

Recherche réalisée avec le soutien de la  
Mission de recherche Droit et Justice  
Convention 06.16

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

Rapport final de recherche

Mai 2008

Projet sous la direction de

Sandrine Maljean-Dubois, Directeur de recherches au CNRS

(CERIC – UMR 6201 Droit public comparé – Droit international et Droit européen)

*Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n°06.16). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.*

## *SOMMAIRE*

<b>Sommaire</b> .....	<b>1</b>
<b>Présentation de la recherche</b> .....	<b>2</b>
• Composition de l'équipe.....	2
• Élaboration des supports bibliographiques.....	3
• Organisation de séminaires et journées d'étude .....	4
• Publications.....	6
<b>Rapport de recherche</b> .....	<b>7</b>
<b>Index des sigles, acronymes et abréviations</b> .....	<b>8</b>
Introduction.....	9
<b>Chapitre 1. Le (non) système juridictionnel international est-il adapté au règlement des différends environnementaux ?</b> .....	<b>11</b>
Section 1. L'adaptation du cadre procédural .....	11
Section 2. La (dés)articulation entre les juridictions .....	49
<b>Chapitre 2. Quelle contribution des juridictions à l'internationalisation du droit ?</b> .....	<b>56</b>
Section 1. Une position nouvelle dans un contexte de développement et d'internationalisation du droit de l'environnement .....	57
Section 2. Une contribution majeure au développement d'un droit de l'environnement « global » ?.....	62
<b>Annexes</b> .....	<b>72</b>
<b>Bibliographie</b> .....	<b>151</b>
<b>Table des matières</b> .....	<b>174</b>

## ***PRESENTATION 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. La recherche 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.

La méthodologie de cette recherche s'est caractérisée nécessairement par la diversité des outils. 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 notre 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.

Reposant sur une équipe élargie par rapport à la proposition initiale, le calendrier prévisionnel a dans l'ensemble été respecté. La recherche a été marquée par l'élaboration des supports bibliographiques, rythmée par l'organisation de différents séminaires et journées d'études, et a abouti à la publication de résultats partiels.

### ***• Composition de l'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**

D'autres membres du CERIC ont apporté des contributions plus ponctuelles :

- **BELLIER Stéphanie, ATER à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne**
- **COLAVITTI Romélien, Allocataire de recherches**
- **GHERARI Habib, Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III**
- **LAMBERT-HABIB Marie-Laure, Maître de conférences à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III**
- **MEHDI Rostane, Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III**
- **RUBIO Nathalie, Maître de conférences à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III**
- **TUDELA Hélène, Allocataire-monitrice**

S'agissant du volet constitutionnel et administratif, la recherche a associé sept internistes de l'UMR 6201 (Institut Louis Favoreu à Aix-en-Provence, Institut d'Études Ibériques et Ibérico-Américaines à Pau) :

- **ALCARAZ Hubert, Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour**
- **CAMBOT Pierre, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour**
- **CAPITANI Amandine, ATER à l'Université de Perpignan Via Domitia**
- **LE BOT Olivier, Maître de conférences à l'Université de Caen**
- **LECUCQ Olivier, Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour**
- **PAPAPOLYCHRONIOU Sophia, Docteur en droit**
- **PINI Joseph, Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III**

L'équipe a enfin associé trois chercheurs extérieurs à l'UMR 6201 :

- **BILLET Philippe, Professeur à l'Université de Bourgogne, Président de la Société française pour le droit de l'environnement**
- **FÉVRIER Jean-Marc, Professeur à l'Université de Perpignan, Avocat au Barreau de Paris**
- **HERVÉ-FOURNEREAU Nathalie, Chargée de recherche au CNRS, Institut de l'Ouest «Droit et Europe » (IODE UMR 6262 CNRS-Université de Rennes I)**

La rédaction du rapport a été coordonnée par Sandrine Maljean-Dubois, à partir des contributions de l'ensemble des membres de l'équipe.

### • *Élaboration des supports bibliographiques*

La première étape a consisté dans l'élaboration de supports bibliographiques qui, s'ils ne constituent que des instruments préparatoires, des supports pour la recherche, présentent déjà en eux-mêmes une forte valeur ajoutée. En effet, outre une sélection de documents officiels particulièrement topiques, ont été recensées :

- d'une part, les principales références doctrinales (francophones et anglophones) pertinentes au regard de l'objet de l'étude ;
- et, d'autre part, les affaires à portée environnementale ayant donné lieu à une décision juridictionnelle ou arbitrale internationale. Ce recensement jurisprudentiel systématique couvre donc non seulement tous les arbitrages internationaux portant sur des différends à composante environnementale, mais aussi la jurisprudence d'un nombre important de juridictions internationales : Cour internationale de Justice et Cour Permanente de Justice Internationale, Cour et Commission européennes des droits de l'homme, Cour et Commission interaméricaines des droits de l'homme, Cour et Commission africaine des droits

de l'homme et des peuples, Tribunal international du droit de la mer, GATT/OMC, CIRDI et mécanismes de règlement des différends de l'ALENA (*annexe I*). La jurisprudence à dimension environnementale de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes n'a pas fait l'objet du même recensement, car cette jurisprudence très étoffée a déjà été recensée de manière systématique par certains auteurs. Elle a en revanche été explorée spécifiquement par les membres de l'équipe en charge de leur étude.

Ce recensement de la jurisprudence internationale a constitué un outil précieux.

La bibliographie (située en fin de rapport) a été réalisée par Jean-Christophe Martin, enrichie par les recherches des membres de l'équipe, puis actualisée et mise en forme par Donia Landoulsi-Faure, assistante de recherche au CERIC et Mounia Ben Hammou, doctorante au CERIC.

### • *Organisation de séminaires et journées d'étude*

#### - Séminaire sur l'affaire de l'Usine Mox (à sept mois)

Le séminaire sur « Le contentieux de l'Usine Mox devant les juridictions internationales et européenne » s'est tenu le 11 mai 2007 à Aix-en-Provence. L'affaire de l'Usine Mox constitue, nous l'avons rappelé, une affaire particulièrement importante pour le thème de notre recherche, et il s'est ainsi avéré très intéressant de réunir treize enseignants-chercheurs et praticiens afin de discuter et confronter leurs points de vue sur les décisions rendues dans cette affaire et les problématiques générales et très actuelles qu'elles illustrent et alimentent.

Ont participé aux travaux : Laurence Boisson de Chazournes, Professeur à l'Université de Genève ; Jacques Bourrinet, Professeur émérite à l'Université Paul Cézanne ; Jean-Pierre Cot, Juge au Tribunal international du droit de la mer ; Pierre-Marie Dupuy, Professeur à l'Institut européen de Florence ; Pierre Michel Eisemann, Professeur à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne ; Habib Gherari, Professeur à l'Université Paul Cézanne ; Yann Kerbrat, Professeur à l'Université du Littoral ; Pieter-Jan Kuijper, Service juridique de la Commission européenne, Chef de l'unité relations extérieures ; Sandrine Maljean-Dubois, Chargée de recherche au CNRS ; Jean-François Marchi, Maître de conférences à l'Université Paul Cézanne ; Jean-Christophe Martin, post-doctorant au CERIC ; Rostane Mehdi, Professeur à l'Université Paul Cézanne ; Alain Piquemal, Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis.

Après les allocutions d'ouverture et le rapport introductif (présenté par Sandrine Maljean-Dubois et Jean-Christophe Martin), deux tables rondes thématiques, très vivantes, se sont succédées. La première, introduite et présidée par le Professeur H. Gherari, portait sur les « Relations entre normes, relations entre juridictions ». La seconde, introduite et présidée par le Professeur Pierre-Marie Dupuy, portait sur la « Place des considérations environnementales dans les décisions rendues ».

Il est à préciser à cet égard que nous avons choisi pour ce séminaire une formule assez audacieuse mais qui a manifestement donné satisfaction aux intervenants comme au public : il s'agissait en effet de deux « véritables » tables rondes, dans lesquelles les intervenants ont pu discuter librement, dans une interaction et une émulation constante, sans qu'un sujet défini ne leur soit attribué à l'avance. La souplesse de cette formule a été sans conteste déterminante du dynamisme et de la richesse des travaux.

Afin de diffuser et valoriser les travaux de ce séminaire, un film de l'intégralité des travaux a été monté (jeu de 2 DVD figurant en annexe de notre rapport intermédiaire) et les travaux peuvent désormais être visionnés en ligne sur le site du CERIC <<http://webmaster.ceric.free.fr/Mox/moxaccueil.html>>.

**- Séminaire d'étape fermé (à huit mois), 5 juin 2007**

Un séminaire d'étape a réuni au début du mois de juin, dans les locaux du CERIC, les membres de l'équipe de recherche afin de dresser le bilan – positif au regard des objectifs que nous nous étions fixés – des neuf mois passés depuis le lancement du programme et de faire le point sur la suite de la recherche.

**- Journée d'études de Pau (à 12 mois), 12 octobre 2007, « Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement »**

Bien que cette journée d'études ne figure pas dans le calendrier initial du programme de recherche, sa mise en place est apparue souhaitable aux fins du présent programme de recherche ; elle a permis à la fois d'approfondir et d'élargir le champ de l'étude. Cette journée d'études, qui a eu lieu à Pau, a réuni des chercheurs en sciences juridiques afin d'éclairer plusieurs aspects parmi les plus importants de notre thème d'étude (place et rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement). Nous avons procédé ainsi à l'ouverture initialement prévue de notre sujet puisqu'il s'est agi non seulement de se pencher sur le rôle de juridictions internationales dans le développement du droit de l'environnement, mais aussi du rôle de juridictions nationales, principalement constitutionnelles mais aussi administratives, dans une perspective comparatiste très fertile.

Dans le cadre de cette journée d'études, l'équipe mise sur pied pour mener le programme de recherche a à nouveau été entourée, comme pour le séminaire sur l'affaire Mox et le séminaire sur l'affaire des Produits biotechnologiques, par des personnalités extérieures du monde académique, jeunes chercheurs et chercheurs expérimentés de divers horizons et dont les champs de compétences étaient variés.

Cette journée d'études a été parrainée par la Société Française du Droit de l'Environnement.

**- Séminaire de Genève (à 12 mois), 19 octobre 2007, « L'affaire des Produits biotechnologiques à l'OMC »**

Comme cela était initialement prévu, un séminaire s'est tenu le 19 octobre 2007 à Genève, l'équipe de recherche comptant parmi ses membres des chercheurs de l'Université de Genève. Le lieu fixé pour ce séminaire semblait d'autant plus judicieux qu'il était question de décortiquer, dans son contenu et ses implications, l'affaire Communautés européennes - Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, qui a donné lieu à un rapport (de plus de 1000 pages) du Groupe spécial de l'OMC rendu le 29 septembre 2006. Il s'agit là, à l'instar de l'affaire de l'Usine Mox, d'une affaire particulièrement intéressante dans le cadre de notre recherche et le rapport du Groupe spécial ouvre de multiples pistes d'étude stimulantes. Cette affaire, opposant les États-Unis, le Canada et l'Argentine aux Communautés européennes, offre ainsi une bonne illustration de l'attitude de l'Organe de règlement des différends de l'OMC dans des affaires présentant une portée environnementale et portant sur un domaine particulièrement sensible et controversé. L'articulation du droit de l'OMC avec le droit international de l'environnement, la place accordée par le Groupe spécial aux considérations environnementales et, principalement, aux instruments juridiques de protection de l'environnement seront ainsi au cœur de l'analyse. Outre des universitaires réputés pour leur expertise en matière de droit de l'OMC, le séminaire a permis la participation de praticiens, grâce notamment aux contacts dont dispose l'équipe genevoise constituée autour du Professeur Laurence Boisson de Chazournes.

Ce séminaire a bénéficié d'un co-financement de l'Université de Genève et de l'Agence Nationale de la Recherche (ANR) dans le cadre d'un projet portant sur « La gouvernance internationale du commerce des OGM. Entre le face-à-face États-Unis / Union européenne et la stratégie des acteurs économiques des PED ».

**- Séminaire final de restitution (à 15 mois), 11 janvier 2008**

L'équipe de recherche constituée aux fins du programme s'est réunie lors d'un séminaire final fermé afin de dresser le bilan des travaux conduits dans le cadre du programme de recherche ainsi que le canevas du rapport final.

**• Publications**

Les résultats présentés dans ce rapport ont déjà fait l'objet partiellement, ou vont prochainement faire l'objet, de publications dans différents supports :

- Sandrine Maljean-Dubois & Jean-Christophe Martin, « L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux », *Journal du Droit International*, vol. 134, n°2/2007, pp. 437-472

- Intégralité des travaux de la journée d'études sur l'affaire Mox mise en ligne sur le site Internet du CERIC <<http://webmaster.ceric.free.fr/Mox/moxaccueil.html>>

- Dossier spécial sur *L'affaire Produits biotechnologiques à l'OMC*, à paraître à la *Revue européenne de droit de l'environnement*, n°2/2008, avec les contributions suivantes :

. « Présentation », par Marie-Pierre Lanfranchi

. « L'affaire *CE-produits biotechnologiques* : éléments du débat judiciaire », Marie-Pierre Lanfranchi

. « Le spectre de l'isolation clinique: quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux? », Sandrine Maljean-Dubois

. « La relation entre l'article 5:1 et l'article 5:7 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) à la lumière de l'affaire Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques », Makane Moïse Mbengue

- Jean-Christophe Martin, « La confidentialité du règlement des différends à l'OMC », *Les Annales de Droit*, n° 2, 2008, pp. 159-180.

- Olivier Lecucq & Sandrine Maljean-Dubois (co-dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Actes de la 3<sup>ème</sup> journée d'études de l'UMR6201, Pau, 12 octobre 2007, à paraître chez Bruylant, Bruxelles, 2008, 384 p. L'ouvrage sera envoyé dès sa parution à la Mission de recherche Droit et justice.

