister un lien entre l'intérêt poursuivi par l'État qui prétend que sa mesure bénéficie de l'exception, d'une part, et les effets contraires aux obligations conventionnelles imposés par cette mesure, d'autre part⁵⁴. Ainsi, la proportionnalité peut être vue comme la technique de soupesage et de mise en balance des intérêts en jeu. Même en l'absence de dispositions très étendues adoptées par les négociateurs, les juridictions peuvent donc procéder, par voie d'interprétation, à une réception de préoccupations environnementales. Toutefois, la voie est étroite car il n'est pas exclu que cette mise en balance conduise finalement à n'accorder qu'une faible importance à l'intérêt environnemental et aux normes environnementales qui le véhiculent.

Les juridictions ont encore à leur disposition un autre moyen de pallier les lacunes conventionnelles et d'instaurer une circulation des normes environnementales tout en limitant les risques de fragmentation du droit international. Cet autre outil est lui aussi énoncé par la CVDT en son article 31 § 3 c) 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'elles 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 à 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 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.

Au final, si la voie de la prévention des conflits peut être préférée à celle de leur résolution, il reste encore beaucoup à faire, tant diplomatiquement que juridiquement, pour identifier les chemins d'une circulation aisée des normes environnementales dans les divers systèmes du droit international.

Chapitre 3 – Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de toute autre « règle pertinente de droit international applicable entre les parties » en tant que « passerelle » jetée entre systèmes juridiques différents

De toutes les dispositions relatives à l'interprétation des traités dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'article 31 § 3 c) est certainement celui qui est longtemps resté le plus

⁵⁴ Voir *infra*, Ch. 4.

négligé tant par la doctrine que par les organes internationaux de règlement des différends. On assiste pourtant, depuis une dizaine d'années, à une multiplication des apparitions, sous des formes variables, de références explicites à cette disposition du « traité des traités ». La doctrine, les tribunaux internationaux, la CDI se penchent sur cette disposition longtemps ignorée.

Il est constant de considérer que l'article 31 dans son ensemble est un reflet fidèle du droit international coutumier en matière d'interprétation des traités. Seul le rôle de l'article 31 § 3 c) nous intéresse ici en essayant de voir en quoi celui-ci peut être appréhendé telle une « passerelle » jetée entre systèmes juridiques différents⁵⁵. Mais il faut clarifier ce terme. Le dictionnaire *Robert* livre trois représentations de la passerelle : 1 – Pont étroit, réservé aux piétons. 2 – Plan incliné mobile par lequel on peut accéder à un navire, un avion. 3 – Superstructure la plus élevée d'un navire. De ces trois éléments, on peut retenir trois points qui semblent pouvoir nourrir la comparaison entre l'article 31 § 3 c) de la CVDT et la passerelle ; l'étroitesse, la voie mobile d'accès, la superstructure. Ces trois éléments s'inscrivent parfaitement dans la recherche relative au rôle de l'article 31 § 3 c) dans la mesure où la pratique des États et des tribunaux internationaux montre que cette disposition de la CVDT ne peut assurer qu'une interpénétration limitée entre systèmes juridiques (l'étroitesse de la passerelle), que cet accès d'un système à un autre n'est pas automatique et laisse une large marge d'appréciation à l'interprète (la mobilité de la passerelle) et, enfin, que cette disposition a un rôle de structuration ou d'organisation de l'ordre juridique international (la superstructure du navire).

Envisager l'article 31 § 3 c) telle une passerelle entre systèmes juridiques différents implique que l'on recherche quelle était la volonté des États dans l'inscription de cette disposition dans la CVDT mais on pourra surtout s'intéresser à ce qui justifie que les références à l'article 31 § 3 c) sont aujourd'hui beaucoup plus développées qu'elles ne l'étaient dans le passé. Cet article joue incontestablement un rôle structurant de l'ordre juridique international en tant que gardien d'une forme d'unité matérielle.

L'expression d'unité matérielle (ou substantielle) de l'ordre juridique international désigne, selon Pierre-Marie Dupuy, « sinon forcément l'intégration d'une communauté internationale élargie dans un ensemble vertical, du moins la gestion coordonnée d'un ordre public »⁵⁶. Il souligne également qu'une « disposition d'une particulière importance pour assurer la cohérence d'application d'un corps de droit spécial avec le droit international général ou d'autres branches de droit spécial s'avère être l'article 31, paragraphe 3, lettre c), de la convention de Vienne »⁵⁷. Ainsi, une interprétation menée conformément à cet article de la CVDT permettrait-elle de toujours situer la disposition conventionnelle objet de l'interprétation dans un cadre plus large que le seul traité auquel elle appartient. Cette approche est largement relayée par la jurisprudence. Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme mentionne directement l'article 31 § 3 c) de la CVDT dans ses décisions, c'est notamment pour poser un principe général selon lequel « [l]a Convention, y compris son article 6, ne saurait s'interpréter dans le vide »⁵⁸. Sur ce fondement, « [l]a Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante »⁵⁹. Dans une formule qui rappelle celle de « l'isolement clinique » utilisée par l'Organe d'appel de l'OMC dès son premier rapport⁶⁰, la Cour de Strasbourg indique qu'elle refuse une interprétation isolée des dispositions de la CEDH⁶¹. Dans le cadre de l'OMC, il est

⁵⁵ La CDI utilise l'image du passe-partout (*master key*) pour évoquer l'article 31 § 3 c) de la CVDT. CDI, *Rapport sur la fragmentation*, § 420.

⁵⁶ Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international - Cours général de droit international public », *RCADI*, 2002, tome 297, p. 399.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 456.

⁵⁸ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 55 ; *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 35 ; *Mc Elhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, § 36.

⁵⁹ *Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni*, précitée, § 55.

⁶⁰ *États-Unis - normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport de l'Organe d'appel, 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, § 76.

⁶¹ *Bianchi c. Suisse*, 22 juin 2006, § 81.

également fait référence, en relation avec l'article 31 § 3 c), à l'exigence de ne pas interpréter un traité « dans l'abstrait »⁶².

Par cette fonction d'organisation, l'article 31 § 3 c) de la CVDT permet non seulement de déterminer les influences mutuelles entre ensembles conventionnels, mais aussi de mettre en lumière les termes selon lesquels les relations entre droit conventionnel et droit international non écrit pourront être perçues⁶³.

Toutes les études relatives à l'article 31 § 3 c) remarquent le développement des références à cette disposition depuis une quinzaine d'années. Pour expliquer cette prise de conscience du rôle que peut jouer l'article 31 § 3 c), il est aisé de rendre compte de l'influence du développement des sous-systèmes de droit international (système juridique communautaire, système de la CEDH, système de l'OMC, et plus largement, droit de la mer, droit international économique, droits de l'homme, etc.) et de la multiplication du nombre de systèmes internationaux de règlement des différends⁶⁴.

Affirmer l'existence de sous-systèmes implique un rattachement à un système principal, à l'ordre juridique général. Chaque sous-système s'intègre ainsi dans un ensemble plus vaste au sein duquel il doit trouver sa place par rapport aux autres sous-systèmes et par rapport au système général. Cette logique justifie le recours à l'article 31 § 3 c) même si ce « principe d'intégration »⁶⁵ n'est pas la seule technique mise à la disposition des États ou des organes de règlement des différends. Il est toujours possible pour les parties d'insérer dans les traités des dispositions relatives à l'articulation entre conventions (clauses de renvoi, clauses d'application prioritaire, etc.) mais, si ce n'est pas le cas, la prise en compte des règles de droit international pertinentes entre les parties jouera. En outre, et la différence mérite d'être soulignée, les clauses d'articulation concernent l'application de normes déterminées, tandis que l'article 31 § 3 c) n'envisage que l'hypothèse de l'interprétation d'une disposition au regard d'une autre règle de droit international. Il n'y a donc dans cette dernière hypothèse pas de substitution d'une règle à une autre mais simplement une influence – dont il conviendra de cerner la nature et l'ampleur – d'une règle sur une autre⁶⁶.

Cœur de toute réflexion relative à l'interprétation, la question de la liberté de l'interprète prend une place importante dans le cadre d'une recherche menée sur l'article 31 § 3 c) dans la mesure où cette disposition de la CVDT permet à l'interprète de justifier un appel fait à des éléments extérieurs au traité dans lequel s'insère la disposition litigieuse. Il est certain que l'article 31 § 3 c) ne permet pas « d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus »⁶⁷. La prise en compte d'éléments extérieurs ne doit pas avoir pour effet « de récrire [une disposition] en y incorporant une limitation entièrement nouvelle fondée sur ce que les plaignants présentaient comme des règles de droit international »⁶⁸.

L'étude de la façon dont les termes de l'article 31 § 3 c) sont présentés par l'interprète ramène vers des questions classiques : identifier les règles pertinentes de droit international (A) applicables entre les Parties (B) à un instant déterminé (C), le plus délicat étant de cerner le sens et les effets de cette « prise en compte » (D).

⁶² États-Unis – Prohibition à l'importation de crevettes et de certains produits à base de crevettes (ci-après affaire des Crevettes), WT/DS58/R, rapport du groupe spécial, 15 mai 1998, § 3.157.

⁶³ Dans le même sens : C. MCLACHLAN, « The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 281.

⁶⁴ C. McLachlan, *op. cit.*, pp. 284-285. J.-I. CHARNEY, « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals », *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 697-708.

⁶⁵ S. Sur, dans J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 7^{ème} éd. 2006, p. 177.

⁶⁶ Sur la distinction entre application et interprétation : *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ, arrêt 6 novembre 2003 (ci-après affaire des *Plates-formes*), opinion individuelle de Mme le juge Higgins, § 47 et opinion individuelle de M. le juge Buergenthal, § 22 et 29.

⁶⁷ *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 19 décembre 1997, § 45. *Case n° A/18*, Iran-United States Claims Tribunal, award 6th avril 1984, dissenting opinion of Iranian arbitrators, *Iran-USCTR*, vol. 5, p. 289, voir également pp. 329-332.

⁶⁸ États-Unis – Crevettes, WT/DS58/R, rapport du groupe spécial, 15 mai 1998, § 3.173.

A. Quelles règles pertinentes ?

La question est aujourd'hui tranchée de manière quasi-unanime en droit international, l'article 31 § 3 c) de la CVDT vise n'importe quel type de norme de droit international⁶⁹, écrite ou non. On peut dès lors englober toutes les sources du droit international généralement acceptées⁷⁰. Mais c'est certainement la prise en compte d'autres instruments conventionnels applicables entre les parties qui présente le plus d'intérêt dans le processus interprétatif. Il est évident que le traité pris en compte pour l'interprétation d'une disposition conventionnelle doit être en vigueur⁷¹. La prise en compte d'un instrument conventionnel pourra être facilité par le fait qu'il existe un réseau ou un ensemble conventionnel, chaque traité faisant référence à un ou plusieurs autres. C'est ainsi que dans le *Différend entre la Belgique et la France concernant l'accord Tardieu-Jaspar*, les arbitres ont pu affirmer « que, abstraction faite de l'interprétation grammaticale et logique, il faut tenir compte du fait qu'il faut placer et interpréter l'accord Tardieu-Jaspar dans le cadre des accords de La Haye de janvier 1930, c'est-à-dire dans le cadre du Plan Young qui détermine soigneusement par quelle méthode les "paiements allemands" et les "transferts allemands" s'effectueront »⁷². On peut, suivant la même optique, renvoyer à l'affaire *Capolongo* réglée par la Cour de justice des Communautés en 1960⁷³ qui pose l'obligation d'interpréter les différents traités communautaires en tant qu'éléments d'un même ordre juridique. Les exemples les plus simples de ce point de vue concernent les relations entre conventions cadre et protocoles. Il est fréquent que les protocoles renvoient à la convention cadre et ce sera alors sur le fondement de cette disposition conventionnelle que la prise en compte pourra avoir lieu. Le bénéfice de l'article 31 § 3 c) serait ici neutralisé par une disposition conventionnelle produisant les mêmes effets au sein d'un système juridique dont l'étendue est déterminée par la convention cadre, la « pièce maîtresse »⁷⁴ du système mis en place.

B. Quelles parties ?

Du point de vue de la prise en compte d'un traité extérieur pour l'interprétation d'une disposition conventionnelle, l'élément le plus discuté est sans doute celui de l'identification des parties visées par l'article 31 § 3 c)⁷⁵. S'agit-il de prendre en compte les règles pertinentes de droit international applicables entre les parties au différend seulement ou entre toutes les parties au traité dont l'une des dispositions est l'objet de l'interprétation ? L'idée selon laquelle la seconde conception doit prévaloir est dominante.

L'article 31 § 3 c) ne précise pas quelles parties sont visées. Mais on doit logiquement exclure qu'il s'agisse de viser les parties à un différend dans la mesure où, par principe, cette disposition n'a pas pour vocation à s'appliquer aux seules interprétations juridictionnelles. Cette hypothèse écartée, plusieurs situations peuvent être distinguées : (i) Toutes les parties au traité A (à interpréter) sont parties au traité B (à prendre en compte) ; (ii) seules quelques parties au traité A (à interpréter), dont les parties au différend, sont parties au traité B (à prendre en compte) ; (iii) seules quelques parties au traité A (à interpréter), dont une ou aucune des parties au différend, sont parties au traité B (à prendre en compte) ; (iv) aucune des parties au traité A (à interpréter) n'est partie au traité B (à prendre en compte).

⁶⁹ La question était discutée par R. BERNHARDT, « Comments on the International Law Commission's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties – Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties », *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1967, p. 500.

⁷⁰ *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (ci-après *CE – OGM*), WT/DS291/R Add.4, WT/DS292/R, WT/DS293/R, rapport du groupe spécial, 29 septembre 2006, § 7.67. Une discussion sur ce point dans l'Affaire des *Plates-formes pétrolières*, précitée, opinion individuelle de Mme le juge Higgins, § 46.

⁷¹ *CE – OGM*, annexe F, pages F-66 et F-130.

⁷² *Différend entre la Belgique et la France concernant l'accord Tardieu-Jaspar en date du 12 janvier 1930*, sentence rendue le 1^{er} mars 1937, *RSA*, vol. III, p. 1713.

⁷³ CJCE, 15 juillet 1960, *Capolongo*, aff. 27 et 39/59, *Rec.*, vol. VI, p. 824, spéc. p. 845.

⁷⁴ L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. DESGAGNE, C. ROMANO, *Protection internationale de l'environnement*, Pedone, 1998, p. 16.

⁷⁵ CDI, *Rapport sur la fragmentation*, § 32.

La première hypothèse ne pose pas de problème spécifique, le traité B sera pris en compte dans l'interprétation d'une disposition du traité A dans la mesure et selon les modalités qui seront exposées *infra*. La quatrième est tout aussi simple à envisager, le traité (sans parler d'une éventuelle existence coutumière de la norme) ne sera pas pris en compte. La troisième semble également ne pas poser de problème même si un rapport de l'organe de règlement des différends de l'OMC a pu jeter le trouble sur les principes applicables à cette situation. Selon certains, l'Organe d'appel dans l'affaire des *Crevettes* aurait accepté d'interpréter une disposition du droit de l'OMC en prenant en compte la Convention sur la diversité biologique que les États-Unis, partie au différend, n'avaient ni signée ni ratifiée. Or, ce n'est pas sur le fondement de l'article 31 § 3 c) que la Convention sur la diversité biologique a été utilisée par l'Organe d'appel mais sur le fondement de l'article 31 § 1 de la CVDT. Il s'agissait en effet d'interpréter la notion de ressources naturelles épuisables présente à l'article XX du GATT. Il est parfaitement logique de pouvoir rechercher le sens ordinaire de cette expression dans des traités, que les parties au différend soient ou non liées par ceux-ci. On trouve aussi des prises de position selon lesquelles une convention qui ne s'applique pas dans les relations entre les parties au différend devrait être prise en compte par l'interprète. Il en est ainsi de G. Griffith dans son opinion dissidente jointe à la sentence rendue par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire de l'*Accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention OSPAR* (ci-après affaire de l'*Usine Mox*). Dans cette affaire, l'Irlande demandait au tribunal de prendre en compte la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information en matière d'environnement dans l'interprétation de certaines dispositions de la Convention pour la protection de l'environnement marin de l'Atlantique du Nord Est (OSPAR). Or, si la Convention d'Aarhus est effectivement entrée en vigueur, elle n'est pas applicable entre l'Irlande et le Royaume-Uni qui l'ont signée mais pas ratifiée⁷⁶. Cette solution n'est pas contestable, un traité, même non ratifié par l'une des parties au traité, sera toujours au moins aussi éclairant qu'un dictionnaire usuel auquel les interprètes recourent fréquemment⁷⁷.

Dans l'affaire des *OGM*, la Communauté européenne invoquait un grand nombre d'accords internationaux pour influencer sur l'interprétation des termes de l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires. Parmi ces accords, figurait le protocole sur la biosécurité dont les États-Unis et l'Argentine rappelaient qu'il ne s'appliquait pas dans leurs relations avec la Communauté européenne dans la mesure où seule cette dernière l'avait ratifié. Il ne saurait dès lors être considéré par les membres du groupe spécial comme une « règle pertinente de droit international applicable entre les parties » au sens de l'article 31 § 3 c)⁷⁸.

La deuxième hypothèse est en revanche plus problématique. La position de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question n'est qu'implicite et relativement ambiguë. Dans l'affaire *Bianchi c. Suisse*, la Cour a indiqué que, conformément à l'article 31 § 3 c) de la CVDT, « les obligations que l'article 8 de la convention [européenne des droits de l'homme] fait peser sur les États contractants en matière de réunion d'un parent à ses enfants doivent s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 [...] et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants »⁷⁹. Et la Cour ajoute dans le paragraphe suivant de sa décision que « [c]ela est d'autant plus vrai en l'espèce que l'État défendeur est également partie à ce dernier instrument depuis le 1^{er} janvier 1984 »⁸⁰. L'expression est douteuse. « [D]'autant plus vrai » ; cela signifie-t-il que l'affirmation aurait été fautive à défaut de participation au traité de l'État défendeur ou bien qu'elle aurait été simplement 'moins vraie' (sic). Difficile à dire. En revanche, il est clair que la Cour ne subordonne pas la participation de tous les États membres du Conseil de l'Europe aux conventions sur les droits de l'enfant ou sur l'enlèvement international pour interpréter l'article 8 de la CEDH à la lumière de ces deux conventions. Deux

⁷⁶ *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, PCA, final award, 2nd July 2003, Dissenting opinion of M. Gavan Griffith, § 19.

⁷⁷ Pour une critique du recours systématique au dictionnaire : D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruylant, 2004, pp. 30-40.

⁷⁸ *CE – OGM*, § 4.543 et 4.688.

⁷⁹ *Bianchi c. Suisse*, CEDH, arrêt 22 juin 2006, § 82.

⁸⁰ *Idem*, § 83.

éléments peuvent l'expliquer. Soit les juges de Strasbourg considèrent que les règles incluses dans ces conventions ont acquis un caractère coutumier, dès lors relever la participation de l'État défendeur permet d'écarter un hypothétique statut d'objecteur persistant. Soit il suffit que l'État partie au différend soit partie au traité en cause pour que celui-ci éclaire l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme dans cette affaire. C'est implicitement et nécessairement cette dernière solution qui est consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, ces deux conventions pourront influencer sur l'interprétation de l'article 8 de la Convention.

Dans le cadre de l'OMC, la question, plusieurs fois soulevée, n'a été tranchée que récemment. Les membres de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont longtemps parvenus à refuser de répondre à la question du champ d'application personnel de l'accord pouvant être pris en compte dans le processus interprétatif d'une règle de l'OMC⁸¹. Le groupe spécial, en se penchant sur l'article 31 § 3 c) de la CVDT, est en revanche parfaitement explicite dans l'affaire des *OGM*. Il considère que « les règles de droit international applicables dans les relations entre "les parties" sont les règles de droit international applicables dans les relations entre les États qui ont consenti à être liés par le traité qui est interprété, et à l'égard desquels ce traité est en vigueur. Cette compréhension de l'expression "les parties" amène logiquement à penser que les règles de droit international dont il faut tenir compte pour interpréter les Accords de l'OMC en cause en l'espèce sont celles qui sont applicables dans les relations entre les Membres de l'OMC »⁸². Ainsi, une règle de droit international ne pourrait être prise en compte pour l'interprétation d'une disposition d'un autre traité qu'à la condition que la règle en question lie l'ensemble des parties obligées par la disposition conventionnelle.

Cette position du groupe spécial est extrêmement restrictive, alors qu'une pratique s'écartant de celle-ci avait pu se développer sans qu'aucune critique ne soit émise. Dans l'affaire des *Crevettes*, l'Inde, le Pakistan et la Thaïlande affirmaient que les dispositions du GATT devraient être interprétées à la lumière de certains articles de la Charte des Nations Unies, traité multilatéral s'il en est⁸³. Cette affirmation semble difficilement contestable. Pourtant, il suffit de se pencher sur la liste des parties au GATT pour constater qu'au moins trois d'entre elles ne sont pas membres de l'ONU : les deux régions administratives spéciales de Hong Kong et de Macao et la Communauté européenne. Est-ce à dire que la Charte des Nations Unies ne devrait pas être considérée comme une règle pertinente de droit international dans le cadre de l'OMC car le champ d'application personnel des accords de celle-ci ne peut s'inscrire dans le champ d'application personnel de celle-là ? Ce ne serait pas illogique et poserait d'autant moins de problèmes que les règles et principes inscrits aux articles 1 et 2 de la Charte des Nations Unies reflètent sans nul doute l'état du droit international coutumier. Mais le problème se pose en des termes bien différents lorsqu'il est question de prendre en compte des règles et principes relatifs à la protection de l'environnement. Si l'on suit cette logique, l'article 31 § 3 c) serait donc fortement limité pour les conventions multilatérales. En effet, il est rare de trouver des règles de droit international écrit liant l'ensemble des États parties à un traité dont le champ d'application personnel tend à l'universel. Seules les règles du droit international général pourront donc être prises en compte par l'interprète. Or, les règles et principes coutumiers de droit international de l'environnement sont encore très peu nombreux⁸⁴. Ils ne pourront donc avoir qu'une influence marginale sur l'interprétation des traités universels. En revanche, des conventions très largement ratifiées comme la convention sur la diversité biologique (1992) ou la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvage menacées d'extinction (1973) doivent intervenir dans l'interprétation de conventions bilatérales ou plurilatérales.

Enfin, comme le relève la CDI, consacrer l'exigence de concordance de la participation au traité à interpréter à celui auquel il est fait référence reviendrait à isoler un peu plus les accords de

⁸¹ V. par ex., *Chili – Système de fourchette de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/R, rapport du groupe spécial, 3 mai 2002, § 7.85.

⁸² *CE – OGM*, § 7.68 (notes de bas de page – très intéressantes – omises).

⁸³ *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/R, rapport du groupe spécial, 15 mai 1998, § 3.157.

⁸⁴ M.A. FITZMAURICE, « International Protection of the Environment », *RCADI*, 2001, tome 293, pp. 105-116.

l'OMC de l'extérieur à chaque fois qu'un nouveau membre serait admis⁸⁵. Face à cette difficulté évidente, la CDI propose de privilégier la position consistant à « autoriser la référence à un autre traité à condition que les parties au différend soient aussi parties à cet autre traité »⁸⁶. Une telle solution est évidemment attrayante, mais elle ne peut valoir pour tous les traités. Un problème apparaît du fait qu'une même disposition pourrait se voir reconnaître des sens différents en fonction des États parties au litige relatif à l'interprétation de celle-ci. Certes, une telle critique pourrait être partiellement écartée dans la mesure où seuls les traités intégraux pourraient être exposés à un tel risque ; les traités mettant en œuvre des obligations réciproques en seraient par nature protégés car les relations sont bilatéralisées. Mais on envisage mal qu'un traité par lequel les États instituent une organisation internationale puisse être lu de deux manières différentes selon que les dispositions sont appliquées à l'un ou l'autre des États membres en fonction des accords extérieurs auxquels ils sont parties.

Même si les divergences d'interprétation sont courantes dans la pratique internationale⁸⁷, on ne peut envisager qu'une disposition (l'article 31 § 3 c) ayant pour objet d'assurer une certaine unité de l'ordre juridique acquière, sous couvert d'une lecture nouvelle, des effets directement inverses au rôle qui lui est reconnu. Pour rigoureux qu'il soit, le principe selon lequel ne doivent être prises en compte que les règles de droit international pertinentes applicables entre toutes les parties au traité dont l'une des dispositions est interprétée, doit être maintenu.

C. *Quelle date critique ?*

La pratique n'est pas homogène, ou, tout au moins, elle laisse apparaître des situations distinctes, traitées distinctement. Un traité doit-il être interprété en prenant en compte le droit en vigueur à la date de sa conclusion ou à la date de l'interprétation ? On se souvient que, sans viser formellement l'article 31 § 3 c) de la CVDT, la CIJ, dans son avis consultatif relatif à la *Namibie*, avait rappelé la « nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eu les parties lors de sa conclusion » et ajouté que l'interprétation « ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »⁸⁸. Mais cette position n'est pas la plus fréquente dans la jurisprudence de la Cour. La jurisprudence dominante reprend la solution consacrée notamment dans l'affaire des *Ressortissants des États-Unis au Maroc* selon laquelle les termes d'un traité doivent être interprétés à la date de la conclusion du traité⁸⁹.

C'est cette position qui apparaissait dans la première version de ce qui deviendra l'article 31 § 3 c) qui disposait en effet que « [l]es termes d'un traité doivent être interprétés de bonne foi suivant le sens naturel et ordinaire qui doit être donné à chaque terme [...] b) Dans le contexte des règles de droit international en vigueur à l'époque de la conclusion du traité »⁹⁰. Cela n'a pas empêché l'Institut de droit international d'adopter en 1975 une résolution au terme de laquelle, « toute interprétation d'un traité doit prendre en considération l'ensemble des règles pertinentes de droit international applicables entre les parties au moment de l'application »⁹¹. Dans l'affaire de l'*Usine Mox*, le tribunal arbitral a considéré que « [l]est it produce anachronistic results that are inconsistent with current international law, a tribunal must certainly engage in actualisation or contempORIZATION when construing an international

⁸⁵ CDI, *Rapport sur la fragmentation*, § 471.

⁸⁶ CDI, *Rapport sur la fragmentation*, § 42.

⁸⁷ Deux interprètes renvoyant à la volonté des parties peuvent, en toute bonne foi, consacrer deux interprétations divergentes d'une même disposition. V. W. WENGLER, « La crise de l'unité de l'ordre juridique international », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau - La Communauté internationale*, Pedone, 1974, pp. 329-340.

⁸⁸ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, CIJ, avis 21 juin 1971, *Rec.*, p. 31. Dans le même sens : *Affaire du plateau continental de la Mer Egée (Grèce c. Turquie)*, CIJ, arrêt 19 décembre 1978, *Rec.*, p. 32, § 77.

⁸⁹ *Affaire relative aux ressortissants des États-Unis au Maroc*. CIJ, arrêt 27 août 1952, *Rec.*, p. 189.

⁹⁰ Sir H. WALDOCK, « Troisième rapport sur le droit des traités », *Annuaire CDI*, 1964-II, p. 55.

⁹¹ Institut de droit international, *Annuaire IDI*, 1975, p. 538.

instrument that was concluded in an earlier period »⁹². La généralité de ces énoncés pose problème dans la mesure où il est toujours possible pour les négociateurs d'un traité de prévoir le caractère évolutif de l'interprétation de celui-ci en fonction de l'évolution d'un ordonnancement normatif extérieur ou de décider que l'interprétation se fera toujours par référence au cadre normatif en vigueur à la date de la conclusion du traité. Face à une pratique confuse, « l'article 31, paragraphe 3, alinéa c)... ne traite guère cet aspect de la question [l'intertemporalité] avec la clarté que commande une affaire de cette importance »⁹³.

Parfois, la prise en compte d'éléments extérieurs est très clairement rejetée par l'organe de règlement des différends confronté à une difficulté d'interprétation. Ainsi, dans l'affaire du *Filetage dans le Golfe de Saint Laurent*, les arbitres recherchent dans la volonté des parties la solution à la question de la détermination de la date critique et considèrent qu'existe en l'occurrence la volonté de mettre en place un régime dérogatoire par rapport à la pratique habituelle constatée dans des traités comparables⁹⁴. C'est bien ce que prônait E. Jiménez de Aréchaga devant la CDI en 1964 : « [l']intention des parties doit prévaloir et l'on peut envisager deux possibilités en ce qui concerne cette intention : ou bien elles ont voulu incorporer dans le traité certaines notions juridiques qui resteront inchangées, ou bien elles n'ont pas eu cette intention et les notions juridiques peuvent varier et devront alors être interprétées non seulement dans le contexte de l'instrument en cause mais aussi en fonction de l'ordre juridique dans lequel il est inséré »⁹⁵. La CIJ ne dira pas autre chose plusieurs décennies plus tard en matière de protection de l'environnement dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* en reconnaissant qu'aux « fins de l'évaluation des risques écologiques, ce sont les normes actuelles qui doivent être prises en considération. Non seulement le libellé des articles 15 et 19 le permet, mais il le prescrit même dans la mesure où ces articles mettent à la charge des parties une obligation continue, et donc nécessairement évolutive, de maintenir la qualité de l'eau du Danube et de protéger la nature »⁹⁶.

D. *Quelle prise en compte ?*

Si la formule invitant les États à prendre en compte tel ou tel élément dans la procédure d'adoption de mesures, dans leur interprétation, etc., est courante, la détermination de ce qu'implique la prise en compte est délicate, au point que le rapport présenté à la CDI sur la fragmentation du droit international, qui consacre de longs développements à l'article 31 § 3 c) de la CVDT est presque totalement muet sur cette question⁹⁷. On ne peut que le regretter.

Il est tout d'abord important de relever que l'article 31 § 3 c) énonce une obligation⁹⁸ et non une simple possibilité, comme c'est le cas pour le recours aux travaux préparatoires envisagé à l'article 32 de la convention. La CDI indiquait ainsi en 1966 que les trois éléments (de ce qui deviendra l'article 31) « présentent tous un caractère obligatoire et, de part leur nature même, ils ne sauraient être considérés comme des normes d'interprétation inférieures en quoi que ce soit à celles qui les précèdent »⁹⁹. Mais la prise en compte de toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties ne permet pas pour autant d'adopter une « interprétation extensive de nature à imposer aux États contractants de nouvelles obligations ».¹⁰⁰

⁹² *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, PCA, final award, 2nd July 2003, § 103.

⁹³ Affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, CIJ, arrêt 25 septembre 1997 (ci-après affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*), opinion individuelle de M. le juge Weeramantry, *Rec.*, p. 114. Dans le même sens : H. THIRLWAY, « The Law and Practice of the International Court of Justice 1960-1989 », *British Yearbook of International Law*, 1991, pp. 57-58.

⁹⁴ Affaire concernant le *Filetage dans le Golfe de Saint Laurent*, sentence 17 juillet 1986, *RSA*, vol. XIX, p. 245.

⁹⁵ CDI, 728^{ème} séance, 21 mai 1964, *Annuaire CDI*, vol. I, p. 36.

⁹⁶ Affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, *Rec.*, p. 78, § 140.

⁹⁷ CDI, *Rapport sur la fragmentation*, § 473-474.

⁹⁸ On peut néanmoins trouver dans la pratique des décisions qui écartent l'application de l'article 31.3 de la CVDT. En ce sens : *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID/ARB/03/24, decision on jurisdiction, 8th February 2005, § 194.

⁹⁹ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session », *Annuaire CDI*, 1966-II, p. 240.

¹⁰⁰ *Golder c. Royaume-Uni*, CEDH, arrêt 21 février 1975, § 36.

Dans ce contexte, considérer que les termes de l'article 31 § 3 c) imposent à l'interprète de considérer qu'un État n'a pas pu adopter deux engagements contradictoires serait évidemment excessif. Cela reviendrait à priver d'effet non seulement certaines dispositions de la CVDT relatives à cette question, mais aussi de nombreuses dispositions insérées par les États dans leurs traités. Les formules les plus classiques sont connues sous la forme de « rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante de mesures » prises sur le fondement d'un autre traité¹⁰¹. Dans cette hypothèse, le conflit est connu et d'une certaine manière purgé dans la mesure où l'interprète se voit interdire de donner une interprétation laissant apparaître un conflit. En posant une règle d'interprétation, on évite le jeu de toute règle de priorité¹⁰² en niant la contradiction ou, plutôt, en l'empêchant de développer ses effets. En empruntant cette voie, les rédacteurs des traités internationaux renforcent l'effet utile des instruments de référence de l'interprétation conforme¹⁰³. Ainsi, dans l'affaire *Système de fourchette de prix*, le groupe spécial indique que « si l'on laisse de côté la question de savoir si une telle règle de droit international devrait être applicable entre toutes les parties à l'Accord sur l'OMC, le libellé » du traité extérieur indique lui-même qu'il ne peut être pertinent pour interpréter l'un des accords de l'OMC¹⁰⁴. L'existence dans l'un des deux traités (celui qui est interprété et celui qui est potentiellement pris en compte) d'une disposition régissant les conditions d'ouverture à l'extérieur pour régler les questions d'interprétation remet évidemment en cause le principe contenu à l'article 31 § 3 c) de la CVDT.

Quel sens peut-on dès lors reconnaître à la prise en compte évoquée par l'article 31 § 3 c) de la CVDT ? On peut établir un parallèle avec la notion de « prise en considération » connue des internationalistes de droit privé¹⁰⁵. « Le procédé permet de tenir le compte nécessaire de la réalité que constitue l'existence des lois étrangères, sans empêcher pour autant le législateur qui y recourt de fixer lui-même les objectifs nationaux à atteindre »¹⁰⁶. Il ne s'agit pas d'une règle de conflit de lois, elle ne peut donc en aucune mesure aboutir à l'application d'une règle étrangère par le juge¹⁰⁷. Dans ce cadre, la norme de droit étrangère ne sera qu'une donnée (*datum*) pour le juge du for et « perd la maîtrise de la situation juridique »¹⁰⁸. Dans le même sens, et selon le même esprit, l'article 31 § 3 c) ne doit pas être perçu comme posant une règle d'articulation entre plusieurs normes de droit international.

L'affaire des *OGM* montre bien la confusion faite parfois entre interprétation et articulation. La Communauté européenne souhaitait justifier un moratoire de fait sur les organismes génétiquement modifiés. A cette fin, elle considérait notamment, comme elle l'avait fait dans l'affaire de la *Viande aux hormones*, que les accords de l'OMC devaient être lus en tenant compte du principe de précaution qui, selon elle, serait au moins un principe général de droit. La réponse des États-Unis à cette prétention est que « même si un principe de précaution était considéré comme une règle pertinente de droit international en vertu de l'article 31 3) de la CVDT, il ne serait utile qu'aux fins de l'interprétation de termes particuliers du traité et ne pourrait l'emporter sur aucune partie de l'Accord SPS »¹⁰⁹. Le groupe spécial indique, quant à lui, que « [l]e fait d'exiger qu'un traité soit interprété à la lumière des autres règles de droit

¹⁰¹ Sur cette question : J. CAZALA, « Les aménagements conventionnels aux obligations des Membres permis par le régime conventionnel », in J. MATRINGE, Y. NOUVEL (dir.), *Aménagements aux obligations des Membres de l'Organisation mondiale du commerce*, à paraître.

¹⁰² H. RUIZ FABRI, « Le cadre de règlement des différends environnementaux : Pouvoir d'attraction du système de règlement des différends de l'OMC et concurrence avec les mécanismes de règlement des accords multilatéraux environnementaux », in S. Maljean Dubois (dir.), *Droit de l'organisation mondiale du commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 362.

¹⁰³ Voir concernant le droit communautaire O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses n° 4, 2001, pp. 132-143.

¹⁰⁴ *Chili – Système de fourchette de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/R, rapport du groupe spécial, 3 mai 2002, § 7.85.

¹⁰⁵ L'expression « prise en compte » remplace parfois celle de « prise en considération » : Voir E. FOHRER, *La prise en considération des normes étrangères*, Thèse Paris II, 2004, 648 pages.

¹⁰⁶ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2004, p. 103. Pour la transposition de cette technique à des questions de droit international public : S. LEMAIRE, *RCDIP*, 2007-1, p. 115.

¹⁰⁷ E. FOHRER, *op. cit.*, p. 49 et la position très nuancée de M.-L. NIBOYET, G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 2007, pp. 116-119.

¹⁰⁸ E. FOHRER, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁹ *CE – OGM*, § 4.540 ; position suivie par le groupe spécial § 7.89.

international qui lie les États parties au traité assure ou renforce la compatibilité des règles de droit international applicables à ces États et contribue ainsi à éviter des conflits entre les règles pertinentes »¹¹⁰. Le fait d'éviter la contradiction entre deux normes - perception négative - peut-il se muer en interpénétration de deux normes, perception positive ou active ? C'est tout l'enjeu de la détermination de ce que signifie la prise en compte. Il est bien délicat de répondre de manière définitive à cette question dans un contexte aussi peu borné que celui de l'interprétation. Le rôle que pourra jouer l'article 31 § 3 c) de la CVDT dépendra très largement de la volonté de l'interprète. Et plus précisément dépendra ce que l'interprète entend par « prendre en compte ».

