



Synthèse

*Le droit de l'environnement
comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques :
Place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles*

*Sandrine MALJEAN-DUBOIS
Directeur de recherche Cnrs*

mai 2008

Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC)
U.M.R. 6201 – Droit public comparé, droit international et droit européen

Le présent document constitue la synthèse du rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP Mission de recherche Droit & Justice. Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

1. Problématique retenue et objectifs de la recherche

L'objectif de cette recherche était de mieux cerner la place et le rôle du juge international dans le développement du droit de l'environnement et des politiques nationales de protection de l'environnement. Nous faisons l'hypothèse que le juge international joue ici un rôle croissant, qui pourrait s'avérer majeur au regard de différents enjeux :

- à un premier niveau, celui de l'effectivité des politiques environnementales, au sens de leur contribution à la résolution des problèmes environnementaux,
- à un second niveau, celui de l'unité et la cohérence du droit international.

L'approche retenue était une approche juridico-institutionnelle classique. La recherche menée a été principalement juridique. Elle a été centrée sur l'ordre juridique international, mais elle a également porté sur le rôle du juge en droit communautaire et en droit national de l'environnement.

2. Choix méthodologiques / terrains ayant servi de support à la recherche

L'analyse a porté, de manière prioritaire, sur la jurisprudence internationale dans le champ de l'environnement, qui a été dans un premier temps recensée et étudiée d'une manière systématique. Comme prévu initialement, deux affaires récentes ont particulièrement retenu l'attention (*Usine Mox*, *Produits biotechnologiques*). Sans être étudiées aussi systématiquement que la jurisprudence internationale, les jurisprudences nationales et communautaires relatives à certains principes et concepts fondamentaux ont également été recensées et exploitées (notamment développement durable, principe d'intégration, droit de l'homme à l'environnement, principe de précaution). Pour cerner au plus près la circulation des concepts entre les ordres juridiques et les juridictions, la jurisprudence nationale a notamment fait l'objet d'une attention plus soutenue que prévue. L'élargissement de l'équipe a permis d'étudier la jurisprudence des cours constitutionnelles françaises, grecque, espagnole et portugaise. L'organisation des séminaires et journées d'études a été l'occasion d'ouvrir un dialogue entre des membres de l'équipe et des juges ou arbitres internationaux. Le post-doctorant a joué un rôle majeur à toutes ces étapes de la recherche.

3. Équipe :

Sous la direction de Sandrine Maljean-Dubois, le cœur de l'équipe de recherche a été composé de cinq chercheurs du CERIC :

BROSSET Estelle, Maître de conférences à l'Université de Grenoble

LANFRANCHI Marie-Pierre, Maître de conférences à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III

MARTIN Jean-Christophe, post-doctorant puis Maître de conférences à l'Université de Provence

RICHARD Vanessa, Chargée de recherche au CNRS

TRUILHE Eve, Chargée de recherche au CNRS

Et de deux chercheurs de l'Université de Genève:

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève

MBENGUE Makane, Post-doctorant.

4. Principales conclusions de la recherche / perspectives

Le juge international a vu, dans le domaine de l'environnement, son intervention longtemps marginalisée. Il n'est intervenu que très sporadiquement, à travers des sentences devenues *locus classicus* : la sentence arbitrale rendue en 1893 dans l'affaire des *Otaries à fourrure des îles Pribilof*¹, celle rendue en 1941 dans l'affaire de la *Fonderie du Trail*², celle rendue en 1956 dans l'affaire du *Lac Lanoux*³, ou encore celle rendue dans l'affaire du *Barrage de Gut*⁴.

Dans une large mesure, les États ont en effet en quelque sorte programmé, dans cette matière, l'effacement du juge international.