***RAPPORT DE RECHERCHE***



## ***INDEX DES SIGLES, ACRONYMES ET ABREVIATIONS***

AEM	Accord(s) environnemental(ux) multilatéral(ux)
AFDI	Annuaire français de droit international
AJDA	Actualité juridique droit administratif
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CDB	Convention sur la diversité biologique
CDI	Commission du droit international
CEE-NU	Commission économique pour l'Europe des Nations Unies
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRC	Agence Internationale pour la Recherche sur le Cancer
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des Communautés Européennes
CMB	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay)
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CTE	Comité du Commerce et de l'Environnement
DR	Décision sur la recevabilité
ECE-ONU	Commission économique pour l'Europe des Nations Unies
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
IETA	International Emissions Trading Association
JDI	Journal du droit international
MARD	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
OGM	Organisme génétiquement modifié
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non-gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
ORD	Organe de règlement des différends (OMC)
OSPAR	Protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention pour la)
OVM	Organisme vivant modifié
PIC	Information préalable en connaissance de cause
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'Environnement
POP	Polluants organiques persistants
PPP	Principe pollueur-payeur
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
Rec.	Recueil
RSA	Recueil des sentences arbitrales
SPS	Sanitaires et phytosanitaires (Accord sur les mesures)
TA	Tribunal administratif
TADM	Tribunal arbitral du droit de la mer
TCE	Traité instituant la Communauté européenne (Traité de Rome consolidé)
TIDM	Tribunal international du droit de la mer

## INTRODUCTION

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*<sup>1</sup>, celle rendue en 1941 dans l'affaire de la *Fonderie du Trail*<sup>2</sup>, celle rendue en 1956 dans l'affaire du *Lac Lanoux*<sup>3</sup>, ou encore celle rendue dans l'affaire du *Barrage de Gut*<sup>4</sup>.

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 interétatiques a été réglée par la négociation d'accords de compensation, conclus sans référence à des règles de contentieux international<sup>5</sup>, 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* »<sup>6</sup>. 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 Gabčíkovo-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

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

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

<sup>3</sup> Sentence arbitrale du 16 novembre 1957 opposant la France et l'Espagne, R.S.A., vol. XII, pp. 285 et ss.

<sup>4</sup> 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.

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

<sup>6</sup> 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.

deux ordonnances en indication de mesures conservatoires, et la toute récente *Instance introduite par l'Équateur contre la Colombie (Équateur 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*<sup>7</sup>, arbitrage OSPAR dans l'affaire de l'*Usine Mox*<sup>8</sup> et arbitrage de l'*Apurement des comptes*<sup>9</sup>. Il faut également citer la sentence rendue en l'affaire dite du *Rhin de fer* entre la Belgique et les Pays-Bas<sup>10</sup>. 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 climatiques<sup>11</sup>.

De son côté, la Cour de Justice des Communautés européennes a développé d'assez longue date une volumineuse jurisprudence dans le domaine de l'environnement<sup>12</sup>.

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 (chapitre 1) et, d'autre part, celui de la contribution des juridictions à l'internationalisation du droit de l'environnement (chapitre 2).

<sup>7</sup> 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<sup>er</sup> mars 2008.

<sup>8</sup> Sentence du 2 juillet 2003, *Final Award, Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention, Irlande c. Royaume Uni*.

<sup>9</sup> 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.

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

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

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

## **CHAPITRE 1. LE (NON) SYSTEME JURIDICTIONNEL INTERNATIONAL EST-IL ADAPTE AU REGLEMENT DES DIFFERENDS ENVIRONNEMENTAUX ?**

Nous nous interrogerons d'abord sur l'adaptation du cadre procédural, à travers une analyse comparative du fonctionnement des différentes juridictions internationales. Nous réfléchirons ensuite aux problèmes d'articulation-désarticulation entre ces juridictions.

### **Section 1. L'adaptation du cadre procédural**

L'adaptation du cadre procédural au règlement des différends internationaux relatifs à l'environnement s'analyse à différents niveaux, parmi lesquels nous avons particulièrement retenu les conditions de participation au procès international (I), les modalités d'appréciation des aspects technico-scientifiques (II) et la faculté d'ordonner des mesures conservatoires (III).

#### **I. La participation au procès international**

Une série de verrous ou de freins marquent les conditions du droit de recours devant le juge international. Cette étroitesse peut-elle empêcher le déclenchement de procédures judiciaires internationales ? Quelle place est faite aux individus, aux ONG ? Comment est conçu l'intérêt à agir ? Plutôt largement ou plutôt strictement ? Un droit d'intervention est-il reconnu aux tierces parties ? Quelles sont les possibilités d'*amicus curiae* ? Il s'agira ainsi de déterminer quels sont, devant les différents prétoires, les titulaires du droit d'action et quelles sont les conditions à l'exercice du droit d'action (1), ainsi que les conditions d'intervention des tiers à l'instance (2).

##### *1. Les titulaires du droit d'action*

La problématique varie selon les juridictions considérées.

##### **a. Cour internationale de Justice et Tribunal international du droit de la mer**

La Cour internationale de Justice (CIJ), qui possède une compétence générale pour trancher les différends internationaux, paraît très désireuse d'être sollicitée pour des litiges environnementaux. Lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, à Rio en 1992, son Président d'alors le rappelait avec force<sup>14</sup>. L'année suivante, peu de temps après sa saisine par la Hongrie et la Slovaquie, la Cour constituait une Chambre spéciale de 7 membres en charge des questions d'environnement, « *compte tenu des faits qui se sont produits au cours de ces dernières années dans le domaine du droit et de la protection de l'environnement, et considérant qu'elle devait être prête dans toute la mesure du possible à traiter de toute affaire d'environnement relevant de sa juridiction* »<sup>15</sup>. Craignant la multiplication des juridictions spécialisées, notamment suite au précédent de la création du Tribunal international du droit de la mer, la Cour envoyait par cette création un « signal fort » aux États. Mais, finalement, en 2006, la Cour a pris la décision de ne pas renouveler cette chambre en ne procédant pas à de nouvelles élections, considérant « *le droit de l'environnement comme faisant partie du droit international dans son ensemble, et du fait qu'aucune affaire n'avait jusque-là été soumise à la chambre pour les questions d'environnement* »<sup>16</sup>. Des États qui le souhaiteraient auraient toutefois la possibilité de demander que soit constituée une chambre en vertu du paragraphe 2 de l'article 26 du Statut

---

<sup>14</sup> Déclaration lue lors de la Conférence par le Greffier de la Cour, M. Eduardo Valencia-Ospina, au nom du Président, *CIJ Annuaire 1991-1992*, n° 46, CIJ, La Haye, 1992, p. 230.

<sup>15</sup> Ce sont les termes mêmes du communiqué en date du 19 juillet 1993 annonçant la constitution de la Chambre. Cette dernière n'a pour l'instant pas fonctionné. Cf. à ce sujet, R. Ranjeva, « L'environnement, la Cour internationale de Justice et sa chambre spéciale pour les questions d'environnement », *AFDI*, 1994, vol. XL, pp. 433 et ss.

<sup>16</sup> Discours du président de la Cour à l'Assemblée générale des Nations Unies (2006).

de la Cour.

Le TIDM a lui aussi constitué une chambre spéciale pour les questions d'environnement (non utilisée). Constituée selon l'article 15 §1 du Statut, la Chambre pour le règlement des différends relatifs au milieu marin du TIDM connaît des différends relatifs à la protection et à la préservation du milieu marin, que les parties conviennent de lui soumettre. Elle est composée de 7 juges. Elle a été récemment reconstituée, à l'automne 2005 et sera en place jusqu'à septembre 2008. On notera que les États conservent aussi la possibilité, en application de l'article 15§2 du Statut du Tribunal, de demander la constitution d'une chambre, comme cela a été le cas dans l'affaire de l'*Espadon*, pour laquelle une chambre spéciale de cinq juges a été constituée<sup>17</sup>.

Plusieurs limites, cependant, peuvent être identifiées concernant l'exercice de la compétence de la CIJ dans le champ de l'environnement.

D'abord, au contentieux, seuls les États peuvent saisir la Cour. Aux termes de l'article 34 du Statut : « *Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour* ». Or, les États sont en principe assez peu enclins à utiliser des procédures considérées comme inamicales, craignant d'ailleurs pour eux-mêmes un effet « boomerang ». Les particuliers, personnes privées ou personnes morales, sont quant à eux exclus de la procédure. La seule possibilité (protection diplomatique) est indirecte et soumise à des conditions très strictes notamment d'épuisement des voies de recours internes et d'accord de l'État. Certes, la proposition est souvent faite en doctrine de leur ouvrir le prétoire, ce qui constituerait sur tous les plans une véritable révolution. Sans vouloir rouvrir le débat, il faut tout de même constater que la plupart des autres juridictions internationales ont étendu le droit de saisine aux particuliers, qu'il s'agisse du Tribunal du droit de la mer, de la CEDH, de la CJCE, des tribunaux administratifs internationaux.

#### **La saisine du Tribunal international du droit de la mer**

Le principe est celui d'une saisine par les États, reposant sur une clause conventionnelle facultative de juridiction obligatoire pour les différends entre États parties « *surgissant entre eux à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention* ».

Selon l'article 287, « *1. Lorsqu'il signe ou ratifie la Convention ou y adhère, ou à n'importe quel moment par la suite, un État est libre de choisir, par voie de déclaration écrite, un ou plusieurs des moyens suivants pour le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention :*

- a) le Tribunal international du droit de la mer constitué conformément à l'annexe VI,*
- b) la Cour internationale de Justice;*
- c) un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII;*
- d) un tribunal arbitral spécial, constitué conformément à l'annexe VIII, pour une ou plusieurs des catégories de différends qui y sont spécifiés. »*

Le droit d'action est toutefois élargi aux organisations internationales et aux particuliers dans certaines circonstances, s'agissant de la chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins (elle est compétente pour les activités menées dans la Zone – il s'agit d'une compétence obligatoire et exclusive, ce qui n'est pas le cas pour les autres domaines). Ceux-ci peuvent opposer : des États parties (a), un État partie et l'Autorité internationale des fonds marins (b), des parties à un contrat qu'il s'agisse d'États parties, de l'Autorité ou de l'Entreprise, d'entreprises d'État ou de personnes physiques et morales (c), des différends pré-contractuels entre l'Autorité et un demandeur de contrat (d), des différends en matière de responsabilité de l'Autorité entre celle-ci et un État partie, une entreprise d'État ou une personne physique et morale (e).

Une évolution en ce sens est certainement inévitable, bien qu'elle ne semble pas pour l'instant avoir une chance d'aboutir à court ou moyen terme. La fonction contentieuse exclut également les organisations internationales, qui ne peuvent demander qu'un avis consultatif et encore sous réserve de se conformer à des conditions très strictes. Sont exclus, y compris de la procédure consultative, les secrétariats ou les Conférences des Parties des accords environnementaux multilatéraux. Ces restrictions constituent des limites considérables à l'exercice de la compétence de la Cour.

<sup>17</sup> Affaire n°7 concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'Espadon dans l'Océan Pacifique du Sud-Est.

Ensuite, la compétence de la CIJ est limitée par le principe du consentement, rappelé encore avec beaucoup de force en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*<sup>18</sup>. Ce consentement peut intervenir une fois le différend survenu ou s'être réalisé antérieurement. Trois moyens permettent principalement aux États d'exprimer leur consentement :

- l'article 36 § 2 du Statut prévoit le consentement préalable à la juridiction obligatoire par le biais d'une déclaration. Cette option ne joue toutefois que difficilement dans la mesure où tous les États n'y ont pas souscrit, où lorsqu'ils le font ils accompagnent leur consentement de réserves, et dans la mesure où joue une condition de réciprocité. L'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* précitée l'illustre bien. Le Canada, dans sa déclaration en vertu de l'art. 36§2, avait expressément exclu les différends « *auxquels pourraient donner lieu les mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada pour les navires pêchant dans [une zone déterminée] (...) et l'exécution de telles mesures* », sachant que ces mesures étaient contraires à la Convention de Montego Bay. La Cour, dans son arrêt sur la compétence, n'a pu que constater que les États formulent des réserves pour des motifs divers et qu'il arrive qu'ils le fassent, précisément, parce que la conformité au droit de leur position ou politique est perçue comme aléatoire.

- Le consentement préalable peut aussi intervenir par le biais d'une clause compromissaire insérée dans un traité. Plusieurs conventions environnementales contiennent une disposition prévoyant le recours à la CIJ en cas de différend y relatif de manière obligatoire ou, plus fréquemment, facultative. Le consentement peut aussi être inséré dans un traité plus général, portant par exemple sur le règlement des différends entre les deux États concernés. C'est ainsi que dans la récente affaire *Équateur c. Colombie*, l'Équateur invoque pour fonder la compétence de la Cour l'article XXXI du traité américain de règlement pacifique du 30 avril 1948 (dit « Pacte de Bogotá »), auquel les deux États sont parties ; il se réfère également à l'article 32 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, l'Argentine a invoqué comme base de compétence le paragraphe 1 de l'article 60 d'un traité signé par l'Argentine et l'Uruguay le 26 février 1975 stipulant que « *Tout différend concernant l'interprétation ou l'application du Traité et du Statut qui ne pourrait être réglé par négociation directe peut être soumis par l'une ou l'autre des Parties à la Cour internationale de Justice* ».

- Le consentement peut également être exprimé dans un compromis, adopté après la survenance d'un différend et pour ce différend spécifiquement. Mais il faut alors vraiment des circonstances exceptionnelles pour que les États franchissent le pas. Dans l'affaire *Gabcíkovo-Nagymaros*, c'est suite à la médiation de la Commission des Communautés européennes qu'un compromis a été signé entre les deux parties. La Hongrie avait bien tenté de saisir la Cour quelque mois plus tôt, mais elle ne pouvait avancer aucune base susceptible de fonder la compétence de la Cour et la Tchécoslovaquie n'avait pas donné suite à sa requête.

Le principe du consentement joue donc lui aussi comme une limite considérable.