Les articles 31 § 3 c) et 31 § 1 - qui dirige l'interprète vers le sens ordinaire des termes d'un traité - de la CVDT permettent tous les deux une prise en compte de l'extérieur et sont très largement complémentaires. L'un et l'autre ont des avantages et des inconvénients pour l'ouverture. Le premier permet de prendre en compte des traités qui ne lient pas les parties au traité à interpréter, voire qui ne lient pas les parties au différend. On pourrait ainsi imaginer une perméabilité des traités non environnementaux aux règles et principes du droit international de l'environnement. Mais cela n'est possible que s'il existe dans le traité objet de l'interprétation une porte d'entrée, un point d'accès ou d'ancrage pour cette orientation environnementaliste, dans la mesure où l'article 31 § 1 permet de faire appel à l'extérieur uniquement pour interpréter un terme inclus dans le traité. Ainsi, l'interprétation de la notion de ressources naturelles épuisables dans l'affaire des *Crevettes* dans le cadre de l'OMC. L'article 31 § 3 c) n'a en principe pas besoin de ce point d'accès. Souplesse donc mais la rigueur concernant l'appréciation des règles de droit international pertinentes en termes de nature de l'énoncé (une norme) et de champ d'application personnel n'existe pas dans le cadre de l'article 31 § 1 de la CVDT.

L'affaire des *OGM* devant l'OMC le montre bien. La Communauté européenne souhaitait voir le groupe spécial interpréter les dispositions des accords de l'OMC en tenant compte de divers accords internationaux, notamment le protocole de Carthagène relatif à la biosécurité. Outre le fait que les demandeurs n'étaient pas parties à cet instrument, le Canada a fait valoir « qu'en tout état de cause, il ne faudrait pas tenir compte du Protocole sur la biosécurité dans l'interprétation des obligations au titre de l'Accord sur l'OMC, étant donné que les propres termes du Protocole soulignent que "le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur" »¹¹¹. Le groupe spécial ne se prononcera pas sur ce point mais il est certain qu'un traité extérieur indiquant sa neutralité à l'égard d'autres traités ne pourra être pris en compte dans l'interprétation de ces traités. Il y a donc pour les États la possibilité de neutraliser les effets potentiels de l'article 31 § 3 c) de la CVDT.

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 »¹¹². 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 bouteille¹¹³. 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 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 (dans le cadre de notre étude principalement les "juges") de l'article 31 § 3 c) montre une grande réserve de la part de ceux-

¹¹⁰ CE – OGM, § 7.70.

¹¹¹ CE – OGM, § 7.61.

¹¹² F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale – Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1989, tome 213, p. 79.

¹¹³ C. MCLACHLAN, *op. cit.*, p. 309.

ci. Si cette « passerelle intersystémique » existe véritablement, elle est non seulement étroite mais aussi surveillée.

Chapitre 4 – L’exception environnementale : l’exemple du système commercial multilatéral

L’émergence de valeurs environnementales au sein du système commercial multilatéral est née d’une union, celle de la règle et de l’exception. Celle-ci est particulièrement bien adaptée à la prise en compte de valeurs « étrangères » à un système en permettant de moduler l’application de la règle lorsqu’un objectif légitime le justifie. Elle n’est cependant pas synonyme d’incorporation des valeurs qu’elle défend et seul un regard sur sa mise en oeuvre permet de mesurer son efficacité en tant que mode de circulation des valeurs environnementales au sein d’un système. Pour rendre compte de cette dynamique, elle doit toutefois être définie.

Dans un langage courant, elle désigne « ce qui est hors de la règle commune »¹¹⁴. On l’assimile ainsi à la « dérogation », à l’« exclusion », à la « réserve », voire à la « restriction »¹¹⁵. Mais « [p]lus souvent (et plus proprement) » il s’agirait d’un « cas soumis à un régime particulier par l’effet d’une disposition spéciale dérogeant à la règle »¹¹⁶, sous réserve que certaines conditions soient respectées. Mais, en même temps, « [l]’exception ne doit son existence qu’à la règle de droit »¹¹⁷, « elle tient une place à côté de [celle-ci] mais lui reste en principe étrangère »¹¹⁸. D’un point de vue procédural, elle constitue un moyen de défense de la partie reconnue coupable de violation d’une règle. De ce fait, elle « influence directement le résultat d’un litige »¹¹⁹.

Concernant spécifiquement le système commercial multilatéral, l’exception¹²⁰ a un caractère « définitif » puisque la règle ne pourra s’appliquer tant que les conditions posées seront respectées et sans qu’aucune formalité préalable n’ait à être accomplie. Mais l’élucidation de sa fonction réelle dans un système, notamment en tant que mode de circulation des valeurs environnementales, nécessite de se pencher sur son évolution qui témoigne d’un certain renouvellement. Initialement moyen d’écarter la prise en compte de valeurs environnementales dans la mise en oeuvre de la règle (A), elle est devenue voie d’intégration de ces valeurs dans le système (B).

A. L’exception : technique d’exclusion des valeurs environnementales du système

Les exceptions négociées à l’époque de la Charte de la Havane (qui devait instituer l’Organisation internationale du commerce mais n’est pas entrée en vigueur) ont été en partie incorporées dans le GATT de 1947 pour constituer aujourd’hui l’essentiel de l’exception environnementale du système commercial multilatéral. Les préoccupations environnementales ne figuraient pas expressément dans la Charte de la Havane, le concept d’« environnement » n’ayant pas encore reçu une attention de la communauté internationale, mais la Charte intégrait un certain nombre de préoccupations non commerciales telles que la protection de la vie ou de la santé des personnes ou des animaux ou la préservation des végétaux, la conservation des ressources naturelles susceptibles d’épuisement et la protection des espèces menacées¹²¹, préoccupations aujourd’hui associées essentiellement à la préservation de l’environnement. Ainsi, depuis les origines, les exceptions constituent un instrument de gestion de la tension entre

¹¹⁴ *Le Petit Larousse*, 2007.

¹¹⁵ H. BERTAUD DU CHAZAUD, *Dictionnaire de synonymes et de contraires*, Le Robert, Les usuels, Paris, 2000, 768 pages.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ D. ALLAND, S. RIALS, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 673.

¹¹⁸ *Id.*, p. 674.

¹¹⁹ *Id.*, p. 675.

¹²⁰ L’exception, telle qu’envisagée par le système commercial multilatéral, se distingue ainsi de la dérogation, de l’exemption et de la réserve. C’est une « technique de modulation des obligations, à savoir ici de la mise en échec des conséquences normales de leur non-respect ». Voir : H. HELLIO, *L’Organisation mondiale du commerce et les normes relatives à l’environnement. Recherche sur la technique de l’exception*, Thèse Université Paris II Panthéon-Assas, 2005, p. 30.

¹²¹ Art. 45.1 (a) de la Charte de la Havane.

la volonté des États de libéraliser leurs échanges et leur souhait de conserver une marge de manœuvre dans la poursuite d'objectifs non commerciaux, étant entendu que, dès le début du XX^{ème} siècle, une pratique courante consistait à utiliser des mesures commerciales pour la poursuite d'objectifs environnementaux.

L'opération de sauvetage de la Charte de la Havane a toutefois engendré certaines conséquences puisque l'exception visant à exclure les « mesures prises en application d'accords intergouvernementaux qui ont pour seul but la conservation des ressources des pêcheries, la protection des oiseaux migrateurs ou des animaux sauvages » a été éliminée. Les deux autres exceptions ont néanmoins survécu à l'échec de la Charte et constituent aujourd'hui les fondements de ce qu'il est convenu d'appeler l'exception environnementale de l'OMC. Par ailleurs, une clause introductive destinée à prévenir d'éventuels abus a été insérée¹²².

En dépit de la réforme en profondeur du système commercial multilatéral intervenue en 1994, les exceptions n'ont fait l'objet d'aucune actualisation, même si une nouvelle exception visant expressément la protection de l'environnement avait été suggérée¹²³, et l'exception environnementale du système commercial multilatéral continue d'être représentée par deux dispositions élaborées il y a plus d'un demi-siècle qui font uniquement référence à la « protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux », ainsi qu'à « la conservation des ressources naturelles ».

L'analyse de la portée initiale de l'exception environnementale repose essentiellement sur l'article XX du GATT¹²⁴ dont la liste de mesures est considérée exhaustive, rien dans le chapeau de cette disposition n'indiquant que les bénéfices de l'exception pourraient s'étendre à d'autres mesures¹²⁵. Si bien que l'exception environnementale ne permet d'articuler qu'un nombre limité de mesures nationales avec le droit de l'OMC¹²⁶.

Le recours à l'exception environnementale est en outre limité par la clause introductive de l'article XX, la fonction principale du chapeau consistant à « prévenir l'abus des exceptions »¹²⁷, puisque les mesures visées par les différents alinéas de l'article XX ne devront pas être « appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable [...] soit une restriction déguisée au commerce international ». La rédaction de cette clause dans des termes assez généraux et ambigus laisse une importante marge d'interprétation au juge. Ces incertitudes ne suffisent toutefois pas à occulter la volonté initiale des États d'exclure les mesures environnementales du système commercial multilatéral. Et l'interprétation restrictive adoptée à l'occasion du règlement des premiers différends fondés sur l'application de l'exception environnementale n'aura pu qu'accentuer la difficile articulation de valeurs initialement considérées conflictuelles¹²⁸, puisqu'elle aboutissait quasi-automatiquement à la disqualification des mesures en apparence fondées sur cette exception. Cette méthode fut toutefois révisée par l'Organe d'appel qui privilégia une approche fondée sur la préservation de l'équilibre entre les droits et les obligations des parties, faisant remarquer que « le simple fait de qualifier une disposition conventionnelle d'exception ne justifie pas en soi une interprétation 'plus stricte' ou 'plus étroite' de cette disposition que ne le justifierait l'examen du sens

¹²² OMC, *Index analytique du GATT*, Genève, 1995, p. 609.

¹²³ Voir le document MTN.GNS/W/25, § 232.

¹²⁴ Et par association à l'article XIV du GATT puisque l'Organe d'appel a estimé que « les décisions antérieures au titre de l'article XX du GATT de 1994 sont pertinentes pour [l']analyse au titre de l'article XIV de l'AGCS ». Voir le rapport *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et de paris*, WT/DS285/AB/R, 7 avril, 2005, § 291.

¹²⁵ Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur cette question et ils ont clairement affirmé que cette disposition devait être considérée comme « limitée » et « conditionnelle ».

¹²⁶ *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/R, rapport du groupe spécial 12 juin 2007, ci-après l'affaire *Brésil – Pneus rechapés*, § 7.221-7.222.

¹²⁷ Cette fonction a été reconnue par l'Organe d'appel dans son rapport *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (ci-après dénommée l'affaire *États-Unis – Essence*), WT/DS2/AB/R, rapport de l'Organe d'appel 29 avril 1996, p. 22.

¹²⁸ V. *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon I*, DS/21/R, 3 septembre 1991, § 5.22. Ce rapport n'a toutefois pas été adopté. Notons que les trois premiers rapports de groupes spéciaux qui avaient examiné une mesure environnementale au regard des conditions posées par l'article XX étaient demeurés silencieux sur la question de l'approche à privilégier en matière d'interprétation : *États-Unis – Thon et produits du thon* de 1982, IBDD S29/96, 22 février 1982 ; *Canada – Saumons et harengs* de 1988, IBDD S35/106, 22 mars 1988 ; *Thaïlande – Taxe sur les cigarettes* de 1990, DS/10/R, 07/11/1990.

ordinaire du libellé du traité dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce dernier ou, autrement dit, en appliquant les règles normales d'interprétation des traités »¹²⁹. Cette évolution s'est révélée déterminante pour la prise en compte des valeurs environnementales, l'exception se transformant en un mécanisme de leur intégration dans le système commercial multilatéral¹³⁰.

B. L'exception : mécanisme d'intégration des valeurs environnementales dans le système

L'existence d'une exception environnementale ne permet pas de préjuger de l'effectivité de la prise en compte des valeurs sur lesquelles elle se fonde. Seul un examen minutieux de la jurisprudence relative à l'exception révèle l'efficacité de cette technique et son impact sur la circulation des valeurs environnementales à l'intérieur du système commercial multilatéral.

L'essence et le contenu des valeurs visées par cette exception ont été modulés par l'histoire, les progrès scientifiques, le développement des connaissances, la matérialisation de certains risques et la survenance de grandes catastrophes écologiques. Dès lors, la prise en compte « effective » des valeurs environnementales ne peut que reposer sur l'aptitude et la volonté du juge d'adapter son interprétation de l'exception aux préoccupations des membres. Une analyse de la jurisprudence révèle que la méthode privilégiée par le juge repose essentiellement sur la manifestation d'une grande déférence à l'égard de l'objectif environnemental poursuivi par un État et sur une interprétation évolutive des objectifs légitimés par l'exception environnementale.

L'interprétation de l'exception environnementale requiert dans un premier temps un examen de l'objectif poursuivi par la mesure contestée¹³¹. Cette première étape est particulièrement délicate car une remise en cause de cet objectif sous-entend une certaine substitution de l'appréciation du juge à celle de l'État et le juge a préféré adopter une attitude déférente¹³². Les membres de l'OMC « disposent d'une large autonomie pour déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement (y compris la relation entre l'environnement et le commerce), leurs objectifs environnementaux et la législation environnementale qu'ils adoptent et mettent en œuvre »¹³³. Et, dans chaque cas où l'exception environnementale a été invoquée, il a été admis que la mesure contestée poursuivait effectivement l'objectif allégué. Toutefois, s'il n'avait été d'une interprétation évolutive de cette exception fondée sur la règle de l'effet utile, cette déférence aurait bien pu s'essouffler. De ce point de vue, le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* contient des avancées majeures pour l'intégration des valeurs environnementales dans le système OMC. En admettant que les tortues marines pouvaient être considérées comme des « ressources naturelles épuisables » au sens du paragraphe g) de l'article XX¹³⁴, le juge s'est autorisé une actualisation du droit¹³⁵.

Certes, l'interprétation évolutive comporte des limites inhérentes au mandat confié aux interprètes et aux outils qu'ils utilisent. Elle est également gênée par le caractère exhaustif des listes d'exceptions générales qui a pour effet de réduire les possibilités d'intégration dans le système OMC de nouvelles valeurs environnementales reconnues légitimes par la communauté internationale. Même la plus évolutive des interprétations pourrait un jour ne plus suffire à la prise en compte de ces valeurs et des nouveaux objectifs susceptibles d'être poursuivis par les États, même si cela a déjà permis de faire de l'exception un précieux mécanisme d'articulation des valeurs environnementales avec les règles du système.

La jurisprudence tend à démontrer que la circulation des valeurs environnementales est bien réelle, mais demeure conditionnée par un exercice de mise en balance de ces dernières et des

¹²⁹ Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, p. 104. Ci-après dénommée l'affaire *CE – Hormones*.

¹³⁰ P. LEYTON, « Evolution of the 'necessary text' of article XX (b) : From Thai cigarettes to the present », in E. Brown Weiss et J.H. Jackson (eds), *Reconciling environment and trade*, Transnational Publishers Inc., New York, 2001, p. 99.

¹³¹ *États-Unis – Essence*, rapport de l'Organe d'appel, page 22.

¹³² S. CHARNOVITZ, « Free trade, fair trade, green trade: defogging the debate », *Cornell International Law Journal*, Vol. 27, N° 3, 1994, p. 478.

¹³³ *États-Unis – Essence*, Rapport de l'Organe d'appel, p. 30.

¹³⁴ Voir le rapport de l'Organe d'appel, paragraphes 129-130.

¹³⁵ S. CHARNOVITZ, « The WTO's environmental progress », *JIEL*, 2007/3, p. 686.

intérêts commerciaux des membres conduit par le juge, ainsi que par la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation au bénéfice de l'État dans le choix des mesures fondées sur ces valeurs.

Dans le contexte d'une interprétation de l'exception environnementale, le lien de causalité entre la mesure et l'objectif poursuivi est défini en fonction de deux critères alternatifs, celui de la « nécessité » et celui des mesures « relatives à ». Le second critère s'applique uniquement aux mesures liées à la conservation de ressources naturelles épuisables et la jurisprudence relative à cette clause a très tôt établi que cette exception soulevait « la question de savoir si n'importe quel rapport avec la conservation et n'importe quelle conjonction avec des restrictions à la production suffisent pour qu'une mesure commerciale relève de l'article XX g) ou si une conjonction et un rapport particuliers sont requis »¹³⁶. La jurisprudence¹³⁷ exige une « relation substantielle » avec la conservation des ressources naturelles, ce qui se traduit par l'existence d'une « relation étroite et réelle » entre la mesure et l'objectif environnemental poursuivi. La circulation de valeurs environnementales se réalise donc sans qu'un véritable soupesage d'une diversité d'intérêts ne soit réalisé par le juge. La mise en balance d'intérêts environnementaux et commerciaux se réalise donc davantage par l'application du test de nécessité des articles XX b) du GATT et XIV b) de l'AGCS.

Appliqué à partir de 1989, le test de nécessité consistait à vérifier qu'aucune alternative moins restrictive pour le commerce ne pouvait raisonnablement être employée par l'État pour atteindre les objectifs visés¹³⁸. Cette approche imposait aux États la charge onéreuse d'examiner les effets de chaque mesure envisageable sur toutes les dimensions de sa sphère commerciale. Cette approche a été révisée¹³⁹ pour passer d'un critère unique (la mesure la moins restrictive pour le commerce) à une liste de trois critères prenant en compte les valeurs environnementales ayant inspiré la mesure. Elle permet surtout d'introduire dans le droit de l'OMC un véritable exercice de mise en balance de valeurs en apparence conflictuelles et souvent jugées irréconciliables, traçant ainsi « le portrait type d'un contrôle de proportionnalité »¹⁴⁰, étant entendu que « [p]lus [l'] intérêt commun ou [l]es valeurs communes [poursuivis] [étaient] vitaux ou importants, plus il sera[it] facile d'admettre la 'nécessité' de mesures conçues pour atteindre ces objectifs »¹⁴¹.

Des doutes subsistent toutefois sur l'opportunité qu'un tel test soit effectivement incorporé au système commercial. Un regard plus attentif sur les diverses étapes du contrôle permet en effet d'apercevoir les prémisses d'une démarche dont la légitimité pourrait être questionnée, concernant notamment le critère relatif à l'importance ou au caractère vital d'un intérêt commun ou d'une valeur commune, qui soulève « la question de savoir qui apprécie ce qui est vital et qui est juge en cas de contestation »¹⁴². Le qualificatif « commun » ne sera pas non plus à l'abri d'éventuels débats. L'appréhender dans le sens des intérêts ou des valeurs partagés par la communauté internationale serait ouvrir la porte à la seule prise en compte de valeurs environnementales communes à une large majorité d'États.

Enfin, reste la question de la relation entre la mesure et son impact sur la libre circulation d'une marchandise. Ce critère a évolué récemment dans le sens d'une certaine autonomie par rapport à l'examen des autres critères¹⁴³. Cette évolution n'est pas sans conséquence sur la circulation des valeurs environnementales. D'abord, le contrôle de la mesure est renforcé puisqu'une étape supplémentaire vient s'ajouter au processus du soupesage et de mise en balance, ce qui restreint la marge de manœuvre des États dans le choix de leurs mesures environnementales. De plus, la prise en compte de l'importance des valeurs et des intérêts protégés se voit diluée, au profit d'un

¹³⁶ Voir le rapport *Canada – Saumons et Harengs*, IBDD S35/106, 22/03/1988, § 4.5.

¹³⁷ Voir : OMC, *Pratique du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994*, WT/CTE/W/203, 8 mars 2002, p. 19s.

¹³⁸ Voir sur ce point : *Thaïlande – Taxe sur les cigarettes*, § 81.

¹³⁹ *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS 161/AB/R, 11 décembre 2000, ci-après dénommé l'affaire *Corée – Viande de bœuf*.

¹⁴⁰ H. RUIZ FABRI, « Chronique de règlement des différends de l'OMC (2000) », *JDI*, 2001/3, p. 932.

¹⁴¹ Voir le rapport *Corée – Viande de bœuf*, § 162.

¹⁴² A. DESMEDT, « Proportionality in WTO law », *JIEL*, Vol. 4, N° 3, 2001, p. 447.

¹⁴³ *États-Unis – Jeux et paris*, § 307, confirmé dans *République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur*, WT/DS302/AB/R, 25 avril 2005, et *Brésil – Pneus rechapés*, § 178.

renforcement de la prise en compte des intérêts commerciaux des membres. Car il s'agit alors de mesurer « le degré d'incompatibilité avec le droit de l'OMC... une mesure ne pouvant être considérée nécessaire s'il existe une autre mesure raisonnablement disponible moins incompatible »¹⁴⁴. On glisse de l'appréciation de la légalité d'une mesure à celle de son degré de compatibilité, ce qui est juridiquement curieux¹⁴⁵. En outre, seul le niveau de protection recherché semble demeurer pertinent, les valeurs protégées n'étant plus considérées. Dès lors, les mesures visant à interdire totalement l'entrée de certains produits sur le territoire d'un État deviennent difficilement justifiables.

Cette nouvelle approche renforce la prise en compte des conséquences de la mesure sur les échanges, à l'exclusion des effets possibles sur les autres sphères, y compris les coûts sociaux inhérents à certaines mesures moins dommageables pour les échanges internationaux. En ce sens, elle est critiquable d'autant plus que le contrôle au titre du chapeau permet justement de réintégrer des considérations davantage mercantiles dans la seconde étape du processus d'interprétation.

Plus positive est néanmoins l'évolution corrélative du fardeau de la preuve. Comme toujours, le Membre qui invoque l'exception doit démontrer la nécessité de la mesure contestée mais il ne lui incombe pas de montrer, d'emblée, qu'il n'y a pas de mesure de rechange raisonnablement disponible pour réaliser ses objectifs. C'est au plaignant d'identifier d'abord une telle mesure, le défendeur ayant alors à montrer que cette mesure n'est pas, en fait, 'raisonnablement disponible'¹⁴⁶. Il s'agit là d'une évolution positive pour la prise en compte des préoccupations environnementales puisque l'Organe d'appel facilite incontestablement l'invocation des exceptions.

Pour toutes ces raisons et dans l'état actuel de la jurisprudence, le test de nécessité peut être apprécié de façon ambivalente. La marge nationale d'appréciation reste très incertaine, ce qui pourrait nuire à la circulation des valeurs environnementales au sein du système OMC. Certes, la jurisprudence confirme plutôt la liberté de l'État de fixer le niveau de protection désiré par rapport à l'objectif légitime, le juge manifestant une grande déférence à l'égard des choix effectués par l'État à ce stade de son analyse. Mais le contrôle qu'il exerce ensuite s'avère varier en fonction du niveau de protection souhaité par le Membre, de l'efficacité de la mesure privilégiée et de l'importance des valeurs protégées. Ainsi, il est apparu que compte tenu de sa contribution à la réalisation de l'objectif poursuivi, « une mesure 'indispensable' [devait être] soumise à un processus de mise en balance plus souple que dans le cas d'une mesure utile mais non indispensable à la réalisation de cet objectif »¹⁴⁷. L'émergence d'éléments de proportionnalité dans le test de nécessité a directement pour effet d'accorder au juge un vaste pouvoir d'appréciation 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. Par comparaison, on s'attendrait à ce que le juge de l'OMC adopte une attitude moins interventionniste que le juge communautaire ou de la CEDH, dès lors que la mise en balance implique des considérations fortement subjectives, mais ce n'est pas exactement le cas avec un critère d'examen versatile, qui rend incertaine la prise en compte des valeurs environnementales défendues par les membres du système, même s'il est clair que ce dernier a désormais intégré ces valeurs.

¹⁴⁴ H. RUIZ FABRI, P. MONNIER, « Organisation mondiale du commerce – Chronique du règlement des différends 2004 », *JDI*, 2005/3, p. 993.

¹⁴⁵ En effet, cette approche qui consiste à traduire en termes juridiques « une approche économique qui consiste à préférer les mesures qui altèrent le moins possible les échanges [...] s'intègre mal dans le vocabulaire de la légalité qui renvoie plutôt vers une alternative (ou c'est légal, ou cela ne l'est pas) que vers une échelle (c'est plus ou moins légal) ». *Ibid.*

¹⁴⁶ *États-Unis – Jeux et paris*, § 311.

¹⁴⁷ J. NEUMANN, E. TÜRK, « Necessity revisited : proportionality in World trade organization after Korea – Beef, EC – Asbestos and EC – Sardines », *Journal of World Trade*, 2003, p. 213.

Chapitre 5 – La fonction intersystémique du concept de développement durable

Le développement durable est un concept clé du droit international de l'environnement. Consacré comme nouveau paradigme des relations internationales en la matière lors de la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, il se diffuse par la suite rapidement et trouve aujourd'hui expression dans un très grand nombre d'instruments, tant non contraignants que contraignants, touchant à divers aspects de l'environnement humain. Son influence est telle qu'il tend à être considéré comme l'un des principes fondamentaux de la matière. Défini par le *Rapport Brundtland* comme « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs »¹⁴⁸, le développement durable évoque avant tout la nécessité de réconcilier considérations économiques et préoccupations environnementales. Ce n'est en effet que lorsque ces dernières seront intégrées au processus de développement que le développement pourra être durable. Nécessitant une vision à long terme, le développement durable s'analyse donc comme un objectif à atteindre, dont le premier moyen de réalisation est l'intégration de l'environnement et du développement économique et social. Le concept a en outre vocation à trouver application au-delà des limites du droit de l'environnement. Sa structure en piliers, un pilier environnemental, un pilier social, un pilier économique, met en évidence son rayonnement acquis ou potentiel en droit international économique, en droit du développement, en droit des investissements, sur le droit social international ou encore sur les droits de l'homme. Et, en promouvant l'intégration de ces normes et considérations diverses, il établit un lien entre chacun de ces systèmes.

Invitant à un dépassement des cloisonnements juridiques induits par le découpage du droit international en diverses branches, le développement durable revêt la double particularité de circuler d'un système à l'autre et de permettre, de par sa fonction « intégrative », de faire circuler certaines notions ou principes juridiques se rattachant à lui. Ce faisant, un effet de rayonnement intersystémique permettant de coordonner des systèmes normatifs hétérogènes reposant sur des valeurs différentes peut lui être attribué. On peut néanmoins se demander, au vu de la jurisprudence internationale, si, au-delà de la prescription, le développement durable parvient bien à décloisonner les systèmes normatifs afin d'en concilier les valeurs, économiques et commerciales d'une part, et environnementales, d'autre part (A). La jurisprudence internationale mobilisant le concept reste encore très rare mais elle s'avère indispensable pour évacuer l'hypothèse selon laquelle le concept se rangerait dans la catégorie des « concepts slogans » performatifs et vagues, n'impliquant pas d'obligations juridiques précises et permettant aux Etats de donner l'impression d'avancer sur des sujets éminemment politiques sans pour autant opérer de réels choix (B). *In fine*, le développement durable déporterait le problème de la coordination de systèmes normatifs hétérogènes vers ces acteurs incontournables de la mise en balance que sont les juges.

A. Un concept intersystémique par nature

Déconnectée d'une dimension formelle et matérielle, l'analyse du développement durable peut nourrir un certain scepticisme et apparaître, au mieux, comme un « slogan incantatoire », au pire comme un concept de légitimation des politiques économiques dominantes. Seule une analyse de la dimension matérielle puis formelle du développement durable permet de voir si le concept encadre, au-delà de souhaiter, la rencontre entre des systèmes juridiques hétérogènes.

Dimension matérielle. A l'observation des conventions mentionnant le développement durable, le concept apparaît très souvent comme un objectif à atteindre, parfois comme un processus. Cette double représentation du concept n'est pas nécessairement contradictoire. Elle alimente, au contraire, la thèse selon laquelle le développement durable renvoie à une catégorie d'obligation particulière, *i.e.* les obligations de moyens (dans l'acception civiliste que revêt cette catégorie). Cette subsomption permet alors de combattre l'argument selon lequel le

¹⁴⁸ *Notre avenir à tous*, Rapport de la CMED, Montréal, éditions du Fleuve, 1998, p. 51.

développement durable serait dénué de juridicité. Elle peut sembler par ailleurs confirmée par la jurisprudence internationale, notamment dans la façon dont la CIJ a manié le concept, dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*. La Cour n'a en effet imposé dans cette affaire ni moyen déterminé ni résultat précis aux parties. Elle considéra seulement que le développement durable impliquait que celles-ci examinaient à nouveau les effets sur l'environnement de l'exploitation de la centrale de Gabcikovo.

Quelques accords à vocation environnementale peuvent désigner le développement durable comme un processus ou « *process* » dans leur version anglaise. Cette référence textuelle au concept de processus peut de nouveau renforcer la thèse selon laquelle le développement durable renvoie à une obligation de moyens. Celle-ci implique en effet une certaine itération dans le déploiement des techniques qu'un Etat peut utiliser jusqu'à ce qu'il ne puisse en convoquer aucune autre qui lui permettrait de tendre vers l'objectif donné. La mise en œuvre d'une obligation de moyens constitue, en effet, un processus, au sens d'un enchaînement ordonné de faits.

Il manque cependant encore à la subsumption du développement durable sous la catégorie d'une obligation de moyens un élément central : d'où vient l'obligatorité ? Est-elle d'origine conventionnelle ou peut-elle se rattacher au droit international général ? La question est évidemment cruciale si le développement durable veut remplir une fonction intersystémique. A défaut, il risque fort d'être destiné à un simple rayonnement intrasystémique dépendant de son incorporation par les traités constitutifs d'organisations à vocation économique.

Dimension formelle. Si les différends juridictionnels plaçant la protection de l'environnement au cœur de l'affaire sont de moins en moins rares, ceux qui ont été réglés en faisant explicitement appel au développement durable ne sont cependant pas légion. Les affaires où le développement durable est utilisé par le juge comme un concept autonome, *i.e.* applicable alors même que le droit applicable au différend ou le titre juridique en fonction duquel le juge est compétent ne s'y réfère pas *expressis verbis*, sont pour leur part encore plus rares, ce qui complique naturellement la faisabilité de l'étude.

Bien que l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* ne se situe pas dans une perspective intersystémique mettant en balance deux systèmes normatifs distincts, l'un économique, l'autre environnemental, elle se présente comme le point de départ de l'analyse de la nature formelle du concept. L'affaire envisage le concept de développement durable comme une *nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement*. Cette nécessité se trouve ensuite mise en lien avec le principe de bonne foi figurant à l'article 26 de la CVDT. L'absence de portée juridique autonome accordée au développement durable peut ainsi se voir palliée par le recours quasi miraculeux au principe de bonne foi, lequel implique de prendre en considération l'objectif contemporain du développement durable afin d'appliquer le traité de référence liant les deux parties, lequel ne mentionne aucunement le concept. L'affaire plus récente opposant l'Uruguay et l'Argentine relative aux *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, et ayant donné lieu à une première ordonnance le 13 juillet 2006 par la CIJ, a donné lieu à ce même « bricolage juridique ». Tout d'abord, la Cour reconnaît la fonction conciliatrice du développement durable pour ensuite rappeler que le traité de référence liant les deux parties, en l'occurrence le Traité de 1975, et prévoyant une coopération entre les deux Etats dans le cadre d'activités sur le fleuve Uruguay ayant une incidence sur l'environnement, doit être mis en œuvre de bonne foi, c'est-à-dire en tenant compte, semble-t-il, du développement durable précédemment mentionné par la Cour.

Ces deux affaires montrent une certaine réticence de la CIJ à consacrer une portée formellement obligatoire au concept de développement durable. Pourtant, quelque temps avant l'adoption de cette ordonnance, le concept de développement durable s'était vu consolider au plan formel dans l'affaire du *Rhin de fer* dans laquelle trois des cinq arbitres étaient juges à la CIJ¹⁴⁹. Les arbitres ont su dépasser l'incantation selon laquelle il existe une nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement pour affirmer que cette nécessité,

¹⁴⁹ Voir *infra*, Ch.

constituant le concept de développement durable, est un principe du droit international général. Il reste que cette catégorie formelle est sujette à polémique même si, sans doute, elle sied parfaitement à l'abstraction matérielle du concept.

En définitive, 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 synchrétique des systèmes 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.

B. *Un concept slogan laissé au juge*

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.

Interprétation évolutive. Encore une fois, l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* apparaît comme le point de départ à l'utilisation de l'interprétation évolutive, l'arrêt montrant que le concept de développement durable pousse dans le sens d'une interprétation des traités se référant à des concepts environnementaux à l'aune des normes actuelles du droit de l'environnement. Toutefois le concept de développement durable ne parvient pas à lui seul à justifier l'utilisation par le juge de l'interprétation évolutive. Celle-ci doit aussi et d'abord être permise par les énoncés normatifs liant les parties au différend. Ainsi, c'est en vain que l'Irlande tenta, dans l'affaire de l'*Usine Mox*, d'imposer, par la seule voie du concept de développement durable, l'interprétation évolutive des traités en cause¹⁵⁰. La sentence du *Rhin de fer* est, pour sa part, revenue à l'orthodoxie de l'arrêt *Gabcikovo* : le développement durable ne suffit pas à imposer une interprétation évolutive des traités au regard des règles environnementales externes, il faut encore que ces dernières aient été acceptées par les parties. Les trois affaires montrent ainsi que le concept de développement durable favorise le recours à l'interprétation évolutive des concepts environnementaux. Qu'il puisse ensuite résoudre les conflits entre intérêts environnementaux et intérêts commerciaux est un autre problème.

Mise en balance et pouvoir du juge. Alors que l'interprétation évolutive des traités apparaît comme une incitation portée par le concept même de développement durable et adressée à l'ensemble des interprètes (parties et juges), la mise en balance toujours impliquée par le concept convoque principalement le juge, en tant que tiers impartial. L'indétermination matérielle du concept va naturellement conférer à ce tiers un rôle considérable car, si le développement durable prescrit au juge de réaliser une opération de balancement, il ne lui dit rien quant au poids des normes, sinon des préoccupations, qu'il doit mettre en balance.

Les affaires dans lesquelles le concept de développement durable apparaît sous la facette d'un concept intersystémique montrent que l'assimilation du développement durable à une justification habilitant le juge à réaliser une opération de balancement entre des normes et/ou des préoccupations antinomiques s'est faite de manière progressive. Dans la première affaire, celle de *Gabcikovo-Nagymaros*, le concept permet à la Cour d'intégrer des normes et exigences nouvelles en matière d'environnement et de mettre ainsi à jour le conflit existant entre, d'une part, l'obligation conventionnelle de construction et d'exploitation du barrage et, d'autre part, l'obligation également conventionnelle de protection des eaux du Danube et de l'environnement. Après avoir formalisé le conflit, la Cour refuse de le résoudre en affirmant une supériorité axiologique au profit de l'une de ces deux normes mais affirme, au contraire, sous couvert du concept de développement durable, que ces dernières doivent être conciliées. Dans

¹⁵⁰ V. *infra*, Ch.

l'affaire des *Usines à papier*¹⁵¹, l'Uruguay invitait très clairement la Cour à réaliser une opération de balancement mais celle-ci n'aura pas besoin d'y procéder pour décider de ne pas indiquer de mesures conservatoires. Et c'est finalement l'affaire du *Rhin de fer* qui va le plus loin dans l'assimilation du développement durable à un titre habilitant le juge à réaliser une opération de balancement. Après avoir indiqué que le développement durable impliquait un devoir de prévention quant à la protection de l'environnement, les arbitres devaient répondre clairement, et pour reprendre leurs termes, aux questions concrètes de savoir « ce qui peut ou ne peut pas être fait, ou par qui et à quel prix »¹⁵².

Précisément, le cœur du différend se situait dans la détermination de la répartition des charges financières induites par les mesures de protection environnementales imposées par les Pays-Bas. La répartition pouvait se régler par application de l'article XII du traité liant les deux parties, lequel stipulait que, si la Belgique demandait la construction d'une nouvelle voie, les Pays-Bas ne pourraient la lui refuser en vertu de son droit de passage mais qu'elle devrait alors assumer les coûts des travaux. Par interprétation évolutive, les arbitres ont considéré que l'article XII était applicable aux faits de l'espèce. Aussi, la majeure d'un syllogisme semblait-elle posée et devoir dicter la solution selon laquelle la Belgique devrait assumer les coûts des travaux. Or, les arbitres ont préféré s'écarter de cette conclusion en invoquant précisément le concept de développement durable. Selon eux, l'article XII commandait effectivement d'intégrer les coûts relatifs à la protection de l'environnement dans le projet de réactivation belge et les coûts devaient incomber à la Belgique. Mais l'équilibre des intérêts en présence, recherché par le développement durable, impliquait toutefois de répartir la charge financière de manière proportionnelle en fonction de l'usage et des bénéfices que tirerait chacune des parties du Rhin de fer.