Premièrement, les États se sont attachés à « contourner » l'institution de la responsabilité internationale. Le principe 22 de la Déclaration de Stockholm en 1972 proclamait le devoir des États de coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la « responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages écologiques que les activités menées dans les limites de la juridiction de ces États ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction ». Le principe 13 de la Déclaration de Rio de 1992 va dans le même sens, tout comme, sur un plan conventionnel, l'article 235 de la convention de Montego Bay. Mais ces engagements n'ont pas produit les effets attendus. La pratique n'a pas non plus contribué au développement du droit de la responsabilité car la quasi-totalité des litiges inter-étatiques a été réglée par la négociation d'accords de compensation, conclus sans référence à des règles de contentieux international⁵, tout au moins lorsqu'un glissement n'était pas effectué vers le droit international privé.

Deuxièmement, dans le domaine de l'environnement, les mécanismes classiques de règlement des conflits sont jugés « trop lourds, souvent aléatoires, et l'utilisation politiquement dommageable »⁶. Les États leur préfèrent un règlement à l'amiable bien souvent. On retrouve là une tendance générale de la société internationale, qui donne la préférence à des procédures souples et politiques de règlement des différends, plutôt qu'au règlement juridictionnel. Les mécanismes diplomatiques classiques ont l'avantage de la souplesse et souvent de la discrétion, et permettent de lisser les différends tout en ménageant les susceptibilités. Mais cette tendance est plus marquée dans le domaine de l'environnement en raison du contenu souvent vague des obligations en ce domaine, de l'absence ou de la faiblesse de la valeur marchande de bien des éléments de l'environnement et de la spécificité des dommages environnementaux de nature à décourager le déclenchement de telles procédures (difficultés d'établissement du lien de causalité entre l'acte incriminé et le dommage, en raison des effets à longue distance et/ou à longue échéance des pollutions, ou en raison de la combinaison de plusieurs sources de pollution, difficultés d'identification de l'auteur de la pollution et donc d'imputabilité de la violation, difficultés de chiffrage du dommage, impossibilité d'une *restitutio in integrum*, etc.).

Pourtant, ces dernières années, le juge international est sollicité de manière croissante s'agissant des questions environnementales. La Cour internationale de Justice a rendu un important arrêt de ce point de vue en 1997 dans l'affaire du barrage sur le Danube Gabcikovo-Nagymaros. Cette affaire est toujours pendante, tandis que deux affaires comportant une dimension environnementale forte sont également inscrites au rôle de la Cour: celle des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, qui a donné lieu à deux ordonnances en indication de mesures conservatoires, et la toute récente *Instance introduite par l'Equateur contre*

la Colombie (Equateur c. Colombie) concernant un différend relatif à l'épandage aérien par la Colombie d'herbicides en territoire équatorien. Une grande part de la jurisprudence du nouveau Tribunal international du droit de mer concerne l'environnement, tandis que les organes de règlement des différends de l'OMC - groupes spéciaux et Organe d'appel - se voient également soumettre des différends relatifs à des mesures commerciales à vocation environnementale.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître ces dernières années d'assez nombreuses affaires possédant une dimension environnementale, tandis que la nouvelle Cour pénale internationale pourrait avoir - au moins théoriquement - à juger de crimes de guerre à dimension environnementale.

L'arbitrage se développe également. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rendu des sentences dans des affaires environnementales. Les mécanismes de règlement pacifique des différends que prévoient très souvent les conventions environnementales - y compris jusqu'à la saisine de la Cour internationale de Justice ou la constitution d'un tribunal arbitral - ont récemment été utilisés par trois fois: arbitrage du *Thon à nageoire bleue*⁷, arbitrage OSPAR dans l'affaire de *l'Usine Mox*⁸ et arbitrage de *l'Apurement des comptes*⁹. Il faut également citer la sentence rendue en l'affaire dite du *Rhin de fer* entre la Belgique et les Pays-Bas¹⁰. La Cour permanente d'arbitrage a d'ailleurs produit en 2001 un Règlement facultatif pour l'arbitrage de différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement, ménageant d'intéressantes possibilités.