Enfin, dernière limite, la Cour ne reçoit pas, en principe tout au moins, les recours « objectifs ». L'existence d'un différend réel et actuel est une condition à l'exercice de la fonction juridictionnelle au contentieux. Or, la Cour retient une acception très étroite de la notion de différend, restreignant d'autant les contours du contentieux et le champ des actions. La Cour entend « différend » dans un sens très rigoureux. Pour elle, un différend est « *un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes* »<sup>19</sup>. Par ses exigences, la Cour élimine également les différends « virtuels » ou « abstraits ». Pour elle, « *Il y a différend, au sens judiciaire du terme, quand un État énonce une prétention qui se heurte sur le terrain du droit*

432. <sup>18</sup> *Compétence en matière de pêcheries, Espagne c. Canada*, arrêt sur la compétence du 4 décembre 1998, *CIJ Recueil 1998*, p.

<sup>19</sup> CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *Rec. série A*, n°2, 1924, p. 11.

à une contestation de la part d'un autre État »<sup>20</sup>. Il n'est donc pas question seulement de thèses contradictoires. Il doit y avoir réclamation d'un État adressée à un autre État qui refuse d'y faire droit. Dans le même sens, « *il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre* »<sup>21</sup>. L'affaire du Cameroun septentrional en a fourni une éclatante illustration. La Cour s'est déclarée « *dans l'impossibilité de rendre un arrêt effectivement applicable* » puisqu'il ne lui était demandé ni de « *redresser l'injustice alléguée* » ni d'« *accorder une réparation quelconque* ». Elle a rappelé que sa fonction est de dire le droit mais « *à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les Parties* » et que son arrêt « *doit avoir des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits et obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques* »<sup>22</sup>. De fait, la Cour ne semble admettre que très restrictivement l'exercice d'un droit d'action *erga omnes*. On sait qu'en règle générale le droit international ne reconnaît pas l'action populaire, soit la possibilité pour tout État de faire établir la responsabilité de tout autre État ayant enfreint la légalité internationale. En 1966, la Cour affirmait « *s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas* »<sup>23</sup>.

Ce principe tolère toutefois une exception : les obligations *erga omnes* dans la mesure où elles créent des droits *omnium*, au respect desquels chacun peut prétendre. La Cour a déjà évoqué la notion explicitement à plusieurs reprises. Dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*, elle a confirmé que « *les droits et obligations consacrés par la convention [sur le génocide] sont des droits et obligations erga omnes* »<sup>24</sup>. Le principe même de la notion est que tout État a un intérêt à agir en cas de violation d'une telle obligation. C'est bien ce que la Cour relevait en l'affaire de la *Barcelona Traction* en énonçant « *tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés* »<sup>25</sup>. Il est ainsi bien admis qu'une violation de l'interdiction du génocide « *donne à tout autre État le droit d'exiger que ces actes ne soient pas commis. N'importe quel autre sujet international pourra donc exiger d'un autre État qu'il ne perpètre pas d'actes de génocide, ou du moins qu'il y mette fin. Tous les États du monde ont le droit de demander impérativement que l'interdiction soit observée* »<sup>26</sup>.

La Cour a, à nouveau, évoqué les obligations *erga omnes* dans son avis du 9 juillet 2004 « *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* ». Elle y considère (§§87-88) que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable *erga omnes*. Et elle en tire des conséquences juridiques pour les « autres États » qu'Israël. Ainsi, puisqu'Israël a violé des obligations internationales *erga omnes*, (obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'auto-détermination, ainsi que certaines obligations qui sont les siennes en vertu du droit international humanitaire) et vu la nature et l'importance des droits en cause, tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem Est. Il appartient par ailleurs à tous les États de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'auto-détermination. En outre, tous les États

<sup>20</sup> Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Pedone, Paris, 1966, p. 32.

<sup>21</sup> *Affaires du Sud Ouest africain, Éthiopie c. Afrique du Sud, Liberia c. Afrique du Sud, Exceptions préliminaires*, arrêt du 21 décembre 1962, *Recueil CIJ* 1962, p. 328.

<sup>22</sup> *Cameroun c. Royaume Uni, Exceptions préliminaires*, arrêt du 2 décembre 1963, *Recueil CIJ* 1963, p. 15.

<sup>23</sup> Cet énoncé avait suscité de fortes contestations, y compris au sein de la Cour elle-même. Cf. *CIJ, Sud-Ouest africain, Deuxième phase, Recueil CIJ* 1966, p. 47 et l'op. diss. du Juge Jessup, *Rec.* 1966, not. pp. 387-388.

<sup>24</sup> *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt sur les exceptions préliminaires*, 11 juillet 1996, *Recueil CIJ* 1996, p. 615, § 31.

<sup>25</sup> Cf. *CIJ, Barcelona Traction Light and Power company, Ltd, deuxième phase, Belgique c. Espagne*, arrêt du 5 février 1970, *Recueil CIJ* 1970, p. 32.

<sup>26</sup> A. Cassese, « La Communauté internationale et le génocide », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mél. M. Virally, Pedone, Paris, 1991, p. 186.

parties à la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention.

Il ne s'agit plus alors de faire valoir un droit subjectif, mais un intérêt objectif au respect de la légalité. Cela conduit directement à une *actio popularis*, même limitée. Le droit international l'autorise pour deux types d'obligations :

- les obligations dites « intégrales », qui obligent l'État s'agissant du traitement de la personne humaine (droits de l'homme, droit humanitaire) ;

- et les obligations dites « interdépendantes », pour lesquelles la qualité de partie suffit à établir l'intérêt pour agir, dans la mesure où aucune personne tiers ou partie ne peut être isolée en tant que créancier de l'obligation<sup>27</sup>. La plupart des obligations contenues dans les traités de protection de l'environnement semblent faire partie de cette catégorie. On notera que dans le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États, tel qu'adopté en 2001, il est admis qu'un État autre qu'un État lésé peut invoquer la responsabilité d'un autre État si « a) *L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble* » (art. 48). Il ressort des commentaires de la Commission du droit international que l'alinéa a) vise notamment les obligations de protection de l'environnement<sup>28</sup>. Reste à savoir jusqu'où, pour l'heure, un tel élargissement correspond au droit positif, même s'il va incontestablement dans le sens de l'évolution du droit international ces vingt dernières années.

### ***b. Arbitrage***

Quant à l'arbitrage, la problématique est voisine de celle exposée pour le CIJ concernant la force du consentement –un peu assouplie toutefois par le principe selon lequel tout différend est arbitral si telle est la volonté des parties– ou les recours objectifs. La pratique récente révèle que les arbitrages ont trouvé leur origine dans une clause conventionnelle d'arbitrage obligatoire (en application du Protocole du 25 septembre 1991 à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976, article 13, à la demande des Pays-Bas ; en application de l'article 32 de la Convention OSPAR pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, à la demande de l'Irlande, dans l'affaire Mox ; en application de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dans l'affaire du Thon à nageoire bleue à la demande de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande contre le Japon) ou plus rarement dans un compromis (conclu par les Pays-Bas et la Belgique dans l'affaire du Rhin de fer).

Par rapport à la CIJ, il existe en revanche une différence notable quant aux titulaires du droit d'action. D'une manière générale, ceux-ci sont les États ; l'arbitrage est un mode de règlement inter-étatique. Les individus ne peuvent agir qu'indirectement, par le canal de la protection diplomatique ; ils demeurent derrière l'écran étatique. L'arbitrage présente cependant davantage de souplesse que le règlement judiciaire. La pratique offre des précédents de contentieux transnational ou transétatique opposant un État à des particuliers (CIRDI pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ; recours à la procédure d'arbitrage CNUDCI pour les différends liés à une question de commerce internationale).

<sup>27</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Précis Domat Droit public, Montchrestien, 2005, p. 240.

<sup>28</sup> Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, p. 345.



### *L'arbitrage CIRDI*

Dans le cadre du CIRDI, deux procédures d'arbitrage sont possibles :

- **L'arbitrage selon les modalités de la Convention de Washington de 1965** si les deux parties au différend sont ressortissantes d'États parties et États parties à la Convention de Washington et si le contrat en cause renvoie à ce mécanisme ou s'il existe un traité (traité bilatéral d'investissement, traité commercial, etc.) qui en dispose ainsi pour les différends relatifs aux investissements entre ressortissants des États parties à ce traité commercial et les États parties à ce traité. Il peut en être de même si l'État de l'investisseur et l'État-hôte sont parties à la Convention de Washington et que le différend tombe dans la catégorie des différends que ces États ont consenti à soumettre à la procédure d'arbitrage de la Convention (même principe que les déclarations facultatives de juridiction obligatoire). Selon l'article 25§1 de la Convention de Washington : « [L]a compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Selon l'article 25§4, « Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre ». La compétence du tribunal arbitral sera bien sûr limitée par les conditions de recours au CIRDI prévues dans la simili-déclaration facultative, le contrat ou le traité auquel le contrat renvoie.

- **L'arbitrage selon les modalités prévues par le règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI**, qui permet la constitution d'un tribunal arbitral notamment dans le cas où l'investisseur privé n'est pas ressortissant d'un État partie à la Convention de Washington ou l'État-hôte n'est pas partie à la convention de Washington. Selon l'article 2 du Règlement du Mécanisme supplémentaire : « Le Secrétariat du Centre est autorisé à administrer, sous réserve et en application du présent Règlement, les procédures mettant en cause un État (ou une collectivité publique ou un organisme d'un État) et un ressortissant d'un autre État et entrant dans les catégories suivantes :

(a) procédures de conciliation et d'arbitrage pour le règlement de différends juridiques qui sont en relation directe avec un investissement et ne relevant pas de la compétence du Centre parce que soit l'État qui est partie au différend, soit l'État dont le ressortissant est partie au différend, n'est pas un État contractant ;

(b) procédures de conciliation et d'arbitrage pour le règlement de différends juridiques ne relevant pas de la compétence du Centre parce qu'ils ne sont pas en relation directe avec un investissement, pourvu que l'État qui est partie au différend ou l'État dont le ressortissant est partie au différend soit un État contractant ; et

(c) procédures de constatation des faits ». Là encore, il faut le consentement des parties : elles ont expressément consenti à se soumettre à ce mécanisme pour un différend précis, ou le contrat en cause renvoie à ce mécanisme, ou un traité (traité bilatéral d'investissement, traité commercial, voire traité instituant des zones de libre échange comme l'ALENA) en dispose ainsi pour les différends relatifs aux investissements entre ressortissants des États parties à ce traité commercial ou d'investissement et les États parties à ce traité. Le Règlement du Mécanisme supplémentaire actuellement applicable est une version révisée entrée en vigueur le 10 avril 2006.

La compétence du tribunal arbitral créé en vertu de la Convention de Washington ou du mécanisme supplémentaire est donc soumise d'une façon ou d'une autre à la règle du consentement (adhésion à la Convention de Washington et renvoi à cette procédure ou consentement à soumettre les différends à la procédure du Mécanisme supplémentaire). Cependant, on sait bien que de par le réseau impressionnant de traités bilatéraux d'investissement en particulier, il est de plus en plus difficile à un État d'échapper à la compétence du CIRDI pour ses différends avec des investisseurs transnationaux. Ceci dit, l'exclusion de certaines catégories de différends de la compétence de tribunaux arbitraux constitués selon les règles CIRDI est toujours possible si cette compétence découle d'une simili-déclaration facultative de juridiction obligatoire (voir la notification par l'Équateur le 4 décembre 2007 selon laquelle désormais les différends relatifs aux investissements qui concernent des ressources naturelles comme le pétrole, le gaz, les ressources minières ou autres sont exclus ; ceci s'expliquant par le fait que les quatre derniers différends mettant en cause l'Équateur sont relatifs au pétrole et aux ressources minières), de même que le retrait de la Convention de Washington (voir par exemple la Dénonciation de la Bolivie, reçue le 2 mai 2007 et prenant effet le 3 novembre 2007).

S'agissant du droit de recours, en ce qui concerne le CIRDI, mode d'arbitrage spécifiquement pensé pour mettre en relation personnes privées et États, les titulaires du droit d'agir sont la personne privée investisseur et l'État-hôte de l'investissement. La catégorie des personnes privées est large : l'investisseur peut autant être une personne morale que physique. Pour prendre un exemple récent, dans l'affaire *Bayview Irrigation District et al. (Claimants) v. United Mexican States (Respondent)*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/1, 19 juin 2007, intervenue dans le cadre du Mécanisme supplémentaire qui est applicable en vertu de l'ALENA, les demandeurs texans étaient au nombre de 46 : 17 districts d'irrigation, 16 particuliers, 4 entreprises, etc.

Notons enfin que la formulation des articles 25 de la Convention de Washington et de l'article 2 du Règlement du Mécanisme supplémentaire pourrait laisser à penser qu'ils donnent accès à l'arbitrage aux collectivités publiques alors qu'en réalité ces articles permettent seulement d'attirer un État-hôte pour le fait de ses collectivités ou autorités publiques.

L'idée de la création d'un « CIRDE » compétent pour les différends relatifs à l'environnement est très stimulante, mais les États ne sont certainement pas prêts à établir le pendant environnemental du CIRDI ; ils n'y possèdent pas les mêmes intérêts. Sur le modèle des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix à l'issue de la première guerre mondiale entre chaque Alliés et les États vaincus, pour statuer sur les réclamations des particuliers à raison des mesures de dépossession prises durant la guerre contre les nationaux

des premiers et après la guerre contre ceux des seconds, ou encore de la Commission mixte sur la dette extérieure allemande après la deuxième guerre mondiale, également compétente pour statuer sur des requêtes privées, la création de tribunaux arbitraux *ad hoc* qui auraient à traiter de réclamations individuelles dans le champ de l'environnement peut aussi être envisagée. Elle serait bien adaptée au règlement de contentieux spécifiques intéressant un grand nombre de particuliers, comme par exemple dans le cas d'un accident entraînant une pollution transfrontière massive.