Ainsi, le développement durable apparaît dans cette affaire comme une justification permettant à l'interprète de se dégager d'un raisonnement syllogistique pur pour lui préférer un raisonnement par balancement visant à concilier les préoccupations environnementales néerlandaises et l'intérêt légitime de la Belgique à poursuivre son développement économique. L'affaire confronte alors l'analyse à un raisonnement parfaitement circulaire où le résultat du balancement, à savoir la réalisation du développement durable, s'est trouvé justifié par le concept même de développement durable. En réalité, et pour rompre le cercle, il apparaît bien que le résultat du balancement, à savoir le développement durable, ne découlait pas du concept de développement durable mais plutôt de ce que les arbitres se sont sentis autorisés à dire sur le développement durable.

En définitive, l'analyse du développement durable, en tant que concept intersystémique, montre que ce dernier n'est pas parvenu à un niveau de consolidation suffisant pour prescrire une rencontre précise entre les normes de protection de l'environnement et les normes à vocation économique. 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.

¹⁵¹ Affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, procédure orale, Audience publique tenue le jeudi 8 juin 2006, CR 2006/47, pp. 30-31.

¹⁵² Sentence du *Rhin de fer*, § 58.

Chapitre 6 – L'interprétation téléologique des traités comme instrument de prise en compte et de mise en balance des valeurs et intérêts environnementaux

Se proposer d'étudier l'interprétation dite téléologique des traités comme moyen de prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux revient à concevoir l'interprétation comme une activité contrainte. En effet, à quoi bon étudier ce qui est présenté comme une technique d'interprétation si l'on estime que l'opération d'interprétation est une activité totalement discrétionnaire ? Cette prémisse signifie qu'il s'agit d'une activité régulée dont il convient justement de mettre en exergue certaines caractéristiques à la lumière de la pratique pertinente. Toutefois, deux réserves doivent être formulées d'emblée afin de montrer les limites de cette démarche. D'une part, il faut se garder de penser que l'interprétation des traités est à l'inverse « un jeu intégralement délimité par des règles »¹⁵³. A cet égard, la codification réalisée dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) a entraîné un recul de la posture critique à l'égard de règles jusque là sujettes à débat comme si cela les avait dotées de qualités dont elles sont intrinsèquement dépourvues, l'usage exceptionnellement intensif des articles 31 à 33 de la CVDT dans la jurisprudence internationale expliquant en partie ce relâchement de la pensée critique. En effet, si, selon une formule consacrée, l'interprétation est plus un art qu'une science, il faut reconnaître que les juges internationaux excellent dans l'art de la faire passer pour une science¹⁵⁴. La deuxième réserve est liée à la nature de l'interprétation exercée par les acteurs juridiques. C'est une interprétation opérative, c'est-à-dire exercée à des fins pratiques dans un cadre et des conditions concrets, soumise à « la logique de la pratique » et donc « logique jusqu'au point où être logique cesserait d'être pratique »¹⁵⁵. Dans une démarche réflexive, on doit donc être conscient que toute systématisation de la pratique s'opère au prix d'une certaine trahison de l'essence même de celle-ci. C'est dans cet esprit qu'on peut déterminer ce qu'il faut entendre par l'interprétation téléologique (A), puis examiner comment elle permet concrètement la prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux (B) avant de relever les limites de ce processus (C).

A. Définition de l'interprétation téléologique

L'interprétation téléologique d'un acte, y compris en droit international¹⁵⁶, est l'interprétation guidée par le but de celui-ci. Il s'agit donc de « la découverte du sens par la finalité »¹⁵⁷. A l'exception remarquable de la pratique du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après TPIY)¹⁵⁸, l'interprétation téléologique est rarement mentionnée *eo nomine* dans la jurisprudence internationale. La CIJ ne semble y avoir fait référence que dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, de surcroît en des termes fort défavorables s'expliquant par une lecture particulière de ce procédé¹⁵⁹ et la pratique arbitrale ne recèle que peu de références au concept en tant que tel¹⁶⁰. Il est néanmoins bien établi en droit international contemporain que l'interprétation téléologique d'un traité correspond à celle menée selon son objet et son but dont l'identification laisse à l'interprète une latitude interprétative importante.

La formule composite « selon l'objet et le but » est probablement l'une des plus utilisées dans le vocabulaire du droit international. Elle est pourtant loin de briller par sa clarté¹⁶¹. Il convient en particulier de s'attarder quelque peu sur la question des relations entre les deux éléments qui

¹⁵³ L. WITTEGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, 2004, p. 74, § 84.

¹⁵⁴ Comme Robert JENNINGS le rappelait, « it is part of the art that it should have the appearance of a science », « General Course on Principles of International Law », *RCADI*, 1967, II, t. 121, p. 544.

¹⁵⁵ P. BOURDIEU, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, n°64, p. 41.

¹⁵⁶ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 607.

¹⁵⁷ J.-L. BERGEL, « La découverte du sens en droit par la finalité », *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie Beiheft* 48, 1992, pp. 67-79.

¹⁵⁸ *Tadic*, Chambre d'appel, Arrêt Relatif à l'Appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, (IT-94-1), § 72 et s. ; *Mucić et al. "Čelebici"*, IT-96-21-A, Chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001, § 68.

¹⁵⁹ CIJ Recueil 1966, p. 48, § 91.

¹⁶⁰ V. par ex., *Italie c. République Fédérale d'Allemagne*, ILR, vol. 29, p. 460 ; *Arabie saoudite c. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, ILR, vol. 27, p. 189.

¹⁶¹ I. BUFFARD, K. ZEMANEK, « The "Object and Purpose" of a Treaty: An Enigma? », *ARIEL*, 1998, vol. 3, p. 342.

composent la formule. Si certains auteurs ont tenté de les distinguer, considérant que « l'objet d'un traité représente les prestations qui y sont stipulées, son effet juridique » tandis que le but se réfère « aux fins que se proposent les Parties contractantes »¹⁶² ou encore qu'il y aurait une distinction d'ordre temporel entre les deux éléments, « l'objet pouvant être immédiat et le but plus lointain »¹⁶³, d'autres les assimilent, en partant des travaux préparatoires de la CVDT¹⁶⁴.

De fait, la jurisprudence internationale utilise presque toujours¹⁶⁵ l'expression « l'objet et le but » sans aucune distinction apparente entre les deux éléments, permettant de conclure que la notion « objet et but » désigne en droit international une seule réalité. L'interconnexion entre les deux termes est aussi manifestée par le fait qu'à la Conférence de Vienne sur le droit des traités, le Comité de rédaction a remplacé le terme objet par « objet et but » en précisant qu'il s'agissait d'un changement purement rédactionnel sans importance substantielle¹⁶⁶.

L'interprétation téléologique est parfois rapprochée, voire confondue avec, d'autres procédés, méthodes ou principes d'interprétation. La raison la plus importante en est que l'interprétation d'un acte selon son but est une démarche inhérente à toute interprétation. Dès lors, l'envisager comme une option mise à la disposition d'un interprète libre d'en faire usage ou non est erroné, puisque tout interprète procède avec une certaine conception qu'il se fait du but de l'acte et ce, dès le premier contact avec celui-ci. Il n'y a pas, pour ainsi dire, une interprétation vierge sur laquelle se grefferait dans un deuxième temps la considération du but.

Une célèbre opinion dissidente commune jointe à l'avis de la CIJ de 1951 évoquait déjà les difficultés de l'identification de l'objet et du but du traité¹⁶⁷, en raison du flou qui entoure la notion et de son extrême flexibilité. Le texte du traité entendu dans le sens de son contenu est un paramètre important pour l'identification de l'objet et du but de celui-ci mais faut-il en déduire que l'objet et le but se réduisent au contenu du traité ? Au cours des débats autour du futur article 31 de la CVDT, un membre de la CDI exprimait son inquiétude face à un projet qui invitait l'interprète à tenir compte « du contexte du traité, ainsi que de son objet et de son but »¹⁶⁸, estimant qu'une telle disposition donnerait l'impression « qu'on peut chercher l'objet et le but du traité en dehors du texte », alors que ceux-ci « doivent être cherchés dans le texte même ; c'est seulement si l'examen du texte ne permet pas d'aboutir à une solution adéquate que l'on doit recourir aux moyens subsidiaires »¹⁶⁹. Dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Nicaragua* de la CIJ, le juge Robert Jennings va dans le même sens, faisant valoir que « [l]e but et l'objet d'un traité ne sauraient constituer une notion indépendante du contenu de ce traité »¹⁷⁰.

Mais la jurisprudence internationale n'est pas très concluante sur ce point. Dans l'affaire *Nicaragua*, la CIJ a donné l'impression de distinguer l'objet et le but du traité de son contenu, acceptant l'idée qu'il pourrait y avoir une violation de l'objet et du but du traité qui serait autonome de la violation du traité¹⁷¹. Ce faisant, la Cour semble accrédi-ter la thèse selon laquelle l'objet et le but d'un traité sont davantage liés à son esprit qu'à son contenu formel¹⁷². L'opinion selon laquelle l'objet et le but d'un traité ne se réduisent pas à son contenu est également partagée par le rapporteur spécial de la CDI sur la question des réserves aux traités qui donne les indications suivantes pour les identifier : « il convient de se placer à un assez large degré de généralité : il ne s'agit pas de 'décortiquer' le traité, d'examiner ses dispositions l'une après l'autre, mais bien d'en dégager l'essence', le 'projet global »¹⁷³.

¹⁶² Ch. de VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 62.

¹⁶³ E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, p. 74.

¹⁶⁴ V., *inter alia*, M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol. 151, 1976-III, p. 56.

¹⁶⁵ Contre-exemple : la sentence rendue dans l'affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau, 14 février 1985, RSA, vol. XIX, p. 172, § 56. J. KLABBERS, « Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties », *FYBIL*, 1997, p. 146.

¹⁶⁶ Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, soixante-et-unième séance, p. 392, § 101.

¹⁶⁷ Opinion dissidente de M. GUERRERO, Sir Arnold McNAIR, MM. READ et Hsu MO, *CIJ Recueil* 1951, p. 44.

¹⁶⁸ Annuaire de la CDI, 1966, vol. I, Deuxième partie, 869e séance, 14 juin 1966, p. 203, § 59.

¹⁶⁹ *Ibid.*, 870e séance, 15 juin 1966, pp. 205-206, § 14.

¹⁷⁰ *CIJ Recueil* 1986, p. 542.

¹⁷¹ *CIJ Recueil* 1986, pp. 135-138, § 270-276.

¹⁷² *CIJ Recueil* 1986, p. 138, § 275.

¹⁷³ Rapport de la CDI, Cinquante-neuvième session, A/62/10, p. 71, § 2.

Ainsi définis, l'objet et le but ne sont pas faciles à déterminer. La matière semble rebelle à toute systématisation comme le montre le remarquable éclectisme dont la jurisprudence internationale fait preuve sur ce point. Si le préambule est le plus souvent mis en avant aux fins de la détermination de l'objet et du but d'un traité¹⁷⁴, d'autres éléments tels que le titre du traité¹⁷⁵, une disposition d'une importance particulière¹⁷⁶, l'économie générale du traité¹⁷⁷ ou encore les travaux préparatoires¹⁷⁸ peuvent aussi être sollicités. Mais il va de soi qu'indépendamment de tout élément individuel mis en exergue dans un cas particulier, l'interprète adoptera en réalité une approche holistique, tenant compte de l'économie d'ensemble et de l'esprit du traité. Le projet de directive proposé par le rapporteur spécial de la CDI sur la question des réserves aux traités en vue de la détermination de l'objet et du but du traité tente de tenir compte de cette flexibilité inhérente au concept en indiquant que « L'objet et le but du traité doivent être déterminés de bonne foi, en tenant compte de ses termes dans leur contexte. On peut également avoir recours en particulier au titre du traité, aux travaux préparatoires du traité et aux circonstances de sa conclusion et, le cas échéant, à la pratique subséquente qui fait l'objet d'un accord des parties »¹⁷⁹.

La démarche proposée consiste donc en gros à suivre les articles 31 et 32 de la CVDT. Même si elle est tautologique dans la mesure où l'article 31 lui-même renvoie à l'objet et au but du traité, cette démarche semble la plus adaptée à la flexibilité du concept. Il y aura certes toujours une marge de subjectivité mais il va de soi que celle-ci est limitée par le principe général de bonne foi : l'interprétation selon l'objet et le but est soumise à des contraintes à la fois en amont (l'objet et le but identifiés par l'interprète doivent raisonnablement pouvoir être rattachés au traité) et en aval (l'interprétation proposée doit pouvoir raisonnablement être considérée comme allant dans le sens de cet objet et de ce but).

B. *L'interprétation téléologique des traités au service de la prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux*

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*).

i) Traités environnementaux. Cette catégorie n'appelle pas beaucoup de commentaires 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. L'interprète tiendra logiquement le plus grand compte de la finalité environnementale de ces traités, tâche souvent facilitée par le fait que de nombreux traités environnementaux contiennent des dispositions spécifiques qui précisent leurs objets ou leurs objectifs¹⁸⁰.

¹⁷⁴ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, A18, § 34 ; CIJ, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, CIJ Recueil 1952, p. 196 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (fond), CIJ Recueil 1986, p. 138, § 275 ; *Différend territorial*, CIJ Recueil 1994, p. 25 et 26, § 52 ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (fond), CIJ Recueil 2002, p. 652, § 51.

¹⁷⁵ *Certains emprunts norvégiens*, CIJ Recueil 1957, p. 24.

¹⁷⁶ *Plates-formes pétrolières*, CIJ Recueil 1996, p. 814, § 28.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 813, § 27.

¹⁷⁸ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Recueil 2004, p. 179, § 109.

¹⁷⁹ Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa cinquante-neuvième session, *op. cit.*, directive 3.1.6, p. 81.

¹⁸⁰ V. à titre d'exemples, l'article 1 de la Convention sur la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe du 19 septembre 1979 ; l'article 2 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 ; l'article 1 de la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 ; l'article 2 de la Convention sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et / ou la désertification, en particulier en Afrique du 17 juin 1994 ; l'article 2 de l'Accord aux fins d'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs du 4 août 1995 ; l'article premier de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs du 5

ii) *Traités non exclusivement environnementaux qui intègrent explicitement des préoccupations environnementales.* 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. Ainsi, le Traité hongro-tchécoslovaque relatif à la construction et au fonctionnement du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagymaros n'avait pas seulement pour objectif de réaliser un projet d'investissement conjoint, mais poursuivait une série d'autres objectifs (amélioration de la navigation sur le Danube, maîtrise des crues, régulation de l'évacuation des glaces et protection de l'environnement naturel). Lorsque le traité poursuit de nombreux objectifs, l'interprète ne saurait en sacrifier un au profit des autres, si « aucun de ces objectifs ne s'est vu accorder de priorité absolue par rapport aux autres »¹⁸¹. Mais, même dans cette hypothèse, il y a fort à parier que les préoccupations environnementales recevront un traitement particulier dans la mesure où elles ont souvent une pertinence pour l'ensemble des activités projetées par un tel traité ou menées sur la base de celui-ci¹⁸². Ainsi, la CIJ a, dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, mis un accent particulier sur la dimension environnementale alors même qu'elle soulignait l'équivalence absolue des objectifs du Traité de 1977.

Le deuxième 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. Les parties y reconnaissent que « leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ».

On sait que le juge de l'OMC accorde le plus grand poids au sens ordinaire des termes du traité, avec l'objectif d'être le plus fidèle possible à l'intention des parties. L'objet et le but sont moins utilisés, en tout cas de façon explicite. En pratique cependant, beaucoup de raisonnements sont informés par l'objet et le but, ces éléments étant souvent dissimulés dans la recherche de l'effet utile, ou même dans l'intention initiale des négociateurs de l'OMC.

Différentes orientations téléologiques semblent pouvoir être dégagées au sein de l'OMC : d'un côté, un style téléologique au nom de la promotion de la liberté des échanges, de l'autre, une interprétation téléologique favorable à d'autres intérêts que commerciaux, et notamment à la protection de l'environnement. Encore faut-il qu'existent les conditions qui rendent possible une interprétation téléologique favorable aux intérêts et valeurs environnementaux, en bref des « portes d'entrée ». A ce titre, le droit de l'OMC incorpore un objectif en matière environnementale et diverses dispositions favorables à l'exercice d'une téléologie conforme à cet objectif, ce qui peut notamment conduire à la prise en compte d'instruments extérieurs au système. Premièrement, il y a dans le préambule de l'Accord institutif une référence explicite à l'objectif du développement durable. La projection téléologique en faveur de la prise en compte de l'environnement trouverait avec cette référence son fondement mais également ses limites,

septembre 1997 ; l'article 2 du Protocole à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979, relatif aux polluants organiques persistants du 24 juin 1998 ; l'article 1 de la Convention sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides qui font l'objet d'un commerce international du 11 septembre 1998 ; l'article premier du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique du 19 janvier 2000 ; l'article premier de la Convention sur les polluants organiques persistants du 22 mai 2001 ; l'article 1^{er} du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture du 3 novembre 2001 ; l'article II de la Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles du 11 juillet 2003.

¹⁸¹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, CIJ Recueil 1997, p. 77, § 135.

¹⁸² D'où la nature transversale de l'objectif de la protection de l'environnement dans le cadre des Communautés européennes qui signifie que les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques communautaires.

parmi lesquelles notamment, l'objet même du traité - pour ainsi dire - qui demeure avant tout un traité commercial, et non environnemental. D'autres dispositions explicitement dédiées à la prise en compte de l'environnement sont l'article XX du GATT relatif aux exceptions (notamment paragraphes b) et g)) ainsi que ses analogues dans l'AGCS et dans les accords SPS et OTC. Enfin et surtout, il existe des dispositions qui semblent inviter l'interprète à user directement de la méthode téléologique mais aussi à manier des concepts juridiques extérieurs au système. C'est le cas pour l'article 3 :2 du Mémoire d'accord relatif au règlement des différends qui renvoie aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, parmi lesquels l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la « passerelle intersystème » rencontrée plus haut¹⁸³. L'utilisation d'éléments extérieurs pour interpréter le droit de l'OMC se révèle pourtant difficile, comme le montre l'affaire *Communautés européennes – OGM*, où le Groupe spécial considère que les accords qui ne lient pas toutes les parties au différend ne peuvent servir de base indépendante d'interprétation, tout au plus de « base éclairante ». Mais en matière environnementale, dans un cas au moins, l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, des éléments extérieurs au système - des traités environnementaux - ont joué un rôle majeur pour interpréter une disposition de l'article XX. En l'espèce, l'Organe d'appel a jugé que l'expression en cause devait être interprétée « à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement ». Et c'est précisément pour retrouver ces dernières que l'Organe d'appel s'est référé à des conventions en matière environnementale, lesquelles matérialisent la volonté de la Communauté internationale de protéger les ressources naturelles épuisables. Le Préambule de l'OMC - et notamment la référence au développement durable - a certes également été cité mais uniquement parce qu'il permettait aussi de rendre compte des « préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement ». Ce sont donc ces dernières, qui sont formellement extérieures au droit de l'OMC, qui ont justifié l'interprétation évolutive de l'expression « ressources naturelles épuisables ». Elles ont constitué l'objet et le but à la lumière duquel l'interprète a clarifié le sens des dispositions en cause.

Il faut toutefois garder à l'esprit que l'interprétation du droit de l'OMC demeure encadrée par la finalité principale du mécanisme de règlement des différends : la préservation des droits et obligations résultant pour les membres des accords visés. Cet objectif peut se montrer tantôt propice, tantôt défavorable aux considérations environnementales. Le juge est prudent quand il s'agit d'interpréter ce que le texte ne dit ou ne précise pas, ce qui limite l'usage de l'interprétation téléologique au sein de l'OMC. L'exigence du respect de l'équilibre invite l'interprète à se focaliser sur le texte et sur l'acception littérale. L'importance alors donnée aux dictionnaires limite incontestablement les potentialités liées à la méthode téléologique, et plus spécialement les interprétations évolutives. Ainsi, l'Organe d'appel s'est parfois référé à l'historique de la rédaction d'un article pour l'interpréter. Or, il est évident que de s'appuyer sur cet historique nuit au dynamisme de l'interprétation, même menée sous couvert d'objet et de but. Le souci de respecter l'équilibre peut aussi amener les organes de règlement des différends à écarter la ou les normes externes qui pourraient y porter atteinte. Un exemple de cet effet « réducteur » apparaît dans l'affaire *CE – OGM*. En l'espèce, le Groupe spécial a considéré que le terme « parties » figurant à l'article 31 § 3 c) de la CVDT renvoyait à l'ensemble des membres de l'OMC. En revanche, lorsque le souci de ne pas imposer aux membres des obligations supplémentaires se traduit dans l'affirmation de la maxime *in dubio mitius* - utilisée dans l'affaire de la *Viande aux hormones* - les intérêts et valeurs liés à la protection de l'environnement ont davantage de chances de prévaloir sur les obligations de nature commerciale.

iii) *Autres traités*. 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 particulière 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

¹⁸³ V. Ch. 2-3.

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. Cette technique, qualifiée de téléo-système, est surtout mise en œuvre par la CJCE¹⁸⁴ qui établit « le sens des dispositions précises des traités, en les situant dans la perspective de la construction économique, politique et juridique d'ensemble imaginée par les Etats membres »¹⁸⁵.

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 »¹⁸⁶, 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-brac¹⁸⁷, mais comme un système formellement et axiologiquement cohérent qui s'inspire de finalités communes.

C. Les limites de la prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux au moyen de l'interprétation téléologique

L'interprétation étant une activité contrainte, l'intégration des valeurs et intérêts environnementaux par son biais connaît naturellement des limites : texte (i), dimension temporelle (ii), cohésion de la « communauté » concernée (iii), situation de l'interprète (ramené ici au juge) (iv).

i) *Le texte.* Selon les enseignements de la théorie traditionnelle de l'interprétation, le texte constitue la limite la plus importante à la prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux au moyen de l'interprétation téléologique. Si un traité n'intègre pas explicitement la dimension environnementale, l'interprète ne devrait normalement pas pouvoir prendre en compte ces préoccupations dans le processus interprétatif, car on ne peut pas introduire dans le texte ce qui n'y est clairement pas présent. Toutefois, cette manière traditionnelle d'envisager la textualité nous semble relever d'une erreur provenant de toute une série d'illusions quant au fonctionnement d'un texte :

- illusion du texte parlant, contenant un sens dont l'extraction constitue la seule mission de l'interprète et en exclurait « toute coloration normative »¹⁸⁸. Mais il y a là une confusion malheureuse entre la norme et son expression graphique, alors qu'une règle de conduite est un outil mental ;

- illusion du texte absolu, compréhensible sans référence à des facteurs extérieurs¹⁸⁹. Cette conception repose sur l'autosuffisance du texte, chose qui est littéralement impossible¹⁹⁰. La compréhension d'un texte nécessite inéluctablement l'intervention de tout un monde d'arrière-plan constitué de pratiques consacrées, de valeurs dominantes, de croyances communes, etc. S'il reste invisible, c'est parce que, du fait de sa nature, il paraît aussi naturel que les objets tangibles de la nature.

ii) *Le temps.* Les préoccupations environnementales étant plutôt récentes, on peut se demander comment les intégrer dans l'interprétation de textes élaborés antérieurement. L'interrogation sur cette dimension temporelle de l'interprétation est d'autant plus importante que la protection de l'environnement elle-même est un domaine en pleine évolution. En bref, faut-il interpréter un traité au moment de sa conclusion ou au moment où l'interprétation a lieu ? Il est alors courant

¹⁸⁴ V. *Soc. Europeemballage et Continental Can*, 6/72, arrêt du 21 février 1973, Recueil 1973, p. 245 ; *Manghéra*, 59/75, arrêt du 3 février 1976, Recueil 1976, p. 91 ; *Bresciani*, 87/75, arrêt du 5 février 1976, Recueil 1976, p. 138.

¹⁸⁵ D. SIMON, *op. cit.*, p. 581.

¹⁸⁶ Ch. de VISSCHER, *Théorie et réalité en droit international public*, Paris, Pedone, 4e éd. revue et mise à jour, 1970, p. 123.

¹⁸⁷ J. COMBACAU, « Droit international, bric-à-brac ou système? », *Archives de la philosophie de droit*, 1986, pp. 85-105.

¹⁸⁸ J. COMBACAU, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge en droit international public », dans *La réaction de la doctrine à la création du droit par le juge*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXI, 1980, p. 395.

¹⁸⁹ S. FISH, « There is No Textualist Position », *San Diego Law Review*, 2005, vol. 42, pp. 629-650.

¹⁹⁰ J. R. SEARLE, *Sens et expression. Etudes de théorie des actes de langage*, Paris. Les Editions de Minuit, 1992, p. 179.

de renvoyer à la doctrine du droit intertemporel mais on peut se demander si cela ne fait pas dire à cette doctrine ce qu'elle ne dit pas. Cela revient en effet à sauter une étape dans la chaîne du raisonnement : alors que, dans la problématique du droit intertemporel, le changement des règles juridiques dans le temps est une donnée établie, celle de la dimension temporelle de l'interprétation demande justement que l'on établisse si ce changement est effectivement intervenu. Or, cette question ne peut être réglée par une démarche mécanique, car il s'agit d'une question d'interprétation.

Aux mythes entourant le texte, s'ajoute celui consistant à affirmer que le droit peut « arrêter le temps »¹⁹¹. La présence physique de l'écrit consolide cette impression, faisant oublier que le droit est dans les esprits, et que ceux-ci sont structurés en fonction des valeurs dominantes dans une société. Ces considérations s'appliquent avec davantage de force à l'interprétation téléologique. En effet, la perception même de l'objet et du but d'un traité n'est pas figée dans le temps. L'objet et le but peuvent se développer avec le temps, à la lumière des expériences d'application d'un traité et au cours de cette application. Lorsque le traité s'inscrit dans un cadre institutionnel qui propose une production normative continue, cette évolution peut aussi être formellement consacrée dans des textes normatifs. Le droit communautaire l'illustre bien : les préoccupations environnementales se sont adjointes à l'édifice normatif dès les années 1970 et, avant même la consécration officielle de la protection de l'environnement comme objectif de l'Union dans le préambule du Traité de Maastricht, la CJCE avait considéré qu'elle constituait l'un des objectifs essentiels de la Communauté¹⁹². Enfin, cette évolution peut aussi emprunter le schéma moins formel de la pratique coutumière.

iii) Degré de cohésion d'une communauté autour des valeurs et intérêts environnementaux. 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 raisonnable¹⁹³.

iv) Situation du juge. La considération du système concerné est d'autant plus importante que, eu égard à la part de créativité que l'interprétation téléologique contient inévitablement, la place et le rôle que le juge se voit reconnaître dans ce système est un paramètre important. Or, de ce point de vue, « davantage encadrés par la limite de leurs pouvoirs que par une contrainte méthodologique précise »¹⁹⁴, tous les juges ne sont pas dans la même situation. On comprendra sans beaucoup de peine que, dans le cadre universel où le juge international n'existe en principe que « parce que et dans la mesure où il a été voulu »¹⁹⁵ et où, de ce fait, il a « le souci constant [...] d'entretenir sans relâche la confiance des Etats »¹⁹⁶, sa marge de liberté soit la plus réduite. En effet, les Etats disposent de moyens divers et variés pour réagir à une interprétation juridictionnelle qu'ils jugeraient trop hardie.

La situation des juges européens est différente. Leur compétence est déployée dans un cadre culturellement, politiquement et idéologiquement homogène qui tolère l'audace du juge. On comprend dès lors que la prise en considération des valeurs environnementales au moyen de l'interprétation téléologique « passera » plus facilement au niveau européen qu'universel. Si, comme le dit Dworkin, la distinction entre « interprétation » et « invention » est une condition

¹⁹¹ J. SALMON, « Changements et droit international public », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 429.

¹⁹² *ADBHU*, CJCE, arrêt du 7 février 1985, 240/83, Recueil p. 531, point 13; *Commission c. Danemark*, CJCE, arrêt du 20 septembre 1988, 302/86, Recueil p. 4607, point 8.

¹⁹³ J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI* 1982-11, t. 175, p. 365 ; O. CORTEN, *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international: discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 33-56.

¹⁹⁴ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2006, 7^e éd. p. 179.

¹⁹⁵ J. VERHOEVEN, « Conclusions », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, p. 365.

¹⁹⁶ M. BEDJAOUÏ, « La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens », *SFDI, La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone 2003, p. 532.

importante de toute pratique interprétative¹⁹⁷, il est clair que le curseur n'est pas placé au même endroit à ces deux niveaux. La formule cyniquement pragmatique selon laquelle la tolérance est inversement proportionnée à ce qui est en jeu incite d'ailleurs à penser que le domaine environnemental n'est pas particulièrement propice à l'audace du juge universel.

Chapitre 7 – La prise en compte de la science dans le contentieux international en matière d'environnement : le juge et l'expert

Les experts scientifiques sont souvent amenés à intervenir dans des procédures judiciaires internationales dans lesquelles les intérêts en conflit exigent une évaluation de la réalité extrajuridique : l'évaluation indépendante des faits affecte alors l'application du droit international. Sont ici essentiellement visés les rapports procéduraux qui peuvent s'établir entre le juge et l'expert, c'est-à-dire les procédés par lesquels l'expertise peut être sollicitée pour préparer les décisions judiciaires, afin de constater notamment comment se noue le dialogue entre l'un et l'autre, et les implications juridiques de ces procédés. Pour cela, il faut circonscrire dans un premier temps les relations du juge et de l'expert, la qualification de mesure d'instruction étant celle qui permet le mieux de cerner leurs rôles respectifs (A), avant de s'interroger sur l'effet que cette intervention de l'expert peut exercer sur la décision finale d'un juge qui n'est plus désormais capable de trancher seul des litiges complexes, dont les imbrications relèveront souvent du développement des sciences et techniques et de l'évolution du droit international contemporain (B).

A. Une mesure d'instruction au cours d'un procès international

La décision ordonnant la mise en place de l'expertise, par la volonté du juge ou à la demande des parties, est motivée par la « complexité du problème technique posé par le procès »¹⁹⁸. Cela justifie qu'un double contrôle de la question en litige soit effectué, d'abord technique, et ensuite judiciaire, encadré par un examen des textes internationaux applicables en la matière.

Le recours aux experts judiciaires est effectué, tout d'abord, par une mesure d'instruction, c'est-à-dire « une mesure ordonnée par le juge tendant à l'administration de la preuve »¹⁹⁹. Elle peut être utilisée pour faire appel à une personne choisie pour ses connaissances techniques qui peut éclairer le juge dans un procès sur certaines questions litigieuses. Il découle de cette définition que l'appel au technicien n'a pas une raison d'être dans tous les litiges, mais uniquement dans ceux qui touchent des aspects particulièrement spécialisés ou techniques. C'est bien évidemment le cas du droit de l'environnement, toujours en rapport direct avec l'état actualisé des connaissances²⁰⁰.

La tendance des juridictions internationales à se rallier aux conclusions des experts peut être mise en relief²⁰¹, comme le montrent des exemples devant des juridictions internationales telles que la CIJ²⁰², la CEDH²⁰³ ou d'autres²⁰⁴. Mais l'expertise comme élément indispensable au

¹⁹⁷ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 67.

¹⁹⁸ J. VINCENT, et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 27^e édition, 2003, p. 849.

¹⁹⁹ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, coll. Universités francophones, 2001, p. 700.

²⁰⁰ Les domaines particulièrement intéressants pour le principe de précaution sont ainsi un exemple privilégié, en matière de protection de l'atmosphère terrestre, gestion des déchets, conservation de la biodiversité, et gestion des ressources marines. V. J. CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, LGDJ, 2006, pp. 30-38.

²⁰¹ G. NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Editions Bruylant/ULB, 2005, p. 375.

²⁰² « La Cour ne peut manquer d'attacher un grand poids à l'avis d'experts qui ont procédé à un examen des lieux entouré de toutes les garanties d'information exacte et d'impartialité ». V. CIJ, *Détroit de Corfou*, fond, arrêt du 9 avril 1949, *Recueil* 1949, p. 21.

²⁰³ « [L]a Cour n'a aucun motif de douter de l'objectivité et de la solidité des avis médicaux unanimes selon lesquels la détention de l'intéressé n'a jamais cessé de se justifier tout au long de la période en cause ». V. CEDH, *Affaire Ashingdane*, arrêt du 28 mai 1985, *Série A*, n° 93, p. 18.

²⁰⁴ « *The Tribunal has considered a number of factors in determining the weight to be given to the Report [...] the Tribunal has observed the painstaking procedures that the Expert followed. The Tribunal finds that the Expert's procedures were, on the whole, meticulous and comprehensive. These qualities have led to the substantial value of the Report [...]. The substantial weight that the Tribunal gives to the report is also influenced by the thoroughness of the process by which the Expert sought to verify all*

règlement des contentieux dépasse la seule catégorie stricte de l'expertise judiciaire, pour impliquer différents types d'expertise non judiciaire qui peuvent aussi jouer un rôle, même à l'intérieur d'un procès, pour éclairer le juge lorsqu'il s'agit de faire évaluer les actes en litige²⁰⁵. Les arrêts *Pfizer* et *Alpharma* du Tribunal de première instance des Communautés européennes en fournissent une illustration²⁰⁶.

Les statuts et règlements des organes juridictionnels internationaux prévoient généralement le recours aux experts comme une mesure volontaire qui sera décidée par le juge ou les parties. Ainsi, dans le cadre de la CIJ, l'expert, choisi librement par la Cour²⁰⁷ et nommé par une ordonnance²⁰⁸, pourra se voir confier une mission et devoir répondre à des questions au cours des débats²⁰⁹; il peut aussi être appelé par une partie²¹⁰. Des dispositions semblables sont prévues par la CMB, qui dispose dans son article 289 que : « Pour tout différend portant sur des questions scientifiques ou techniques, une cour ou un tribunal exerçant sa compétence en vertu de la présente section peut, à la demande d'une partie ou d'office, et en consultation avec les parties, choisir, de préférence sur la liste appropriée établie conformément à l'article 2 de l'annexe VIII, au moins deux experts scientifiques ou techniques qui siègent à la cour ou au tribunal sans droit de vote ».

Le Règlement du Tribunal international de droit de la mer s'apparente à celui de la CIJ lorsqu'il fixe, dans son article 15, les conditions de l'expertise : indépendance, impartialité, compétence et intégrité, pour finir sur la déclaration solennelle que l'expert doit effectuer au moment de son entrée en fonction²¹¹.

Dans l'OMC, le système de règlement des différends prévoit aussi la possibilité de faire appel à l'expert, ce qui est une voie prioritaire de pénétration des concepts scientifiques, touchant notamment à la santé et à l'environnement, dans la régulation du commerce international. L'article 13 du Mémoire sur le règlement des différends dispose que : « 1. Chaque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques. [...] 2. Les groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question. A propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts. Les règles régissant l'établissement d'un tel groupe et les procédures de celui-ci sont énoncées dans l'Appendice 4 ». Quant à savoir s'il s'agit toujours d'un recours volontaire du juge ou des parties, il y a des nuances selon les domaines. Ainsi, si l'article 13 du Mémoire d'accord²¹², tout comme l'article 14 :2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce²¹³, semblent qualifier le recours aux experts de facultatif, l'article 11 :2 de l'Accord sur les mesures

information presented to him by the Parties » (c'est nous qui soulignons). V. Tribunal irano-américain des réclamations, *Starrett Housing corp., Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International Inc.*, 14 août 1987, Reports, vol. 16, pp. 196-198.

²⁰⁵ Sur les rapports entre expertise et décision politique communautaire dans l'évaluation des risques, voir par ex. le Règlement 178, instituant l'EFSA (Autorité européenne de sécurité des aliments), qui contient des dispositions concernant plusieurs points abordés ici dans un cadre judiciaire, notamment la question des avis minoritaires, et la résolution de conflits entre les autorités communautaires et nationales. V. *Règlement (CE) n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires.*

²⁰⁶ TPI, 11 septembre 2002, T-13/99, *Pfizer Animal Health SA contre Conseil de l'Union européenne*, et T-70/99, *Alpharma Inc. contre Conseil de l'Union européenne*.

²⁰⁷ L'article 50 du Statut de la CIJ dispose : « A tout moment, la Cour peut confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix ».

²⁰⁸ Comme le dispose l'article 67 du Règlement.

²⁰⁹ V. l'article 51 du Statut de la CIJ.

²¹⁰ Comme le prévoit l'article 57 de son Règlement.

²¹¹ « Avant d'entrer en fonctions, les experts font en audience publique la déclaration solennelle suivante : 'Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs d'expert en tout honneur, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience et que j'observerai fidèlement toutes les prescriptions du Statut et du Règlement du Tribunal' ».