Enfin, les procédures non-contentieuses de contrôle et sanction du non-respect du droit conventionnel revêtent, de manière croissante, des traits juridictionnels, comme en témoigne la procédure de l'observance expérimentée dans le cadre du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre sur les changements climatiques¹¹

De son côté, la Cour de Justice des Communautés européennes a développé d'assez longue date une volumineuse jurisprudence dans le domaine de l'environnement¹².

Par-delà la diversité de ces juridictions ou «quasi-juridictions», inégalement armées, notamment sur le plan procédural, l'étude de leurs récentes décisions témoigne de leur capacité à «juger» des différends à composante environnementale. Le juge ou l'arbitre participent au contrôle du respect du droit de l'environnement. Ils en orientent l'application de manière croissante, contribuant sans aucun doute à l'harmonisation, voire à l'unification des réglementations nationales. Ils jouent ainsi un rôle important dans la définition de «référentiels» internationaux (principe du développement durable, principe de précaution, principe de prévention, principe du pollueur-payeur, droit à un environnement sain, etc.) et participent, par là, à la mondialisation de certains concepts et principes juridiques.

Ainsi, la contribution des juridictions internationales peut s'analyser à deux niveaux, d'une part celui de l'adaptation du prétoire international pour le règlement des conflits environnementaux (1), d'autre part celui de leur contribution à l'internationalisation du droit de l'environnement (2).

(1) - À l'analyse, le cadre procédural se révèle dans l'ensemble assez bien adapté au règlement des différends internationaux relatifs à l'environnement. Cette faculté d'adaptation a été mesurée à différents niveaux: les conditions de participation au procès international, les modalités d'appréciation des aspects technico-scientifiques et la faculté d'ordonner des mesures conservatoires.

- Une série de verrous ou de freins marquent les conditions du droit de recours devant le juge international. Cette étroitesse peut empêcher le déclenchement de procédures judiciaires internationales. La problématique varie toutefois selon les juridictions considérées. En outre, par leur nombre et leur diversité, les juridictions internationales offrent une palette relativement large et complémentaire de possibilités.

Quant à *l'amicus curiae* (littéralement l'ami de la Cour) il est généralement admis dans le cadre des procédures consultatives. L'institution de *l'amicus curiae* pose davantage de difficultés dans les procédures juridictionnelles ordinaires et la pratique est assez restrictive. Elle connaît cependant des évolutions rapides.

- Dans toute procédure juridictionnelle, la démonstration de l'existence des faits est d'une importance cruciale. Mais la composante environnementale d'un différend complique l'appréciation des aspects technico-scientifiques, qui sera aussi déterminante que délicate, au regard de la technicité et de la complexité de la matière. L'équipe s'est ici interrogée sur l'adaptation des règles de preuve et d'expertise à ce contexte. Il en ressort que juges et arbitres sont dans l'ensemble assez bien outillés pour traiter les aspects scientifiques et techniques.
- La nécessité de prévenir les dommages environnementaux, par essence difficilement réparables et parfois même irréversibles, justifie particulièrement que la possibilité de prescrire des mesures conservatoires soit conférée au juge. Cette faculté est largement, mais pas unanimement reconnue. Le juge et l'arbitre en font un usage assez prudent; l'« urgence environnementale » ne les conduit pas véritablement à plus d'audace.

À la fragmentation du droit international entre des espaces normatifs relativement cloisonnés, voire concurrents, répond clairement la multiplication des juridictions compétentes dans le domaine de l'environnement et la désarticulation des procédures de règlement des différends, avec les risques induits de *forum shopping* et *in fine* d'interprétations divergentes, voire inconciliables, menaçant l'unité du droit international. Les craintes d'interventions parallèles et potentiellement concurrentes se sont concrétisées à l'occasion de deux affaires récentes, celles de l'Espadon et celle de l'Usine Mox, qui n'ont cependant pas abouti à un conflit de jurisprudence. Plus récemment, l'affaire des Usines de pâtes à papier donne lieu également, sinon à un conflit de juridiction voire de jurisprudence, du moins à l'intervention de plusieurs mécanismes de règlement des différends.