De son côté, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a été créée par l'Assemblée générale des Nations Unies avec pour « *mandat général à la Commission d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international. La Commission est, depuis, devenue l'organe juridique principal du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international* »<sup>29</sup>. Elle a adopté un Règlement d'arbitrage en 1976. Ce règlement est applicable dès lors que les parties en ont convenu ainsi par écrit, au coup par coup (arbitrage *ad hoc*), dans une clause compromissoire du contrat en litige ou d'un traité. S'agissant des titulaires du droit d'action, le règlement ne mentionne rien. C'est un arbitrage spécifique aux problèmes de commerce international, donc c'est l'objet du différend qui compte. Le Règlement d'arbitrage CNUDCI est applicable tant dans le cas où l'une des parties au différend est un État que dans celui où les deux parties au différend sont des personnes privées<sup>30</sup>. Dans la mesure où il n'existe pas répertoire centralisé spécifique aux décisions de tribunaux arbitraux constitués en vertu du règlement CNUDCI, il s'avère difficile d'identifier des tendances particulières au sujet des catégories de requérants.

La Cour permanente d'arbitrage de La Haye a produit en 2001 un Règlement facultatif pour l'arbitrage de différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement ménageant d'intéressantes possibilités le Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et à l'environnement (2001) concerne justement les différends dont « *une partie au moins n'est pas un État* ». Il se caractérise par sa souplesse, pouvant impliquer « *Les parties privées, les autres entités de droit national ou international, les organisations internationales et les États* ». Le communiqué de presse précise que « *ce règlement peut être utilisé par des États, des OI, des ONG, des multinationales ou toute autre partie privée. Il offre une grande flexibilité en ce qui concerne la nature et le nombre des parties car les différends relatifs à l'environnement opposent souvent plusieurs parties d'origine mixte gouvernementale/non gouvernementale ou même commerciale* ».

Ce règlement pourrait être rendu obligatoire par un renvoi des conventions internationales de protection de l'environnement qui seront négociées dans le futur, ou des conventions actuellement en vigueur modifiées à cet effet, sur le modèle du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels (Kiev, 21 mai 2003), qui prévoit à son article 14 « arbitrage » : « *En cas de différend entre demandeurs de dommages-intérêts en application du Protocole et personnes responsables en vertu du Protocole, et si les deux parties ou toutes les parties en sont ainsi convenues, celui-ci peut être soumis à un arbitrage définitif et contraignant conformément au Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles ou à l'environnement* ». Notons que la CPA a également participé à la rédaction de projets de clauses de règlement des différends qui pourraient figurer dans les contrats de vente des droits d'émission de carbone. La International Emissions Trading Association (IETA)

<sup>29</sup> Site de la CNUDCI <<http://www.uncitral.org/>>.

<sup>30</sup> Sur les différends impliquant un État voir CIEL et IISD, « Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address State Arbitration », février 2007, <[http://www.iisd.org/pdf/2007/investment\\_revising\\_uncitral\\_arbitration.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf)>, consulté le 6 mai 2008.

recommande, dans ses documents d'information et de conseil sur les contrats de carbone, l'utilisation des Règlements environnementaux de la CPA<sup>31</sup>.

On notera qu'au contraire le Traité sur la Charte de l'énergie (Lisbonne, 17 décembre 1994) exclut les différends environnementaux du mécanisme très élaboré de règlement des différends qu'il institue dans sa partie 5 : « *A la demande d'une ou de plusieurs parties contractantes, les différends relatifs à l'application ou à l'interprétation des dispositions du présent article sont examinés par la Conférence de la Charte en vue de leur règlement, pour autant qu'il n'existe pas d'accords concernant l'examen de ces différends dans d'autres enceintes internationales appropriées* » (art. 19§2).

### ***c. L'Organe de règlement des différends de l'OMC***

La procédure de règlement des différends de l'OMC est destinée aux litiges entre les membres, y compris la Communauté européenne (art. 1 à 3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends).

Pour déclencher une procédure, un membre ne doit pas prouver avoir subi un préjudice commercial. Il suffit d'avoir un intérêt « potentiel ». Dans l'affaire des *Bananes*, l'Organe d'appel a considéré que les membres ont une large marge d'appréciation en matière de plaintes. Premièrement, le Mémorandum n'évoque pas explicitement un intérêt à agir du plaignant alors qu'il exige des parties tierces ou d'un membre qui voudrait se joindre à des consultations d'avoir un intérêt « substantiel » (art. 10). Deuxièmement, le droit international général ne fait pas obstacle au traitement de la question de l'intérêt à agir du point de vue spécifique de chaque système concerné. Le chapeau de l'article XXIII§1 du GATT ouvre le règlement des différends au cas d'annulation ou de réduction d'un avantage direct ou indirect en vertu de l'accord OMC ou d'entrave à la réalisation d'un objectif de l'accord. Il assoit par là une conception élargie du *locus standi* par rapport au droit international classique. Mais l'article 3.7 du Mémorandum invite les membres à réfléchir à l'utilité d'une action avant de l'introduire (« *Avant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait utile* »). « *Quant au risque que n'importe quel État agisse à n'importe quel propos (logique d'actio popularis), il est conjuré par l'idée qu'il doit y avoir dans le système une autorégulation, la notion d'intérêt à agir appartenant, elle, à une logique juridictionnelle qui n'est pas tout à fait celle de l'OMC. On considère généralement que les États n'agiront pas s'ils n'y ont pas intérêt. Néanmoins, on s'oriente vers un système où la formulation du droit devient elle-même un enjeu* », comme en témoigne le fait que des membres qui pouvaient être considérés comme ayant gagné en première instance ont quand même fait appel pour obtenir des précisions ou des rectifications purement juridiques<sup>32</sup>.

### ***d. La Cour européenne des droits de l'homme***

S'agissant des titulaires du droit d'action, le système de la Convention européenne des droits de l'homme est complet puisqu'il prévoit aussi bien le droit de recours interétatique (art. 24), que le droit de recours individuel (art. 25).

Le droit de recours interétatique est potentiellement intéressant pour le domaine de l'environnement. Il figure parmi les rares cas où le contentieux international autorise un recours objectif des États. Il est admis, en effet, que les États ont un intérêt juridique à agir chaque fois qu'il y a un manquement à la convention, de quelque manière que ce soit et par quelque État que ce soit. Les États n'ont pas alors à établir un intérêt personnel ou direct à agir. La requête peut donc porter sur la violation des droits de certains individus ; elle peut

<sup>31</sup> Il existe un deuxième règlement sur la conciliation (*Règlement facultatif de la CPA pour la conciliation des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement*).

<sup>32</sup> H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends à l'OMC. La procédure et la jurisprudence », *Les Notes bleues de Bercy*, <[http://www.minefi.gouv.fr/notes\\_bleues/nbb/nbb186/proce.htm](http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/proce.htm)>, consulté le 10 avril 2008. Comme le rappelle H. Ruiz Fabri, les décisions de procédure prises par un Groupe spécial obéissent toutefois à un régime spécifique puisque l'Organe d'appel a précisé, dans le rapport « hormones », que pour pouvoir faire appel d'une telle décision, un requérant devait faire la preuve que cette décision lui avait causé un préjudice.

aussi avoir trait à l'incompatibilité d'une loi avec les libertés garanties dans la convention. En d'autres termes, les États ont ici la possibilité de déclencher une action publique internationale. Ceci dit, le droit de recours étatique est anecdotique. Ce n'est que dans cinq affaires en tout et pour tout – et encore s'agit-il d'affaires anciennes présentant un contexte politique bien particulier – que les États ont eu le courage politique et diplomatique d'utiliser la possibilité que la convention leur réserve. Toutefois, cette dernière demeure ouverte et constitue un potentiel non négligeable s'agissant de défendre un « ordre public écologique ».

La Convention européenne des droits de l'homme entend largement le droit de recours individuel. Son article 25 autorise les individus comme les personnes morales à introduire des requêtes – « *toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers* ». Une association, un parti politique, un groupe d'habitants ou des élus locaux agissant à titre individuel ont qualité pour introduire une requête. Mais contrairement au requérant étatique, le requérant individuel doit établir qu'il a un intérêt à agir. Il n'est plus question ici de la défense d'un ordre public écologique, ou d'un contrôle objectif, ou encore de demander un examen de la compatibilité d'une loi avec la convention *in abstracto*. Il a souvent été rappelé que l'article 25 de la convention n'institue pas une *actio popularis* qui permettrait à toute personne de dénoncer toute violation de la convention par un État partie. Le requérant doit, pour démontrer son intérêt à agir, alléguer qu'il a été personnellement victime d'une violation de la convention.

S'il s'agit d'une personne morale, elle doit avoir été victime en tant que telle. Une association, une ONG, par exemple, n'est pas recevable à dénoncer une violation subie par ses adhérents ou une partie de ses adhérents, ni une violation résultant d'un acte lésant les intérêts collectifs qu'elle s'est donnée pour mission de défendre. Dans l'affaire *Jean Asselbourg et 78 autres personnes physiques ainsi que l'association Greenpeace Luxembourg c. Luxembourg*, la Cour considère ainsi que l'association Greenpeace qui possède son siège social à proximité d'une aciérie – sont contestés les arrêtés en portant autorisation – ne peut se prétendre victime elle-même et en tant que telle d'une violation de l'article 8 dès lors que l'atteinte au droit au respect du domicile résulte, comme allégué en l'espèce, de nuisances ou de troubles qui ne peuvent être ressentis que par des personnes physiques. L'association « *ne pourrait agir que comme représentante de ses membres ou de ses salariés, au même titre par exemple qu'un avocat représentant son client* »<sup>33</sup>.

S'il s'agit d'un individu, il doit établir qu'il a été personnellement victime d'une action ou d'une omission. Or, la Cour entend strictement la notion de victime. Selon la jurisprudence traditionnelle, la personne qui se borne à exprimer la crainte qu'une violation *future* de la convention risque d'être commise à son égard ne peut se prétendre victime. « *La Commission rappelle (...) que la Convention ne prévoit pas d'actio popularis, mais exige que le requérant établisse qu'il est ou sera personnellement et directement affecté par une action ou une omission constitutive d'une violation de la Convention. Il faut donc qu'il y ait lésion effective d'un droit et non pas simple menace d'une lésion* »<sup>34</sup>. Ces exigences sont peu favorables et ne permettent pas une approche préventive, essentielle dans le domaine de l'environnement.

Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la notion de victime est élargie et que les organes de Strasbourg admettent la notion de « victime potentielle ». Dans l'affaire *Jean Asselbourg et 78 autres personnes physiques ainsi que l'association Greenpeace Luxembourg c. Luxembourg* précitée, la Cour rappelle que : « *l'exercice du droit de recours individuel ne saurait avoir pour objet de prévenir une violation de la convention. Ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le risque d'une violation*

---

<sup>33</sup> Req. n°29121/95, décision sur la recevabilité de la Cour du 29 juin 1999. DR Commission 1<sup>er</sup> juillet 1998, pour une association des Amis de Saint Raphaël et de Fréjus c. France qui invoquait une violation de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention. Req. 38/92/97 (« En l'espèce, ce n'est manifestement pas l'association requérante en tant que telle qui est victime de la violation alléguée des droits garantis par l'article 1 du Protocole N° 1 à la Convention. Seuls les membres de l'association requérante pourraient, le cas échéant, se prétendre victimes d'une atteinte à ces droits »).

<sup>34</sup> Cf. *Association des Amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et autres c. la France*, req. n°38192, Décision sur la recevabilité du 1<sup>er</sup> juillet 1998, § I.

*future peut néanmoins conférer à un requérant individuel la qualité de ‘victime’, sous réserve toutefois qu’il produise des indices raisonnables et convaincants de la probabilité de réalisation d’une violation en ce qui le concerne personnellement ; de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes à cet égard ». En l’espèce, « la seule invocation des risques de pollution inhérents à la production d’acier à partir de ferrailles ne suffit pas pour permettre aux requérants de se prétendre victimes d’une violation de la Convention. Il faut qu’ils puissent prétendre, de manière défendable et circonstanciée, que faute de précautions suffisantes prises par les autorités, le degré de probabilité de survenance d’un dommage est tel qu’il puisse être considéré comme constitutif d’une violation, à condition que l’acte critiqué n’ait pas des répercussions lointaines (...) »<sup>35</sup>.*

La décision sur la recevabilité de la Commission rendue peu avant dans l’affaire *Daniil Gounaridis, Nicos Iliopoulos et Archonids Papapostolou c. la Grèce*<sup>36</sup> rendue peu avant allait dans le même sens. Les requérants se plaignaient de deux lois de 1995 prévoyant notamment la construction d’une nouvelle route périphérique près de l’aéroport d’Athènes. La Commission y précisait que le risque d’une violation future peut conférer à un requérant la qualité de victime d’une violation de la Convention lorsque, par exemple, une législation, « sans avoir été appliquée personnellement au requérant, lui fait courir le risque d’être affecté directement, dans les conditions précises de son existence », mais là encore sous réserve « qu’il produise des indices raisonnables et convaincants de la probabilité de réalisation d’une violation en ce qui le concerne personnellement ; de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes à cet égard ». Ici, les requérants « se bornent à invoquer un risque futur et n’apportent pas la moindre preuve pour étayer leurs allégations » alors même qu’ils auraient dû pouvoir prétendre « de manière défendable et circonstanciée, que le degré de probabilité de survenance d’un dommage les affectant directement est tel qu’il puisse être considéré comme constitutif d’une violation ».

L’arrêt de la CEDH du 22 mai 2003 rendu dans l’affaire *Kyrtatos c. Grèce* fournit une autre illustration. Cette affaire portait sur la question de la validité des permis de construire de deux maisons à proximité d’un marais, au regard de l’article 24 de la Constitution grecque relatif à la protection de l’environnement. La Cour saisit l’occasion pour expliquer que « Ni l’article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l’environnement en tant que tel » et que « l’élément crucial qui permet de déterminer si, dans les circonstances d’une affaire, des atteintes à l’environnement ont emporté violation de l’un des droits sauvegardés par le paragraphe 1 de l’article 8 est l’existence d’un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d’une personne, et non simplement la dégradation générale de l’environnement ». Tel n’est pas le cas en l’espèce car, « à supposer même que les aménagements urbains effectués dans la zone aient eu de graves répercussions sur l’environnement, les requérants n’ont présenté aucun argument convaincant démontrant que le tort qui aurait été causé aux oiseaux et autres espèces protégées vivant dans le marais était de nature à porter directement atteinte à leurs propres droits garantis par l’article 8 § 1 de la Convention. Il en irait autrement si, par exemple, les dommages à l’environnement dénoncés avaient occasionné la destruction d’une zone forestière à proximité de la maison des requérants, situation qui aurait pu affecter plus directement leur propre bien-être. En conclusion, la Cour ne saurait admettre que l’ingérence dans les conditions de la vie animale dans le marais nuit à la vie privée ou familiale des requérants »<sup>37</sup>.