²¹² Les experts judiciaires à proprement parler interviennent auprès des groupes spéciaux et non pas de l'Organe d'appel, car ce dernier juge uniquement du droit et non pas des faits. V., de manière générale, C.T. TIMURE, « Cross-examining expertise in the WTO dispute settlement process », *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2001-2002, pp.709-732.

²¹³ « A la demande d'un Membre qui est partie à un différend, ou de sa propre initiative, un groupe spécial pourra établir un groupe d'experts techniques qui lui fournira une assistance en ce qui concerne les problèmes d'ordre technique nécessitant un examen détaillé par des experts ». Italiques ajoutés.

sanitaires et phytosanitaires semble en revanche être plus contraignant : « Dans un différend relevant du présent accord et qui soulève des questions scientifiques ou techniques, un groupe spécial *devrait* demander l'avis d'experts choisis par lui en consultation avec les parties au différend. A cette fin, le groupe spécial pourra, lorsqu'il le jugera approprié, établir un groupe consultatif d'experts techniques, ou consulter les organisations internationales compétentes, à la demande de l'une ou l'autre des parties au différend ou de sa propre initiative ».

L'expertise est donc une voie d'ouverture à des concepts dans un premier temps étrangers au droit, qui s'y intégreront ensuite, permettant la communication entre systèmes juridiques qui autrement auraient pu se vouloir fermés ou étanches, et mettant en question l'autonomie de la volonté des parties et des Etats, car, par cette mesure d'instruction, le droit est à la fois plus factuel et plus flexible à l'introduction de nouvelles données. Du moment que l'expertise est comprise dans ce sens, elle acquiert une nouvelle signification, dépassant largement le caractère d'une mesure d'instruction, pour devenir une source de légitimation du contenu des décisions techniques. Cette fonction, révélée par la pratique, ne doit pas empêcher de l'analyser juridiquement comme une méthode de consultation.

B. Une intégration du savoir technique dans le droit

Lorsque l'évaluation des éléments de preuve ne permet pas l'autonomie absolue du juge, le recours aux experts est l'une des solutions envisageables. Il peut s'agir, en s'en remettant à un avis externe, de légitimer une décision sur une question controversée. Certains principes de l'expertise devant les juridictions internationales contribueront à éclairer la méthode par laquelle le recours à un savoir externe agit et se concrétise.

Les principes essentiels de l'expertise judiciaire sont ceux du contradictoire, d'objectivité et d'indépendance. Soulignés par la doctrine, généralement présents dans les statuts et règlements des tribunaux, ils doivent guider l'expertise pendant sa réalisation. Le principe du contradictoire implique notamment la possibilité pour les parties de participer également à toutes les étapes de la procédure²¹⁴ et, en l'occurrence, il doit permettre l'expression de l'avis de tout expert, même divergent²¹⁵, pour permettre l'équilibre des points de vue scientifiques, auquel il est possible de parvenir aussi par une nomination d'experts interdisciplinaires et non pas axée sur une seule spécialité. L'objectivité, pour sa part, a pour conséquence une certaine publicité dans la transparence des résultats et des méthodes par lesquels les experts y sont parvenus²¹⁶. Et l'indépendance peut être assurée par la pratique de la déclaration de conflits d'intérêts²¹⁷. Cependant, de manière générale, des critiques existent en ce qui concerne notamment l'indépendance réelle des techniciens²¹⁸.

Les cas dans lesquels des experts ont été appelés devant les juridictions internationales, tout en étant de plus en plus fréquents, restent encore peu nombreux²¹⁹. Lorsque le juge international

²¹⁴ J. SALMON (dir.), *op. cit.*, p. 253.

²¹⁵ P. B. JOLY, « Besoin d'expertise et quête d'une légitimité nouvelle : quelles procédures pour réguler l'expertise scientifique ? », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 1999, p. 49.

²¹⁶ *Id.*, p. 50.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ Voir M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 444, pp. 417-419.

²¹⁹ Un exemple très récent a été fourni par la CIJ, dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*. Pour sa part, le TIDM, dans son ordonnance du 8 octobre 2003 dans l'*affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, a demandé à l'unanimité, en application de l'article 290 § 5 de la CMB, l'intervention d'experts. A l'OMC, En matière l'environnement et la santé sont des domaines privilégiés de recours à l'expertise judiciaire, plusieurs affaires²¹⁹ s'inscrivent dans le cadre de l'OMC : *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS48/R/CAN du 18 août 1997 et WT/DS/26 et 48/AB/R du 16 janvier 1998 ; *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/R du 12 juin 1998 et WT/DS18/AB/R du 20 octobre 1998, *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/R du 27 octobre 1998 et WT/DS76//AB/R du 22 février 1999 ; *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/R du 15 juillet 2003 et WT/DS245/AB/R du 26 novembre 2003 ; *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/R du 18 septembre 2000 et WT/DS135/AB/R du 12 mars 2001 ; *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DSS8/R du 15 mai 1998 et WT/DSS8/AB/R du 12 octobre 1998 ; *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*,

emploie cette méthode de détermination des faits, il le fait de façon ambivalente soit en renonçant parfois à exercer un contrôle ou bien, au contraire, en adaptant l'expertise à des idées préexistantes qu'il a sur l'objet du litige. Une sorte de délégation implicite peut opérer dans les relations juge-experts : l'appel aux spécialistes peut légitimer une décision controversée, la controverse provenant de l'incompréhension des données scientifiques.

Le « malaise » évoqué par une partie de la doctrine à propos du recours à l'expertise provient moins de sa montée en puissance que de certaines défaillances dans ses mécanismes de réalisation, ainsi que des incertitudes subsistant quant à ses méthodes, ses résultats, et les attentes à son égard. Pour surmonter ce malaise, la question de l'expertise doit être ramenée à des termes dans lesquels l'« incertitude » scientifique est considérée comme inhérente à toute procédure de consultation. Ainsi, la possibilité d'harmoniser le cadre juridique des rapports du juge-expert est mise au premier plan comme un moyen permettant de réduire les incertitudes de cette méthode de consultation.

La montée en puissance du rôle de l'expert relève d'un mouvement de spécialisation du droit. L'intervention accrue des experts aux côtés des juges internationaux est donc, d'une certaine façon, non seulement difficile à remettre en cause, mais aussi porteuse d'effets positifs. Bien entendu, cette affirmation doit être assortie de réserves, qui passent éventuellement par une meilleure régulation de l'expertise judiciaire internationale, notamment une meilleure définition des cas dans lesquels celle-ci intervient obligatoirement. Ceci pourrait se faire au moyen, éventuellement, d'un « statut mondial » de l'expertise²²⁰, à l'instar de celui proposé pour l'expertise de gouvernance²²¹, voire éventuellement par des régulations plus flexibles, des principes directeurs, qui orientent la mise en œuvre des Statuts et règlements analysés²²². La création de principes communs de l'expertise, dont le besoin n'a pas toujours été ressenti²²³, pourrait permettre de situer et de comprendre clairement cette méthode, mesure d'instruction à l'origine, comme une source d'information et non pas comme un mode délégué de prise de décisions, ainsi que d'encadrer les effets non souhaités de la pratique.

Le sujet dépasse un caractère purement procédural pour s'insérer dans une évolution plus large relevant de l'opposition entre technique et politique, ou entre technique et droit. Les rapports du juge et de l'expert, encadrés par des règles diverses applicables dans le cadre des juridictions internationales, rendent plus claires les voies par lesquelles l'influence des techniciens peut s'exercer. Ces règles démontrent, à l'analyse, qu'il existe plus de points en commun que de discordances dans l'utilisation que les juges internationaux font de l'avis des experts.

Chapitre 8 – La dimension « intersystémique » de l'Affaire de l'Usine MOX

L'affaire de l'Usine MOX est partie des objections soulevées par l'Irlande à la mise en service par le Royaume-Uni d'une usine pour la production de combustible pour réacteurs nucléaires associant de l'oxyde de plutonium à de l'oxyde d'uranium (« mixed oxyde ») à Sellafield, sur la côte britannique de la Mer d'Irlande, à 135 kilomètres des côtes irlandaises. Ces objections faisaient référence en particulier aux possibles conséquences pour le milieu marin de la Mer d'Irlande des activités de l'usine. Cette affaire représente un exemple saisissant des possibles interactions découlant du pluralisme juridique international : sa particularité consiste notamment dans un entrelacement très complexe des deux questions de fond que ce pluralisme pose, celle

WT/DS291/R, WT/DS292/R et W/DS293/R, 29 septembre 2006 ; *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS321/R du 31 mars 2008. Devant la CJCE, le recours aux experts est très rare.

²²⁰ Dont les difficultés d'adoption n'empêchent pas de constater ses possibles effets positifs.

²²¹ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Paris, Editions du Seuil, 2007, p. 223.

²²² C'est curieusement le cas inverse pour l'expertise de gouvernance, qui manque parfois de règles strictement obligatoires comme celles prévues dans ces Statuts, et doit voir s'appliquer par analogie certains textes, tandis qu'elle jouit souvent de principes d'orientation. V. par exemple Commission européenne, *Obtention et utilisation de l'expertise par la Commission. Principes et Lignes directrices*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2004, 24 p.

²²³ Gillian White affirmait, en 1965, qu'il n'était pas nécessaire de modifier le statut des experts judiciaires des tribunaux internationaux. Voir G. M. WHITE, *The Use of Experts by International Tribunals*, Syracuse, Syracuse University Press, 1965, p. 7.

des relations entre institutions appartenant à différents « espaces normatifs » de droit international (aspect institutionnel) et celle des relations entre les normes et les concepts juridiques desdits espaces (aspect substantiel).

Du point de vue institutionnel, pas moins de quatre organes de règlement des différends internationaux ont été saisis, à des titres différents, de la question : le Tribunal arbitral institué conformément à l'article 32 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est du 22 septembre 1992 (Convention OSPAR), le Tribunal arbitral créé en application de l'annexe XVII de la CMB, le Tribunal international pour le droit de la mer (TIDM), et, enfin, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). S'agissant de l'aspect substantiel, on a assisté à l'invocation – à titre principal – de dispositions appartenant à trois régimes juridiques conventionnels différents, à savoir : les dispositions de la Convention OSPAR relatives à l'accès aux informations sur l'environnement, certaines dispositions de la CMB portant sur la protection et la conservation du milieu marin et, enfin, des actes contraignants de droit dérivé adoptés dans le cadre de la politique environnementale de la Communauté européenne.

Il s'agit ici de se concentrer sur ces aspects substantiels pour tenter de découvrir les techniques et les modalités de prise en compte des concepts juridiques environnementaux appartenant aux différents espaces normatifs, qui ont été (ou qui auraient dû être) utilisées par les organes de règlement des différends saisis de la question. A cette fin, on analysera tour à tour la sentence du Tribunal arbitral saisi de la partie du différend concernant la Convention OSPAR (A), celle du Tribunal arbitral institué sur la base de la CMB ainsi que l'ordonnance du Tribunal international pour le droit de la mer (TIDM) qui l'a précédée (B), enfin l'arrêt de la CJCE (C).

A. La sentence du Tribunal arbitral institué sur la base de la Convention OSPAR

Le Tribunal arbitral de la Convention OSPAR a été le premier saisi du contentieux, et le seul qui se soit prononcé sur le fond des questions environnementales. Sa position est donc particulièrement importante pour l'étude. Selon l'Irlande, le Royaume-Uni, par son refus de lui fournir une copie complète du rapport d'évaluation sur la justification économique du projet de l'Usine, avait manqué aux obligations de l'article 9 de la Convention, selon lequel : « [l]es parties contractantes font en sorte que leurs autorités compétentes soient tenues de mettre à la disposition de toute personne physique ou morale les informations décrites au paragraphe 2 du présent article [c'est-à-dire toute information concernant l'état de la zone marine et les activités ou les mesures les affectant ou susceptibles de les affecter ainsi que les activités conduites ou les mesures adoptées conformément à la Convention], en réponse à toute demande raisonnable, sans que ladite personne soit obligée de faire valoir un intérêt, sans frais disproportionnés, le plus rapidement possible et dans un délai de deux mois au plus » (§ 1). Le Tribunal arbitral devait donc établir a) si ledit article conférait *directement* aux autorités de Dublin un droit d'accès aux informations environnementales valable au niveau international et b), le cas échéant, quelles informations entraient dans le champ d'application de la disposition conventionnelle concernée.

La Convention OSPAR reconnaît explicitement à plusieurs reprises son interaction avec l'ordre juridique international général. Son préambule se réfère explicitement aux recommandations de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain (Stockholm 1972), aux résultats de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio 1992), aux dispositions pertinentes du droit international coutumier contenues dans la XII^{ème} partie de la CMB ainsi qu'à d'autres conventions concernant la protection contre la pollution marine. Son article 2 (obligations générales) mentionne le principe de précaution et le principe du pollueur payeur. Son article 9 § 3 prévoit que les dispositions concernant l'accès à l'information environnementale n'affectent pas « le droit qu'ont les Parties contractantes, conformément à leur législation nationale et aux réglementations internationales applicables, d'opposer un refus à une demande d'information ». Mais l'ancrage dans l'ordre juridique international général est surtout confirmé par la clause compromissoire de l'article 32 qui stipule que : « [l]e Tribunal

arbitral décide selon les règles du droit international, et, en particulier, de la Convention ». Le Tribunal peut donc se référer à toutes règles coutumières et conventionnelles, applicables dans les relations entre les Etats concernés, qui ne sont pas exclues par les normes plus spécifiques de la Convention OSPAR.

Ce raisonnement est *a priori* applicable à l'article 9 de la Convention, qui porte notamment l'empreinte du droit communautaire, puisqu'il a été rédigé à la lumière de l'article 3 de la directive communautaire 90/313/CEE du 7 juin 1990 relative à la liberté d'accès du public à l'information en matière d'environnement. La disposition communautaire pouvait donc être prise en compte soit en tant que règle du droit international applicable dans les relations entre les parties contractantes, en vertu du principe d'intégration systémique contenu dans l'article 31 § 3 c) de la CVDT, soit au titre des travaux préparatoires de la Convention OSPAR, en vertu de l'article 32 de la CVDT. Il n'en allait pas de même de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, dont la prise en compte dans le règlement du différend avait été sollicitée par l'Irlande. Si elle contient une disposition dont la rédaction est très proche de celle de l'article 9 de la Convention OSPAR, elle n'était cependant pas en vigueur entre les deux Etats européens à l'époque du différend et postérieure à la Convention OSPAR sans pour autant constituer un accord ultérieur entre les Parties au sujet de l'interprétation de celle-ci. Le Tribunal aurait néanmoins pu s'y référer comme témoignage de l'évolution de la signification du droit applicable au différend. Restait à voir quelle solution pouvait résulter pour le différend *MOX* des liens « intersystémiques » qu'on vient de souligner.

S'agissant de la reconnaissance d'un droit d'accès à l'information environnementale, la prise en compte de la directive communautaire aurait dû impliquer l'affirmation de la nature *indirecte* de ce droit, en raison de la nature « nationale » de la liberté d'accès à l'information environnementale prévue par la directive. Cette approche est également celle de la Convention d'Aarhus qui se concentre sur l'affirmation de droits procéduraux en matière environnementale auxquels on peut recourir dans les systèmes normatifs des parties contractantes. Dans cette perspective, l'Irlande ne pouvait faire valoir devant le Tribunal arbitral la violation directe du droit d'accès par le Royaume-Uni, mais plutôt – le cas échéant – la violation de l'obligation d'adopter des règles internes visant à permettre à toute personne d'obtenir l'accès aux informations mentionnées par la Convention. Mais le Tribunal OSPAR n'a pas opté pour cette solution « intersystémique » du différend. Il a considéré que les dispositions de la Convention OSPAR devaient être interprétées *seulement* « in the context of the [...] Convention regime, taking into account its objects and purposes ». Il a affirmé l'autonomie du droit OSPAR par rapport au droit international environnant et encore plus nettement par rapport au droit communautaire, en faisant un *self-contained regime*, ce qui va justifier non seulement d'exclure la nécessité d'une interprétation de ses dispositions à la lumière de la directive 90/313 et d'autres instruments juridiques contraignants mais aussi faciliter de refuser toute interprétation évolutive de la Convention fondée sur des instruments successifs, extérieurs au régime normatif OSPAR et dépourvus de caractère contraignant

Au-delà de la difficulté théorique de concevoir des espaces normatifs internationaux complètement *self-contained*, l'approche du Tribunal contredit explicitement le texte même de la Convention OSPAR et, notamment, la portée « intersystémique » de la clause compromissoire de la Convention. Certes, on pourrait soutenir que, du point de vue *substantiel*, la stratégie du Tribunal avait un objectif « audacieux », l'affirmation de l'existence, dans l'espace normatif OSPAR, d'un droit d'accès à l'information environnementale qui peut être exercé *directement* au niveau international par les parties contractantes, ce qui permettrait d'exalter les buts de protection du milieu marin de la Convention. Mais cette stratégie n'est pas payante dans la mesure où le Tribunal finit par donner une définition complètement anachronique des informations qui doivent être garanties par les parties à la Convention conformément à l'article 9, les limitant aux données relatives à l'état de la zone maritime alors que la directive 90/313 et la Convention d'Aarhus reconnaissent le droit d'accès à toute

information relative à l'environnement, y compris les mesures administratives et les programmes de gestion de l'environnement.

Il semble en réalité que la décision du Tribunal ait des motifs éminemment contingents. La sentence arbitrale représentait en effet la première décision rendue par le Tribunal arbitral : il est donc probable que les arbitres ont voulu souligner avec elle la capacité du système OSPAR de fonctionner d'une façon autonome.

B. L'ordonnance du Tribunal pour le droit de la mer et la sentence du Tribunal arbitral institué sur la base de la CMB

L'Irlande avait également eu recours au système de règlement des différends de l'annexe VII de la CMB, considérant que le Royaume-Uni avait violé un certain nombre de dispositions de la CMB, à savoir les obligations de coopérer à la mise en œuvre de mesures pour la protection et préservation de la Mer d'Irlande, de procéder à une évaluation préalable des effets sur l'environnement de l'Usine MOX et de sa mise en fonction et, enfin, de protéger le milieu marin de la Mer d'Irlande. Elle demandait parallèlement au TIDM, conformément à l'article 290 de la CMB, de prescrire des mesures conservatoires, puisque le Royaume-Uni n'avait pas accepté de suspendre l'autorisation accordée à l'Usine MOX et les transferts internationaux du matériel radioactif liés à l'activité de l'usine. Le TIDM s'est prononcé sur la question le 3 décembre 2001.

L'ordonnance du TDIM contient quelques indications sur la position de la CMB dans l'ordre juridique international général. Celui-ci affirme d'abord que, même si la Convention OSPAR, le Traité CE et le Traité Euratom contiennent des droits et obligations similaires à ceux de la CMB, ils ont « une existence propre, différente de celle des droits et obligations énoncés dans la Convention »²²⁴ et il souligne que l'application des règles d'interprétation des traités à des dispositions identiques ou similaires de différents traités peut ne pas aboutir à des résultats identiques, compte tenu, notamment, des différences entre leurs contextes, objets et buts respectifs, de la pratique ultérieure des parties et des travaux préparatoires. Toutefois, contrairement au Tribunal OSPAR, le TIDM ne semble pas exclure *a priori* la possibilité d'une interprétation identique des termes contenus dans les différents instruments, sous réserve que les normes internationales concernées poursuivent les mêmes objectifs. La porte qui permet l'accès à la prise en compte *indirecte* – c'est-à-dire à titre interprétatif – de dispositions et/ou de concepts juridiques d'autres espaces normatifs de droit international n'est pas donc complètement fermée : tout dépend des résultats que donne l'interprétation téléologique des normes.

L'ordonnance met aussi en évidence une tendance positive, quoique timide, à la prise en compte *directe* de concepts environnementaux qui sont, à l'origine, externes à la CMB. L'article 293 § 1 de la CMB impose d'ailleurs aux juridictions qui doivent régler les différends la concernant de statuer sur la base de ses dispositions ainsi que d' « autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». On peut citer à cet égard la prise en compte par le TIDM de la règle coutumière imposant une obligation de coopérer en matière de prévention de la pollution du milieu marin, laquelle permet aux juges de déterminer une obligation directe pour les Etats de gestion du risque environnemental de la Mer d'Irlande et ce, alors même qu'une telle obligation pouvait être déduite exclusivement de l'interprétation des dispositions contenues dans la Partie XIII de la CMB relative à la protection et préservation du milieu marin.

Un témoignage plus ambigu de l'« ouverture » du Tribunal vient de la référence *implicite* au principe de précaution. La position du Tribunal envers le concept de précaution a déjà été mise en évidence dans des ordonnances antérieures avec l'idée que la précaution est un élément structurel en matière de mesures conservatoires. La pratique du Tribunal n'est toutefois pas dépourvue d'ambiguïté et l'ordonnance *MOX* est, de ce point de vue, paradigmatique. Tout d'abord, le Tribunal n'a jamais voulu clarifier le statut juridique et le contenu de la précaution

²²⁴ Affaire de l'Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), demande en prescription de mesures conservatoires, ordonnance, § 50.

qu'il applique, préférant toujours se référer, en termes très généraux, à des exigences de « prudence et précaution ». Dans l'ordonnance *MOX*, il tire de ces exigences l'obligation pour l'Irlande et le Royaume-Uni de coopérer « en échangeant des informations relatives aux risques ou effets qui pourraient découler ou résulter des opérations de l'Usine », mesure qui en réalité n'a presque rien à voir avec le concept de précaution qui sous-entend l'existence d'un risque de dommages graves ou irréversibles pour l'environnement. La précaution sert à justifier la décision de prescrire quand même des mesures conservatoires bien que le Tribunal ait jugé que l'urgence de la situation n'exigeait pas l'application des mesures sollicitées par l'Irlande (à savoir la suspension immédiate à l'autorisation pour la mise en service de l'usine et le contrôle de l'absence de transferts de substances radioactives liés aux opérations de l'usine à l'intérieur des eaux soumises à la souveraineté du Royaume-Uni).

A ces éléments d'« ouverture », s'ajoute une allusion à la technique de l'incorporation, mais en termes *institutionnels* et *renversés*. La question a été introduite dans le différend à propos des relations « intersystémiques » entre la CMB et l'ordre juridique communautaire : selon le Royaume-Uni, la CMB ayant été ratifiée par la Communauté européenne et les dispositions objet du différend relevant de la compétence communautaire, l'application de l'article 282 de la CMB et de l'article 292 du Traité CE auraient dû empêcher le Tribunal arbitral de s'affirmer compétent. Sans exclure que la CMB puisse devenir partie intégrante de l'ordre juridique communautaire, le TIDM considère que, pour démontrer l'incompétence du Tribunal arbitral, il faudrait dans l'ordre juridique communautaire une clause explicite d'incorporation de la Convention qui donne à la Cour de Luxembourg la compétence de régler tout différend entre les Etats membres de l'Union européenne relatifs à l'application et/ou à l'interprétation de la CMB.

La question de l'incorporation de la CMB dans l'ordre juridique communautaire s'est présentée ensuite, et dans les mêmes termes, devant le Tribunal arbitral prévu par l'annexe VII de la CMB. Après avoir reconnu la possibilité que les dispositions de la CMB objet du différend soient devenues, par l'adhésion de la Communauté, partie de l'ordre juridique communautaire et donc qu'elles soient soumises à la juridiction exclusive de la CJCE, les arbitres ont décidé de suspendre la procédure dans l'attente d'une prise de position au niveau communautaire.

Le Tribunal arbitral se réfère exclusivement aux aspects *institutionnels* découlant de la multiplication des juridictions internationales. En outre, tout comme le TIDM, il prend en considération la technique de l'incorporation seulement pour démontrer la circulation de règles et concepts juridiques vers le système communautaire. Toutefois, en reconnaissant que les engagements conventionnels (communautaires) de l'Irlande et du Royaume-Uni ne sont pas *a priori* dépourvus de conséquences dans d'autres espaces normatifs, il semble sous-entendre aussi la possibilité d'interactions « intersystémiques » de nature *substantielle*. Dans l'affaire de l'*Usine MOX*, le Tribunal arbitral n'a toutefois pas dû se pencher en profondeur sur les aspects environnementaux liés au différend et n'a donc pas fourni des indices ultérieurs de la circulation des concepts environnementaux.

C. La décision de la Cour de justice des Communautés européennes

La question du statut juridique de la CMB dans l'ordre juridique communautaire a fait l'objet d'une évaluation approfondie par la CJCE dans le cadre d'une procédure en manquement introduite par la Commission européenne contre l'Irlande pour avoir enfreint les obligations découlant des articles 10 et 292 du Traité CE (ainsi que des articles 192 et 193 du Traité Euratom) en soumettant le différend concernant l'*Usine MOX* au Tribunal arbitral constitué en vertu de l'annexe VII de la CMB. En vue d'établir si le différend concernait l'interprétation ou l'application du droit communautaire, qui sont notoirement soumises à la compétence exclusive de la CJCE à titre des articles 292 du Traité CE et 193 du Traité Euratom, la Cour devait donc tout d'abord établir si les dispositions de la CMB objet du litige relevaient du droit communautaire. La CJCE a reconnu l'*incorporation* des dispositions concernées de la

Convention et conclu que l'Irlande avait enfreint la compétence juridictionnelle exclusive des juges de Luxembourg²²⁵.

Les critiques adressées à la décision n'ont pas tant concerné la possibilité théorique que des accords mixtes puissent faire partie intégrante de l'ordre juridique interne de la Communauté – elle a été reconnue depuis longtemps par les juges de Luxembourg, l'incorporation visant exclusivement les dispositions qui relèvent d'une compétence communautaire – que l'appréciation faite par la CJCE à l'égard de l'extension de la compétence communautaire dans le domaine des obligations de la CMB objet du différend entre l'Irlande et le Royaume-Uni. En effet, l'arrêt *MOX* semble sous-entendre que chaque fois que la Communauté intervient dans un contexte qui a été réglementé, au niveau international, par un accord mixte, les dispositions de cet accord sont « absorbées » par l'ordre juridique communautaire, quelle que soit l'extension de la compétence internationale communautaire. Du point de vue *substantiel*, cette extension du mécanisme d'incorporation des accords mixtes devrait augmenter, en termes généraux, l'incidence des instruments juridiques qui trouvent leur origine à l'extérieur de l'ordre juridique communautaire et, le cas échéant, des concepts environnementaux qui sont contenus dans ceux-ci. L'approche « eurocentrique » de la CJCE concernant le statut de la CMB est donc en mesure de produire un effet surprenant (et probablement involontaire). L'arrêt n'apporte toutefois aucune explication décisive à cet égard : tout comme le Tribunal arbitral de la CMB, la CJCE n'a pas focalisé son examen sur des questions de caractère environnemental.

Mis à part le Tribunal OSPAR, toutes les juridictions saisies de l'affaire de l'*Usine MOX* ont manifesté une attitude positive, quoique parfois timide, à l'égard de la circulation des concepts environnementaux. S'agissant du TIDM et du Tribunal arbitral de la CMB, cette attitude semble ressortir à titre principal d'une conception « ouverte » des relations entre les règles internationales appartenant à différents espaces juridiques, qui implique l'application des critères classiques de résolution des conflits normatifs (notamment l'application du principe de la *lex specialis*). En revanche, la position de la CJCE démontre une primauté nette de la technique de l'incorporation. Contrairement à la CMB et au statut du TIDM, le Traité CE contient une disposition relative au droit applicable par les juges de Luxembourg, qui ne permet pas l'individuation d'un modèle de référence concernant les relations intersystémiques du droit communautaire (article 220). Les lacunes du droit primaire ont été toutefois comblées par la jurisprudence internationale de la Cour, qui met en évidence l'application d'un mécanisme d'incorporation automatique des règles internationales liant la Communauté et compatibles avec les Traités et les principes constitutionnels du système communautaire. La Cour déduit donc du degré d'autonomie et du développement de l'ordre juridique communautaire une sorte de « force de gravité », qui permet d'attirer dans l'orbite communautaire les règles et les concepts internationaux avec lesquels la Communauté entre en contact dans le cadre de relations internationales. Significativement, l'existence d'une telle force et des conséquences qui en découlent semblent être reconnues également par le TIDM et le Tribunal arbitral CMB, dès lors qu'ils n'excluent pas la possibilité d'une incorporation de la CMB dans l'ordre juridique communautaire.

Chapitre 9 - L'affaire du Chemin de fer du Rhin : entre fragmentation et unité du droit international

A la fin des années 90, la Belgique entreprend des démarches en vue de la réactivation du « Rhin de fer », une ancienne ligne de chemin de fer peu à peu tombée en désuétude. Ce projet va susciter des objections de la part des Pays-Bas, que le Rhin de fer traverse. Ces derniers ne contestent pas la légalité de la réactivation – ils reconnaissent en effet le droit de passage conféré à la Belgique par le Traité de Séparation des deux Etats de 1839²²⁶ – mais plutôt les modalités de sa réalisation et notamment ses répercussions sur l'environnement. En effet,

²²⁵ CJCE, arrêt du 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, aff. C-459/03, *Recueil*, 2006, p. I-4635 et s.

²²⁶ Aux termes de l'article XII du Traité.

certaines portions de la ligne sur le territoire néerlandais ont été désignées « réserves naturelles », sur le fondement du droit néerlandais et en conformité avec le droit communautaire, et exigent donc un niveau de protection élevé. Dans ce contexte, la réactivation de la ligne doit, aux yeux des Pays Bas, être sujette à l'adoption de mesures de protection de l'environnement adéquates afin de satisfaire à la législation interne en la matière. Ces mesures de protection de l'environnement vont se révéler être un point de discordance central entre les deux Etats. La Belgique les considère injustifiées car elles rendraient l'exercice du droit de passage anormalement difficile voire impossible et devraient en tout état de cause être assumées par les Pays-Bas. Pour les Pays-Bas au contraire, non seulement ces mesures sont légitimes, mais la Belgique devrait en outre en supporter l'essentiel de la charge financière.

L'environnement et son droit sont donc au cœur de ce litige que les parties choisissent de soumettre à un tribunal arbitral. La sentence qui en résultera²²⁷ ne se rattache ainsi à aucun « système » particulier, si ce n'est celui du « droit international commun »²²⁸. Cet arbitrage « hors système » n'en constitue pas moins un point d'observation privilégié des dynamiques de fragmentation ou d'homogénéisation de l'ordre juridique international. En effet, pour déterminer le droit applicable au différend, le Tribunal n'hésite pas à emprunter aux normes et concepts du droit communautaire (A). Cet emprunt témoigne ainsi de la circulation de concepts juridiques d'un système particulier à un système général. Certes les concepts en question n'ont pas tous trait à l'environnement en tant que tel. Mais ils n'en sont pas moins utilisés dans la résolution d'un litige « environnemental ». Et, au-delà des emprunts au droit communautaire, le Tribunal interprète le Traité de Séparation de 1839, qui constitue la base des prétentions des parties, par une combinaison de techniques herméneutiques qui lui permettent de justifier, cette fois-ci, la prise en compte de certaines règles (coutumières) du droit international de l'environnement au titre du droit applicable au litige qu'il est chargé de résoudre (B). Cette attitude d'ouverture du Tribunal dans la détermination du droit applicable au différend dénote une volonté de participer à la cohérence du droit international commun ou général.

A. L'emprunt au droit communautaire dans la solution d'un litige environnemental

Malgré le caractère *sui generis* de « l'ordre juridique communautaire », d'ailleurs garanti par l'article 292 du Traité qui confie l'exclusivité de la compétence de la solution des litiges relatifs à son interprétation ou son application à la CJCE, les arbitres envisagent le droit communautaire comme appartenant au droit international. La démarche se veut favorable à l'unité de l'ordre juridique international. Cependant, l'usage « anti-conventionnel » que les arbitres font du droit communautaire semble se révéler de nature à accroître les risques de fragmentation.

Si les parties s'accordent pour estimer que l'essentiel du litige porte sur l'interprétation et l'application du Traité de Séparation de 1839, elles n'en reconnaissent pas moins l'existence de points de connexité avec certaines dispositions du droit communautaire. En particulier, certaines portions de la ligne de chemin de fer se situent au cœur de sites désignés comme relevant de la directive 92/43 du 21 mai 1992 relative à la protection des habitats naturels (aussi connue sous la dénomination directive « habitats »). Or, les parties se montrent soucieuses de se conformer à leurs obligations en vertu du droit communautaire. Le compromis d'arbitrage demande en effet au Tribunal de « se prononcer sur le fondement du droit international, y compris du droit communautaire le cas échéant, en tenant compte des obligations des parties en vertu de l'article 292 du Traité CE »²²⁹. Il s'agit d'un renvoi, opéré par un accord international – le compromis d'arbitrage – non seulement au droit substantiel d'un ordre juridique distinct, mais encore à l'une des dispositions précises de ce dernier. Renvoi dont le Tribunal prend acte. Il ne s'en contente cependant pas. Il tente en effet de dépasser la justification purement conventionnelle du renvoi au droit communautaire et, au-delà de l'accord bilatéral des parties, cherche à fonder sa compétence de se référer à ce droit spécial dans le droit international général. Ainsi, alors qu'il établit les principes d'interprétation qu'il s'apprête à appliquer, le Tribunal estime qu'il

²²⁷ Belgique c. Pays-Bas du 24 mai 2005, sentence dite de *l'affaire du Rhin de fer*, disponible sur www.pca-cpa.org.

²²⁸ Ch. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 92.

²²⁹ Sentence § 4.

convient de rappeler que « l'article 31, paragraphe 3, alinéa (c) de la CVDT renvoie à 'toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties'. *Pour cette raison*, ainsi que pour des raisons relatives à sa propre juridiction, *le Tribunal a examiné toutes les dispositions du droit communautaire qui pourraient être considérées comme éventuellement pertinentes en l'espèce* »²³⁰.

On peut s'interroger sur la signification du recours à cette règle d'interprétation pour légitimer l'examen du droit communautaire alors que le compromis d'arbitrage constitue à cet égard une base juridique suffisante. Ce choix n'est pas anodin. L'article 31 § 3 c), dont le Tribunal reconnaît le statut coutumier, implique qu'il soit tenu compte de « toute règle pertinente de *droit international* » et le Tribunal dit bien que c'est « pour cette raison » qu'il a examiné les dispositions du droit communautaire. A ses yeux donc, le droit communautaire appartient au droit international. C'est cet ancrage que les arbitres recherchent en faisant usage de cette règle. Par delà cette affirmation, se dessine finalement une volonté de contribuer à la cohérence et à l'unité de l'ordre juridique international, en ouvrant une brèche dans la forteresse du droit communautaire et en tentant de le ramener dans le giron du système général du droit international²³¹. La recherche de cohérence et d'unité apparaît pourtant mise à mal par l'usage que la juridiction *ad hoc* fait du droit communautaire.

Cet usage souligne la tension entre la déférence à l'égard de la CJCE et la recherche de cohérence de l'ordre juridique international d'une part, et la volonté du Tribunal d'affirmer sa compétence pour résoudre le litige en son entier, d'autre part. C'est en ayant recours à la technique du renvoi préjudiciel qu'il tente de résoudre ce dilemme. Un tel mécanisme, d'ailleurs proposé comme palliatif au risque croissant de fragmentation de l'ordre juridique international induit, entre autres, par la multiplication des juridictions internationales²³², avait déjà connu un semblant d'application au profit de la CJCE dans l'affaire de l'*Usine MOX*²³³. En effet, la suspension de la procédure par le Tribunal arbitral dans cette affaire, dans l'attente de la décision de la CJCE, afin d'éviter deux décisions contradictoires, s'apparentait, dans ses effets, à un renvoi préjudiciel. De ce point de vue, la sentence du *Rhin de fer* s'inscrit dans le prolongement de l'affaire *MOX*. Les arbitres empruntent au droit communautaire le mécanisme de l'article 234 du TCE, qui institue le mécanisme du renvoi préjudiciel d'une juridiction d'un Etat membre vers la CJCE, et, en le transposant au cadre du litige qui leur est soumis, ils « bricole[nt] un substitut de recours préjudiciel »²³⁴. L'emploi d'une telle technique dénote à nouveau le souci d'assurer la cohérence de l'ordre juridique international en évitant la multiplication des interprétations (peut-être contradictoires) de ses normes. Cependant, les conclusions auxquelles le Tribunal aboutit s'avèrent potentiellement contraires à l'effet recherché.

En vertu de l'article 292 du TCE, le Tribunal doit, pour déterminer sa propre compétence, établir si le différend soulève des questions d'interprétation ou d'application du droit communautaire, une réponse positive l'obligeant à décliner sa compétence au profit de la CJCE. Pour le vérifier, le Tribunal procède à un raisonnement par analogie. Partant du texte de l'article 234 du TCE, il estime qu'il se trouve dans une situation équivalente à celle des juridictions internes de dernier ressort qui ont l'obligation de saisir la CJCE si l'interprétation du droit communautaire est nécessaire pour rendre leur jugement²³⁵. C'est ainsi par *transposition* des conditions établies par l'article 234 que le Tribunal va pouvoir affirmer ou infirmer sa compétence. Ce faisant, l'organe international *adapte* le mécanisme du renvoi préjudiciel du droit communautaire à sa propre situation et en modifie la portée. Cette transposition à une situation pour laquelle le mécanisme n'était pas prévu à l'origine s'accompagne ainsi d'un

²³⁰ Sentence §58, italiques ajoutés.