(2) - Dans un deuxième temps de la recherche, l'équipe s'est interrogée sur la contribution des juridictions internationales à l'internationalisation du droit de l'environnement. Juge « bâtisseur », juge « développeur », juge « co-déterminateur » du sens de la norme: le champ de la protection de l'environnement illustre remarquablement, avec un contentieux croissant, la montée en puissance des juges. L'équipe s'est interrogée sur le degré de réceptivité et d'ouverture des juges aux questions environnementales. Quelle place accordent-ils aux exigences environnementales par rapport aux autres exigences? Dans quel sens font-ils pencher la balance par rapport à d'autres considérations qu'elles soient économiques ou sociales? Les ambiguïtés, les incertitudes, l'élasticité du droit de l'environnement n'augmentent-elles pas le pouvoir d'appréciation du juge?

Il apparaît que, dans le nouveau paysage juridique qui se dessine sous nos yeux, les juridictions internationales, à la fois plus nombreuses et plus actives, occupent une place croissante. La multiplication des juridictions ou quasi-juridictions, intervenant à des échelles (nationale, régionale, universelle) très différentes exerce des effets positifs sur l'amélioration de la protection de l'environnement. Dans ce nouveau contexte d'un droit mondialisé, le droit de l'environnement met en lumière un juge «*passer de frontières* ». La dynamique juridique ainsi créée représente l'un des éléments majeurs dans le phénomène de construction d'un «*droit commun*» (M. DelmasMarty) de l'environnement, si nécessaire au regard de l'aggravation des menaces à l'environnement. Pour autant, la portée de ces échanges croissants demeure incertaine. S'ils contribuent à la mise en cohérence du corpus foisonnant du droit de l'environnement, ils n'assurent pas une plus grande prévisibilité. Les démarches, par leur caractère casuistique, nous plongent dans une nouvelle «*flexisécurité* », pour reprendre un oxymore dans l'air du temps. Elles confèrent, quoi qu'il en soit, plus de pouvoir au «*troisième pouvoir* ». Les juges trouvent leur place dans la «*gouvernance* » y compris à l'échelle internationale, ce qui ne va pas sans susciter craintes et critiques.

1 Sentence arbitrale, *Affaire des Phoques à fourrure de la mer de Behring* (Royaume-Uni c. États-Unis), 15 août 1893.

2 Sentence arbitrale, 11 mars 1941, *Fonderie du Trail* (États-Unis c. Canada), R.S.A., tome III, p. 1907 et ss.

3 Sentence arbitrale du 16 novembre 1957) opposant la France et l'Espagne, R.S.A., vol. XII, p. 285 et ss.

4 Sentences arbitrales du 15 janvier, 12 février et 27 septembre 1968, États-Unis c. Canada, *International Legal Materials*, 1969, vol. 8, p. 118 et suiv.

5 L. Boisson de Chazournes, « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de l'environnement: enjeux et défis », *RGDIP*, 1995, p. 48.

6 P.-M. Dupuy, « À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection de l'environnement », in *Les hommes et l'environnement*, En hommage à A. Kiss, M. Prieur ed., Frison Roche, Paris, 1998, p. 275

7 Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 août 2000, *Southern Bluefin Tuna Case, Australie et Nouvelle Zélande c. Japon*, <<http://www.intfish.net/cases/fisheries/sbt2/index.htm>> consulté le 1^{er} mars 2008.

B Sentence du 2 juillet 2003, *Final Award, Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention*, Irlande c. Royaume Uni.

9 Sentence arbitrale, *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre les chlorures du 3 décembre 1976*, Pays-Bas c. France, 12 mars 2004.

10 *Arbitration regarding the Iron Rhine 'Ijzeren Rijn' Railway*, The Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, sentence du 24 mai 2005.

11 Cf. S. Maljean-Dubois (dir.), *Changements climatiques. Les enjeux du contrôle international*, La DF, Paris, 2007, 383 p.

12 Par ex. L. Kramer, *Casebook on EU Environmental Law*, 2002, Oxford; Portland, Or. Hart, 440 p