À l’échelle universelle, devant le Comité des droits de l’homme, la même limite est rencontrée. Dans plusieurs affaires environnementales, les requêtes ont été jugées irrecevables parce que les requérants n’avaient pas démontré leur qualité de victime<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Décision précitée sur la recevabilité du 29 juin 1999.

<sup>36</sup> Requête n° 41207/98, décision sur la recevabilité de la Commission du 21 octobre 1998.

<sup>37</sup> Arrêt de la Cour (Première section) du 22 mai 2003, *Recueil des arrêts et décisions 2003-VI*, req. n°41666/98, §52-53.

<sup>38</sup> Cf. affaire *Vaihere Bordes et M. John Temeharo c. France*, communication n° 645/1995, décision d’irrecevabilité adoptée le 30 juillet 1996 <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/d38e800aab52cd4d802567a00039861f?OpenDocument>>, consulté le 1er avril 2008. Voir

Le champ du droit d'action dans la Convention européenne des droits de l'homme présente ainsi des limites importantes pour le domaine de l'environnement<sup>39</sup>.

## 2. L'intervention

Carlo Santulli nous rappelle que le droit du contentieux international distingue trois types d'intervention :

- la première, traditionnelle, permet à un tiers intéressé de faire valoir ses intérêts dans une procédure qui les met en cause (l'intervention en défense d'un intérêt) ;
- la deuxième, plus originale, permet à un tiers de faire valoir son interprétation d'un texte qui lui est applicable et qui est invoqué dans la procédure (l'intervention en interprétation) ;
- la troisième, plus souple, permet à un tiers sans intérêt (l'*amicus curiae*) de présenter des observations dans une affaire<sup>40</sup>.

Sans qu'il soit besoin de revenir ici sur ces trois types d'intervention, il semble important de dire quelques mots de la troisième possibilité qui trouve particulièrement à s'appliquer dans le champ de l'environnement.

L'*amicus curiae* (littéralement l'ami de la Cour) est une procédure connue par différents droits internes qui permet à un tiers de faire valoir son point de vue au cours de l'instance sans y être partie. Mais comme le tiers n'est pas véritablement intervenant, il n'a aucun droit dans la procédure et son mémoire peut être rejeté discrétionnairement par la juridiction, sans même une obligation de motivation. Ses prétentions ne sont pas des conclusions, ni même des moyens<sup>41</sup>. Dans le champ de l'environnement, la procédure sera toutefois souvent le seul moyen pour permettre à des ONG ou des individus de faire valoir leur point de vue<sup>42</sup>.

L'*amicus* est généralement admis dans le cadre des **procédures consultatives**. Ainsi, dans l'affaire *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé* (avis consultatif du 9 juillet 2004), la Cour a autorisé l'Organisation de la Conférence islamique à participer à la procédure suite à sa demande. Par lettre du 19 janvier 2004, le Greffe de la Cour a informé le Secrétariat général de l'Organisation de la Conférence islamique que, conformément à l'article 66 de son Statut, la Cour avait décidé que l'Organisation était susceptible de fournir des renseignements sur la question dont la Cour est saisie. L'Organisation a en conséquence été autorisée à présenter à la Cour un exposé écrit et à participer à la procédure orale<sup>43</sup>.

L'institution de l'*amicus curiae* pose toutefois plus de difficultés dans les **procédures juridictionnelles ordinaires** et la pratique est assez restrictive.

La pratique du CIRDI est par exemple révélatrice de la nécessité dans laquelle se trouve la juridiction internationale de veiller à l'égalité des Parties et de garantir son indépendance et la bonne administration de la justice. Le CIRDI exige une demande précisant l'identité de l'auteur et son organisation juridique, ses intérêts en l'affaire et ses liens avec les parties dans le contexte de la participation, son financement, ainsi que les raisons qui justifient la participation (voir encadré)<sup>44</sup>.

aussi la Communication n°1453/2006 : *France* (affaire relative à la dissémination des OGM en France), décision adoptée par le Comité le 18 octobre 2006

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0ac7e03e4fe8f2bdc125698a0053bf66/ee5fad4c3eec191cc125724200500635?OpenDocument>, consulté le 1er avril 2008.

<sup>39</sup> En outre, le Protocole n°14 amendant le système de contrôle de la Convention (adopté le 13 mai 2004, non en vigueur) vient notamment restreindre le droit de recours individuel par l'exigence d'un « *préjudice important* », pour tenter de désengorger la Cour (art. 12).

<sup>40</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 303.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 304.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Voir communiqué de presse 2003/44.

<sup>44</sup> Ordonnance CIRDI n°ARB/03/19 du 19 mai 2005, *Aguas Argentinas, SA, Suez, Sociedad general de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, §§ 25-29. Cit. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 306.

### L'intervention dans le cadre des arbitrages CIRDI

#### • Dans le cadre du règlement de procédure d'arbitrage de la Convention de Washington

Le texte du règlement de procédure d'arbitrage ne prévoit cette question que depuis le 10 avril 2006 (le règlement du Mécanisme supplémentaire a également été modifié dans le même sens).

##### - Avant cette date

Le Tribunal peut s'il le souhaite entendre des experts (art. 34) et « *Les témoins et experts sont interrogés devant le Tribunal par les parties sous le contrôle du Président du Tribunal. Tout membre du Tribunal peut aussi leur poser des questions* » (art. 35 §1). L'article 36 nous dit que « *Nonobstant l'article 35, le Tribunal peut : (a) prendre en considération toute preuve présentée par un témoin ou expert sous la forme d'une déposition écrite ; (...)* ». Il n'est donc pas prévu de soumission écrite en dehors de l'expertise produite par les parties ou de l'expertise demandée par le Tribunal, ce qui ne signifie pas que ce soit impossible.

Le Tribunal constitué dans le cadre de la procédure d'arbitrage de la Convention de Washington dans l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19) a statué sur cette question, (*Order in response to a petition for transparency and participation as amicus curiae, 19 mai 2005*), en se fondant sur l'art.44 de la Convention de Washington qui lui donne le pouvoir de statuer sur les questions de procédure qui ne seraient pas prévues par le règlement d'arbitrage. Il est intéressant de noter que le Tribunal se réfère en outre à la pratique de la CNUDCI, dont le règlement comporte une disposition sensiblement identique à l'article 44 (l'article 15§1 du Règlement de 1976), et qui a eu l'occasion sur cette base de décider d'accepter la soumission de mémoires d'amis de la Cour dans l'affaire *Methanex*<sup>45</sup>.

S'agissant des conditions d'admission de mémoires d'*amicus curiae*, le Tribunal considère le fait que les considérations développées sont appropriées à l'affaire (les considérations d'intérêt public mises en cause dans l'affaire sont une bonne base, §§18-23) et la légitimité (*suitability*) de l'intervenant non-partie (expertise, expérience et indépendance, voir §§24-28, pour le détail des renseignements demandés). L'accord de toutes les parties au différend n'est pas requis pour que le Tribunal accepte de connaître de soumissions écrites d'amis de la cour (voir §§8-16).

En ce qui concerne la procédure applicable à la soumission de mémoires et leur prise en compte par le Tribunal, celui-ci estime qu'elle devra être définie en temps voulu. On sait seulement que l'autorisation de soumettre des mémoires doit préalablement être accordée par le Tribunal.

Au-delà de l'intervention, dans cette affaire le Tribunal a également été amené à faire deux précisions importantes, en réponse à la demande en ce sens des ONG. D'une part, l'accès aux audiences n'est pas permis sans l'autorisation du Tribunal et sans le consentement de toutes les parties au différend, ainsi qu'il est prévu dans l'article 32 §2 du règlement d'arbitrage. D'autre part, le Tribunal n'exclut pas la possibilité de donner à un intervenant non-partie accès à tout ou partie des documents relatifs à une affaire ; dans le cas où une entité demande la permission de soumettre un mémoire en tant qu'ami de la cour et d'accéder aux documents afin de lui permettre de remplir correctement ce rôle, le Tribunal statuera sur ces questions, au cas par cas donc (§§30-31).

##### - Depuis la modification de l'article 37 du règlement de procédure d'arbitrage (2006)

Le nouvel article 37 codifie la pratique du tribunal, tout en restant silencieux sur l'accès aux documents. Selon l'article 37§2, « *Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :*

(a) *la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ;*

(b) *la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;*

(c) *la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.*

*Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante ».*

Dans la suite de l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19), c'est cet article qui sera désormais invoqué<sup>46</sup>.

Dans l'affaire *Biwater*, une demande de soumission de mémoire au titre d'*amicus curiae* a également été acceptée sur la base de l'article 37§2<sup>47</sup>. Sur l'accès aux documents, la dernière ordonnance en date (N°5) constate que « *for the time being* », les parties non-contestantes n'ont pas besoin d'accéder aux documents fournis par les parties. Le Tribunal mentionne toutefois le fait que si les circonstances qui l'ont motivé venaient à changer, les parties non-contestantes pourraient être autorisées à accéder à tout ou partie de documents dont l'accès avait été expressément interdit par le Tribunal dans une précédente ordonnance<sup>48</sup>. La question de l'accès aux documents peut donc être réactivée par les parties non-contestantes dont

<sup>45</sup> *Methanex v. United States of America*, Decision on Authority to Accept Amicus Submissions Petitions From Third Parties to Intervene as *Amici Curiae*, 15 janvier 2001, <<http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/MethanexDecisionReAuthorityAmicus.pdf>> consulté le 1er mai 2008.

<sup>46</sup> Voir *Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to make an Amicus Curiae Submission*, 12 février 2007. Sur la question de l'accès aux documents, le Tribunal a estimé que les parties non-contestantes avaient suffisamment d'informations et n'avaient donc pas besoin d'accéder à des documents supplémentaires pour remplir leur rôle (§24).

<sup>47</sup> *Biwater Gauff Tanzania Ltd. v. United Republic of Tanzania*, (ICSID Case No. ARB/05/22), Procedural Order N°5, 2 février 2007 (défense d'intérêts locaux et généraux dans des affaires de privatisation de services d'eau et d'assainissement).

<sup>48</sup> Procedural order No3, 29 septembre 2006.

l'intervention a été acceptée par le Tribunal si, au cours de l'arbitrage, l'accès devenait justifié et à condition que cela soit nécessaire pour que la partie non-contestante puisse remplir son rôle d'ami de la cour.

**• Dans le cadre du règlement d'arbitrage du Mécanisme supplémentaire**

L'article 41§3 reprend exactement la même formule que l'article 37§2 du règlement de procédure d'arbitrage de la Convention de Washington. Mais les différends ALENA relatifs au Chapitre 11 (libéralisation des investissements) doivent être soumis soit à l'arbitrage CNUDCI, soit à l'arbitrage Mécanisme supplémentaire en vertu de l'art. 1120 (ils ne peuvent pas faire l'objet d'un arbitrage Convention de Washington parce que ni le Mexique ni le Canada n'y sont parties). Or, les articles 1128 et 1129 de l'ALENA (chap. 11) permettent à des parties non contestantes de soumettre aux tribunaux arbitraux des questions d'interprétation des traités, ce qui ouvre la porte à la soumission de mémoires d'*amicus curiae*, même si cette possibilité n'est offerte qu'aux seuls États membres de l'ALENA. Toutefois, en 2003, la Commission de libre-échange de l'ALENA a adopté une déclaration selon laquelle les dispositions de l'ALENA ne font pas obstacle à ce que l'arbitre, selon ses propres procédures, connaisse des communications soumises par des tierces parties<sup>49</sup>. La pratique était donc plus développée dans le cadre des Tribunaux arbitraux constitués sur la base du règlement du Mécanisme supplémentaire à cause des différends ALENA. L'OCDE note d'ailleurs un mouvement général dans ce sens au sein des accords régionaux de libre échange<sup>50</sup>.

S'agissant de la CNUDCI, les articles du règlement relatifs à l'audition des experts ne mentionnent pas la possibilité de recevoir des pièces venant d'entités non parties au différend qui ne sont pas sollicitées par le tribunal (voir l'art. 28). L'accès du public aux documents n'est pas prévu non plus. L'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, adopté en 1996 et qui n'a de valeur qu'indicative, indique que certains documents peuvent échapper à la confidentialité si les parties se mettent d'accord sur ce point (§§31-32). Là encore, en l'absence de répertoire centralisé des décisions de tribunaux arbitraux constitués en vertu du règlement CNUDCI, il est difficile de savoir si des *amici curiae* ont été soumis dans beaucoup d'affaires. Pour les différends réglés par une procédure d'arbitrage CNUDCI dans le cadre du Chapitre 11 de l'ALENA, on sait que les *amici curiae* peuvent être admis, comme en témoigne l'affaire *Methanex* (supra), mais il est difficile de dire si c'est parce que les dispositions du Chapitre 11 de l'ALENA vont dans ce sens, ou si c'est une interprétation du règlement largement répandue. L'on sait en revanche depuis l'affaire *Methanex* qu'avec l'accord de parties la divulgation des informations liées à l'instance, y compris le contenu des audiences, peut-être très étendue : dans ce cas précis, c'est l'ensemble des documents liés à l'instance qui sont disponibles sur internet<sup>51</sup>.