²³¹ B. SIMMA and D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *EJIL*, 2006/3, pp. 483-529, spéc. p. 519.

²³² G. GUILLAUME, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *RIDC*, 2003, pp. 23-30.

²³³ Tribunal établi sur le fondement de la Partie VII de la CMB, cf. *Ordonnance* n° 4 du 14 novembre 2003 disponible sur : www.pca-cpa.org.

²³⁴ Ph. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », in *RGDIP*, 2005, n°3, p. 721.

²³⁵ Cf. sentence §103.

glissement du sens qui lui est attribué dans son ordre juridique d'extraction. Puis, le tribunal transpose l'interprétation autorisée (jurisprudentielle) des critères de mise en jeu de l'article 234. En effet, conformément à la jurisprudence *CILFIT*, l'obligation de renvoi n'est activée que lorsque l'interprétation de règles communautaires s'avère nécessaire à la solution du litige, c'est-à-dire pour que la juridiction puisse rendre sa décision²³⁶. Or, aux yeux du Tribunal, l'interprétation et l'application des dispositions du droit communautaire de l'environnement ne sont pas déterminantes pour qu'il puisse se prononcer sur l'affaire et rendre sa décision. Il s'en suit que l'article 292 n'est pas activé, et que le Tribunal arbitral retient sa compétence.

En concluant de la sorte, le Tribunal met en jeu l'homogénéité du droit international à double titre. D'une part, en calquant les conditions d'activation de l'article 292 sur celles de l'article 234, le Tribunal se livre en fait à une interprétation de la portée de l'article 292 qui se révèle nécessaire à la détermination de sa compétence. Ce faisant, il empiète déjà sur la compétence exclusive de la CJCE, car il fournit sa propre interprétation de l'article 292 du traité communautaire qui vient se superposer à celle qu'en donnera la CJCE quelques mois plus tard (dans l'affaire *MOX*). On assiste donc à une multiplication des interprétations d'une disposition juridique, ajoutant ainsi un peu à la fragmentation de l'ordre juridique international. D'autre part, le raisonnement de l'organe arbitral le conduit, bien qu'il s'en défende, à interpréter certaines dispositions substantielles du droit communautaire de l'environnement. A son sens, seules les mesures internes de protection de l'environnement sont pertinentes pour la solution du litige, et non pas la directive « habitats ». Et, ces mesures internes – plus contraignantes que la directive – seraient elles-mêmes autorisées par l'article 176 du TCE²³⁷. Cependant, si l'article 176 autorise les Etats à adopter des mesures plus strictes de protection de l'environnement, il ajoute que celles-ci doivent en outre être conformes au droit communautaire²³⁸. Or, en l'espèce, la question pourrait se poser de savoir si les mesures néerlandaises ne constituent pas un obstacle à la libre circulation des marchandises au sens de l'article 28 du TCE. En concluant à la légalité des mesures néerlandaises au regard du droit communautaire, le Tribunal arbitral semble avoir résolu la question par la négative, à moins qu'il n'ait effectué un raccourci juridique en décidant d'ignorer ces points potentiellement litigieux. Il demeure qu'en se prononçant de la sorte et en présumant la légalité des mesures internes au regard du TCE, il livre à nouveau sa propre interprétation de ce dernier. Encore une fois donc, il superpose son interprétation d'une norme à une interprétation préexistante et, à nouveau, les risques de dissonances d'une juridiction à l'autre s'en trouvent accrus. Ainsi, le « bricolage » juridique opéré par le Tribunal aboutit en substance à l'accroissement des divergences potentielles d'interprétation d'une juridiction à une autre. Les conclusions sont tout autres cependant, du point de vue du traitement du droit international de l'environnement.

B. *Le Rhin de fer et la circulation des concepts environnementaux*

Le Tribunal arbitral ayant exclu la pertinence du droit communautaire pour la solution du litige, la question de la légalité des mesures néerlandaises de protection de l'environnement et de l'attribution de leur charge financière doit être exclusivement résolue sur le fondement du Traité de Séparation et de son article XII en particulier. Or, le sens ordinaire des termes du vieux Traité de 1839 n'offre au Tribunal qu'une aide très limitée dans la détermination du bien-fondé de ces mesures, la protection de l'environnement n'ayant certainement pas été une préoccupation des rédacteurs de l'époque. Le Tribunal choisit de ne pas ignorer les évolutions scientifiques et juridiques en la matière depuis l'époque de la conclusion du Traité.

Le Tribunal se livre à une interprétation du Traité de Séparation qui autorise la prise en compte de certaines normes spécifiques du droit international de l'environnement permettant l'incorporation des mesures environnementales néerlandaises au projet et l'imputation de

²³⁶ Cf. CJCE, 6 octobre 1982, aff. 283/81, *CILFIT*, Rec. pp. 1345 et sentence §§103-104.

²³⁷ Cf. sentence §§136-137.

²³⁸ « Les mesures de protection arrêtées en vertu de l'article 175 ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque Etat membre, de mesures de protection renforcées. Ces mesures doivent être compatibles avec le présent traité. Elles sont notifiées à la Commission » (italiques ajoutés).

principe de leur coût à la Belgique. C'est par la combinaison du recours au « principe d'intégration systémique » de l'article 31 § 3 c), à celui de l'effet utile tel que traduit par la maxime *Ut res magis valeat quam pereat* et, enfin, à la technique de l'interprétation évolutive des traités, que le Tribunal parvient à justifier la prise en compte des normes du droit international de l'environnement.

Le sens ordinaire des dispositions de l'accord reflète sans surprise l'absence de toute préoccupation environnementale. L'interprétation en fonction de ce sens ordinaire, point de départ de toute interprétation, ne peut donc fonder la justification de mesures de protection de l'environnement dans le cadre du projet de réactivation de la ligne. Pour remédier à cette « lacune », le Tribunal décide de recourir au droit international général, et de prendre en compte dans son processus d'interprétation certaines normes du droit international de l'environnement qu'il estime pertinentes. Pour ce faire, il se réfère, comme il l'a déjà fait s'agissant du droit communautaire, à l'article 31 § 3 c) de la CVDT. Les arbitres relèvent alors que le droit international de l'environnement, et en particulier l'exigence d'« intégration des mesures de protection de l'environnement [...] [aux] activités de développement économique » et « l'obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer [...] [la] pollution », sont applicables dans les relations entre les parties²³⁹. Dès lors, au regard de l'article 31 § 3 c), le Tribunal est « tenu »²⁴⁰ de prendre ces normes en compte lorsqu'il interprète le traité. C'est ainsi qu'il en conclut que « les règles de droit international relatives à la protection de l'environnement font partie du droit applicable aux relations entre les Parties pour l'interprétation du régime conventionnel »²⁴¹.

Les principes de l'effet utile et de l'interprétation évolutive viennent ensuite compléter le raisonnement des arbitres. Ils permettent au Tribunal d'écarter la règle de l'intertemporalité, selon laquelle un traité doit être interprété en fonction du droit en vigueur au moment de sa conclusion et qui exclurait la prise en compte de toute règle postérieure relative à l'environnement. Ainsi, pour les arbitres, cette règle « n'exige pas que le Tribunal ignore ni des faits ultérieurs concernant l'application effective du Traité, ni tous les développements juridiques ultérieurs »²⁴². En particulier, il note que tant la doctrine que la jurisprudence reconnaissent que la compréhension de certains termes conceptuels ou génériques peut dépendre des évolutions ultérieures²⁴³. Et, même s'il s'agit ici de développements techniques nouveaux plutôt que de termes conceptuels ou génériques, seule l'interprétation évolutive permet selon le Tribunal une « application du Traité efficace en termes d'objet et de but »²⁴⁴. Le but de l'article XII est d'assurer la « communication commerciale » entre la Belgique et l'Allemagne pour une durée illimitée, des travaux qui, d'un point de vue technique et financier, vont au-delà de la restauration des possibilités d'utilisation telles que prévues en 1839, n'en demeurent pas moins indissociables du droit de passage pour autant qu'ils sont « nécessaires ou souhaitables pour s'adapter au commerce actuel »²⁴⁵. Dès lors, le principe de l'effet utile du traité requiert une interprétation dynamique de ses dispositions, tenant compte des développements tant techniques que juridiques postérieurs à sa conclusion, afin d'assurer la réalisation de son but. Or, si l'interprétation évolutive implique qu'il soit tenu compte des développements juridiques ultérieurs, elle justifie la prise en compte des règles *actuelles* du droit international et notamment celles relatives à la protection de l'environnement. Le Tribunal va en outre jusqu'à estimer que l'interprétation évolutive et l'effet utile requièrent, au-delà de la prise en compte, « d'intégrer à l'article XII, en ce qui concerne l'attribution des coûts actuels de remise à niveau, les dispositions du droit international telles qu'elles s'appliquent aujourd'hui »²⁴⁶.

La conclusion selon laquelle ce devoir d'intégration compte au titre des normes actuelles du droit international « devant être lues » dans l'article XII du Traité de Séparation est corroborée

²³⁹ Sentence § 58-59.

²⁴⁰ Le langage de l'article 31 § 3 c) est en effet prescriptif.

²⁴¹ Sentence § 220.

²⁴² Sentence § 79.

²⁴³ Cf. sentence §§ 79-82.

²⁴⁴ Sentence § 80.

²⁴⁵ Sentence § 83.

²⁴⁶ Sentence § 84.

par le renvoi à l'observation de la CIJ, dans l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros*, relative à la nécessité de prendre en considération des normes nouvelles relatives à l'environnement lorsque les Etats poursuivent des activités économiques engagées dans le passé. Argument qui, de l'avis du Tribunal, s'applique au différend qu'il est chargé de résoudre²⁴⁷. Or, pour les besoins de la présente affaire, l'exigence d'intégration implique que les mesures de protection de l'environnement néerlandaises soient « l'une des composantes à part entière »²⁴⁸ du projet d'adaptation et de modernisation du Rhin de fer. La lecture du principe d'intégration dans le texte du Traité de 1839 entraîne ainsi l'*incorporation* des mesures internes néerlandaises au projet de réactivation belge.

Cette incorporation se double en outre de la détermination de l'imputation de la responsabilité de ces mesures au regard du principe de prévention. Ce dernier implique au sens des arbitres que « lorsque le développement risque de porter atteinte de manière significative à l'environnement, doit exister une obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer, cette pollution »²⁴⁹. Et, en vertu de cette obligation, la Belgique devra participer aux mesures de protection de l'environnement puisque c'est elle qui entreprend de réactiver la ligne du Rhin de fer afin de satisfaire ses besoins de communication commerciale avec l'Allemagne²⁵⁰. Cependant, le propre du devoir de prévention est de revêtir un aspect transfrontière, c'est-à-dire que l'Etat a une obligation de prévenir que les activités qui ont lieu sur son territoire créent des dommages à l'environnement d'autres Etats, ou de zones ne relevant d'aucune juridiction nationale. C'est la conception qu'adopte la CIJ dans son avis sur *La licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*²⁵¹, ainsi que la CDI dans son projet d'Articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses de 2001²⁵². Or, dans l'affaire du *Rhin de fer*, les activités susceptibles de causer un dommage à l'environnement néerlandais auront lieu sur le territoire des Pays-Bas. Le dommage n'est donc pas transfrontière. Cependant, le Tribunal souligne le caractère transnational de l'affaire puisque celle-ci concerne les conséquences de l'exercice d'un droit par un Etat, sur le territoire d'un autre Etat²⁵³. Par analogie, et au regard de ce caractère transnational, il estime que, quand un Etat « exerce un droit relevant du droit international sur le territoire d'un autre Etat, les considérations relatives à la protection de l'environnement doivent également être prises en compte »²⁵⁴. Le devoir de prévention acquiert ainsi une dimension nouvelle. L'affaire du *Rhin de fer* marque ainsi l'extension de la portée juridique du devoir de prévention, permettant finalement d'imputer la responsabilité de principe des mesures de protection de l'environnement à la Belgique. En pratique cependant, c'est par la *mise en balance* des intérêts de chacune des parties que le Tribunal procède à la répartition des coûts.

Si les préoccupations des Pays-Bas relatives à l'impact de l'usage intensif programmé du *Rhin de fer* sur leur environnement sont légitimes, dans le même temps, la Belgique doit aussi pouvoir exercer son droit de passage d'une façon qui corresponde à ses besoins économiques actuels²⁵⁵. Cette conclusion dérive de l'équilibre des intérêts commandé par le texte de l'article XII du Traité de Séparation. Elle dérive aussi du fait qu'étant donné que « le droit de l'environnement et le droit applicable au développement ne constituent pas des alternatives, mais des concepts intégrés se renforçant mutuellement », « il convient de concilier croissance économique et protection de l'environnement »²⁵⁶. Ainsi, le principe d'intégration, découlant du développement durable, et découvert au titre des normes pertinentes du droit international applicables à la solution du litige, implique la mise en balance des intérêts légitimes des deux parties et toute conciliation doit se traduire en pratique, par l'équilibre soigneux des obligations

²⁴⁷ Cf. sentence § 59.

²⁴⁸ Sentence § 220. Cf. aussi § 223 *in fine*.

²⁴⁹ Sentence § 59.

²⁵⁰ Cf. sentence § 223.

²⁵¹ *Avis consultatif, Rec. CIJ 1996 (I)*, p. 226 à pp. 241–242, § 29.

²⁵² *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs*, in *ACDI*, 2001, Vol. II (2), pp. 405-470, p. 406.

²⁵³ Sentence § 223.

²⁵⁴ Sentence § 223.

²⁵⁵ Sentence § 221.

²⁵⁶ Sentence § 59 et 221.

financières de chacune²⁵⁷. Au regard de ce principe, les arbitres estiment que les coûts ne peuvent être entièrement imputés à une seule partie, ils doivent au contraire être justement répartis, en fonction de l'équilibre découlant de la mise en balance de ces intérêts légitimes. Et, sur ce fondement, le Tribunal en vient à conclure que l'équilibre des intérêts en présence requiert que la charge financière soit répartie de manière proportionnelle entre les parties, en fonction de l'usage et des bénéfices tirés par chacune d'elles du Rhin de fer²⁵⁸.

Le principe d'intégration, qui traduit l'objectif de développement durable, permet ainsi une première mise en balance des intérêts contradictoires de la Belgique et des Pays Bas par la prise en compte des préoccupations légitimes relatives à la protection de l'environnement dans le cadre du projet de réactivation. Il fonde en outre, dans un deuxième temps, un rééquilibrage de la solution en découlant, afin de modérer les conséquences financières qui en résultent pour la Belgique, au regard de son intérêt légitime au développement économique.

PARTIE II - PERSPECTIVE INTRASYSTEMIQUE

Chapitre 10 - Le rayonnement intrasystémique du concept de développement durable

Parallèlement à sa capacité de rayonnement intersystémique évoquée plus haut, 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 de par les applications qui en sont faites. Cette seconde situation peut être définie comme le *rayonnement intrasystémique du développement durable*. Ainsi, en se concentrant sur les systèmes normatifs que constituent les droits de l'OMC, de la CMB, de la CEDH et enfin de l'Union européenne, on mettra en lumière si, et comment, l'impact du développement durable se manifeste en leur sein. 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 normatif²⁵⁹, 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 (A) et ceux pour lesquels le développement durable est absent de l'instrument normatif de base (B).

A. Inscription du développement durable dans l'instrument fondateur du système et rayonnement du concept (droit de l'OMC et droit communautaire)

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 communautaire²⁶⁰. 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 (i) et de la définition de normes ou institutions juridiques secondaires (ii).

i) Incidence sur l'interprétation. Une première incidence du développement durable sur ces deux systèmes tient plus à sa nature d'objectif qu'à son objet lui-même (assurer la durabilité du développement), cette qualité emportant en droit des traités des conséquences spécifiques pour

²⁵⁷ Sentence § 220 et 221.

²⁵⁸ Sentence, § 226.

²⁵⁹ Nous entendons ici par normes secondaires des règles ultérieures du système adoptées sur la base de l'acte fondateur, il peut ainsi s'agir de protocoles subséquents, ou de normes de « droit dérivé », comme dans le cadre de l'Union européenne.

²⁶⁰ Préambule et article 2 du Traité sur l'Union européenne, articles 2 et 6 du TCE.

l'interprétation. D'autres incidences herméneutiques, cette fois-ci dérivant de l'objet du concept, se manifestent en particulier dans un système plutôt que dans l'autre. Ainsi, son emploi justifie l'ouverture à l'interprétation évolutive des normes du système commercial multilatéral et, dans le cadre du droit communautaire, il permet la mise en balance d'intérêts contradictoires.

Interprétation téléologique. L'interprétation en fonction de l'objet et du but du traité est une méthode reconnue qui permet à l'interprète de conférer son effet utile à la disposition en jeu. La nature même d'objectif de développement durable et sa localisation dans les textes du droit de l'OMC et du droit de l'Union européenne permettent de conclure qu'il reflète bien un *but* de chacun des traités fondateurs et, par extension, du système normatif dans son ensemble.

Dans les deux systèmes étudiés, le développement durable est en effet inscrit dans le préambule de l'instrument fondateur, préambule souvent considéré comme reflétant l'objet et le but du traité. Il s'en suit que les stipulations du traité soumises à l'interprétation pourront être lues à la lumière de l'objectif de développement durable. L'affaire *Etats-Unis – crevettes* à l'OMC²⁶¹ en offre une application concrète. Pour l'Organe d'appel, le préambule « démontre que les négociateurs de l'OMC ont reconnu que l'utilisation optimale des ressources mondiales devait se réaliser conformément à l'objectif de développement durable » et « étant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'*Accord sur l'OMC*, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'*Accord sur l'OMC* »²⁶². L'inscription du développement durable au sein du préambule de l'Accord instituant l'OMC permet d'y voir un objectif de ce système juridique et de tirer les conséquences logiques d'une interprétation des dispositions à la lumière de l'objet et du but.

Les mêmes conclusions sont applicables *mutatis mutandis* au droit de l'Union européenne. Cependant, dans ce cadre, l'interprétation en fonction de l'objet et du but prend une dimension supplémentaire non seulement du fait de la mention de l'objectif de développement durable dans la partie contraignante des traités constitutifs, et plus seulement dans le préambule, mais encore eu égard aux techniques d'interprétation qu'affectionne la CJCE. Les articles 2 du Traité sur l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne définissent clairement le développement durable comme un objectif de l'Union et de la Communauté respectivement. Or, s'il est acquis que toute clause conventionnelle revêt par nature une fonction herméneutique, on peut cependant estimer que la portée interprétative d'une disposition conventionnelle reflétant l'objet et le but du traité est plus grande que celle d'une clause ordinaire. En effet, si l'endroit naturel d'énonciation de l'objet et du but est le préambule et que les parties choisissent de le faire figurer dans une disposition matérielle, c'est qu'elles ont dû vouloir y attacher des conséquences spécifiques, notamment vouloir dépasser les limites inhérentes à une énonciation préambulaire qui, n'étant pas contraignante, ne peut prévaloir si elle s'avère incompatible avec les termes mêmes de la disposition objet de l'interprétation. Au contraire, en tant que disposition matérielle du traité, la clause désignant l'objectif de la convention revêt une force obligatoire équivalente à toute autre clause conventionnelle et, en toute logique, aucune ne doit *a priori* prévaloir sur l'autre. Dès lors, les stipulations à interpréter *doivent être interprétées conformément* à l'objet et au but tel qu'il se dégage d'une disposition matérielle, à moins qu'elles n'en constituent une exception. Par extension, une autre conséquence interprétative peut être dégagée de cette inscription de l'objectif de développement durable dans le dispositif des traités. Le fait de conférer un caractère formellement obligatoire à l'objectif du traité peut en effet être de nature à fonder le recours à une interprétation téléologique. S'appuyant sur le caractère obligatoire du but du traité, l'interprète pourrait développer les dispositions de ce dernier pour les rendre aptes à atteindre la finalité poursuivie. Or, la CJCE a, de longue date, su employer cette méthode d'interprétation lorsqu'elle l'a estimé pertinente²⁶³, rien n'interdit donc qu'elle se fonde à l'avenir sur le caractère d'objectif du

²⁶¹ WT/DS/58/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998.

²⁶² Rapport de l'Organe d'appel, § 153.

²⁶³ Voir notamment la première décision de la Cour à cet égard : l'affaire *Van Gend & Loos* du 5 février 1963, C- 26/62, Rec. pp. 1/58, mais aussi l'usage qu'elle en fait dans des arrêts tels que *Foto-Frost et Hauptzollamt Lübeck-Ost* du 22 octobre 1987, C- 314/85, Rec. pp. 4199-4235 ; « *Tchernobyl* » *Parlement européen c. Conseil* du 22 mai 1990 C- 70/88, Rec. pp. 1-2041/2075 ou *Francovich et Bonifaci* du 19 novembre 1991, C.6/90 et 9/90, Rec. 1-5357/5418.

développement durable pour justifier une interprétation fonctionnelle des traités et en développer les dispositions, notamment afin de permettre la réalisation de cet objectif conventionnel.

Interprétation évolutive. Elle consiste à lire les dispositions d'un traité ou certaines d'entre elles à la lumière des règles actuellement en vigueur, et non en fonction de celles contemporaines à sa conclusion. Il est admis que si le texte du traité renferme des termes évolutifs, c'est que les parties ont eu l'intention de permettre au traité d'évoluer dans le temps, en lui conférant un *caractère ouvert*.

Dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* notamment, l'Organe d'appel offre une interprétation dynamique des termes de l'article XX g) du GATT et de l'expression « ressources naturelles épuisables ». Il ne fait pas de doute qu'en tant qu'objectif à long terme, ce qui va être perçu comme un développement « durable » s'adaptera nécessairement aux évolutions physiques, sociales, économiques ainsi qu'en fonction des découvertes scientifiques. Pour le cas d'espèce, cela signifie que l'objectif de développement durable que se fixent les membres de l'OMC, qui reflète la légitimité de la protection de l'environnement, justifie que l'on interprète la notion de « ressources naturelles épuisables » non pas en tenant compte du contexte prévalant à l'époque de la conclusion du GATT²⁶⁴, mais à la lumière des préoccupations et connaissances scientifiques actuelles. L'expression « ressources naturelles » n'étant pas, pour l'Organe d'appel, statique mais plutôt « par définition » évolutive, sa signification doit être dégagée conformément à celle des règles actuelles du droit international de l'environnement. Or, vu que les conventions et déclarations internationales modernes font « souvent référence aux ressources naturelles comme étant à la fois des ressources biologiques et non biologiques », et que « les membres de l'OMC ont expressément mentionné l'objectif de développement durable dans le préambule de l'*Accord sur l'OMC*, [...] il est trop tard à présent pour supposer que l'article XX g) du GATT de 1994 peut être interprété comme visant uniquement la conservation des minéraux ou des autres ressources naturelles non biologiques épuisables »²⁶⁵. Le développement durable requiert ainsi que la définition de la notion de « ressources naturelles épuisables » tienne compte des évolutions scientifiques et des préoccupations actuelles en matière d'environnement et fonde le renvoi à des règles extérieures au GATT, et en particulier aux règles du droit de l'environnement, pour en déduire une interprétation correcte.

Interprétation et mise en balance d'intérêts contradictoires. Une autre fonction herméneutique du développement durable qui se dégage peu à peu de la jurisprudence communautaire est celle de permettre l'arbitrage entre intérêts contradictoires. Les conclusions de l'Avocat général Léger dans l'affaire *First Corporate Shipping Ltd*, concernant les méthodes de désignation de zones spéciales de conservation, en fournissent un exemple. Pour celui-ci, « le concept de 'développement durable' [...] ne signifie pas que les intérêts de l'environnement doivent nécessairement et systématiquement l'emporter sur les intérêts défendus dans le cadre des autres politiques poursuivies par la Communauté [...]. Il met au contraire l'accent sur l'équilibre nécessaire entre divers intérêts parfois contradictoires, mais qu'il convient de concilier »²⁶⁶. Le développement durable est dans cette perspective le critère de référence pour la prise en compte, dans ce cas, des considérations économiques dans la prise de décision environnementale et constitue un standard de mise en balance et d'évaluation de ces intérêts contradictoires. Cette lecture est en outre confirmée par l'analyse de l'Avocat général Geelhoed dans une affaire *Autriche c/ Parlement européen et Conseil*, où il est estimé que l'article 6 du Traité CE (requérant que les exigences de la protection de l'environnement soient intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté afin de promouvoir le développement durable) « doit être considérée [...] comme une obligation des institutions

²⁶⁴ L'expression n'englobait alors que les ressources non-biologiques.

²⁶⁵ *Ibid.*, § 130-131.

²⁶⁶ Conclusions de l'Avocat général Léger, 7 mars 2000, *Affaire C-371/98, ex parte: first corporate shipping ltd*, Rec. 2000, p. I-9235, §54.

communautaires de tenir dûment compte des intérêts environnementaux dans les domaines de politique, en dehors de celui de la protection de l'environnement *stricto sensu* »²⁶⁷.

La Cour s'est elle aussi appuyée sur le concept de développement durable pour effectuer la mise en balance d'intérêts contradictoires. Dans l'affaire concernant l'approbation de la *Convention de Rotterdam sur le commerce international des pesticides* par la Communauté, elle a ainsi estimé qu'au regard de la nécessaire complémentarité des politiques commerciales et environnementales pour l'avènement d'un développement durable reconnue par la Convention elle-même, cette dernière poursuivait une double finalité commerciale et environnementale²⁶⁸. Elle devait donc être adoptée non pas sur le fondement du seul article 175 § 1 relatif à la protection de l'environnement, mais sur une double base juridique : l'article 175 § 1 et l'article 133 relatif à la politique commerciale commune. Le développement durable est encore une fois ici l'outil permettant de prendre en compte non pas les considérations environnementales mais bien les considérations commerciales, afin de les mettre en balance et de conclure que le juste équilibre ne sera atteint que par le respect de cette double considération.

L'impact du développement durable dans l'interprétation des normes du système se révèle donc sensible, tant dans le cadre du droit de l'OMC que de celui de l'Union européenne. 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.

ii) Incidence sur la définition des normes et institutions secondaires. Si le poids du concept de développement durable s'exerce sur la définition des normes et institutions dérivant des traités fondateurs tant du système commercial multilatéral que du droit de l'Union européenne, il est bien plus significatif dans le cadre du second que du premier.

L'inscription de l'objectif de développement durable dans le préambule de l'Accord instituant l'OMC n'a pas ouvert la voie à l'adoption ultérieure de règles contraignantes destinées à permettre la mise en œuvre de l'objectif que les parties contractantes se sont assignées. Au contraire, la Conférence ministérielle de Singapour en 1996, en estimant que la mise en œuvre des accords OMC contribuera de manière importante à la réalisation de l'objectif de développement durable²⁶⁹, a laissé entendre que de nouvelles règles spécialement consacrées à l'atteinte de cet objectif n'étaient pas nécessaires et ce, malgré le mandat pourtant prometteur du Comité du commerce et de l'environnement créé en 1994. Le besoin d'élaborer des règles nouvelles pour permettre l'intégration pleine et entière des considérations environnementales au droit de l'OMC a cependant été à nouveau reconnu lors de la Conférence ministérielle de Doha en 2001. La Déclaration réaffirme en effet « avec force » l'engagement des parties contractantes « en faveur de l'objectif de développement durable » et décide en particulier de l'ouverture de négociations touchant à la relation entre les règles de l'OMC et les obligations des accords environnementaux multilatéraux, les négociations devant viser « à ce que le développement durable soit pris en compte d'une manière appropriée »²⁷⁰. Mais, là encore, trop marquées par les oppositions entre parties contractantes, celles-ci n'ont abouti à l'élaboration d'aucune règle spécifique destinée à promouvoir l'achèvement du développement durable.

Contrairement au droit de l'OMC, la reconnaissance du développement durable comme objectif tant de l'Union que de la Communauté européenne a eu des répercussions tangibles sur la définition des normes de droit dérivé. L'objectif de développement durable rayonne ainsi sur le contenu d'un nombre conséquent de directives et règlements communautaires. L'analyse des textes révèle que l'incidence du concept sur la législation communautaire s'opère de trois façons. D'abord, dans un grand nombre de cas, l'objectif de développement durable est inscrit au titre des motifs du règlement ou de la directive. Ainsi par exemple, le dixième considérant de

²⁶⁷ Conclusions de l'Avocat général Geelhoed, 26 janvier 2006, *Affaire C-161/04*, Autriche c. Parlement et Conseil, Rec. 2006, p. I-07183, §59.

²⁶⁸ *Affaire C-94/03* Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne du 10 janvier 2006, Rec. 2006 p. I-1, § 51.

²⁶⁹ Cf. *Déclaration ministérielle de Singapour*, doc. WT/MIN(96)/DEC/W, 15 décembre 1996, §16.

²⁷⁰ *Déclaration ministérielle de Doha*, 14 novembre 2001 WT/MIN(01)/DEC/1, §6, § 31, §51.

la directive relative à la prévention et à la réduction intégrée de la pollution précise que « l'application du principe d'un développement durable devrait être favorisée par une approche intégrée de la réduction de la pollution »²⁷¹. Lorsque le développement durable est inscrit au titre des motifs de l'acte, il traduit l'un des objectifs en vue desquels la législation est élaborée et ses dispositions sont dès lors censées permettre sa réalisation. Ensuite, le développement durable peut toucher directement au dispositif de l'acte. C'est le cas de nombreux instruments. Certains se contentent de définir le développement durable comme objectif dans une disposition contraignante²⁷² mais d'autres sont dans leur entier construits à l'aune du développement durable, celui-ci dominant l'ensemble des dispositions législatives. Ainsi la directive 2008/56 du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin. Enfin, l'influence du concept se traduit dans certains cas par la modification d'une législation préexistante afin qu'elle reflète de manière plus adéquate l'objectif de développement durable. Le rayonnement de ce dernier est alors à son paroxysme puisqu'il implique la modification des normes qui ne s'y conforment pas. Ainsi, aux termes du règlement 2698/2000, l'article 2 § 2 du règlement 1488/1996 pose dorénavant que des mesures d'appui sont mises en œuvre compte tenu de l'objectif consistant à parvenir à un développement durable qui conduise à la stabilité et à la prospérité à long terme²⁷³.

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, on le voit, 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.

B. Absence du développement durable de l'instrument fondateur et rayonnement du concept (CMB et CEDH)

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 (*i*) que sur la définition de leurs normes ou institutions (*ii*). Cependant, elle implique une incidence plus diffuse du concept.

i) Incidence sur l'interprétation. Si le développement durable est absent des textes du droit de la CEDH, il n'est pas, pour autant et par principe, incapable d'exercer une influence sur leur interprétation. Le lien entre la protection des droits de l'homme et la poursuite du développement durable est établi par la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement²⁷⁴. Le développement durable pourrait parfaitement constituer une référence dans l'évaluation du respect du droit à la vie en général, à la vie privée en particulier et, à travers ce dernier, du « droit à un environnement sain »²⁷⁵. 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 *Hatton*²⁷⁶, 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

²⁷¹ Directive 2008/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008.

²⁷² Règlement 708/2007 du 11 juin 2007, relatif à l'utilisation en aquaculture des espèces exotiques et des espèces localement absentes, article 1.

²⁷³ Règlement 2698/2000 du 27 novembre 2000 modifiant le règlement (CE) 1488/96 relatif à des mesures d'accompagnement financières et techniques (MEDA) à la réforme des structures économiques et sociales dans le cadre du partenariat euro-méditerranéen.

²⁷⁴ Voir Principe 1.

²⁷⁵ Voir en particulier les arrêts *Powell et Rayner c. RU*, 1990, Ser. A/172, 1990 ; *Lopez Ostra c. Espagne*, 1994, EHRR, vol. 20, p. 277 ; *Guerra c. Italie*, 1998, EHRR, Vol. 20, p. 357 ; *Hatton c. RU* du 8 juillet 2003, et *Taskin c. Turquie* du 10 novembre 2004.

²⁷⁶ Arrêt de la grande chambre du 8 juillet 2003.

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 [...] »²⁷⁷.

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.

ii) *Incidence sur la définition des normes et institutions secondaires.* 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 amendant 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 minime.

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 régionales²⁷⁸. Au-delà de cette incidence sur la définition des normes du droit de la mer, le concept de développement durable exerce aussi une certaine influence sur la mise en place d'institutions juridiques du système et en particulier sur le mandat qui leur est assigné. Ainsi, l'objectif assigné à plusieurs commissions régionales de pêche est d'assurer le développement durable de cette dernière²⁷⁹. L'absence du concept des textes fondateurs n'est donc pas un obstacle insurmontable à son éventuel rayonnement sur les règles du système, au moins s'agissant du droit de la mer.

Chapitre 11 – Convention européenne des droits de l'homme

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 »²⁸⁰, 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 »²⁸¹, certaines composantes d'un droit à l'environnement – parmi lesquelles les

²⁷⁷ §128.

²⁷⁸ Ex. : Protocole à la Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des Caraïbes relatif à la pollution due à des sources et activités terrestres de 1999, Protocole relatif aux aires spécialement protégées de 1990, Convention cadre pour la protection du milieu marin de la mer caspienne de 2003, Accord de coopération pour la protection des tortues marines de la côte caribéenne en fournit une définition, Convention for the Cooperation in the Protection and Sustainable Development of the Marine and Coastal Environment of the Northeast Pacific (qui impose une obligation générale d'assurer le développement durable des aires côtières et maritimes), Convention de Barcelone sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée telle que modifiée en 1995.

²⁷⁹ Ex. : Accord établissant un mécanisme régional de pêche pour les Caraïbes, Commission méditerranéenne pour le développement durable de la Convention de Barcelone.

²⁸⁰ L'expression est apparue pour la première fois dans l'arrêt *Tyrer c/RU*, 25 avril 1978, Série A n°26, § 31.

²⁸¹ P. TAVERNIER, « La Cour européenne des droits de l'homme et la mise en œuvre du droit international de l'environnement », *Actualité et Droit international*, juin 2003, [<http://www.ridi.org/adi>], p. 4.

concepts de proportionnalité (A) et de précaution (B) – sont ainsi prises en compte par la médiation d'autres droits fondamentaux.

A. Proportionnalité

Sur la technique de la protection par ricochet, se greffe une politique jurisprudentielle de la Cour aux conséquences majeures puisque, en décidant d'examiner le grief sur tel fondement plutôt que sur tel autre, la Cour oriente la technique et l'approfondissement du contrôle ; par exemple, le contrôle de proportionnalité n'aura pas la même intensité selon que l'on se place au niveau des articles 8 à 10, ou d'autres articles, tel l'article 2 qui met en jeu des obligations positives de l'Etat.

Approcher le droit à l'environnement par la technique de proportionnalité semble fondamental dans le cadre de la CEDH, tant le recours à cette technique va révéler pleinement la politique judiciaire de la Cour en la matière. Cette technique de prise en compte très particulière va ainsi directement influencer la pratique de la technique de mise en balance opérée par la Cour. Les modalités du contrôle de proportionnalité ont été précisées au fil des arrêts de la Cour. Le contrôle de la marge d'appréciation de l'Etat est distinct selon les droits en cause. 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, que l'on se place sur le terrain des obligations positives ou sur celui des limitations aux droits, est celui de la recherche du « juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »²⁸², 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 CEDH²⁸³, même si des sous-distinctions se profilent, la complexité, voire l'incohérence, étant les caractéristiques majeures de cette technique.

Dans le premier cas de figure²⁸⁴, « la Cour juge naturel que, dans un domaine aussi complexe et difficile que l'aménagement du territoire, les Etats contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation pour mener leur politique urbanistique ». Il semble que la Cour se contente d'exiger des Etats qu'ils fournissent des motifs « pertinents » pour justifier leurs ingérences dans les droits et libertés conventionnels. Les autorités ne sont pas tenues d'invoquer des raisons qui rendent « nécessaire » l'interférence avec les droits individuels, c'est-à-dire, en pratique, de prouver l'absence de moyens moins radicaux d'atteindre le but légitime dans une instance précise. 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

²⁸² *Lopez Ostra c/Espagne*, 9 décembre 1994, § 51 ; *Halton et autres c/RU*, n°36022/97, 8 juillet 2003, Affaire de la chambre, § 98 ; *Moreno Gomez c. Espagne*, (Requête n° 4143/02), 16 novembre 2004.