De son côté, la pratique de l'OMC est étouffée. On se souvient que dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*<sup>52</sup>, l'Organe d'appel avait assez largement admis la participation des acteurs non gouvernementaux à la procédure, à travers des soumissions écrites (*amicus curiae*). S'agissant de la procédure devant les Groupes spéciaux, l'Organe d'appel a interprété l'article 13 du *Mémorandum* comme conférant à ces derniers une large marge de manœuvre et notamment le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser les renseignements. Il rejetait par là l'approche restrictive du Groupe spécial, fondée sur une interprétation au « *caractère indûment formel et technique* », au motif que l'idée qui sous-tend « *les articles 12 et 13, considérés ensemble, est que le Mémorandum d'accord donne à un Groupe spécial [...] le pouvoir ample et étendu d'engager et de contrôler le processus par lequel il s'informe aussi bien des faits pertinents de la cause que des normes et principes juridiques applicables à ces faits* »<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie, octobre 2003, <<http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/Nondisputing-fr.pdf>>, consulté le 6 mai 2008.

<sup>50</sup> « À l'instar de l'article 1128 de l'ALENA, les accords de libre-échange intervenus récemment entre les États-Unis et le Chili<sup>11</sup>, Singapour<sup>12</sup>, l'Amérique centrale (ALECA)<sup>13</sup> et le Maroc<sup>14</sup> prévoient que les États signataires qui ne sont pas parties aux différends peuvent présenter des communications orales ou écrites au tribunal sur des questions d'interprétation. Le tribunal peut également accepter et prendre en compte les communications écrites présentées en tant qu'*amicus curiae* par une personne ou une entité qui n'est pas partie au différend » : Déclaration du Comité de l'investissement de l'OCDE, Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, juin 2005, <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/32/35085008.pdf>>, consulté le 6 mai 2008, § 19.

<sup>51</sup> On les trouve par exemple sur le site du US Department of State, <<http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>>, consulté le 6 mai 2008.

<sup>52</sup> Adopté le 20 septembre 1999, WT/DS58/AB/R, §§ 101 à 109. Voir aussi rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, adopté le 7 juin 2000, WT/DS138/AB/R, §§. 40-42.

<sup>53</sup> Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, par. 107.



Plus tard, dans l'affaire de l'*Amiante*, le Groupe spécial a reçu en cours de procédure des soumissions écrites ou « *interventions désintéressées* » provenant de quatre entités autres que des Membres de l'OMC. Il s'est alors expressément référé à la position prise par l'Organe d'appel dans l'affaire *Crevettes* et a pleinement utilisé la marge de manœuvre qui lui était reconnue dans cette décision. Ainsi, il décidait de tenir compte de deux *amici curiae* que les Communautés européennes avaient décidé d'incorporer à leurs propres soumissions, de ne pas prendre en compte deux autres soumissions puis en rejetait une cinquième quelques mois plus tard au motif qu'elle était présentée trop tardivement au cours de la procédure<sup>54</sup>.

S'agissant de la procédure devant l'Organe d'appel lui-même, les États-Unis avaient, pour les *Crevettes*, joint à leur communication trois *amici curiae* émanant d'ONG. L'Organe d'appel avait reçu ces soumissions, tout en précisant qu'il ne les prendrait en compte que dans la mesure où elles étaient « *endossées* » par les États-Unis et devenaient « *partie intégrante* » de leur communication<sup>55</sup>. L'Organe d'appel maintenait ainsi, tout au moins formellement, l'« *écran étatique* ». Il y ouvrait aussi, subrepticement, une brèche, en acceptant d'examiner le texte révisé de la soumission d'une ONG, qui lui avait été transmis directement, sans passer par le gouvernement américain.

Au regard des revendications de transparence de l'OMC et d'ouverture accrue vers les acteurs privés et notamment les ONG, cette solution laissait craindre un alourdissement de la procédure du fait de la multiplication de ce type d'interventions. Sur un plan plus politique, elle se heurte à l'architecture générale du système de règlement des différends, conçu comme interétatique dans son essence même. En même temps, l'ampleur des enjeux dans le cadre de bien des affaires traitées par l'ORD rend tout à fait légitimes les volontés de participation de la société civile. Notons d'ailleurs que celle-ci est fort diversifiée : les représentants de branches industrielles ou secteurs économiques concernés y sont tout aussi représentés que des ONG plus « désintéressées » travaillant dans le champ environnemental ou social.

Devant ces exigences contradictoires et en dépit des réserves des États, l'Organe d'appel a confirmé sa politique d'ouverture à plusieurs occasions<sup>56</sup>. Dans l'affaire de l'*Amiante*, il s'avère qu'il pousse même le « bouchon » assez loin<sup>57</sup>. Estimant « *possible* » voire probable qu'il recevrait des communications de personnes autres que les parties et les tierces parties au différend, il décide d'adopter, par anticipation, une procédure « *appropriée* », conformément à la règle 16 1) des *Procédures de travail*, pour traiter ces éventuelles communications. Cette procédure additionnelle est adoptée pour le cas d'espèce<sup>58</sup>. Déclarant poursuivre l'objectif d'« *assurer l'équité et le bon déroulement de la procédure* », il va ainsi, finalement, jusqu'à solliciter des *amici curiae* alors même que les parties y étaient dans leur majorité opposées<sup>59</sup>. Les États membres de l'OMC ont d'ailleurs vivement réagi à cette affirmation de son autonomie par l'Organe d'appel, en critiquant lors d'une réunion, le 22 novembre 2000, aussi bien le fond que le fondement choisi (ses *Procédures de travail* plutôt que l'article 17 du *Mémorandum*). Une lettre a même été adressée à ce sujet au Président de l'ORD.

En pratique, l'Organe d'appel a reçu treize communications écrites d'organisations non gouvernementales alors que la procédure additionnelle était encore à l'examen<sup>60</sup>. Chacune

<sup>54</sup> Rapport du Groupe spécial, par. 6.3.

<sup>55</sup> Rapport de l'Organe d'appel sur les *Crevettes*, *op. cit.*, par. 89.

<sup>56</sup> H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends (2000) », *Journal du droit international*, n°3/2001, p. 903-904.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 904.

<sup>58</sup> « [...] *aux fins de cet appel uniquement* », Rapport de l'Organe d'appel, par. 50. Cf. Communication de l'Organe d'appel, WT/DS135/9, 8 novembre 2000 (copie en annexe de la procédure additionnelle).

<sup>59</sup> H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends (2000) », *op. cit.*, p. 904. Seuls les États-Unis s'étaient déclarés favorables.

<sup>60</sup> Ces communications ont été reçues des organisations suivantes: Asbestos Information Association (États-Unis); HVL Asbestos (Swaziland) Limited (Mine de Bolenbu); South African Asbestos Producers Advisory Committee (Afrique du Sud); J & S Bridle Associates (Royaume-Uni); Associação das Indústrias de Produtos de Amianio Crisótilo (Portugal); Asbestos Cement Industries Limited (Sri Lanka); The Federation of Thai Industries, Roofing and Accessories Club (Thaïlande); Korea Asbestos Association (Corée); Senac (Sénégal); Syndicat des Métaux (Canada); Duralita de Centroamerica, S.A. de C.V. (El Salvador); Asociación Colombiana de Fibras (Colombie); et Japan Asbestos Association (Japon).

d'entre elles a été renvoyée à son expéditeur, ce dernier étant informé de la procédure adoptée. Au final, une seule de ces associations – la Korea Asbestos Association – a présenté une demande d'autorisation conformément à la procédure additionnelle.

En tout, l'Organe d'appel a ensuite reçu dix-sept demandes d'autorisation de déposer un mémoire écrit. Six d'entre elles ne remplissaient pas les conditions de délais fixées et ont donc été rejetées. Les onze demandes restantes ont été examinées, mais toutes rejetées au motif qu'elles ne satisfaisaient pas les prescriptions de forme ou de fond – assez précises – posées par la procédure additionnelle<sup>61</sup>.

Ces nouveaux développements témoignent, comme le constate Hélène Ruiz-Fabri, que « *le litige n'est pas exclusivement la 'chose' des parties mais s'ouvre à ceux qui ont quelque chose à dire, à condition que les organes de jugement considèrent que cela leur est utile* », le débat pouvant finalement « *s'ouvrir dans des directions que les parties n'avaient pas envisagées* »<sup>62</sup>. La portée de ces évolutions est toutefois plus symbolique que réelle. L'affaire de l'Amiante montre bien qu'à la multiplication des demandes répond un durcissement des conditions de leur examen et de leur prise en compte, qui s'avèrent extrêmement contraignantes.

Plus près de nous, l'affaire des produits biotechnologiques a à nouveau posé la question<sup>63</sup>. Comme le note Marie-Pierre Lanfranchi, question sociétale, inscrite à l'agenda de nombre d'ONG, le commerce des organismes génétiquement modifiés (OGM) débattu devant le juge de l'OMC ne pouvait que mobiliser les acteurs de la société civile. Trois mémoires émanant de professeurs d'université<sup>64</sup> et de coalitions d'une vingtaine d'ONG de pays du Nord mais aussi du Sud seront ainsi spontanément soumis au Groupe spécial<sup>65</sup>. Pour s'en tenir à la pratique du Groupe spécial (l'affaire n'est pas allée en appel), elle demeure très réservée, sans rupture avec la pratique habituelle. Usant de son pouvoir discrétionnaire, le Groupe spécial va accepter le jeu de la soumission, sans pour autant tenir compte des mémoires dans l'élaboration de sa décision et sans d'ailleurs préciser les raisons de cette décision<sup>66</sup>. Si ce choix pose la question désormais classique de l'accès au prétoire des acteurs non étatiques,<sup>67</sup> la question de la transparence et de la démocratisation du débat va également surgir dans cette affaire sous un angle bien différent. La diffusion du rapport intérimaire du Groupe spécial par une des ONG par ailleurs membre d'une coalition ayant soumis un mémoire *d'amicus curiae*, est en effet le signe d'une violation manifeste de la règle de la confidentialité de la procédure – violation dont l'auteur reste d'ailleurs incertain<sup>68</sup>. Dénonçant fermement ce qu'il qualifie « *d'incident grave* » susceptible « *de nuire à l'intégrité de l'ensemble du système de règlement des différends* »<sup>69</sup>, le Groupe spécial va alors adopter un procédé technique susceptible de mettre efficacement un terme dans l'avenir aux possibilités de divulgation de toute pièce écrite confidentielle<sup>70</sup>. Ce type d'infraction n'est certes pas

<sup>61</sup> Rapport de l'Organe d'appel, par. 55.

<sup>62</sup> H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends (2000) », *op. cit.*, p. 905.

<sup>63</sup> Ce paragraphe est emprunté à M.-P. Lanfranchi, « L'affaire CE-produits biotechnologiques : éléments du débat judiciaire », à paraître *REDE*, 2008/2.

<sup>64</sup> Harvard, Université de l'État du Michigan, Université de Lancaster.

<sup>65</sup> § 7.10.

<sup>66</sup> § 7.11.

<sup>67</sup> Pour une vue d'ensemble de la question, voir par exemple H. Ascencio, « *L'amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001/04, p. 897 et ss. ; B. Stern, « L'intervention dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP* 2003, pp. 257 et ss.. Pour une analyse spécifique sur ce point : L. Boisson de Chazournes et M. Mbengue, « *GMOs and Trade : Issues at Stake in the EC Biotech Dispute* », *RECIEL*, 13 (3) 2004, pp. 303-304.

<sup>68</sup> §§ 6.183 et ss. Le rapport a été diffusé par Friends of the Earth en février 2006 : <[http://www.foei.org/en/media/archive/2006/WTO\\_report\\_descriptive.pdf](http://www.foei.org/en/media/archive/2006/WTO_report_descriptive.pdf)> consulté le 1<sup>er</sup> avril 2008 ; le rapport sera assorti d'un commentaire sous le titre : « *Looking behind the US Spin: WTO Ruling Does not Prevent Countries from Restricting or Banning GMOs* » <[http://www.foei.org/en/media/archive/2006/WTO\\_briefing.pdf](http://www.foei.org/en/media/archive/2006/WTO_briefing.pdf)> consulté 1<sup>er</sup> avril 2008.

<sup>69</sup> § 6.185. Fait inédit, le Groupe spécial va d'ailleurs estimer devoir délivrer une interprétation de son rapport intérimaire, entendant « *ainsi corriger des analyses erronées dont la diffusion sur Internet est de nature à nuire à la bonne connaissance du droit de l'OMC, à la perception de la légitimité du MRD, à la réputation de l'OMC* » (lettre adressée le 8 mai 2006 aux parties, soit deux jours avant la remise du rapport final confidentiel).

<sup>70</sup> Le procédé a permis le marquage individualisé des rapports finaux remis aux parties permettant « *de relier une version divulguée d'une partie ou de la totalité des rapports confidentiels à la partie l'ayant reçue* ». Lettre du Groupe spécial adressée aux parties le 8 mai 2006, constituant l'Annexe K au rapport final.

nouveau<sup>71</sup>, et, si la volonté du juge de protéger la règle centrale de la confidentialité est bien compréhensible, les faits de l'espèce ne font-ils pas écho au débat plus général relatif à l'opportunité de faire évoluer la procédure de règlement des différends vers une certaine publicité des débats ? Dans les affaires sensibles mettant en jeu des questions figurant au cœur de l'intérêt public, ne conviendrait-il pas d'encourager la transparence de la procédure, facilitant ainsi « *la compréhension –et donc l'acceptation– de la jurisprudence* »<sup>72</sup>? L'affaire *CE-Hormones II*, ou plus récemment l'affaire *États-Unis-Réduction à zéro*<sup>73</sup> témoignent déjà d'une évolution en ce sens et, d'une certaine manière le rapport sur les *Produits biotechnologiques* participe à ce débat.

Dans l'affaire des *Hormones II*, les parties ont demandé conjointement que les réunions de fond du Groupe spécial avec les parties puissent être suivies – par diffusion en circuit fermé – par le public. Le Groupe spécial a accepté leur demande, sauf pour ce qui concerne les réunions avec les tierces parties, qui sont demeurées privées dans la mesure où certaines d'entre elles n'avaient pas accepté cette possibilité. Le Groupe spécial s'est aussi réservé le droit de suspendre la diffusion à tout moment. L'ouverture était une première dans l'histoire de l'OMC<sup>74</sup>.

## II. L'appréciation des aspects technico-scientifiques

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. Il s'agit ici de s'interroger sur l'adaptation des règles de preuve (1) et d'expertise (2) à ce contexte.

### 1. La preuve

Le juge est appelé à faire le départ entre des propositions contradictoires. Au risque de voir la légitimité même de son intervention mise en cause, il doit fonder sa décision le plus objectivement possible. L'administration des preuves reste une opération complexe soumise à un certain nombre de contraintes<sup>75</sup>. L'importance pratique des questions de preuve (charge, administration, contenu) ne saurait être sous-estimée, puisque c'est à travers l'établissement de certains faits que le juge rendra ses conclusions et, le cas échéant, constatera, ou non, la violation d'une obligation internationale et/ou l'atteinte aux droits en cause. D'une manière générale, dans le contentieux international, le « risque de la preuve » est réparti. Il repose sur le demandeur ou, pour les exceptions, sur celui qui entend s'en prévaloir<sup>76</sup>. Il convient de se demander si les règles de preuve sont adaptées au champ de l'environnement, voire si elles ont fait l'objet d'une adaptation particulière ou d'un aménagement dans ce domaine. En particulier, quelle est la place accordée au principe de précaution ? Autorise-t-il un assouplissement – si ce n'est un renversement – de la charge de la preuve ?

### a. Cour internationale de Justice, Tribunal international du droit de la mer, arbitrage

Devant la CIJ, les règles d'administration de la preuve s'inspirent du fonds commun

<sup>71</sup> Et l'infraction s'est depuis reproduite : voir par exemple États-Unis - *Mesures visant la fourniture transfrontières de jeux et paris*, WT/DS285/RW, rapport du Groupe spécial (21§5) distribué le 30 mars 2007 ; sur la question d'ensemble, voir J.-C. Martin, « La confidentialité du règlement des différends à l'OMC », *Les Annales de droit*, 2008, n°2 (à paraître).

<sup>72</sup> Voir par exemple H. Ruiz Fabri, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006/1, p. 49.

<sup>73</sup> *États-Unis-Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro* (DS350), <[http://www.wto.org/french/news\\_f/news08\\_f/dispute350\\_f.htm](http://www.wto.org/french/news_f/news08_f/dispute350_f.htm)>, consulté le 15 janvier 2008.

<sup>74</sup> *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE-Hormones*, Rapport du Groupe spécial, 31 mars 2008, WT/DS320/R, p. 161. Certaines des propositions formulées dans le cadre de la négociation relative à la réforme du MARD vont dans le même sens.

<sup>75</sup> R. Mehdi, « La preuve devant les juridictions communautaires », in *La preuve devant les juridictions internationales*, H. Ruiz Fabri & J.-M. Sorel (dir.), Pedone, 2007, p. 167.

<sup>76</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 499.

des principes généraux issus des systèmes nationaux, et non à tel ou tel système national<sup>77</sup>. Les parties jouent un rôle important dans les mécanismes de la preuve. La Cour a encore récemment rappelé que c'est à la partie qui cherche à établir un fait qu'incombe la charge de la preuve<sup>78</sup>. En même temps, le juge intervient largement dans l'établissement de la vérité, il dispose d'une grande liberté dans l'appréciation de la valeur probante des éléments de fait et de droit que lui soumettent les Parties. Le principe de précaution conduit-il à un assouplissement des règles de charge de la preuve ?

La Cour a adopté de ce point de vue une position réservée. Le principe de précaution avait été invoqué par la Nouvelle-Zélande dans l'affaire des *Essais nucléaires II*, fournissant aux États en présence l'occasion de débattre de sa portée devant la juridiction. La France considérait, pour sa part, que le statut du principe en droit positif était « tout à fait incertain », et que « le droit international ne connaît pas d'exception écologique en matière probatoire »<sup>79</sup>. La Cour n'avait pas alors tranché entre les thèses des Parties<sup>80</sup>.

Elle ne l'a pas fait davantage dans l'affaire *Gabcíkovo/Nagymaros*, alors même que les Parties se sont également opposées à ce sujet. De façon positive pour les questions qui nous intéressent, la Cour n'exige pas dans son arrêt que les dommages soient « matérialisés ». Elle admet expressément les périls s'inscrivant dans le long terme, ce qui est souvent le cas des dommages à l'environnement. De façon plus négative, la Cour constate que la Hongrie, en 1989, ne faisait état que d'incertitudes. Et, elle considère que « *quelque sérieuses qu'aient été ces incertitudes, elles ne sauraient, à elles seules, établir l'existence objective d'un 'péril' en tant qu'élément constitutif d'un état de nécessité* »<sup>81</sup>. La Cour admet l'éventualité de périls qui s'inscriraient dans le long terme, mais à la condition qu'au moment considéré il soit établi que « *la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable* »<sup>82</sup>. En exigeant la certitude d'un péril, elle minimise la portée de sa reconnaissance d'un état de nécessité écologique. En effet, et notamment parce que les dommages environnementaux s'inscrivent dans le long terme, sont différés, ils font bien souvent partie du champ de l'incertain<sup>83</sup>. Pour autant, ils sont très souvent irréversibles. Or, ce que redoutait la Hongrie ici, c'était un dommage à long terme (huit à cinquante ans) et en partie tout au moins irréversible et donc irréparable<sup>84</sup>.

Ainsi, dans le secteur de Gabcíkovo, la Cour trouve que le péril n'est pas « *suffisamment certain* ». Elle se fonde sur un rapport de l'Académie des sciences de Hongrie qui explique qu'il est très difficile d'évaluer les incidences sur l'environnement « *en raison de la complexité des processus écologiques ainsi que du manque de données chiffrées et de calculs pertinents* »<sup>85</sup>. Le raisonnement est le suivant : les dommages sont difficiles à évaluer, donc [in]« *suffisamment certain[s]* » et donc ne peuvent être pris en compte. La Cour aurait pu en tirer de toutes autres conséquences et en particulier prôner l'abstention dans de telles circonstances. À aucun moment dans son arrêt, elle n'évoque le principe de précaution. Dans l'éventualité où ce principe aurait acquis valeur coutumière, l'arrêt ne permettrait pas, finalement, d'en tirer toutes les conséquences. En un sens, il est compréhensible que ce principe vraisemblablement *in statu nascendi*, aux contours et implications encore mal

<sup>77</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 3ème édition, Montchrestien, 1997, p. 593.

<sup>78</sup> *Compétence en matière de pêcheries*, Espagne c. Canada, arrêt sur la compétence précité du 4 décembre 1998. Voir dans le même sens CIRDI, 3 juillet 2002, *Compania de Aguas del Aconquija et Vivendi Universal c. Argentine*, ILR, vol. 125, p. 95.

<sup>79</sup> Ph. Sands, « L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zélande c. France) : contribution de l'instance au droit international de l'environnement », *RGDIP*, n°2/1997, p. 472, cet auteur citant les plaidoiries françaises devant la Cour.

<sup>80</sup> Deux juges, dans leurs opinions dissidentes, ont toutefois abordé la question. *Ibidem*.

<sup>81</sup> Arrêt, § 54. Cf. Mémoire de la Hongrie, vol. I, § 5.138, Contre-mémoire de la Hongrie, vol. I, § 1.44, plaidoiries de J. Crawford, CR 97/4 (trad.), p. 7 (« *Ce péril était "grave" et "imminent" puisqu'il se serait très probablement concrétisé si le système de barrages tel que prévu en 1989 avait été construit* »).

<sup>82</sup> Arrêt, § 54. La Cour rappelle aussi que l'article 14 du traité de 1977 prévoyait la possibilité pour chacune des parties de prélever des quantités d'eau supérieures à celles spécifiées dans le plan contractuel conjoint, en précisant qu'alors « *la part d'énergie électrique revenant à la partie contractante ayant procédé aux prélèvements excédentaires sera[it] réduite en conséquence* ».

<sup>83</sup> Cf. M. Rémond-Gouilloud, « À la recherche du futur. La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, n°1/1992, not. pp. 6-11.

<sup>84</sup> Plaidoirie de P.-M. Dupuy, CR 97/6, p. 69.

<sup>85</sup> Arrêt, § 56. La Hongrie remettait en cause sa fiabilité, jugeant qu'elle avait été réalisée par des scientifiques hongrois dépendants du gouvernement. Cf. K. Gorove, CR 97/3 (trad.) p. 64.

définis, ait pesé de peu de poids face à l'impératif de stabilité des relations juridiques. La Cour ne peut qu'entendre strictement l'état de nécessité, tout comme l'a fait la CDI dans son projet d'articles sur la responsabilité des États, par crainte d'une utilisation abusive. En même temps, sa conception du risque se révèle un peu dépassée et l'on souhaiterait la voir s'orienter vers une conception plus contemporaine, laissant une large part à l'incertitude, pour reprendre une expression de Gilles Martin<sup>86</sup>. Ajoutons toutefois qu'elle paraît plus ouverte envers le principe de prévention, dont le principe de précaution constitue le prolongement, affirmant plus loin qu'elle « *ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages* ».

Devant le Tribunal international du droit de la mer, le principe de précaution a été invoqué dans plusieurs affaires, toujours par la partie demanderesse. En particulier, l'affaire *Mox* posait la question de la pertinence et de la portée du principe de précaution au stade de l'indication des mesures conservatoires. Quelles relations entretiennent précaution et mesures conservatoires ? Le principe de précaution autorise-t-il, comme le réclamait l'Irlande, un renversement et/ou un allègement de la charge de la preuve ? L'ordonnance du TIDM n'éclaire pas complètement ces questions ; celle du TADM ne les aborde pas.

Le TIDM, en effet, n'emploie qu'à une reprise le terme de « *précaution* », lorsqu'il énonce que « *la prudence et la précaution exigent que l'Irlande et le Royaume-Uni coopèrent (...)* ». De fait, il ne se réfère pas explicitement au *principe* de précaution, et il n'est pas établi non plus qu'il s'y réfère implicitement. L'accolement de la « *prudence* » à la « *précaution* » nous paraît même avoir plutôt vocation à éloigner d'un *principe* de précaution. L'ordonnance *Mox* fait écho à celle rendue dans les affaires *Thon*, où le Tribunal affirmait que « *les parties devraient (...) agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves* » (§77). Mais, dans un contexte d'incertitude, le TIDM inscrivait alors assez clairement son ordonnance dans une démarche de précaution, même si, sans doute par précaution, il ne se référait pas à un *principe* de précaution<sup>87</sup>. Le contexte de l'affaire *Mox* est complètement différent, bien moins marqué par l'incertitude. Pourtant, et mystérieusement, la référence à la précaution demeure. On serait tenté d'y voir un abus de langage : le Tribunal semble viser davantage la prévention que la précaution proprement dite<sup>88</sup>. D'ailleurs, dans son ordonnance en l'affaire des *Travaux de poldérisation*, le TIDM abandonne la référence à la précaution pour viser la « *circonspection et la prudence* » (§99).

Toujours est-il que, sur ce point, l'ordonnance manque de clarté et suscite des lectures contradictoires, y compris au sein du TIDM, les divergences entre les juges expliquant vraisemblablement la formule de compromis du §77. Pour certains, comme le Juge Treves, l'ordonnance atteste non pas du rejet du principe de précaution au stade des mesures conservatoires, mais de l'insuffisance des éléments fournis par les parties au sujet des risques pour le milieu marin. Pour d'autres, elle marque au contraire le rejet implicite du principe de précaution, qui ne peut être examiné qu'avec le fond de l'affaire. Au stade des mesures conservatoires, la compétence du Tribunal est limitée ; il ne peut, selon le Juge Wolfrum, procéder à une évaluation des preuves documentaires présentées par les deux parties. En outre, de telles mesures présentent par définition un caractère exceptionnel, alors que

<sup>86</sup> Cet auteur, « Le concept de risque et la protection de l'environnement : évolution parallèle ou fertilisation croisée », in *Les Hommes et l'environnement*, En hommage à A. Kiss, M. Prieur, ed., Frison Roche, Paris, 1998, p. 458.

<sup>87</sup> Cf. le §80, « *bien qu'il ne saurait évaluer de manière concluante les éléments de preuve scientifiques qui lui ont été soumis, le Tribunal estime que des mesures conservatoires devraient être prises d'urgence afin de préserver les droits des parties et d'éviter une détérioration plus grande de l'état du stock du thon à nageoire bleue* », ainsi que l'op. ind. du Juge Laing et la décl. coll. des Juges Wolfrum, Caminos, Marotta Rangel, Yankov, Anderson et Eiriksson.

<sup>88</sup> M. Kamto, « Regard sur la jurisprudence du Tribunal international de droit de la mer depuis son entrée en fonctionnement (1997-2004) », *RGDIP*, 2005, p. 823.

l'approche irlandaise les rendrait presque automatiques<sup>89</sup>. C'est d'ailleurs dans le même sens que M. Kamto critique l'ordonnance rendue dans les affaires du *Thon*, dans laquelle le TIDM applique l'approche de précaution sans trop de précisions, ce « *parti pris le conduisa[n]t inévitablement à s'attaquer, fût-ce indirectement, aux questions de fond* » et à rendre une « *décision provisoire sur le fond* »<sup>90</sup>. Nous ne partageons pas non plus ce point de vue. S'il est incontestable que, dans le cadre de la procédure incidente très particulière des mesures conservatoires, le principe de précaution ne peut jouer qu'à titre très exceptionnel, il nous semble qu'on ne peut pas exclure complètement son application à ce stade, dès lors qu'on reconnaît sa positivité. Or, si sa cristallisation en tant que principe coutumier à l'échelle universelle n'est sans doute pas terminée, il est reconnu explicitement dans certains cadres conventionnels – comme la Convention OSPAR – et en droit communautaire – consacré au plus haut niveau hiérarchique par le Traité de Rome modifié.