²⁸³ Ce que résume l'argument des requérants dans l'affaire de la première section de la Cour, *Kyrtatos c/Grèce*, req. n°41666/98, 22 mai 2003, § 45 : Les requérants « conviennent également que les Etats ont un pouvoir discrétionnaire s'agissant de prendre des décisions en matière d'urbanisme. Les requérants estiment par contre que, à n'en pas douter, toute atteinte à l'environnement commise par l'Etat devrait ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents des individus et de la société dans son ensemble ». J.-P. MARGUENAUD, « La petite maison dans la forêt », *Rec. Dalloz*, 2008, n°13, pp. 884-885, pour qui la CourEDH « entretient des relations équivoques avec le droit de l'environnement ». (...) Elle le tient pour un nain lorsque des individus s'en réclament contre les Etats qui ont donné gain de cause à de puissants opérateurs économiques diffuseurs des plus graves nuisances. (...) En revanche, elle grossit l'environnement au point d'en faire un ogre lorsqu'il ne se présente plus sous l'aspect d'un modeste droit subjectif individuel en lutte contre les forces déchaînées de l'industrie, mais sous celui de l'intérêt général dressé face aux petits pollueurs ordinaires ».

²⁸⁴ Comme la Cour l'a affirmé à plusieurs reprises. Pour une affirmation récente, cf *Poulitsidi c/Grèce*, 1^o section, 11 octobre 2007, req. n° 35178/05, § 27. Tout en précisant plus loin que « La Cour ne saurait renoncer pour autant à son pouvoir de contrôle ».

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. En pratique, dans ces affaires, le juste équilibre implique d'accorder la priorité à l'intérêt des droits de l'individu par rapport aux intérêts généraux de la communauté considérée dans son ensemble. Dans la jurisprudence la plus contemporaine, la Cour semble toutefois limiter son contrôle à la sanction de l'erreur manifeste d'appréciation.

Au fur et à mesure de l'analyse, sont apparues certaines spécificités et certains gauchissements. En matière environnementale, les seconds sont liés au fait que la Cour reconnaît une large marge d'appréciation aux Etats, avec pour conséquence une limitation de son contrôle²⁸⁵. 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. Il en est allé ainsi en matière morale, dès lors qu'aucune notion uniforme de la morale ne peut être dégagée des législations européennes. 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.

La spécificité du système de la convention tient à la reconnaissance de droits procéduraux attachés au besoin de l'incorporation de la technique de la pesée des intérêts au niveau national avant toute décision comportant une dimension environnementale. Cette reconnaissance va de pair avec l'évolution normative internationale, même si la Cour européenne ne s'y réfère pas ou que très exceptionnellement²⁸⁶. Surtout, cette procéduralisation doit être rapprochée de la large marge d'appréciation laissée par la Cour aux Etats dans ce domaine lié à des questions de politique générale et où l'intérêt économique est d'un poids certain ; elle répond également au souci de la Cour de « subsidier » davantage le contrôle dans de telles matières²⁸⁷. Pourtant, cette procéduralisation du droit à un environnement sain va incontestablement entraîner un affaiblissement du contrôle du juge européen.

Aussi, au nom de la marge d'appréciation nationale, si une juridiction interne a réalisé le contrôle de mise en balance des intérêts concurrents (peu importe d'ailleurs le résultat de cette mise en balance, en faveur ou défaveur des requérants), alors la Cour n'a pas à effectuer elle-même ce test. 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

²⁸⁵ A. WAITE, « Sunlight through the trees a perspective on environmental rights and human rights », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Dalloz, 2007, pp. 393 et s., p. 411.

²⁸⁶ Voir le chapitre consacré aux techniques de prise en compte. En doctrine, voir notamment M. DEJEANT-PONS, « Les droits de l'homme procéduraux à l'environnement dans le cadre international paneuropéen », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Fac. Universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 309 et s. Du même auteur, "Le droit de l'homme à l'environnement en tant que droit procédural", in *Droits de l'Homme et environnement*, Recueil d'instruments et autres textes internationaux concernant les droits individuels et collectifs en matière d'environnement dans le cadre international et européen. Voir aussi P. LAMBERT, « Le droit de l'homme à un environnement sain et le droit à l'information », *Annuaire International des droits de l'homme*, vol.1/2006, pp. 193-199.

²⁸⁷ J.-F. FLAUSS, « La procéduralisation des droits substantiels de la convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », in *Mélanges Prieur, Op. cit.*, pp. 1263 et s., p. 1266.

procéduralisation du droit de la CEDH au nom de l'environnement vient gommer le contrôle de la Cour sur les droits substantiels, ce qui paraît particulièrement critiquable.

L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait, dans l'affaire *Rayner c/Royaume Uni*, établi un lien direct entre la technique de prise en compte des intérêts environnementaux et la technique de mise en balance. Le contrôle de proportionnalité se limitait à un contrôle du déraisonnable : « la Convention ne garantissant pas en principe le droit à un environnement paisible, la pollution sonore dont peut répondre un gouvernement, comme en l'espèce, ne saurait être considérée comme constituant une charge déraisonnable pour les individus concernés s'ils ont la possibilité de déménager sans difficultés ou préjudices majeurs »²⁸⁸. C'était donc, selon la Commission, parce que les intérêts environnementaux sont pris en compte de façon indirecte que l'intensité du contrôle est limitée à la sanction du déraisonnable. *A contrario*, on peut penser que, si la convention reconnaissait le droit à un environnement paisible, un contrôle de proportionnalité strict, tel que pratiqué en principe sur le même terrain de l'article 8(2), serait réalisé.

Ainsi, en se fondant avant tout sur le droit à la vie privée et familiale pour répondre aux attentes des requérants victimes de préjudices d'ordre environnemental, le contrôle de proportionnalité devait être le contrôle usité par excellence par la Cour européenne. *Prima facie*, il en va effectivement ainsi. Cependant, la technique de la pesée des intérêts n'est pratiquement jamais opérée de façon rigoureuse ; le contrôle de proportionnalité strict est exceptionnel. L'année 2003 semble avoir marqué un tournant que symbolise le revirement dans l'affaire *Hatton* rendu par la Grande Chambre. On peut ainsi partager l'avis d'une certaine défiguration du contrôle de proportionnalité appliqué au domaine des intérêts environnementaux, à telle enseigne qu'un auteur doute de la pertinence de ce contrôle dans le domaine du droit de l'environnement. L'argument officiel de la Cour est d'ordre purement technique : une large marge d'appréciation dans un domaine complexe pour lequel de larges divergences existent. L'argument réel est ailleurs : la timidité de la Cour dès lors que les puissants lobbies économiques des Etats sont concernés²⁸⁹. Il est stupéfiant de constater que 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.

B. Précaution

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. Nulle référence expresse au Principe 15 de la Déclaration de Rio, ni à aucune autre norme externe ne peut ainsi être relevée. 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 n'a donc pas adopté, semble-t-il, une approche d'importation du principe de précaution, comme on aurait pu l'imaginer, mais en a fait un prolongement de certaines notions connues dans le système européen (théorie des obligations positives, principe de prévention). La CourEDH a donc fait une lecture autonome du principe de précaution, une de plus dans l'ordre international.

²⁸⁸ Commission, *Rayner c/RU*, n°93 10/81, Décision de recevabilité du 16 juillet 1986, DR 47, p. 16, p. 23.

²⁸⁹ J.-P. MARGUENAUD, *Op. cit.*, p. 887 : « (...) après avoir fait son apprentissage sur les petits pollueurs ordinaires, la CourEDH ne devrait-elle pas prendre le courage de faire respecter, aussi implacablement, les dispositions protectrices de l'environnement par les puissants groupes de pression industriels, immobiliers ou agricoles, c'est-à-dire par les tenants des impératifs économiques qui eux aussi, d'après la formule centrale de l'arrêt, ne devrait pas se voir accorder la primauté ... ? ».

Pendant longtemps, la CourEDH a refusé de prendre en compte le principe de précaution²⁹⁰. Ce refus est patent dans l'affaire *Balmer-Schafroth et autres c/Suisse*²⁹¹. C'est pourtant dans cette affaire, jugée en 1997, que le principe de précaution fait son entrée dans la jurisprudence de la Cour, via la petite porte, celle des opinions dissidentes. L'ensemble de sa jurisprudence avère un certain gauchissement du principe. Celui-ci apparaît, d'une part, au niveau de la condition de l'incertitude scientifique : si « l'incertitude scientifique n'est pas synonyme d'absence de connaissances »²⁹², « l'incertitude scientifique déclenchant le recours au principe de précaution consiste en données scientifiques insuffisantes, peu concluantes, imprécises, voire même en l'absence de consensus scientifique »²⁹³. Selon le Protocole sur la biosécurité, l'incertitude scientifique peut résulter de « l'insuffisance d'information et des connaissances scientifiques pertinentes ». L'incertitude peut avoir pour objet le lien de causalité entre les substances et leur impact, ou les effets. Or, l'interprétation opérée par la CourEDH est très stricte ; la Cour est mal à l'aise face à l'insuffisance de données scientifiques et face à la division de la communauté scientifique, éléments qui constituent, selon elle, non le critère d'activation du principe de précaution, mais un obstacle à sa mise en œuvre bien souvent. La Cour semble ainsi exiger un degré suffisant de certitude scientifique eu égard au lien de causalité entre le danger présumé et l'atteinte au droit individuel.

D'autre part, concernant la condition de risques hypothétiques, le principe de précaution vise à « affronter la probabilité de réalisation de risques qui ne sont pas jugés socialement acceptables »²⁹⁴. La variabilité d'interprétation porte sur l'objet des risques hypothétiques ; « les définitions les plus restrictives, pour ce qui concerne le critère de l'espèce, exigent un risque de dommage grave ou irréversible tandis que d'autres instruments n'exigent qu'un risque de dommage, voire une 'inquiétude raisonnable', un 'risque d'impact' ou des 'effets potentiels' »²⁹⁵. Cette appréciation dépend du contexte politique, plus exactement du niveau de protection choisi. 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. Tant la Commission que la Cour européennes se révèlent assez exigeantes, 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.

Par ailleurs, en sanctionnant la seule « atteinte grave au principe de précaution », la CourEDH réintroduit une marge d'appréciation au bénéfice des autorités nationales lorsqu'il s'agit d'évaluer l'obligation d'adopter des mesures préventives au nom du principe de précaution. Comme pour le contrôle de proportionnalité, on peut établir un lien entre la technique de prise en compte et la technique de mise en balance²⁹⁶, même si aucune jurisprudence expresse ne corrobore ces affirmations. En effet, le fait qu'un droit à l'environnement n'existe pas en tant que tel dans le droit de la CEDH contribue fort probablement à un contrôle moins strict de la Cour, tant au niveau du contrôle de proportionnalité qu'au niveau du principe de précaution. Or, en ménageant une large marge d'appréciation aux Etats, la Cour, comme ce qui a été analysé au niveau du contrôle de proportionnalité, a été fortement influencée par le contrôle opéré, avant elle, par les autorités nationales, spécialement par le juge interne.

Concernant la politique de la preuve, la Cour exige du requérant la preuve de la réalité et de l'intensité des nuisances et le lien de causalité avec la qualité de vie des requérants, preuve que

²⁹⁰ On peut mettre en parallèle le refus également initial de la CIJ de prendre en compte le principe de précaution par exemple dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*. V. J. SOHNLE, « Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la CIJ : l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* », *RGDIP*, 1998-1, pp. 85 et s., spéc. 110-111.

²⁹¹ Arrêt du 26 août 1997, Grande Chambre, req. n°22110/93.

²⁹² P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Odile Jacob, Paris, 2000.

²⁹³ C. de ROANY, « Des principes de précaution, Analyse de critères communs et interprétation différenciée », *Revue Juridique Environnement*, n°2/2004, pp. 143 et s., p. 148.

²⁹⁴ *Idem*, p. 150.

²⁹⁵ *Idem*, p. 151.

²⁹⁶ Cf *supra* chapitre sur la proportionnalité dans la CEDH.

les requérants ont du mal à apporter, d'où les nombreux constats d'irrecevabilité pour « grief manifestement mal fondé »²⁹⁷. Il ressort des différentes affaires tranchées que la Commission et la Cour, confrontées à des preuves insuffisantes ou contradictoires, ne se sont pas données des moyens supplémentaires (en recourant par exemple à des expertises) pour tenter d'apporter des éclaircissements, et n'ont pas déduit de ces insuffisances de connaissances l'activation du principe de précaution. Le problème est que le doute semble toujours servir la cause du gouvernement. Il semble que le principe de précaution exige des moyens de contrôle qui dépassent ceux investis par la Cour dans ses affaires.

Au total, le principe de précaution fait l'objet d'une application très limitée et spécifique par la Cour européenne. La théorie des obligations positives n'a pas été exploitée pour concrétiser la mise en œuvre de ce principe, contrairement à ce que l'on aurait pu escompter. 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. Le principe de précaution pose plus généralement un défi à la théorie de la responsabilité de l'Etat en droit international des droits de l'homme²⁹⁸. Plus globalement, on aura noté l'absence de référence externe par la CourEDH dans un domaine qu'elle souhaite visiblement maintenir à un stade limité.

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.

Chapitre 12 – Droit communautaire

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 (A). 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. En 1992, le Traité de Maastricht introduisait le principe de précaution à l'intérieur du Traité CE, en coïncidence avec la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. Il s'agit ici de mettre en lumière la façon dont le concept a pris forme à l'intérieur du système communautaire, en soulignant les influences exogènes, notamment celles qui dérivent du système OMC (B).

A. Proportionnalité

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 national²⁹⁹. 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'environnement³⁰⁰. 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,

²⁹⁷ Requête n° 29121/95, présentée par *Jean Asselbourg et 78 autres personnes physiques ainsi que l'association Greenpeace-Luxembourg contre le Luxembourg*, Décision sur la recevabilité (2^e section) du 29 juin 1999.

²⁹⁸ John LEE, "The underlying legal theory to support a well-defined human right to a healthy environment as a principle of customary international law", *Columbia Journal of Environmental Law*, 2000, p. 283, p. 338.

²⁹⁹ V. L. KRÄMER, *EC Environmental Law*, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 102-103 ; C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, coll. « Droit de l'Union européenne », Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 389.

³⁰⁰ V. CJCE, arrêt du 17 décembre 1981, *Frans-Nederlandse Maatschappij voor biologische Producten*, aff. 272/80, *Rec.* p. 3277, pt. 12 ; arrêt du 27 juin 1996, *Brandsma*, aff. C-293/94, *Rec.* p. I-3159, pt. 11.

étant ainsi en principe en contradiction avec les dispositions du traité CE qui interdisent tous les obstacles aux échanges³⁰¹. 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. En premier lieu, la protection de l'environnement entretient des liens étroits avec la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et de la préservation des végétaux, intérêts énumérés à l'article 30 du traité CE parmi les objectifs légitimes pouvant justifier une mesure autrement contraire à l'interdiction des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent tant aux importations qu'aux exportations³⁰². Cette affirmation se justifie au regard de la jurisprudence de la CJCE qui a choisi de procéder à l'examen de réglementations nationales ayant pour but de limiter les effets négatifs de certains produits dangereux³⁰³, de protéger les animaux sauvages³⁰⁴ ou la flore³⁰⁵ sur la base de l'article 30. En deuxième lieu, aux motifs de dérogation prévus par cet article, s'ajoute l'exception de nature jurisprudentielle reconnue par le juge communautaire lorsqu'il se trouve confronté à une mesure justifiée par l'exigence impérative tenant à la protection de l'environnement³⁰⁶. Cela permet la prise en compte des intérêts de nature écologique alors que ces derniers sont trop éloignés de la protection de santé humaine et animale et des végétaux au sens de l'article 30 du traité CE³⁰⁷.

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 et intégré dans une directive communautaire d'harmonisation minimale³⁰⁸.

L'approche de la Cour change radicalement quand il s'agit de prendre en compte des intérêts liés à la protection de l'environnement poursuivis à travers l'adoption de mesures nationales qui

³⁰¹ Le même conflit peut s'avérer lorsque une législation communautaire existe mais elle a été adoptée suivant la technique de l'harmonisation minimale, qui autorise les Etats membres à prendre des mesures de protection plus strictes. En effet, étant les mesures renforcées subordonnée au respect des dispositions du traité CE et tout particulièrement les articles 28 et 29, une réglementation nationale renforçant une norme minimale peut être susceptible d'entraver la libre circulation de la même manière qu'une mesure nationale adoptée en l'absence d'harmonisation. Dès lors, le raisonnement qui suit concernant la prise en compte d'un intérêt environnemental intégré dans une mesure nationale restrictive du commerce s'applique également lorsque cette mesure recherche un niveau de protection de l'intérêt en cause plus élevé que celui déjà établi au niveau communautaire. En ce sens, v. CJCE, arrêt du 25 juin 1998, *Dusseldorp*, aff. C-203/96, *Rec.* p. 1-4075 ; arrêt du 14 juillet 1998, *Aher-Waggon*, aff. C-389/96, *Rec.* ; p. 1-4473. Sur l'harmonisation minimale v. M. DOUGAN, « Minimum Harmonisation and the Internal Market », *Common Market Law Review*, 2000, p. 853.

³⁰² C. VIAL, *op. cit.*, p. 172, relève qu'à la différence de l'art. XX du GATT, l'art. 30 du traité CE ne fait également aucune référence à la « conservation des ressources naturelles épuisables ».

³⁰³ On peut rappeler la jurisprudence en matière de déchets dangereux (CJCE, arrêt du 6 octobre 1987, *Nertsvoederfabriek*, aff. 118/86, *Rec.* p. 3883), de pesticides (CJCE, arrêt du 19 septembre 1984, *Heijn*, précité ; arrêt du 13 mars 1986, *Mirepoix*, aff. 54/85, *Rec.* p. 1067), produits phytopharmaceutiques (CJCE, arrêt du 7 novembre 1989, *Neijman*, aff. 118/86, *Rec.* p. 3533 ; arrêt du 27 juin 1996, *Brandsma*, précité ; arrêt du 17 septembre 1998, *Harpegnies*, précité ; arrêt du 15 juillet 2004, *Schreiber*, aff. C-443/02, *Rec.* p. 1-7275) et de produits chimiques (CJCE, arrêt du 11 juillet 2000, *Toolex*, aff. C-437/98, *Rec.* p. 1-5681).

³⁰⁴ CJCE, arrêt du 13 juillet 1994, *Commission c. Allemagne (Ecrevisses)*, précité ; arrêt du 3 décembre 1998, *Bluhme (abeilles brunes)*, aff. C-67/97, *Rec.* p. 1-8033 ; arrêt du 23 octobre 2001, *Tridon*, aff. C-510/99, *Rec.* p. 1-7777.

³⁰⁵ CJCE, arrêt du 8 juillet 1975, *Rewe Zentralfinanz*, aff. 4/75, *Rec.* p. 843.

³⁰⁶ La doctrine des exigences impératives a été dégagée par la Cour dans CJCE, l'arrêt du 20 février 1979, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649. Il convient de noter qu'il est constant dans la jurisprudence qu'une exigence impérative ne peut être invoquée que si la mesure litigieuse concerne indistinctement les produits nationaux et les produits importés (v. CJCE, arrêt du 17 mai 1981, *Commission c. Ireland*, aff. 113/80, *Rec.* p. 1625). Toutefois, selon P. OLIVER-S. ENCHELMAIER, « Free movement of goods: recent developments in the case law », *Common Market Law Review*, 2007, p. 649, la Cour a désormais tacitement reconnu que des mesures discriminatoires puissent être justifiées sur le fondement de la protection de l'environnement.

³⁰⁷ La Cour a admis pour la première fois qu'une mesure entravant les échanges pouvait être justifiée par l'exigence impérative tenant à la protection de l'environnement dans CJCE, arrêt du 20 septembre 1988, *Commission c. Danemark (Bouteilles danoises)*, aff. 302/86, *Rec.* p. 4607, pt. 9. V. aussi, plus récemment, CJCE, arrêt du 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche (camions)*, précité (préservation de la qualité de l'air) ; arrêt du 20 septembre 2007, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-297/05, *Rec.* 1-7467 (lutter contre la pollution engendrée par les véhicules à moteur).

³⁰⁸ En ce sens, CJCE, arrêt du 14 juillet 1998, *Aher-Waggon*, aff. C-389/96, *Rec.* ; p. 1-4473, où la Cour considère justifiée une mesure nationale fixant des limites d'émissions sonores des avions subsoniques plus strictes que celles définies par une directive communautaire fondée la Convention relative à l'aviation civile internationale, signé à Chicago en 1944.

imposent des charges pécuniaires, c'est-à-dire des mesures tarifaires ou fiscales qui rendent moins cher l'achat de produits avec un impact réduit sur l'environnement ou plus cher celui de produits ayant un impact négatif sur l'environnement. Les entraves tarifaires sont prohibées sans qu'il soit normalement possible de les justifier en invoquant des exigences liées à la protection de l'environnement³⁰⁹. Mais l'attitude du juge communautaire s'assouplit lorsqu'il se trouve à connaître de la légitimité de redevances prélevées aux frontières à l'occasion de contrôles environnementaux opérés à l'exportation et prévus par une convention internationale à laquelle tous les Etats membres sont parties, mais à laquelle la Communauté européenne n'a pas adhéré. Selon la Cour, ces redevances sont compatibles avec le droit communautaire et ne doivent pas être considérées comme des taxes d'effet équivalent à des droits de douane car elles sont fondées sur des contrôles ayant un caractère obligatoire et uniforme dans l'ensemble de la Communauté européenne³¹⁰. L'important à noter est que le juge communautaire assimile le rapprochement des législations nationales résultant de l'action normative des autorités communautaires à celui découlant de la participation des Etats membres à un accord international, acceptant ainsi que l'équilibre entre la protection d'une certaine valeur environnementale et l'intérêt général de la libre circulation établi à l'extérieur du système puisse rendre légitimes des taxes non harmonisées perçues aux frontières.

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 doit apprécier 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. Le concept de proportionnalité relève clairement des techniques de mise en balance utilisées par les organes judiciaires de l'Union. L'analyse des contenus de l'application de cette technique dans la jurisprudence communautaire nécessite qu'un tel concept soit préalablement défini³¹¹. Plus précisément, la notion ici retenue est le concept de proportionnalité tel que codifié par la tradition juridique allemande (*Verhältnismäßigkeit*), selon lequel la justification d'une mesure environnementale est subordonnée à la réalisation de trois conditions. La première tient au fait que la mesure litigieuse doit être apte à atteindre le but visé par son auteur et qu'il existe donc un lien de causalité entre la mesure litigieuse et la réalisation de l'intérêt lié à la protection de l'environnement. Ensuite, la mesure doit être nécessaire, ce qui implique qu'il ne doit pas exister des mesures alternatives également aptes à la réalisation de l'objectif visé par la mesure litigieuse, mais moins restrictives de l'intérêt opposé. Enfin, la mesure est légitime sous condition qu'elle soit proportionnée au sens strict, le juge devant peser les intérêts divergents et vérifier la réalisation d'un « juste équilibre » entre eux.

Lorsque le juge communautaire se trouve confronté au problème de l'existence d'un lien de causalité entre la mesure litigieuse et l'objectif poursuivi (critère de l'appropriation) et, ensuite, de l'absence de mesures également efficaces et moins restrictives (critère de la nécessité), il ne met en principe pas en cause le niveau de protection déterminé par l'auteur de la mesure. Au contraire, quand il s'agit d'apprécier le caractère proportionné de la mesure litigieuse (critère de la proportionnalité au sens strict), le juge doit peser les intérêts en jeu et évaluer si le préjudice causé à l'intérêt opposé n'est pas disproportionné par rapport au but poursuivi ou au résultat concret atteint au moyen de celle-ci³¹². Au troisième stade du raisonnement, il peut donc arriver que le niveau de protection visé par la mesure soumise au contrôle de proportionnalité soit éventuellement considéré excessif, obligeant ainsi l'auteur de la mesure à en retenir un moins élevé.

³⁰⁹ V. CJCE, arrêt du 21 juin 2007, *Commission c. Italie*, aff. C-173/05, *Rec.* I-4917, point 42.

³¹⁰ C'est le cas de la Convention internationale pour la protection des végétaux, signée à Rome le 6 décembre 1951, à laquelle la Communauté européenne n'a adhéré qu'en 2005, mais qui a fait l'objet de deux arrêts de la Cour : CJCE, arrêt du 12 juillet 1977, *Commission c. Pays-Bas*, aff. 89/76, *Rec.* p. 1355 ; arrêt du 2 mai 1990, *Bakker Hillegom BV*, aff. C-111/89, *Rec.* p. 1735.

³¹¹ Sur le concept de proportionnalité en droit communautaire v. surtout N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A comparative Study*, London, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1996; C. VIAL, *op. cit.*, pp. 509-544 ; M. ANDENAS et S. ZLEPTNIG, « Proportionality : WTO Law : in Comparative Perspective », *Texas International Law Journal*, 2007, p. 371.

³¹² Voir *supra*, II, section I (B).

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.

Lorsque le juge communautaire est appelé à apprécier la validité de mesures environnementales nationales adoptées en l'absence de règles harmonisées à niveau européen, il a généralement tendance à s'en tenir aux deux premiers stades du raisonnement, bien que l'intensité du contrôle de proportionnalité puisse varier considérablement selon les circonstances d'espèce. L'application du premier critère, celui du lien de causalité entre la mesure litigieuse et l'objectif environnemental poursuivi par son auteur, ne soulève normalement aucune difficulté. La Cour s'en remet souvent à l'évaluation effectuée par l'Etat membre³¹³, s'appuyant éventuellement sur les instruments internationaux existants pour confirmer l'utilité de la mesure litigieuse par rapport à la finalité écologique que cette dernière vise à réaliser³¹⁴.

Le rôle du juge devient en revanche plus actif lorsqu'il doute de l'existence d'un risque pour l'environnement, étant évident qu'une mesure ne revêt aucun caractère d'adéquation en l'absence de tout danger pour l'intérêt environnement qu'elle vise à protéger³¹⁵. Ce problème ne se pose pas si la dangerosité d'un produit est indirectement reconnue au niveau communautaire : dans ces circonstances, le pouvoir d'appréciation de l'autorité judiciaire est fort encadré³¹⁶. En revanche, en l'absence de tout standard communautaire, le juge peut arriver à nier la validité d'une mesure nationale s'il n'est pas démontré que l'environnement ou la santé de personnes, des animaux ou des végétaux sont mis en danger³¹⁷.

Une fois vérifiée l'existence d'un lien de causalité entre une législation nationale et la poursuite d'un intérêt environnemental, 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. Ce test soulève deux questions différentes, la première concernant l'existence de mesures moins restrictives des échanges, la seconde portant sur le jugement d'équivalence en termes d'efficacité³¹⁸. Cependant, de même que dans le cadre du jugement portant sur l'adéquation, une variation en termes d'intensité de l'examen judiciaire peut se produire aussi dans le cadre de cette deuxième étape du contrôle de proportionnalité. En effet, il peut arriver que le juge, suite à une analyse plus ou moins approfondie des faits de l'affaire, conclue que l'adoption de la mesure litigieuse est le seul moyen permettant d'atteindre le but poursuivi, alors même qu'il agit d'une restriction au commerce très significative³¹⁹. L'approche de la Cour devient en revanche plus rigoureuse lorsqu'elle envisage la possibilité d'une solution alternative tout aussi efficace que celle attaquée³²⁰. Si la proposition de moyens ayant des effets moins restrictifs provient de la Commission, la sévérité du contrôle se manifeste

³¹³ *Commission c. Danemark (Bouteilles danoises)*, précité, point 13 ; arrêt du 14 juillet 1998, *Aher-Waggon*, précité, point 21 ; arrêt du 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, précité, points 76 et 77. Pour une affaire où la Cour a contesté l'évaluation d'adéquation effectuée par l'Etat membre v. CJCE, arrêt du 12 mars 2000, *Snellers*, aff. C-314/98, *Rec.* p. I-8633, point 57.

³¹⁴ C'est le cas, par exemple, du jugement rendu dans l'affaire *Preussen Elektra* (arrêt du 13 mars 2001, aff. C-379/98, *Rec.* I-2099, pt. 73 et 74) où la Cour partage l'avis de l'Etat membre selon lequel une réglementation visant à promouvoir l'utilisation de sources d'énergie renouvelables pour la production de l'énergie électrique est utile à la protection de l'environnement dans la mesure où elle contribue à la réduction des émissions de gaz à effet serre. A l'appui de cette opinion, le juge rappelle que le même genre de mesures font également partie de l'action que la CE et ses Etats membres entendent poursuivre en vue de la mise en œuvre des obligations contractées en vertu de la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques, approuvée au nom de la Communauté par la décision 94/69 94/69/CE du Conseil du 15 décembre 1993 (JO 1994, L 33, p.11), ainsi que du protocole à cette convention, fait à Kyoto le 11 décembre 1997, signé par la Communauté européenne et ses Etats membres le 29 avril 1998. Au moment de la prononciation de l'arrêt, le protocole de Kyoto n'avait pas encore fait l'objet d'une décision d'approbation de la part de la Communauté européenne.

³¹⁵ En ce sens C. VIAL, *op. cit.*, pp. 514-518.

³¹⁶ V. par exemple, le contentieux en matière de pesticides (CJCE, arrêt du 19 septembre 1984, *Heijn*, précité, point 13 ; arrêt du 13 mars 1986, *Mirepoix*, précité, point 13 ; arrêt du 7 novembre 1989, *Nejman*, précité, point 13 ; arrêt du 11 juillet 2000, *Toolex*, précité, point 39), où la Cour a recours à une législation arrêtée dans un domaine comparable à celui où la mesure litigieuse s'inscrivait pour affirmer que la dangerosité des produits concernés par la mesure attaquée était reconnue à niveau communautaire.

³¹⁷ V. *infra*, Ch. 12 (B).

³¹⁸ M. ANDENAS et S. ZLEPTNIG, *op. cit.*, p. 388.

³¹⁹ CJCE, arrêt du 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique (Déchets wallons)*, précité ; CJCE, arrêt du 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, précité.

³²⁰ V. CJCE, arrêt du 13 juillet 1994, *Commission c. Allemagne (Ecrevisses)*, précité, pt. 27.

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 invoqués³²¹.

En revanche, la Cour semble 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. En effet, en règle générale, elle s'abstient d'effectuer une mise en balance des intérêts en présence. La seule exception à cet égard est l'arrêt rendu dans l'affaire *Bouteilles danoises* où le juge communautaire s'est engagé dans cette appréciation. A cette occasion donc, le principe de proportionnalité a été appliqué intégralement, marquant une interférence du juge dans la détermination du niveau de protection établi par l'Etat membre. On y voit clairement comment l'autorité judiciaire a procédé à la mise en balance des intérêts en présence et a jugé que la mise en balance effectuée par l'auteur de la mesure n'était pas raisonnable car elle comportait un sacrifice excessif de l'exigence de la libre circulation des marchandises. Mais ce n'est qu'un cas isolé.

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 mesure³²².

B. Précaution

L'article 174 du 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 178/2002³²³ contient une définition du principe : « dans des cas particuliers où une évaluation des informations disponibles révèle la possibilité d'effets nocifs sur la santé, mais où il subsiste une incertitude scientifique, des mesures provisoires de gestion du risque, nécessaires pour assurer le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, peuvent être adoptées dans l'attente d'autres informations scientifiques en vue d'une évaluation plus complète du risque ». En lisant ces dispositions, on peut tout d'abord se poser la question de la valeur du principe du point de vue normatif : si le Principe 15 de la Déclaration de Rio adopte une version « obligatoire » du principe, il n'en va pas de même pour le règlement 178/2002, qui se limite à établir un droit pour le sujet qui y fait recours.

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 SPS³²⁴, et non seulement lui mais aussi l'article 5.6 du même accord³²⁵. On est donc en présence d'une forme de mimétisme législatif.

³²¹ *Ibidem*, pt. 25-26.

³²² Arrêt de la Cour (cinquième chambre élargie) du 13 nov. 1990 – *The Queen contre Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte : Fedesa e.a.*, C-331/88, *Recueil*, 1990, p. I-4023, § 13-14.

³²³ Règlement (CE) n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janv. 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, *JOCE L 31* du 1^{er} février 2002, p. 1-24.

³²⁴ Sur l'application du Règlement 178/02, voir CJCE (grande chambre), 12 juillet 2005, *The Queen, à la demande de Alliance for Natural Health et Nutri-Link Ltd contre Secretary of State for Health (C-154/04)* et *The Queen, à la demande de National Association of Health Stores et Health Food Manufacturers Ltd contre Secretary of State for Health et National Assembly for Wales (C-155/04)*, Affaires jointes C-154/04 et C-155/04, *Recueil*, 2005, p. I-6451, §68-69.

³²⁵ « [...] lorsqu'ils établiront ou maintiendront des mesures sanitaires ou phytosanitaires pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres feront en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique ».

L'article 7 § 2 du règlement 178/2002, tout comme l'article 5.7 de l'Accord SPS, affirme la nature provisoire des mesures adoptées sur la base du principe de précaution. Le texte du règlement est particulièrement intéressant si on considère que, pendant l'affaire de la *Viande aux hormones*, la Communauté avait soutenu avec fermeté la nature non temporaire de ses mesures, en refusant d'invoquer l'article 5.7 de l'Accord SPS³²⁶. On peut noter ici le rapport d'influence réciproque existant entre les deux systèmes : si, d'une part, l'interprétation de l'Accord SPS développée par les organes OMC dans l'affaire de la *Viande aux hormones* a été influencée par la position communautaire, il est également vrai que l'adoption du règlement 178/2002 et la conception de mesures provisoires qui y est contenue ont été influencées par la lecture permissive de la clause de réexamen fournie par les organes de l'OMC. Dans les deux systèmes, une mesure adoptée sur la base du principe de précaution peut donc être maintenue pour le temps nécessaire à l'acquisition de données scientifiques adéquates³²⁷.

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 ; en outre, la précaution a aussi été l'objet d'une Communication de la Commission, destinée à orienter les actions des institutions communautaires fondées sur ce concept³²⁸. Le principe a également pénétré le système via le droit dérivé. En de nombreuses occasions, la Cour ou ses avocats généraux ont affirmé qu'un acte de droit dérivé incorporait le principe de précaution ou en était une manifestation. Enfin, la précaution est encore entrée dans le système en tant que principe qui doit orienter l'interprétation des actes communautaires. Dans l'arrêt *Commission c/ République italienne*, la Cour, appelée à définir la notion de « déchet », a affirmé que ce terme devait être interprété à la lumière non seulement de l'objectif essentiel de la directive - la protection de la santé de l'homme et de l'environnement - mais aussi de l'article 174 du Traité. Par conséquent, elle en a exclu une interprétation restrictive³²⁹.

L'apparition du principe de précaution dans la jurisprudence semble avoir précédé son insertion dans le Traité. Dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Commission c/ Danemark*, l'avocat général Mischo cite l'arrêt *Sandoz* en tant qu'exemple d'application *ante litteram* du principe de précaution³³⁰. Dans cette affaire, la Cour a admis la légitimité d'une réglementation nationale interdisant la commercialisation de denrées alimentaires auxquelles de la vitamine avait été ajoutée, bien que les produits en question soient commercialisés dans un autre Etat membre, cette décision étant fondée sur l'incertitude scientifique relative aux effets des vitamines sur la santé humaine, et sur la difficulté de prévoir la quantité de vitamines absorbée normalement³³¹. C'est donc sur la base de l'incertitude scientifique que la Cour juge licites des mesures restrictives de la circulation d'un produit, même en conduisant le raisonnement dans le cadre de l'examen de proportionnalité. Cette démarche est reconnue par le Tribunal de première instance, qui cite en tant qu'exemples deux ordonnances émises lors de la crise de la maladie « de la

³²⁶ M. WYNTER, "The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)", in P. Mengozzi, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trading System*, Milano, 1999, p. 471s.

³²⁷ L. GRADONI, "Principio di precauzione - Commento all'articolo 7 del regolamento 178/2002/CE sulla sicurezza alimentare nell'Unione europea", in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 207-211.

³²⁸ *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, COM(2000)1 final, non publiée. V. G. DE BÜRCA et J. SCOTT, « The WTO Impact on Internal Regulations - A Case Study of the Canada-EC Asbestos Dispute », in G. De Búrca, J. Scott, *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford, 2003, p. 5, note de bas de page n° 6.

³²⁹ CJCE (troisième chambre), 18 décembre 2007, *Commission des Communautés européennes contre République Italienne*, Affaire C-263/05, *Recueil*, 2007, § 33. V. aussi : CJCE, 7 septembre 2004, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddensee et Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels contre Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Affaire C-127/02, *Recueil*, 2004, p. I-7405, § 44 ; CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission*, Affaire C-180/96, *Recueil*, 1998, p. I-2265, § 50, 105 et 107 ; CJCE (deuxième chambre), 26 mai 2005, *Ministero della Salute contre Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori (Codacons) et Federconsumatori*, Affaire C-132/03, *Recueil*, 2005, p. I-4167, § 35.

³³⁰ Conclusions de l'avocat général Mischo présentées le 12 décembre 2002, *Commission contre Royaume de Danemark*, Affaire C-192/01, *Recueil*, 2003, p. I-9693, § 13.

³³¹ CJCE (cinquième chambre), 14 juillet 1983, *Procédure pénale contre Sandoz BV*, Affaire 174/82, *Recueil*, 1983, p. 2445, § 11-12.

vache folle »³³², qui se situent à la frontière de l'entrée « officielle » du principe de précaution dans la jurisprudence. C'est en effet à partir de l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la « vache folle » que le raisonnement fondé sur le principe de précaution a été explicitement développé, même si c'est à l'intérieur du paragraphe consacré à la violation du principe de proportionnalité. La Cour, après avoir rappelé la définition de la proportionnalité et cité la jurisprudence *Fedesa*³³³, introduit le principe de précaution et cite immédiatement l'article 130 R du Traité. Sur la base de ces considérations, elle conclut que la mesure ne présente pas un caractère manifestement inadéquat³³⁴. Ce n'est toutefois qu'avec les arrêts *Alpharma* et *Pfizer* que le principe de précaution trouve sa pleine expression et devient le pivot de l'appréciation des mesures litigieuses.

Un des apports principaux des arrêts *Pfizer* et *Alpharma* concerne la définition du risque et de l'évaluation des risques, qui forment le point de départ pour comprendre la raison d'être du principe de précaution. Le risque est défini en tant que fonction de la probabilité d'effets nocifs pour la santé humaine et il doit faire l'objet d'une évaluation scientifique³³⁵.

De façon générale, il appartient aux institutions communautaires de choisir 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*³³⁶, 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 XX³³⁷.

Le pouvoir ainsi attribué est toutefois limité par la nécessité d'une évaluation scientifique des risques, qui constitue la base et la condition fondamentale du recours au principe de précaution. Vu la complexité de l'évaluation des risques, celle-ci est confiée à des groupes d'experts, qui sont appelés à rendre un avis scientifique, qui devrait se caractériser par son excellence, son indépendance et son impartialité. La description de l'évaluation des risques dans la jurisprudence *Pfizer/Alpharma* révèle une forte assonance avec la jurisprudence *Hormones* et marque une claire différence avec les premiers arrêts de la Cour, où le principe de précaution était appliqué de façon très synthétique dans le cadre de l'examen de proportionnalité.

De façon générale, on n'a donc pas affaire à une relation à sens unique mais à une relation circulaire entre les deux systèmes : 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. Ni les Accords OMC ni le droit de l'Union ne contiennent une « codification » de la procédure à suivre dans l'évaluation des risques mais on peut relever une différence en ce qui concerne la spécificité des analyses qui doivent soutenir les mesures. Le juge communautaire est moins exigeant que le juge de l'OMC et cela se manifeste notamment dans sa disponibilité à accepter les données scientifiques obtenues par « analogie »³³⁸. Dans l'arrêt *Solvay*, la Cour accepte un raisonnement

³³² TPI (deuxième chambre élargie), 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH et autres contre Commission des Communautés européennes*, cit., § 185. Ordonnance du président du Tribunal de première instance du 13 juillet 1996, *The National Farmers' Union, International Traders Ferry Ltd, UK Genetics, RS&EM Wright Ltd e Prosper De Mulder contre Commission des Communautés européennes*, Affaire T-76/96, *Recueil*, 1996, p. II-815, § 82-93. Ordonnance de la Cour du 12 juillet 1996, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission des Communautés européennes*, Affaire C-180/96, *Recueil*, 1996, p. I-3903, § 73-78.

³³³ Voir *supra*.

³³⁴ Arrêt de la Cour du 5 mai 1998. - *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission des Communautés européennes*, cit., § 96-103.

³³⁵ Arrêt du Tribunal de première instance (troisième section) du 11 sept. 2002. - *Pfizer Animal Health SA contre Conseil de l'Union européenne*, Affaire T-13/99, *Recueil*, 2002, p. II-3305, § 147.

³³⁶ *Communautés européennes – Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 172.

³³⁷ *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, p. 33 ; *Communautés européennes – Amiante*, WT/DS135/AB/R, § 168 ; *Brésil – Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, § 140. La jurisprudence OMC assigne une importance remarquable à la détermination du niveau de risque, qui est considéré non seulement comme un droit mais aussi un devoir des membres (v. l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons* - Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS18/AB/R, 20 octobre 1998, § 205-206).

³³⁸ TPI (3^e section), 11 septembre 2002. *Alpharma Inc. contre Conseil de l'Union européenne*, cit., § 294, cité par L. Gradoni, « Principio di precauzione – Commento all'articolo 7 del regolamento 178/2002/CE sulla sicurezza alimentare nell'Unione europea », cit., p. 212.

fondé sur l'analogie en soutenant, entre autres choses, que « le principe selon lequel l'existence de certains groupes actifs dans une molécule implique à première vue un effet déterminé est généralement admis dans la communauté scientifique et appliqué par l'industrie pharmaceutique »³³⁹.

Le fait que l'absence de données scientifiques empêche de réaliser une évaluation pleinement satisfaisante ne saurait pas empêcher les institutions d'adopter les mesures qu'elles considèrent nécessaires, sous peine de priver le principe de précaution de son effet utile. La fonction de l'évaluation scientifique consiste non seulement à donner aux autorités compétentes les outils nécessaires pour décider de recourir au principe de précaution ; elle fournit aussi des indications sur le type de mesure à prendre ; on parle dans ce dernier cas de « gestion » des risques³⁴⁰, ce qui constitue une caractéristique du principe en droit communautaire par rapport à la jurisprudence OMC.

Une fois établie la situation d'incertitude, l'autorité compétente a le droit d'adopter des mesures de protection sans attendre que la gravité des dangers en question se manifeste clairement³⁴¹ : elle procède à une pondération des obligations qui lui incombent et décide entre attendre des résultats plus fiables ou agir sur la base des données disponibles. Le résultat de cette pondération dépend du niveau de risque considéré comme acceptable³⁴².

Le caractère scientifique que les données doivent posséder limite doublement l'étendue du principe de précaution : d'un côté, il assure que les institutions n'agissent pas sans fondement objectif ; de l'autre côté, il empêche toute action inspirée de la volonté de poursuivre un « risque zéro », ce qui n'est par définition pas possible dans un contexte d'incertitude³⁴³. Le « risque zéro » ne saurait toutefois pas être confondu avec la « tolérance zéro » : dans l'arrêt *Solvay*, le Tribunal trace une nette ligne de démarcation entre le premier et le deuxième, qui au contraire peut légitimement rentrer parmi les buts poursuivis par les Etats³⁴⁴. On retrouve le même concept dans la jurisprudence de l'OMC : dans l'affaire *Hormones*, l'Organe d'appel affirme que les mesures restrictives ne peuvent pas se fonder sur une approche théorique du risque³⁴⁵.

Il est important d'observer qu'en droit communautaire, l'application du principe de précaution n'entraîne pas le renversement de la charge de la preuve. Ceci établi, le fondement scientifique des mesures constitue un seuil minimum en dessous duquel le principe ne saurait trouver application. Le problème de la qualité des éléments de preuve à apporter est donc inséparable de celui de l'évaluation du risque et du niveau de risque choisi par l'Etat. En demandant un niveau minimum de scientificité au sujet qui invoque le principe de précaution, le juge pose des limites à la possibilité de créer des obstacles à la circulation des facteurs de production et à la réalisation de certaines activités. Le système OMC révèle une complexité majeure en ce sens, car la charge de la preuve est distribuée différemment selon l'Accord en question³⁴⁶.

³³⁹ TPI (deuxième chambre), 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals BV contre Conseil de l'Union européenne*, Affaire T-392/02, *Recueil*, 2003, p. II-4555, § 142 (italiques ajoutées).

³⁴⁰ *Ibidem*, § 163.

³⁴¹ CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission*, cit., § 99.

³⁴² TPI (3^e section), 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA contre Conseil de l'Union européenne*, cit., § 161.

³⁴³ TPI (troisième section), 11 septembre 2002. – *Pfizer Animal Health SA contre Conseil de l'Union européenne*, cit., § 145 ; Ordonnance du TPI (juge des référés) du 28 septembre 2007, *République française contre Commission des Communautés européennes*, Affaire T-257/07, *Recueil*, 2007, § 38.

³⁴⁴ TPI (deuxième chambre), 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals BV contre Conseil de l'Union européenne*, cit., § 150. La Cour de l'Association Européenne de Libre Echange se prononce également contre la légitimité du « risque zéro » : Arrêt de la Cour du 5 avr. 2001 – *EFTA Surveillance Authority vs Kingdom of Norway*, Affaire E-3/00, *EFTA Court Report*, p.73, § 32. En faveur de la « tolérance zéro » v. également l'Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 24 oct. 2002. – *Procédure pénale contre Walter Hanh*. – Affaire C-121/00, *Recueil*, 2002, p.1-9193, § 45-46.

³⁴⁵ *CE - Hormones*, cit., § 186 ; *Australie - Mesures visant les importations de saumons*, cit., § 129 ; *Canada - Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE - Hormones*, Rapport du Groupe spécial, cit., § 7609.

³⁴⁶ L'art. 5.7 SPS est considéré à son tour une exception aux obligations établies par les art. 5.1 et 2.2 (*Australie - Mesures visant les importations de saumons*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS18/R, 12 juin 1998, § 8.57) : selon les principes développés par la jurisprudence (*États-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS33/AB/R, 25 avril 1997, § 15-16), la démonstration de l'existence des conditions requises doit être fournie par la partie qui l'invoque. Toutefois, le rapport relatif aux OGM, en qualifiant cette disposition en tant que droit (*CE - OGM*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 sept. 2006, § 7.2969), comporte l'inversion de la charge. Au

L'analyse de l'application du principe doit toutefois être effectuée en tenant compte de l'attitude généralement plus déférente que la Cour réserve aux institutions communautaires. Toutefois, appelé à juger une situation où une institution communautaire est accusée de ne pas être suffisamment prudente, et donc de *violier*³⁴⁷ le principe de précaution, le Tribunal ne se montre pas également déférent. Dans l'affaire *République française c/ Commission*, le Tribunal a rappelé le principe selon lequel, lorsque des éléments nouveaux modifient la perception d'un risque ou montrent que celui-ci peut être limité par des mesures moins restrictives, il appartient aux institutions et notamment à la Commission de veiller à une adaptation de la réglementation³⁴⁸. Il est évident que ce principe - qui contrebalance le principe de précaution -, associé à l'intensité du contrôle du juge, peut influencer énormément sur la marge d'appréciation laissée aux Etats. Toutefois, dans ce cas, le TPI n'a pas accepté les arguments de la Commission, en l'accusant d'avoir, dans le nouveau règlement, expurgé « sans justification » une partie des conclusions de l'EFSA qui exprimaient les incertitudes en question³⁴⁹. Ensuite, le Tribunal a « réutilisé » l'argument fondé sur l'incertitude dans un sens favorable au principe de précaution³⁵⁰, en établissant finalement la suspension de l'exécution d'une partie du règlement. Cette affaire soulève donc des doutes quant à la « résistance » de la jurisprudence *Fedesa* face à des situations où la Commission tend à forcer le principe de précaution afin de justifier la non adoption de mesures. Comment faut-il interpréter cette jurisprudence ? Est-on en présence d'une attitude du juge favorable à la protection de l'environnement et de la santé indépendamment de l'auteur de l'acte - ce qui mettrait en discussion la traditionnelle position de faveur occupée par les institutions - ou bien a-t-on simplement voulu éviter un effet pervers de l'application du principe ?

Dans le système communautaire, la possibilité pour les Etats membres d'invoquer le principe de précaution est ultérieurement compliquée par les mécanismes d'harmonisation au sein du droit de l'Union. La base juridique de la mesure pose des conditions à la possibilité pour les Etats membres d'adopter des mesures dérogatoires et, par conséquent, d'invoquer le principe de précaution, quand ce dernier constitue le fondement de la mesure alternative souhaitée.

Si la base juridique est constituée par l'article 175 du Traité, les Etats ont le droit d'adopter des mesures de « protection renforcée » sur la base de l'article 176, qui exige simplement que la mesure soit compatible avec le Traité. Au contraire, si la base juridique est constituée par l'article 95, l'Etat devra satisfaire à des conditions plus rigoureuses, qui doivent être remplies cumulativement³⁵¹. Un des problèmes qui se pose en amont est donc de savoir si l'acte normatif adopté sur la base de l'article 95 harmonise la matière de façon exhaustive, voire s'il établit un standard uniforme auquel on ne peut pas déroger – sauf satisfaire aux conditions de l'article 95. Si ces dernières ne sont pas réunies, la possibilité de sanctionner une décision de l'autorité communautaire sur la base du principe de précaution disparaît *ipso facto*. En d'autres termes, le principe de précaution ne saurait être utilisé pour éluder les conditions imposées par le Traité, en prévalant sur les exigences d'harmonisation³⁵².

contraire, dans le cas de l'art.XX du GATT – dont la nature d'exception n'est pas mise en discussion – il appartient à la partie défenderesse de prouver la nécessité des mesures adoptées.

³⁴⁷ Italique ajouté.

³⁴⁸ *République française contre Commission des Communautés européennes*, Affaire T-257/07, *Recueil*, 2007, § 61.

³⁴⁹ *Ibidem*, § 75.

³⁵⁰ *Ibidem*, § 78-86.

³⁵¹ Selon l'art.95, § 4 et 5 : « Si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission d'une mesure d'harmonisation, un Etat membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 30 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien ; [e]n outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission d'une mesure d'harmonisation, un Etat membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet Etat membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption ». Pour la nature cumulative des conditions v. CJCE, 21 janvier 2003, *République fédérale d'Allemagne contre Commission des Communautés européennes*, Affaire C-512/99, *Recueil*, 2003, p. I-845, § 81.

³⁵² Conclusions de l'avocat général Tizzano présentées le 30 mai 2002, *Royaume de Danemark contre Commission des Communautés européennes*, Affaire 3/00, *Recueil*, 2003, p. I-2643, § 100. V. aussi les conclusions de l'avocat général Sharpston présentées le 15 mai 2007 dans l'affaire *Land Oberösterreich et République d'Autriche contre Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes C-439/05 et C-454/05, *Recueil*, 2007, p. I-07141, § 134.

Dans le système OMC, on ne peut parler d'harmonisation au sens où ce terme est utilisé en droit communautaire, à cause de l'absence du droit dérivé. Il existe toutefois des mécanismes destinés à encourager l'adoption des standards internationaux par les Etats membres. Dans l'Accord SPS, les mesures se conformant à ces standards jouissent d'une présomption de nécessité par rapport à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et de conformité au droit de l'OMC³⁵³. Il appartient donc à la partie plaignante de démontrer que la discipline adoptée n'est pas adéquate au but poursuivi. Le même raisonnement s'applique à l'Accord OTC. Toutefois, le droit des membres d'adopter des mesures qui établissent un niveau de protection plus élevé que celui prévu par les standards internationaux est considéré par la jurisprudence comme un « droit autonome » des membres, avec la conséquence que la charge de la preuve incombe toujours à la partie plaignante³⁵⁴.

Le rapport entre précaution et proportionnalité constitue un fil rouge tout au long de la jurisprudence communautaire. C'est évident si on considère les trois éléments qui composent normalement le principe de proportionnalité dans ce système (adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto sensu*). Le contexte où les principes de nécessité et de proportionnalité émergent plus clairement, et donc à l'intérieur duquel ce lien se noue, est constitué par l'article 30 du Traité. Dans l'affaire *Greenham et Abel*, l'avocat général Mischo affirme que « la juridiction nationale doit tenir compte du fait que les autorités nationales sont en droit de se référer au principe de précaution. Ceci signifie qu'un Etat membre peut recourir à l'article 30 CE dans le cas où il a des soupçons sérieux, mais pas de certitude, quant au caractère dangereux d'une substance, mais où un préjudice grave se produirait si le soupçon devait se confirmer »³⁵⁵.

L'existence d'une logique de précaution dans l'application de l'article 30 émerge également dans le fait que, bien que celui-ci n'impose pas l'obligation de revoir les mesures, les organes judiciaires ont tendance à les considérer comme provisoires. En outre, comme on l'a vu précédemment, le § 2 de l'article 7 du règlement 178/2002 établit un lien entre précaution et proportionnalité, en rappelant très clairement l'article 5.6 de l'Accord SPS³⁵⁶.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour relative à l'application du principe de précaution démontre que ce dernier est devenu un principe consolidé en matière de protection de la santé des consommateurs et de l'environnement. Né au sein de l'analyse de proportionnalité, il a acquis, à partir du début des années 90, en coïncidence avec la crise de la maladie « de la vache folle », un rôle et un fonctionnement autonomes.

La force du principe obéit à différentes variables, dont la première consiste dans les modalités de l'évaluation des risques. En d'autres termes, une fois consolidée la structure de base du principe – la possibilité d'adopter des mesures de protection en présence d'un risque mais sans disposer de preuves scientifiques définitives –, sa portée dérive de la conception qu'on adopte de l'« incertitude » et des éléments requis pour démontrer le risque en question. En ce sens, le droit communautaire a développé le principe – en s'inspirant du système OMC – à travers une valorisation des éléments scientifiques qui doivent supporter l'adoption de la mesure. Le fondement scientifique de la mesure devient donc le « noyau dur » de l'examen de précaution, avec la conséquence que la frontière entre évaluation des risques et logique de précaution devient de plus en plus nuancée.

Chapitre 13 – Droit de l'Organisation mondiale du commerce

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

³⁵³ Art.3.2 de l'Accord SPS.

³⁵⁴ CE - *Hormones*, cit., § 104.

³⁵⁵ CJCE (sixième chambre), 5 février 2004, *Procédure pénale contre John Greenham et Léonard Abel*, Affaire C-95/01, *Recueil*, 2004, § 46, cité par L. GRADONI, « Principio di precauzione – Commento all'articolo 7 del regolamento 178/2002/CE sulla sicurezza alimentare nell'Unione europea », cit., p.206.

³⁵⁶ V. *supra* § II.

« environnementales » prévues à l'art. XX b) et g) du GATT (A). Quant au principe de précaution, le texte des Accords de l'OMC n'en fait pas état. Cependant, il paraît qu'un concept de précaution a été introduit dans le système par subsomption, c'est-à-dire à partir du droit que chaque Membre de l'OMC a de déterminer son propre niveau de protection environnementale (B).

A. Proportionnalité

L'application du principe de proportionnalité en droit de l'OMC doit être comparée avec le principe de proportionnalité tripartite codifié par la tradition juridique allemande et constamment appliqué par la jurisprudence communautaire. Ce dernier - utilisé en tant qu'« étalon de mesure » - définit un concept à triple volet, où chaque volet correspond à une condition à remplir. A cette fin, la mesure doit être (i) adéquate par rapport au but que son auteur lui a assigné; (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; (iii) proportionnée au sens strict, c'est dire réalisant un « juste équilibre » entre intérêts opposés³⁵⁷. Ce schéma comporte la nécessité d'introduire la notion de détermination du niveau de protection environnementale. Si les critères d'appropriation et de nécessité peuvent être qualifiés d'instrumentaux en ce qu'ils astreignent le juge à une évaluation des instruments de la politique environnementale, le troisième critère est de nature axiologique, car il impose une pesée des intérêts et valeurs en jeu. Autrement dit, les deux premiers critères n'autorisent aucun contrôle du niveau de protection environnementale choisi. En revanche, le balancement des valeurs qu'exige le troisième critère implique nécessairement la mise en discussion du niveau de protection poursuivi par les Etats.

L'analyse doit partir du principe de nécessité contenu dans l'article XX du GATT : selon la définition donnée par la jurisprudence, une partie contractante ne peut justifier une mesure incompatible avec une disposition de l'Accord si elle dispose d'une autre mesure dont on peut raisonnablement attendre qu'elle l'utilise et qui est compatible ou moins incompatible avec l'Accord³⁵⁸. Selon une partie de la doctrine, la présence du principe de proportionnalité doit être également recherchée dans l'application par les organes judiciaires du paragraphe introductif de l'article XX, dénommé « chapeau », fondé sur l'idée que les exceptions doivent être utilisées de façon raisonnable³⁵⁹. Il s'agirait ici d'un véritable balancement de valeurs et intérêts, assez proche à celui effectué par la CJCE dans le cadre de la deuxième phrase de l'article 30 du Traité³⁶⁰, qui est presque identique au chapeau de l'article XX.

Dans le cadre de l'OMC, le test de nécessité a subi une remarquable évolution lors de l'affaire du *Bœuf coréen*, dont on a déjà parlé plus haut³⁶¹. Le test élaboré par l'Organe d'appel dans cette affaire présente certains éléments d'affinité avec le test tripartite d'origine allemande, traditionnellement suivi par la CJCE, comme par exemple le lien entre le caractère indispensable de la mesure et sa nécessité. Toutefois, l'Organe d'appel ne rappelle jamais explicitement la jurisprudence communautaire, en 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.

³⁵⁷ V. J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 1992, p. 687.

³⁵⁸ *Etats-Unis - L'article 337 de la Loi douanière du 1930*, BISD 36S/354, Rapport du Groupe spécial, L/6439 - 36S/345, 7 novembre 1989, § 5.26.

³⁵⁹ *Etats-Unis - Essence*, WT/DS2/DS4/AB/R, p. 21-22.

³⁶⁰ « Les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux ... Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres ». V. P. MANZINI, « Environmental Exceptions of Article XX GATT 1994 revisited in the Light of the Rules of interpretation of General International Law », in P. Mengozzi (a. c. di), *International Trade Law in the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 847-848.

³⁶¹ V. Ch. 4.

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.

Dans l'affaire des *Jeux et paris*, l'Organe d'appel a interprété l'article XIV de l'Accord général sur le Commerce de Services (AGCS), qui présente une structure identique à l'article XX du GATT³⁶², en affirmant que le test commence avec la considération de l'importance des valeurs et des intérêts protégés. Ensuite, l'analyse continue avec l'examen des autres facteurs qui, dans la plupart des cas, seront importants, même si pas nécessairement déterminants : la contribution à l'objectif poursuivi et l'étendue de l'entrave aux échanges commerciaux³⁶³. L'étape suivante est constituée par une comparaison entre la mesure et les alternatives, et le résultat de cette comparaison sera évalué à la lumière de l'importance de l'intérêt en question. C'est donc au terme d'un balancement et d'une comparaison, prenant en considération les intérêts et les valeurs en cause, qu'on peut établir la nécessité d'une mesure³⁶⁴. Selon les termes de l'Organe d'appel, « la prescription, prévue à l'article XIV a), d'après laquelle une mesure doit être 'nécessaire' - c'est-à-dire qu'il ne doit pas y avoir de mesure de rechange compatible avec les règles de l'OMC 'raisonnablement disponible' - reflète la communauté de vues des Membres concernant le fait qu'il ne faudrait pas s'écarter à la légère des obligations de fond de l'AGCS »³⁶⁵.

Ce que l'Organe d'Appel paraît indiquer est une sorte de séparation du test de nécessité traditionnel par rapport à la procédure indiquée dans l'affaire du *Bœuf coréen* : l'analyse du caractère nécessaire est effectuée en deux temps – le balancement des trois facteurs et la comparaison entre la mesure en question et les alternatives. Cela trouve confirmation dans l'affaire des *Cigarettes* et dans l'affaire relative aux *Pneumatiques rechapés*. En particulier, dans cette dernière affaire, l'Organe d'appel souligne que « le processus de soupesage et de mise en balance est une opération holistique qui consiste à réunir toutes les variables de l'équation et à les évaluer les unes en relation avec les autres après les avoir examinées individuellement, afin d'arriver à un jugement global »³⁶⁶.

En analysant la jurisprudence, on remarque que 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 donc 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 restriction³⁶⁷. Ces éléments sont susceptibles d'ouvrir la porte à l'application d'un critère de proportionnalité *stricto sensu*.

Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires. L'Accord SPS établit le droit des membres de prendre les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux à condition que ces mesures ne soient pas incompatibles avec l'Accord³⁶⁸. L'article 2.2 précise cette dernière condition, en imposant aux membres de faire en sorte que les mesures adoptées « ne soient appliquées que dans la mesure nécessaire pour préserver la vie et la santé de l'homme et des animaux ou des végétaux ». Cette

³⁶² V. aussi J. P. TRACHTMAN, « Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation », janv. 2002, paper OECD, p. 14-15.

³⁶³ *Etats-Unis – Jeux et paris*, § 306.

³⁶⁴ *Idem*, § 307.

³⁶⁵ *Idem*, § 308.

³⁶⁶ *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, Rapport de l'Organe d'Appel, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007, § 182.

³⁶⁷ Le lien entre gravité de la restriction et caractère non nécessaire de la même est reconnu également par la CJCE. Arrêt du 15 novembre 2005, *Commission contre République d'Autriche*, Affaire C-320/03, *Recueil*, 2005, p. I-9871.

³⁶⁸ Article 2.1 de l'Accord SPS.

disposition doit être lue à la lumière de l'article 5.6³⁶⁹ qui prévoit que, en établissant les mesures sanitaires et phytosanitaires pour atteindre le niveau approprié de protection, les membres feront en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour la poursuite de ce niveau, compte tenu de la faisabilité technique et économique. Une note explicative à cet article éclaire le critère de nécessité, en précisant qu'« une mesure n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis à moins qu'il n'existe une autre mesure raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique qui permette d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire approprié et soit sensiblement moins restrictive pour le commerce ». La note explicative impose le caractère « sensiblement » moins restrictif de la mesure. Cet adjectif semble introduire un critère de nécessité assoupli, car il impose une condition supplémentaire à la mesure de rechange.

Dans l'affaire du *Saumon*, le Groupe spécial établit que, afin de déterminer si une mesure n'est pas conforme aux conditions de l'article 5.6, le plaignant devra démontrer l'existence d'une mesure raisonnablement disponible compte tenu de la faisabilité technique et économique, adéquate pour atteindre le niveau de protection choisi par l'Etat membre et sensiblement moins restrictive par rapport à la mesure en cause³⁷⁰. La claire affinité entre le test contenu dans la note explicative et la jurisprudence relative à l'article XX GATT pose la question de la possibilité d'un rapport d'influence réciproque entre les deux accords.

L'article 5.7 de l'Accord SPS autorise le recours à des mesures restrictives dans une situation d'incertitude scientifique. Les membres peuvent donc adopter des mesures provisoires sur la base des informations dont ils disposent, mais ils sont aussi obligés d'obtenir des informations additionnelles nécessaires pour une évaluation plus objective de la mesure et de revoir cette dernière dans un délai raisonnable. Le critère de nécessité présent dans l'article 5.6 s'applique-t-il à cette disposition ? La réponse semble positive si on considère que les mesures adoptées sur la base de l'article 5.7 tombent dans le champ de l'article 2.2 et que leur application doit donc satisfaire la condition de nécessité par rapport aux objectifs de l'Accord.

L'article 5.5 de l'Accord SPS impose aux Etats d'éviter des distinctions arbitraires ou injustifiables dans le niveau de protection, si ces distinctions comportent une discrimination³⁷¹. Cette disposition doit être interprétée comme une précision de l'obligation générale de non discrimination établie par l'article 2.3, sans toutefois que cela implique l'introduction du principe de proportionnalité *stricto sensu*. A ce propos, il est intéressant de noter que la recherche de mesures de rechange se déroulera sur la base du niveau de protection effectivement poursuivi et non pas sur la base de ce que les Etats déclarent³⁷².

Accord sur les obstacles techniques au commerce. Le principe de nécessité apparaît dans l'article 2.2 de l'Accord OTC, suivant lequel « les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non réalisation entraînerait ». En ce qui concerne « les objectifs légitimes », l'article 2.2 contient une liste non exhaustive incluant « la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement ». D'autres objectifs peuvent être considérés comme légitimes. Le Préambule de l'Accord, par exemple, inclut l'objectif d'assurer que certaines exportations

³⁶⁹ L. GRADONI, « Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio » in A. Bianchi et M. Gestri (dir.), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, 2006, p.175, texte et note de bas de page n° 81.

³⁷⁰ *Australie - Mesures visant les importations de saumons* - Rapport du Groupe spécial, WT/DS18/R, 12 juin 1998, § 8.167.

³⁷¹ « En vue d'assurer la cohérence dans l'application du concept du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire contre les risques pour la santé ou la vie des personnes, pour celles des animaux ou pour la préservation des végétaux, chaque Membre évitera de faire des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux qu'il considère appropriés dans des situations différentes, si de telles distinctions entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international ».

³⁷² H. RUIZ FABRI, P. MONNIER, « Organisation Mondiale du Commerce, Chronique du règlement des différends 2004 », *JDI*, 2005, p. 63.

soient conformes aux standards de qualité³⁷³. Le caractère ouvert de la liste a été confirmé par l'Organe d'Appel³⁷⁴.

L'article 2.2 pose donc trois conditions : la mesure doit poursuivre un objectif légitime, contribuer à la réalisation de cet objectif et ne pas être plus restrictive que nécessaire pour sa réalisation. Le caractère nécessaire de la mesure est toutefois ambigu si on considère que, dans la deuxième phrase de l'article, l'adjectif « nécessaire » est qualifié par l'expression « compte tenu des risques que la non réalisation entraînerait », qui semble en relativiser le contenu. La portée du principe de nécessité ne trouve aucune définition dans l'Accord. En particulier, le risque de non réalisation de l'objectif, s'il constitue une nouveauté par rapport au GATT, a néanmoins déjà été lu à l'intérieur de ce dernier dans la jurisprudence relative aux paragraphes b) et d) de l'article XX³⁷⁵.

Accord général sur le commerce des services. Le critère de nécessité est présent dans les articles XIV et VI de l'AGCS. Le premier reproduit l'article XX du GATT et on peut lui appliquer les observations faites à propos de ce dernier, comme confirmé par l'Organe d'appel dans le cas relatif aux *Jeux et paris*³⁷⁶. Les deux jurisprudences peuvent donc être assimilées, avec la conséquence que la nature du contrôle de proportionnalité dans le GATT et dans l'AGCS est identique.

L'article VI de l'AGCS concerne les réglementations intérieures en matière de services. Le paragraphe 1 de l'article établit que, « dans les secteurs où des engagements spécifiques seront contractés, chaque Membre fera en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale ». Une partie de la doctrine soutient que cette condition – et en particulier le critère de raison – pourrait être employée afin d'imposer des obligations de proportionnalité. Cette possibilité dérive du fait que le dictionnaire définit le terme « raisonnable » aussi à travers l'adjectif « proportionné »³⁷⁷. Mais, en l'absence de jurisprudence, ce n'est qu'une spéculation.

Selon le paragraphe 4 de l'article VI, le Conseil du commerce des services formulera les disciplines aptes à assurer que les réglementations intérieures ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services. Ces disciplines sont destinées à garantir que les réglementations ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service (§ b). Cette dernière expression semble donner naissance à un test plus sévère par rapport au critère de nécessité, car une mesure nationale pourrait être considérée « plus rigoureuse qu'il n'est nécessaire » sans constituer une véritable restriction³⁷⁸. En deuxième lieu, le paragraphe b) ne cite que la qualité des services en tant que raison pour laquelle des restrictions peuvent être imposées³⁷⁹.

En l'absence de jurisprudence à ce propos, il est difficile de tirer des conclusions quant à la nature du contrôle de proportionnalité au sein de l'article VI de l'AGCS. Toutefois, si on considère le texte des dispositions précitées (centrées sur le principe de nécessité) et le préambule de l'Accord, qui reconnaît « le droit des Membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire et d'introduire de nouvelles réglementations à cet égard afin de répondre à des objectifs de politique nationale », il est raisonnable de conclure que l'article VI n'est pas en mesure d'imposer un critère de proportionnalité *stricto sensu*.

L'analyse de la présence et du fonctionnement du principe de proportionnalité en droit de l'OMC soulève des questions nombreuses et diverses. En ce qui concerne le problème du

³⁷³ A. DESMEDT, « Proportionality in WTO Law », *JIEL*, 2001, p.60.

³⁷⁴ *Communautés européennes - Désignation commerciale des sardines* - Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002, § 286.

³⁷⁵ V. J. WIERS, *Trade and Environment in the EC and the WTO*, cit., p. 247-248. En ce sens v. par exemple *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* - Rapport de l'Organe d'appel, cit., § 174.

³⁷⁶ *États-Unis - Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris* - Rapport de l'Organe d'appel, cit., § 291.

³⁷⁷ J.P. TRACHTMAN, « Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation », cit., p. 15.

³⁷⁸ J. NEUMANN, E. TÜRK, « Necessity revisited : Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines », in *Journal of World Trade*, 2003, p. 223.

³⁷⁹ *Idem*, p. 224.

passage de la nécessité à la proportionnalité, on peut d'abord se demander s'il y a continuité ou bien rupture entre la démarche énoncée par le Groupe spécial dans l'affaire de l'*Article 337* et le test qui fait sa première apparition dans l'affaire du *Bœuf coréen*. Ce dernier présente une structure différente : on passe du « least trade restrictive alternative test » à un test qui comprend, d'une part, le balancement des trois facteurs et, d'autre part, la comparaison avec des mesures alternatives. En ce qui concerne l'intensité du contrôle, la nature et les caractéristiques de la technique, telle qu'elle se présente concrètement dans le raisonnement des organes judiciaires, ne sont pas encore bien consolidées et tendent à changer selon les circonstances et les intérêts en jeu. La technique développée part du test de nécessité traditionnel mais, grâce à la prise en compte d'autres facteurs indiqués par l'Organe d'appel, devient plus nuancée, avec des effets différents sur l'allocation du pouvoir décisionnel selon les circonstances de l'espèce. Ce type d'analyse, s'il n'entraîne pas automatiquement l'application du critère de proportionnalité *stricto sensu*, ne l'exclut pas.

L'examen du principe de proportionnalité au sein des Accords de l'Uruguay Round révèle l'existence d'une trame serrée de principes et critères qui s'influencent de façon réciproque. Tous ces critères semblent converger dans l'exigence que les actions menées par les membres aient toujours une justification par rapport aux restrictions créées aux échanges. On retrouve la même convergence de principes et critères dans l'article XX du GATT, ce qui démontre l'émergence d'un concept unitaire de proportionnalité à l'intérieur du système³⁸⁰.

B. Précaution

L'observation du recours au principe de précaution par les juges communautaires fournit une importante base de réflexion et de comparaison pour analyser la mesure dans laquelle le concept juridique de « précaution » est appliqué en droit de l'OMC. Si la jurisprudence communautaire européenne témoigne aujourd'hui de l'attribution d'une grande place à ce principe, 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. Une véritable circulation du concept paraît ainsi aujourd'hui difficilement identifiable en droit international du commerce.

Cependant, il est concevable de reconnaître dans certaines affaires une « approche de précaution », assimilable à un positionnement de « prudence » lorsque des intérêts environnementaux ou de protection de la santé sont identifiés. Elle permet ainsi, comme le principe de précaution, de mettre en balance les intérêts commerciaux poursuivis par les membres de l'OMC, d'une part, et les préoccupations en matière environnementale et de santé, d'autre part. Une telle approche semble découler de l'application des objectifs mêmes de l'organisation, parmi lesquels se trouve celui de développement durable. Cet objectif se trouve en effet à l'arrière plan de certaines règles de l'OMC qui prévoient la protection de l'environnement et pourrait en théorie justifier la mise en œuvre de la précaution dans ce système du moins à l'avenir, en ouvrant la voie à la prise en compte effective de ce concept et, par conséquent, à sa plus grande circulation.

Il est donc nécessaire de s'interroger sur la manière dont les concepts du droit de l'environnement peuvent être introduits dans le droit de l'OMC, pour ensuite examiner comment les dispositions de ce système prennent implicitement en compte la précaution.

Dès sa première affaire, l'Organe d'appel a affirmé que le droit de l'OMC n'est pas isolé cliniquement du droit international public. Et il a, dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, pris en compte les accords internationaux en matière d'environnement lors de l'examen de l'article

³⁸⁰ V. *supra* l'application du principe de précaution en droit de l'Union européenne, partie VI.

XX³⁸¹ afin de définir le sens de l'expression « ressources naturelles épuisables ». Il semblerait ainsi théoriquement possible d'admettre l'influence des traités internationaux environnementaux lors de l'interprétation des accords de l'OMC par le juge de cette organisation et, par conséquent, l'éventuelle prise en compte du principe de précaution par celui-ci.

Par ailleurs, l'article 31 § 3 c) de la CVDT prévoit la prise en compte, pour l'interprétation d'un traité, « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »³⁸². Cependant, le Groupe spécial de l'affaire *CE - OGM*³⁸³ a affirmé ne devoir accepter l'application d'accords extérieurs à l'OMC aux fins de l'interprétation que s'il existe un « consensus » entre tous les membres de l'OMC en la matière, c'est-à-dire si tous les membres de l'OMC sont liés par la règle extérieure en question (exprimée conventionnellement ou en tant que règle coutumière)³⁸⁴. Une telle conclusion conduirait à ce que, malgré sa présence courante dans plusieurs instruments normatifs, le principe de précaution ne puisse être pris en compte au sein de l'OMC que s'il est reconnu dans un traité liant au moins tous les membres de l'OMC ou s'il fait partie du droit international général.

Bien que cette position soit critiquable, il n'y a pas eu, jusqu'à présent, de transposition au droit de l'OMC d'un « principe de précaution » de nature coutumière, obligatoire, découlant du droit de l'environnement. Il semble toutefois possible d'affirmer qu'une « technique » ou une « approche » de précaution apparaît, encore implicitement, dans le système.

Une « logique » ou encore une « approche » de précaution³⁸⁵ au sein de l'OMC découle notamment de la reconnaissance, dans différents accords de l'OMC, de l'importance des préoccupations environnementales et de protection de la santé. C'est le cas de l'article XX b) du GATT, ainsi que du préambule et de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En outre, l'article 5 de l'Accord SPS va clairement dans le sens d'une logique de prudence, en exigeant une évaluation des risques d'une mesure pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux (§ 1) et surtout en prévoyant que, dans le cas d'insuffisance de preuves, des mesures provisoires puissent être adoptées (§ 7), ce caractère provisoire étant lié moins à un facteur temporel qu'au degré de développement scientifique.

En définitive, le recours à des décisions de précaution est prévu par le droit de l'OMC sur le fondement de l'autonomie des membres pour définir le niveau de protection qu'ils jugent approprié. Si d'autres critères sont également vérifiés pour l'admissibilité d'une « mesure de précaution » donnée (comme ceux du chapeau de l'article XX du GATT, la suffisance ou l'insuffisance des preuves scientifiques, ou encore la nécessité de la mesure), le contrôle du juge prend en compte le niveau de protection défini par le membre ayant instauré la mesure et l'importance de la valeur protégée³⁸⁶.

Depuis l'affaire *CE – Hormones* jusqu'à l'affaire *CE – OGM*, les Communautés européennes ont tenté de faire reconnaître l'existence (et l'obligation de prise en compte) d'un principe de précaution d'origine coutumière, extérieur à l'OMC. Mais l'application d'un « principe de précaution » faisant partie du droit international coutumier et obligatoire dans le cadre de l'OMC a été niée par l'Organe d'appel dans l'affaire des *Hormones*. L'inapplicabilité en droit de l'OMC d'un principe existant de manière manifeste en droit international de l'environnement pose la question de l'articulation entre les différents régimes et, en fin de compte, celle de la fragmentation du droit international.

Cependant, l'Organe d'appel a admis que l'article 5.7 de l'Accord SPS prend en compte le principe de précaution³⁸⁷. La même conclusion a été formulée relativement à l'article 3.3 du

³⁸¹ Voir §§ 129-131 du Rapport de l'Organe d'appel.

³⁸² Dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, l'article 31§3 c) de la CVDT sur le droit des traités a été employé afin de justifier la prise en compte d'un principe général du droit international (en l'espèce, la bonne foi) (§ 158).

³⁸³ WT/DS291, DS292 et DS293/R, Rapport du Groupe spécial, §§ 7.49 et s.

³⁸⁴ Pour les conclusions du Groupe spécial sur la question, voir §§ 8.62 et s. et notamment § 8.69.

³⁸⁵ Tandis qu'un principe est d'application obligatoire, le terme « approche » fait plutôt référence à la technique juridique utilisée pour prendre en compte les incertitudes scientifiques sous-jacentes à l'idée de précaution.

³⁸⁶ Cela a été réaffirmé récemment par l'Organe d'appel dans son Rapport *Brésil – Pneumatiques rechapés* (DS332), § 140.

³⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, § 124. Le même raisonnement a été repris par le Groupe spécial dans *CE – OGM* (§ 7.3220).

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.

Si l'intensité de l'encadrement de ces réponses par le juge de l'OMC peut varier, il semble qu'une structure générale soit respectée et qu'une certaine cohérence existe en matière de charge de la preuve en ce domaine.

Le principe de précaution contient l'idée qu'une réponse doit être adoptée lorsqu'il existe un risque potentiel pour l'environnement ou la santé qui ne peut être entièrement démontré et mesuré, et dont les effets ne peuvent être complètement déterminés en raison de données scientifiques insuffisantes ou non concluantes. Le niveau « acceptable » de risque dépendra de l'importance du bien juridique protégé (l'environnement, la santé publique...). La réponse est ainsi politique et sera déterminée en fonction du niveau de risque qu'une société est en mesure d'accepter. Le contrôle de cette réponse par le juge de l'OMC est fonction de deux éléments.

En premier lieu, il prend en compte le niveau de protection choisi par un membre. Le contrôle des risques par un membre sera d'autant plus acceptable que le bien juridique protégé sera considéré comme fondamental. Deuxièmement, le contrôle du juge varie selon le degré de justification de la mesure contestée. Ainsi, lorsqu'un membre adopte des mesures de précaution sur la base de standards internationaux (par exemple, le *Codex Alimentarius*), il bénéficie d'une présomption de nécessité pour la protection de la santé et de l'environnement et de compatibilité avec les obligations de l'Accord SPS et du GATT (article 3.2 de l'Accord SPS).

Le contrôle d'une mesure selon une « approche de précaution » par le juge de l'OMC peut être compris en deux étapes. D'une part, il s'agit d'analyser les risques que la mesure envisage d'éviter selon les données scientifiques disponibles. En d'autres termes, il s'agit de procéder à une évaluation scientifique la plus complète possible et d'identifier le degré de certitude scientifique relativement à ces risques. D'autre part, la nécessité de la mesure de précaution adoptée devra être examinée et, en définitive, sa proportionnalité pour atteindre l'objectif qu'un Membre s'est fixé - le niveau de protection choisi par le Membre ne pouvant en principe être contesté. L'évaluation des risques est ainsi une opération préalable à la mise en balance des intérêts en jeu.

En premier lieu, le juge doit vérifier s'il existe suffisamment d'éléments scientifiques pour conclure qu'un risque existe pour la santé ou l'environnement³⁸⁸, malgré l'incertitude inhérente à toute évaluation scientifique des risques. Il procède ainsi à l'examen des données scientifiques mises à sa disposition.

Dans le cadre de l'Accord SPS, la suffisance des éléments scientifiques permettra de distinguer entre les situations d'application de l'article 5.1 et celles de l'article 5.7. C'est lors de l'application de ce dernier article que l'on se retrouve face à une véritable situation de précaution, dont l'élément fondamental est justement l'incertitude scientifique. Dans l'affaire *CE – Amiante*, la méthode judiciaire d'examen de l'application de l'exception générale de l'article XX b) du GATT, en faisant un usage intensif des données scientifiques, a été rapprochée de celle requise par l'Accord SPS³⁸⁹. L'Organe d'appel y a finalement conclu que le caractère toxique du produit faisait partie des facteurs d'appréciation de la similarité au titre de

³⁸⁸ Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, § 8.182.

³⁸⁹ Bien que le Groupe spécial se tienne à la pratique de l'application de l'article XX du GATT (Rapport du Groupe spécial § 8.180). Voir, sur ce rapprochement, L. GRADONI et H. RUIZ FABRI, « L'affaire des OGM devant le juge de l'OMC : science et précaution sans principes », *Diritto del commercio internazionale*, 2007, pp. 629-630.

l'article III :4 du GATT³⁹⁰, ce qui peut être considéré comme une prise en compte implicite d'une logique de précaution, car destiné à écarter un risque pour la santé dont on ne connaissait pas toute l'ampleur. Il est à noter que la simple incertitude théorique n'est toutefois pas suffisante pour fonder le recours à une démarche de précaution³⁹¹, même si l'opinion d'une minorité scientifique peut être acceptable à cette fin³⁹².

En second lieu, la mesure visant la protection de l'environnement ou de la santé est appréciée selon un test de nécessité par rapport aux risques qui proviendraient de sa non application et conformément au niveau de protection choisi par le Membre. Il s'agit de vérifier la disponibilité de mesures alternatives aussi effectives et moins restrictives. Cette exigence découle non seulement de l'article XX b) du GATT ou XIV b) de l'AGCS, mais également de l'article 2 de l'Accord OTC et des articles 2.2 et 5.6 de l'Accord SPS. Le test sert à vérifier s'il existe une relation de cause à effet entre la mesure et l'objectif recherché, ainsi qu'une mesure moins incompatible avec les accords de l'OMC.

Selon la jurisprudence de l'OMC, la nécessité dépend de l'importance de l'intérêt ou de la valeur protégés par la mesure, de l'efficacité de celle-ci (contribution importante à la réalisation de l'objectif), et du degré de restriction au commerce qu'elle produit³⁹³. La mise en pratique du test de nécessité aux fins de précaution revient en fin de compte à faire appliquer un test de proportionnalité lors du contrôle de la mesure, qui permet de déterminer la disponibilité d'une autre mesure moins restrictive et capable d'atteindre les mêmes objectifs³⁹⁴. Cette mesure de rechange doit cependant préserver le droit du Membre d'assurer le niveau de protection qu'il souhaite pour ce qui est de l'objectif poursuivi³⁹⁵ et ne doit pas comporter des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles³⁹⁶.

L'importance de la valeur protégée acquiert un rôle majeur, car plus la valeur sera importante, moins le type de mesures permettant de la protéger sera nombreux. L'autonomie des membres pour définir le niveau de protection qu'ils considèrent comme approprié laisse penser que l'importance de la valeur en question ne peut en principe être contestée par le juge. Toutefois, conformément aux conclusions de l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Bœuf*, le juge pourrait contrôler, lors de l'application du test de nécessité, la cohérence entre le niveau de protection déclaré par un Membre et les effets réels des mesures qu'il a adoptées³⁹⁷.

Certaines législations et certains jugements extérieurs à l'OMC ont parfois considéré que la reconnaissance de l'application du principe de précaution impliquait le renversement de la charge de la preuve. Un exemple récent est fourni par le Tribunal *ad hoc* du Mercosur, dans sa décision du 25 octobre 2005 dans l'affaire *Uruguay c. Argentine - Prohibition de l'importation de pneus rechapés* (§ 70), laquelle a été néanmoins renversée ensuite par la sentence du Tribunal Permanent de Révision (TPR, Laudo N° 1/2005) du 20 décembre 2005.

Le législateur peut toutefois créer une présomption de risque pour certaines substances, tant que le contraire n'a pas été prouvé par la partie intéressée. Ceci ne découle toutefois pas automatiquement et généralement du « principe » ou de la « technique » de précaution, bien que la doctrine sur le principe de précaution soit quasi unanime à affirmer le renversement de la charge de la preuve de droit commun, compris comme « celui qui allègue un fait doit le prouver ». L'exigence même de proportionnalité entre, d'un côté, l'objectif de protection de l'environnement ou de la santé et, de l'autre, l'obstacle au développement économique qu'une mesure de précaution peut occasionner, paraît remettre en question la logique du renversement

³⁹⁰ Article relatif au traitement national, c'est-à-dire, la non discrimination entre produits nationaux et étrangers similaires.

³⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Hormones*, § 186.

³⁹² Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Hormones*, § 194.

³⁹³ Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Bœuf*, §§ 162 et 163. Ces critères ont été repris dans les affaires *CE – Amiante, Etats-Unis – Jeux et paris* et *Brésil – Pneumatiques rechapés* (§ 156). V. H. RUIZ FABRI, « La nécessité devant le juge de l'OMC », in *Le droit international et la nécessité*, Paris, Pedone, 2007, pp. 189-221.

³⁹⁴ Il s'agira de mettre en balance l'acceptabilité du dommage potentiel et l'acceptabilité de la décision adoptée selon une logique de précaution.

³⁹⁵ Voir le Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés* (DS332), § 170. Voir aussi § 178.

³⁹⁶ *Idem*, § 171, ainsi que *Etats-Unis – Jeux et paris*, § 308.

³⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Bœuf*, § 178.

de la charge de la preuve³⁹⁸. C'est ce qui semble avoir eu lieu tant au sein de la Communauté européenne que dans l'OMC.

Au sein de l'OMC, la présomption de l'existence de risques joue uniquement quand un Membre adopte une mesure de précaution sur la base des standards internationaux (article 3.2 de l'Accord SPS et article 2.5 de l'Accord OTC). Lorsqu'il s'agit de l'application de l'article XX du GATT ou XIV de l'AGCS, la logique de l'exception implique que celui qui l'invoque fournisse les preuves la justifiant.

Selon le Groupe spécial dans l'affaire *CE – OGM*³⁹⁹, l'application de l'article 5.7 de l'Accord SPS est un droit autonome des membres de l'OMC et c'est ainsi au plaignant qu'il revient de démontrer que la mesure en question est incompatible avec au moins une des conditions d'application de cet article. Cependant, l'exigence d'une évaluation des risques par l'Etat auteur de la mesure implique qu'une charge considérable lui est aussi réservée. Il existe ainsi, en réalité, une construction partagée de la preuve devant le juge, qui respecte le standard de la preuve *prima facie*, c'est-à-dire la preuve suffisante pour maintenir une position affirmée si elle n'est pas contredite. En d'autres termes, lorsqu'une partie fournit des éléments de preuve capables de fonder une présomption de vérité, la charge de la preuve est transférée à l'autre partie, qui devra ainsi réfuter une telle présomption⁴⁰⁰. Ce positionnement a été retenu dans les affaires *CE – Hormones*, *Australie – Saumons*, *Japon – produits agricoles* et *Japon – Pommes* et a permis un véritable échange entre les parties au différend. Le juge de l'OMC détient ainsi une marge d'appréciation et une souplesse significatives pour examiner les éléments de preuve apportés par les parties.

Au vu ce qui précède, il apparaît qu'une véritable circulation du concept de précaution ne peut être discernée au sein de l'OMC par rapport à d'autres espaces normatifs internationaux. Il est toutefois défendable qu'il existe une « logique » de précaution applicable dans la jurisprudence de l'OMC, dont le cœur se trouve dans le respect du niveau de protection choisi par un Membre dans un domaine donné, selon une évaluation des risques pour la santé et l'environnement.

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 toutefois liée en définitive 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. Il serait ainsi possible de prévoir dans l'avenir une évolution de la jurisprudence de l'OMC en la matière, qui pourrait être rapprochée de l'évolution de l'application du principe de précaution au sein de la jurisprudence de la Communauté européenne : d'abord fondée sur l'incertitude scientifique et le principe de proportionnalité, avant que le principe de précaution ne soit explicitement employé.

Chapitre 14 – Convention des Nations Unies sur le droit de la mer

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

³⁹⁸ Pour des critiques à la position majoritaire de la doctrine, voir J. CAZALA, *Le principe de précaution*, cit., pp. 408 et s. et notamment pp. 413 et s.

³⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, *CE – produits biotechnologiques*, §§ 7.2969, 7.2976 et 7.3000.

⁴⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Chemises et blouses de laine* (DS33), pp. 15-16. Dans le même sens, le Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, § 98.

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 réglementée 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.

La rédaction du texte de la CMB a été largement influencée par les instruments existant avant son adoption en 1982 en matière de protection du milieu marin, en particulier les conventions relatives à la pollution par immersion et par les navires (Convention de Londres de 1972, Convention MARPOL de 1973) et celles régionales pour la protection de zones marines déterminées (la Convention de Barcelone pour la Méditerranée de 1976, la Convention d'Oslo pour l'Atlantique du Nord-Est de 1972, ensuite devenue Convention OSPAR en 1992). La CMB tient compte de l'existence de ces instruments et contient plusieurs dispositions qui y renvoient. En fait, la CMB ne fixe aucun standard absolu mais poursuit plutôt une harmonisation des standards minima applicables à la protection de l'environnement. L'interdépendance de la Convention avec les instruments existants avant 1982 mais aussi avec ceux qui ont été (ou qui seront) adoptés par la suite constitue l'élément du dynamisme du système créé à Montego Bay. Ce dynamisme est à la fois intrinsèque au texte de la Convention, qui affirme des principes généraux du droit de l'environnement, et exogène en relation avec les évolutions des sources du droit de l'environnement postérieures à la Convention⁴⁰¹.

La Partie XII de la CMB contient une disposition, l'article 237, qui régit de façon spécifique le rapport entre droit de l'environnement « interne » à la CMB et les obligations découlant d'autres instruments, à la fois antérieurs et postérieurs à la Convention. Cette disposition opère à la manière d'une « passerelle conventionnelle » jetée vers le droit international de l'environnement situé à l'extérieur du système de la CMB. Elle permet notamment au Tribunal international du droit de la mer de prendre en compte ces sources « externes » aux fins du règlement des différends qui lui sont soumis. Disposition unique de la section 11 de la Partie XII, l'art. 237 (« Obligations découlant d'autres conventions sur la protection et la préservation du milieu marin ») est libellé comme suit : « 1. La présente partie n'affecte pas les obligations particulières qui incombent aux Etats en vertu de conventions et d'accords spécifiques conclus antérieurement en matière de protection et de préservation du milieu marin, ni les accords qui peuvent être conclus en application des principes généraux énoncés dans la Convention. 2. Les Etats s'acquittent des obligations particulières qui leur incombent en ce qui concerne la protection et la préservation du milieu marin en vertu de conventions spéciales d'une manière compatible avec les principes et objectifs généraux de la Convention ». Cette disposition met encore une fois en exergue la nature de convention cadre de la CMB ; dans le même temps, elle indique que le cadre ainsi établi n'est pas entièrement flexible car il est borné par les principes et objectifs généraux énoncés par la Convention, qui constituent autant de limites au renvoi qui est fait aux autres instruments internationaux pertinents⁴⁰². L'article 293 § 1 peut être ainsi appréhendé comme un reflet juridictionnel de l'article 237 : « Une cour ou un tribunal ayant compétence en vertu de la présente section applique les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ».

Les concepts de droit de l'environnement intégrés dans la CMB n'y apparaissent pas toujours de façon explicite. La Convention encourage surtout l'élaboration d'instruments successifs pour détailler et perfectionner la réglementation existante. Dans le secteur de la protection de

⁴⁰¹ C. REDGWELL, « From Permission to Prohibition: The 1982 Convention on the Law of the Sea and the Protection of the Marine Environment », in D. FRESTONE, R. BARNES, D. M. ONG (dir.), *The Law of the Sea, Progress and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 169.

⁴⁰² M. H. NORDQUIST (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 423.

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 (A), auquel le concept de développement durable est intimement lié, et le principe de précaution (B).

A. Proportionnalité

Le droit de la mer est un secteur juridique où le balancement des intérêts, comme technique de mise en œuvre, est ubiquitaire. On observe la contraposition d'intérêts légitimes pour l'utilisation des espaces maritimes et la difficulté de prévoir *a priori* toutes les situations concrètes qui peuvent surgir dans l'exercice des activités ainsi permises. 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 : a) conservation des ressources biologiques de la mer (art. 21, par. 1(d)); b) prévention des infractions aux lois et règlements de l'Etat côtier relatifs à la pêche (art. 21, par. 1(e)) ; et, plus généralement, la préservation de l'environnement de l'Etat côtier et la prévention, la réduction et la maîtrise de sa pollution (art. 21, par. 1(f)).

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. A cet égard, l'art. 211, par. 5 revêt une importance singulière : « les Etats côtiers peuvent adopter pour leur Zone économique exclusive des lois et règlements visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires qui soient conformes et donnent effet aux règles et normes internationales généralement acceptées établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale ». L'intérêt de cette disposition réside dans le fait qu'elle concrétise le critère de proportionnalité par le biais d'un renvoi ouvert à des règles externes ayant acquis statut coutumier à partir d'une élaboration conventionnelle au sens large. A ce propos, un auteur a pu parler de « proportionnalité renforcée », dans la mesure où le renvoi à des standards internationaux non contraignants implique une sorte de présomption de proportionnalité des restrictions imposées par l'Etat côtier en matière de navigation⁴⁰³.

L'obligation générale de coopération, énoncée aux articles 197-199, 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 (TIDM) a rappelé aux Etats leur devoir de coopérer entre eux afin de prévenir de dommages au milieu marin dans les affaires de l'*Usine MOX (Irlande c/Royaume-Uni)*⁴⁰⁴ et des *Travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*⁴⁰⁵.

B. Précaution

La CMB fixe des standards de comportement qui, tout en étant assez vagues, relèvent clairement du principe de précaution. Par exemple, l'art. 206 dispose que « lorsque des Etats ont de sérieuses raisons de penser que des activités envisagées relevant de leur juridiction ou de leur contrôle risquent d'entraîner une pollution importante ou des modifications considérables et nuisibles du milieu marin, ils évaluent, dans la mesure du possible, les effets potentiels de ces activités sur ce milieu et rendent compte des résultats de ces évaluations ». On cherchera en vain

⁴⁰³ E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 133.

⁴⁰⁴ Ordonnance sur les mesures conservatoires, 3 décembre 2001. Voir *supra*, Ch. 6.

⁴⁰⁵ Ordonnance sur les mesures conservatoires, 8 octobre 2003.

dans la CMB des standards plus ambitieux, étant donné sa nature de convention cadre soulignée plus haut. 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. Un exemple des premiers est le Règlement n° 2000 sur l'exploitation des nodules polymétalliques, adopté l'Autorité internationale des fonds marins, qui prévoit expressément que l'Autorité et les États parties se conforment au principe de précaution. Parmi les seconds, on peut citer l'Accord sur les stocks chevauchants de 1995. Cet accord ne se borne pas à intégrer la définition du principe de précaution renfermée dans le principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992 ; il contient aussi, à son Annexe II, des indications techniques relatives à l'application d'une approche de précaution. Un autre exemple est fourni par le Protocole d'amendement de la Convention de Londres de 1972, adopté en 1996, qui renverse la logique du texte conventionnel qu'il modifie en interdisant impérativement l'immersion de substances nocives en mer et l'incinération des déchets en mer.

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 (Nouvelle Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*⁴⁰⁶. Dans son opinion individuelle, le juge Treves a expliqué que l'adoption d'une telle approche est implicitement requise par la logique des mesures conservatoires indépendamment de l'existence d'un principe de précaution en droit international général⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Ordonnance sur les mesures conservatoires, 27 août 1999.

⁴⁰⁷ Voir *supra*, Ch. 8.

IV. SYNTHÈSE

Introduction

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 puisse 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 appelé 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.

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. À 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 écartés : 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 réglementations 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.

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 *Hatton* (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 amendant 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 systèmes 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 réglementée 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.

V. BIBLIOGRAPHIE ESSENTIELLE

- ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002.
- ALLAND D. et RIALS S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003.
- BEDJAOUÏ M., « La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens », SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone 2003, p. 532.
- BERGEL J.-L., « La découverte du sens en droit par la finalité », *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie Beiheft* 48, 1992, p. 67.
- BERTAUD DU CHAZAUD H., *Dictionnaire de synonymes et de contraires*, Le Robert, Les usuels, Paris, 2000.
- BIANCHI A., « Principi di diritto, modularità funzionale e relatività normativa : il concetto di precauzione nel diritto internazionale », in BIANCHI A. et GESTRI M. (dir.), *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 429.
- BOHANES J., « Risk Regulation in WTO Law: A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, p. 323.
- BOISSON DE CHAZOURNES L., DESGAGNE R., ROMANO C., *Protection internationale de l'environnement*, Pedone, Paris, 1998.
- BOURDIEU P., « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, n°64, p. 41.
- BOUTONNET M., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 444.
- BUFFARD, ZEMANEK K., « The "Object and Purpose" of a Treaty: An Enigma? », *ARIEL*, 1998, vol. 3, p. 342.
- CANNIZZARO E., *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000.
- CATHERINE A. (dir.), *Le développement durable : enjeux politiques, économiques et sociaux*, La Documentation française, 2006.
- CAZALA J., « Les aménagements conventionnels aux obligations des Membres permis par le régime conventionnel », in MATRINGE J. et NOUVEL Y. (dir.), *Aménagements aux obligations des Membres de l'Organisation mondiale du commerce*, à paraître.
- CAZALA J., « Principe de précaution et procédure devant le juge international », in LEBEN C. et VERHOEVEN J., *Le principe de précaution – Aspects de droit international et communautaire*, Coll. Droit international et relations internationales, L.G.D.J., 2002, p. 151.
- CAZALA J., *Le principe de précaution en droit international*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, L.G.D.J., 2006.
- CHARNEY J.-I., « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals », *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 697.
- CHARNOVITZ S., « Free trade, fair trade, green trade: defogging the debate », *Cornell International Law Journal*, Vol. 27, N° 3, 1994, p. 478.
- CHARNOVITZ S., « The WTO's environmental progress », *JIEL*, 2007/3, p. 686.
- COMBACAU J., « Droit international, bric-à-brac ou système? », *Archives de la philosophie de droit*, 1986, p. 85.

- COMBACAU J., « Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge en droit international public », dans *La réaction de la doctrine à la création du droit par le juge*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXI, 1980, p. 395.
- COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 7^{ème} éd. 2006.
- CORTEN O. et KLEIN P. (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités : Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 3 vol., 2965 p.
- CORTEN O., *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international: discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- COTTIER T. et MAVROIDIS P. (dir.), *The Role of the Judge in International Regulation: Experience and Lessons for the WTO*, Michigan University Press, 2003.
- DE BÛRCA G. et SCOTT J., « The WTO Impact on Internal Regulations – A Case Study of the Canada-EC Asbestos Dispute », in DE BÛRCA G. et SCOTT J., *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford, 2003, p. 5.
- DE ROANY C., « Des principes de précaution, Analyse de critères communs et interprétation différenciée », *Revue Juridique Environnement*, n°2/2004, p. 143.
- DE SADELEER N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, 1999.
- DE VISSCHER Ch., *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963.
- DE VISSCHER Ch., *Théorie et réalité en droit international public*, Paris, Pedone, 4e éd. revue et mise à jour, 1970, p. 123.
- DEJEANT-PONS M., « Le droit de l'homme à l'environnement en tant que droit procédural », in DEJEANT-PONS M., PALLEMAERTS M., FIORAVANTI S., *Droits de l'Homme et environnement*, Recueil d'instruments et autres textes internationaux concernant les droits individuels et collectifs en matière d'environnement dans le cadre international et européen, 2002, p. 21.
- DEJEANT-PONS M., « Les droits de l'homme procéduraux à l'environnement dans le cadre international paneuropéen », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Fac. Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 309.
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Paris, Editions du Seuil, 2007, p. 223.
- DESMEDT A., « Proportionality in WTO Law », *JIEL*, 2001, p. 441.
- DUBOS O., *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses n° 4, 2001.
- DUPUY P.-M., « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *R.G.D.I.P.*, 1997, p. 886.
- DUPUY P.-M., « L'unité de l'ordre juridique international - Cours général de droit international public », *RCADI*, 2002, tome 297, p. 399.
- DWORKIN R., *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.
- ELLIS E. (dir.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart, 1999.
- EMILIOU N., *The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study*, Kluwer, 1996.
- EPINEY A., M. SCHEYLI, « Le concept de développement durable en droit international public », *Annuaire suisse de droit international*, 1997, p. 247.
- FIEVET G., « Réflexions sur le concept de développement durable : prétention économique, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux », *R.B.D.I.*, 2001, p. 128.

- FISH S., « There is No Textualist Position », *San Diego Law Review*, 2005, vol. 42, p. 629.
- FITZMAURICE A., « International Protection of the Environment », *RCADI*, 2001, tome 293, p. 105.
- FLAUSS J.-F., « La procéduralisation des droits substantiels de la convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1263.
- FOHRER E., *La prise en considération des normes étrangères*, Thèse Paris II, 2004.
- GRADONI L., « Principio di precauzione – Commento all'articolo 7 del regolamento 178/2002/CE sulla sicurezza alimentare nell'Unione europea », in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 211.
- GRADONI L., « Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio », in A. Bianchi, M. Gestri (dir.), *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, 2006, p. 147.
- GRADONI L., « L'Organizzazione mondiale del commercio », in L. S. Rossi (dir.), *Le organizzazioni internazionali come strumento di governo della mondializzazione*, Giuffrè, 2006, p. 313.
- GUILLAUME G., « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *RIDC*, 2003, p. 23.
- HELLIO H., *L'Organisation mondiale du commerce et les normes relatives à l'environnement. Recherche sur la technique de l'exception*, Thèse Université Paris II Panthéon-Assas, 2005.
- HOWSE R., « Democracy, Science, and Free Trade: Risk Regulation on Trial at the World Trade Organization », *Michigan Law Review*, 2000, p. 2329.
- ICARD P., « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ? », *R.T.D.E.*, 2001, p. 1.
- JASANOFF S., *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, 1995.
- JENNINGS R., « General Course on Principles of International Law », *RCADI*, 1967, II, t. 121, p. 544.
- JOLY P. B., « Besoin d'expertise et quête d'une légitimité nouvelle : quelles procédures pour réguler l'expertise scientifique ? », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 1999, p. 49.
- KLABBERS J., « Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties », *FYBIL*, 1997, p. 146.
- KOURILSKY P. et VINEY G. (dir.), *Le principe de précaution*, Odile Jacob, Paris, 2000.
- LADEUR K. H., « The Introduction of the Precautionary Principle into EU Law: A Pyrrhic Victory for Environmental and Public Health Law? Decision-Making Under Conditions of Complexity in Multi-Level Political Systems », *C.M.L.R.*, 2003, p. 1455.
- LAMBERT P., « Le droit de l'homme à un environnement sain et le droit à l'information », *Annuaire International des droits de l'homme*, vol. 1/2006, p. 193.
- LEBEN C. et VERHOEVEN J., *Le principe de précaution – Aspects de droit international et communautaire*, Coll. Droit international et relations internationales, L.G.D.J., 2002.
- LEE J., « The underlying legal theory to support a well-defined human right to a healthy environment as a principle of customary international law », *Columbia Journal of Environmental Law*, 2000, p. 283.
- LEYTON P., « Evolution of the 'necessary text' of article XX (b) : From Thai cigarettes to the present », in BROWN WEISS E. et JACKSON J.H. (eds), *Reconciling environment and trade*, Transnational Publishers Inc., New York, 2001, p. 99.
- LUCCHINI L., « Le principe de précaution en droit international de l'environnement : ombres plus que lumières », *A.F.D.I.*, 1999, p. 710.

- MALJEAN-DUBOIS S., « Environnement, développement durable et droit international : de Rio à Johannesburg : et au-delà ? », *A.F.D.I.*, 2003, p. 592.
- MALJEAN-DUBOIS S. et R. MEHDI (dir.), *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : La promotion d'un développement durable*, Pedone, 1999.
- MANZINI P., « Environmental Exceptions of Article XX GATT 1994 revisited in the Light of the Rules of interpretation of General International Law », in MENGOZZI P. (a c. di), *International Trade Law in the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 847.
- MARGUENAUD J.-P., « La petite maison dans la forêt », *Rec. Dalloz*, 2008, n°13.
- MAYER P. et HEUZE V., *Droit international privé*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2004.
- MCLACHLAN C., « The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 281.
- MCNELIS N., « The Role of the Judge in the EU and WTO Law », *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 189.
- NEUMANN J. et TÜRK E., « Necessity revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines », in *Journal of World Trade*, 2003, p. 223.
- NIBOYET M.-L. et GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2007.
- NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Editions Bruylant/ULB, 2005.
- NOIVILLE C., « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce : le cas du commerce alimentaire », *J.D.I.*, 2000, p. 263.
- NOIVILLE C., DE SADELEER N., « La gestion des risques écologiques à l'épreuve des chiffres : le droit entre enjeux scientifiques et politiques », *Revue de droit de l'Union européenne*, 2001, p. 389.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie critique du droit*, Publication des FUSL, 2002.
- PAUWELYN J., « Evidence, Proof and Persuasion in WTO Dispute Settlement: Who Bears the Burden? », *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 227.
- PAUWELYN J., « The Transformation of World Trade », *Michigan Law Review*, 2005, p. 1.
- PAUWELYN J., « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *International & Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 325.
- POIARES MADURO M., *We the Court. The European Court of Justice and the Economic Constitution*, Hart, 1998.
- RIGAUX F., « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale – Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1989, tome 213, p. 79.
- ROESSLER F., « The Institutional Balance between the Judicial and the Political Organs of the WTO », in BRONCKERS M. et QUICK R. (dir.), *New Directions in International Trade Law: Essays in Honour of John Jackson*, Kluwer, 2000, p. 325.
- RUIZ FABRI H. (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, SLC, 2003.
- RUIZ FABRI H., « Chronique de règlement des différends de l'OMC (2000) », *JDI*, 2001/3, p. 932.
- RUIZ FABRI H., « La nécessité devant le juge de l'OMC », in *Le droit international et la nécessité*, Paris, Pedone, 2007, p. 189.
- RUIZ FABRI H., « La prise en compte du principe de précaution par l'OMC », *Revue juridique de l'environnement*, 2000, n° spécial, p. 55.
- RUIZ FABRI H., « Le cadre de règlement des différends environnementaux : Pouvoir d'attraction du système de règlement des différends de l'OMC et concurrence avec les mécanismes de règlement

des accords multilatéraux environnementaux », in MALJEAN DUBOIS S. (dir.), *Droit de l'organisation mondiale du commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 362.

RUIZ FABRI H. et MONNIER P., « Organisation Mondiale du Commerce, Chronique du règlement des différends 2004 », *JDI*, 2005/3, p. 63.

SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, coll. Universités francophones, 2001.

SALMON J., « Changements et droit international public », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 429.

SALMON J., « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI* 1982-II, t. 175, p. 365.

SCHWARZE J., *European Administrative Law*, London, 1992, p. 687

SCOTT J. et VOS E., « The Juridification of Uncertainty : Observations on the Ambivalence of the Precautionary Principle within the EU and the WTO », in JOERGES C., DEHOUSSE R. (dir.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press, 2002, p. 253.

SEARLE J. R., *Sens et expression. Etudes de théorie des actes de langage*, Paris. Les Editions de Minuit, 1992.

SIMMA B. et PULKOWSKI D., « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *EJIL*, 2006/3, pp. 483-529, spéc., p. 519.

SOHNLE J., « Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la CIJ : l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* », *RGDIP*, 1998-1, p. 85.

STEINBERG R. H., « Judicial Law-Making at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints », *American Journal of International Law*, 2004, p. 247.

TAVERNIER P., « La Cour européenne des droits de l'homme et la mise en œuvre du droit international de l'environnement », *Actualité et Droit international*, juin 2003, [<http://www.ridi.org/adi>].

THIRLWAY H., « The Law and Practice of the International Court of Justice 1960-1989 », *British Yearbook of International Law*, 1991, p. 57.

TIMURE C.T., « Cross-examining expertise in the WTO dispute settlement process », *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2001-2002, p.709.

TOMKIEWICZ V., *L'Organe d'appel de l'OMC*, Thèse de Doctorat, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2004.

TRACHTMAN J. P., « Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation », janv. 2002, paper OECD.

TROUWBORST A., *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Kluwer, 2002.

VANDROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : l'idée simple prise au sérieux*, Publication de FUSL, 2001.

VERHOEVEN J., « Conclusions », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, p. 365.

VINCENT J., et GUINCHARD S., *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 27^e édition, 2003.

VON BOGDANDY A., « Law and Politics in the WTO: Strategies to Cope with a Deficient Relationship », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, p. 609.

WAITE A., « Sunlight through the trees a perspective on environmental rights and human rights », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 393.

- WALDOCK H., « Troisième rapport sur le droit des traités », *Annuaire CDI*, 1964-II, p. 55.
- WALKER V., « Keeping the WTO from Becoming the ‘World Trans-science Organization’: Scientific Uncertainty, Science Policy, and Fact-finding in the Growth Hormones Dispute », *Cornell Journal of International Law*, 1998, p. 251.
- WALKER V., « The Myth of Science as a Neutral Arbiter for Triggering Precautions », *Boston College International & Comparative Law Review*, 2003, p. 197.
- WECKEL Ph., « Chronique de jurisprudence internationale », in *RGDIP*, 2005, n°3, p. 721.
- WENGLER V. W., « La crise de l’unité de l’ordre juridique international », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau – La Communauté internationale*, Pedone, Paris, 1974, p. 329.
- WHITE G. M., *The Use of Experts by International Tribunals*, Syracuse, Syracuse University Press, 1965.
- WIERS J., *Trade and Environment in the EC and the WTO: a legal analysis*, Groningen, European Law Publishing, 2002.
- WIRT D., « The Role of Science in the Uruguay Round and NAFTA Trade Disputes », *Cornell International Law Journal*, 1994, p. 817.
- WITGENSTEIN L., *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, 2004.
- WOLFRUM R., « Precautionary Principle », in BEURIER, J.-P. KISS, A., MAHMOUDI S. (dir.), *New Technologies and the Law of the Marine Environment*, Kluwer, 2000, p. 209.
- WYNTER M., “The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)”, in MENGOZZI, P. *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trading System*, Milano, 1999, p. 471.
- YASSEEN M. K., « L’interprétation des traités d’après la convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol. 151, 1976-III, p. 56.
- ZOLLER E., *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977.