Par ailleurs, le TIDM ne semble nullement considérer que le principe de précaution peut jouer, comme le revendiquait l'Irlande, comme un mécanisme de renversement de la charge de la preuve, qui dérogerait au principe général du contentieux international selon lequel chaque partie a la charge d'établir le bien fondé en fait et en droit de ses allégations. C'est bien l'Irlande qui supporte le « *risque du doute* »<sup>91</sup>. Parmi les juges, seul le Juge Szekeli regrette que le Tribunal accorde le « *bénéfice du doute* » au Royaume-Uni (§18). Faisant fond avec la pratique de la CIJ et du TIDM, le TADM considère de son côté explicitement que la charge de la preuve repose sur l'Irlande<sup>92</sup>. La pratique du Tribunal arbitral OSPAR était auparavant allée dans le même sens, contestée sur ce point par l'arbitre Griffith dans son opinion dissidente<sup>93</sup>. Il faut dire que « *Présenté (...) comme un mécanisme de renversement de la charge de la preuve jouant automatiquement, le principe de précaution ne serait pas admissible* »<sup>94</sup>. L'affaire semble en effet donner raison à la partie de la doctrine – minoritaire – qui, tout en étant favorable au principe, n'admet pas qu'il joue comme un mécanisme de renversement de la charge de la preuve<sup>95</sup>.

### ***b. Organe de règlement des différends de l'OMC***

Malgré son importance pratique, la preuve n'est quasiment pas envisagée dans le Mémoire d'accord concernant le règlement des différends de l'OMC<sup>96</sup>. C'est donc essentiellement dans la pratique des Groupes spéciaux et de l'Organe d'Appel que les règles relatives à la preuve doivent être recherchées.

Le mandat des Groupes spéciaux, défini à l'article 7 du Mémoire d'accord, est d'« *examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'(des) accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend) la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le document (...); faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans ledit (lesdits) accord(s)* ». L'article 11 indique, en outre, comment les Groupes spéciaux doivent s'acquitter de leur tâche : « *un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions* ». Cette exigence d'« *évaluation objective des faits* » constitue la seule indication précise du Mémoire d'accord, mais elle est bien entendu fondamentale. Les modalités de cette « *évaluation* » ne sont pas précisées par le Mémoire d'accord. En fait, d'une manière générale, si le

<sup>89</sup> Op. ind. Juge Wolfrum.

<sup>90</sup> M. Kamto, « Regard sur la jurisprudence du Tribunal international de droit de la mer depuis son entrée en fonctionnement (1997-2004) », *op. cit.*, p. 801.

<sup>91</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 502.

<sup>92</sup> Ord. du 24.06.03, §41.

<sup>93</sup> Sentence arbitrale du 2 juillet 2003, Voir § 72 ss., p. 86.

<sup>94</sup> Ph. Weckel, « Les premières applications... », *op. cit.*, p. 844.

<sup>95</sup> J. Cazala, « Le principe de précaution et la procédure devant le juge international », in C. Leben et C. Verhoeven, *Le principe de précaution, aspects de droit international et communautaire*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 192.

<sup>96</sup> Voir à ce sujet, voir E. Truilhé-Marengo, « Les règles relatives à la preuve : quelle place pour l'incertitude scientifique ? », in *Droit de l'OMC et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2003. Les développements qui suivent s'en inspirent directement.

Mémoire d'accord fixe les grandes lignes de la procédure de règlement des différends, il fixe très peu de règles concernant les questions de procédure au cours de la procédure d'examen des affaires par les groupes spéciaux. Les règles d'administration de la preuve ont été dégagées par la pratique des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Au-delà des grands principes directeurs rappelés ci-dessus, c'est donc à la pratique des Groupes spéciaux et de l'Organe d'Appel qu'est revenue la tâche de préciser les règles d'attribution de la charge de la preuve. La question de la charge de la preuve s'est posée dès les premiers litiges réglés dans le cadre de l'OMC, et les Groupes spéciaux et l'Organe d'Appel ont progressivement précisé les règles applicables.

Le contenu des règles d'attribution de la charge de la preuve est, en fin de compte, plutôt simple et classique. Mais les débats sur la question ont parfois été quelque peu obscurcis par des formulations qui pouvaient prêter à confusion. En particulier, les différences de sens de certaines notions de *common law* et en droit civil n'aident pas toujours le lecteur francophone à bien comprendre les règles énoncées. Il faut savoir, dans ce cadre, que bien que l'OMC ait trois langues officielles, et que les rapports des Groupes spéciaux ne soient distribués à l'ensemble des membres qu'une fois disponibles dans les trois langues, ces rapports sont en pratique rédigés dans leur immense majorité en anglais, et lorsqu'il est fait référence à certaines notions de droit communes à différents systèmes juridiques, il n'est pas toujours facile de déceler la portée exacte de la notion adoptée par le Groupe spécial ou l'Organe d'appel. Cette remarque est particulièrement valable en ce qui concerne la charge de la preuve.

Dès les premières affaires a été réaffirmé le principe déjà dégagé dans le cadre du GATT de 1947 qu'il appartient à celui qui invoque l'existence d'une violation d'une disposition des accords d'établir l'existence de cette violation. Le rapport rendu dans l'affaire *États-Unis-Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance d'Inde*, pose, dans ce cadre, les bases fondamentales du droit de la preuve<sup>97</sup>. Une partie alléguant qu'il y a eu violation d'une disposition de l'Accord sur l'OMC par un autre Membre doit soutenir et prouver son allégation.

C'est essentiellement dans le cadre de l'article XX de l'Accord général, que la question de la charge de la preuve mérite d'être étudiée. L'article XX du GATT de 1994 contient, en effet, une exception générale, qui permet aux Membres de l'OMC de déroger aux autres dispositions de l'accord pour maintenir des mesures justifiées par des objectifs légitimes autres que le commerce, et notamment par la protection de l'environnement, de la santé des personnes, des plantes ou des animaux (article XX b)) ou par la préservation de ressources naturelles épuisables (article XX g)). L'article XX, a donc, par nature vocation à être invoqué comme moyen de défense au cours d'une procédure. Par exemple, si un pays met en place une restriction à l'importation pour un certain type de produit, et que cette restriction est interdite au titre de l'article XI, il aura la possibilité d'arguer que sa mesure est justifiée au titre de l'article XX parce qu'elle est nécessaire à la protection de la santé des personnes en raison de la dangerosité du produit: c'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Amiante*. Selon l'Organe d'appel, c'est donc normalement au défendeur à l'affaire, c'est-à-dire le pays qui a pris la mesure contestée, que reviendra la charge de démontrer que sa mesure est justifiée au titre de l'article XX, s'il a été établi que la mesure est par ailleurs contraire à une autre disposition de l'accord. Dans l'affaire de l'*Essence*, le Groupe spécial a affirmé « *qu'il incombe aux États-Unis, en tant que partie invoquant une exception, de prouver que les mesures incompatibles relevaient du champ d'application de cette exception* »<sup>98</sup>. Dans la même affaire, l'Organe d'appel a aussi précisé qu'« *il incombe à la partie qui invoque l'exception de démontrer qu'une mesure provisoirement justifiée du fait qu'elle entre dans le*

<sup>97</sup> H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends », *JDI*, 1999, p. 467.

<sup>98</sup> *Essence*, rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.20, 6.31 et 6.35. Voir également *Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, rapport adopté le 7 février 1984, IBDD, S30/147, § 5.20, et *États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, rapport adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, § 5.9.

cadre de l'une des exceptions énoncées dans les différents paragraphes de l'article XX ne constitue pas, dans son application, un abus de cette exception au regard du texte introductif. C'est là nécessairement une tâche plus lourde que celle qui consistait à montrer qu'une exception, par exemple celle de l'article XX g), est applicable à la mesure en cause »<sup>99</sup>. Cela signifie concrètement qu'il peut être relativement facile d'établir que la mesure relève bien du champ d'application de l'une des exceptions, mais qu'en revanche il peut être plus difficile de démontrer également qu'elle ne constitue pas une restriction déguisée ou une discrimination arbitraire. Ce n'est pas propice aux mesures de précaution prise en matière environnementale ou sanitaire. Cela suggère qu'il pourra être indispensable d'apprécier, selon l'ensemble des dispositions de l'Accord, le rapport dans lequel se situent ces différentes dispositions (à savoir principe/exception, ou coexistence de droits et d'obligations sans rapport de dépendance). Cette appréciation peut avoir une importance déterminante sur l'attribution du fardeau de la preuve, dans la mesure où elle met en jeu l'identification d'exceptions dont il appartiendrait à celui qui veut s'en prévaloir de prouver que ses conditions sont remplies.

Dans une communication du 19 octobre 2000, relative à la relation OMC et Accords Environnementaux Multilatéraux (AEM)<sup>100</sup>, les Communautés Européennes ont proposé un mécanisme de renversement de la charge de la preuve pour les cas où une mesure aurait été adoptée en vertu d'un accord environnemental multilatéral. La Suisse a fait une suggestion du même ordre. Un État non-partie à un AEM pourrait contester à l'OMC une mesure prise par un autre Membre de l'OMC au titre de cet AEM. Pour veiller à ce que les mesures commerciales expressément prescrites adoptées dans ce cadre soient reconnues comme nécessaires et justifiées au regard des règles de l'OMC, les Communautés envisagent la possibilité d'un renversement de la charge de la preuve. À l'heure actuelle, c'est au Membre de l'OMC qui défend une mesure en invoquant l'article XX du GATT qu'il incombe de prouver que ladite mesure, si elle est jugée incompatible avec d'autres dispositions du GATT, satisfait néanmoins aux prescriptions de l'article XX. Avec le renversement de la charge de la preuve, ce serait à l'inverse le pays contestant la mesure qui aurait à prouver, comme c'est le cas dans le cadre de certaines dispositions des Accords OTC et SPS, que cette mesure imposée par l'autre partie ne remplit pas les conditions posées à l'article XX. En tout état de cause, cela ne porterait pas atteinte au droit de tout Membre de l'OMC d'avoir recours au mécanisme de règlement des différends, ni n'altérerait en aucune manière les conditions de fond prescrites par l'article XX du GATT. Pour la mise en œuvre d'un tel mécanisme, il faudrait certainement déterminer avec beaucoup d'attention quel type de mesure serait susceptible de bénéficier de cette « *présomption de conformité* ». Devrait-il s'agir de certains accords d'un type particulier, par exemple multilatéraux, ouverts à la signature de tout membre de l'OMC ? Non discriminatoires ? Fondés sur certains principes, comme on l'exigerait par exemple des normes de référence en matière SPS ? Comment déterminerait-on que la mesure est effectivement prise conformément aux dispositions de cet accord ? Y aurait-il une possibilité de démontrer tout de même que la mesure est appliquée d'une manière arbitraire ou comme moyen de restriction déguisé ? Cette proposition spécifique s'inscrit dans le cadre plus vaste de la question générale de la relation entre les accords de l'OMC et les accords multilatéraux environnementaux, et n'a pas encore trouvé de solution générale, bien qu'elle figure dans le mandat de négociations issu de la Déclaration Ministérielle de Doha.

Dans le cadre de l'Accord SPS, la question de la charge de la preuve se pose avec une acuité particulière en raison de la présomption de validité des mesures établies conformément aux normes internationales posée par l'article 3. L'application des règles normales d'attribution de la charge de la preuve a été réaffirmée dans l'affaire Hormones. Dans ce rapport, le Groupe spécial a précisé qu'un État qui adopte une mesure plus sévère qu'une norme internationale n'a pas, en cas de litige, à prouver que cette mesure est scientifiquement

<sup>99</sup> Rapport précité, p. 25.

<sup>100</sup> Comité du Commerce et de l'Environnement, *Régler la question du rapport entre les règles de l'OMC et les Accords Environnementaux Multilatéraux*, Communication des Communautés européennes, 19/10/2000, WT/CTE/W/170.



fondée. C'est au pays qui la conteste d'apporter des éléments de nature à faire présumer la contrariété de la mesure à l'Accord SPS. Certains ont vu ici un renversement de la charge de la preuve favorable au principe de précaution. Il convient de relativiser cette appréciation. Dans le même rapport, il est confirmé que la charge de la preuve incombe initialement à la partie plaignante, qui doit fournir un commencement de preuve d'incompatibilité avec une disposition particulière de l'Accord SPS en ce qui concerne la mesure SPS faisant l'objet de la plainte. Une fois que ce commencement de preuve a été apporté, la charge de la preuve passe à la partie défenderesse, qui doit à son tour repousser ou réfuter l'incompatibilité alléguée. Mais, dans son rapport, l'Organe d'appel revient sur la relation principe/exception déjà évoquée dans le rapport *États-Unis – Chemises* en infirmant sur ce point le rapport rendu par le Groupe spécial. Celui-ci considérait que l'article 3.3 de l'Accord SPS constituait une exception à l'article 3.1, et appliquait de ce fait, la pratique établie dans le cadre de l'article XX du GATT selon laquelle la charge de justifier une mesure adoptée à titre d'exception, incombe à la partie défenderesse. L'Organe d'appel estime que le Groupe spécial « *a mal compris* » la relation existant entre les deux dispositions et rappelle que si, l'établissement de mesures sanitaires sur ces bases internationales constitue clairement l'objectif fixé par l'accord, les mesures ont cependant la possibilité de prendre des mesures autrement fondées et cela ne constitue en aucun cas une exception mais une possibilité autonome. Cette mise au point a une incidence directe sur la question de la charge de la preuve : dans cette optique, les parties plaignantes auraient dû dans un premier temps présenter des preuves suffisantes pour montrer que les mesures communautaires étaient incompatibles au regard des articles de l'accord. C'est ensuite à la Communauté d'apporter les preuves de la compatibilité de ses mesures avec les dispositions de l'Accord. En effet, si l'Organe d'appel rappelle qu'« *initialement* » le fardeau de la preuve pèse sur la partie plaignante, le terme « *initialement* » doit être interprété dans le sens suivant : les États-Unis, plaignants, doivent présenter un commencement de preuve d'incompatibilité des mesures communautaires avec l'Accord SPS - ce qui relativement aisé - mais c'est aux Communautés européennes, défenderesses, de montrer que les directives en cause remplissent les conditions posées par l'Accord. Cette répartition du fardeau de la preuve, classique dans le droit de l'OMC, se révèle assez peu favorable à l'adoption de mesures environnementale basées sur la précaution puisque la preuve devant être rapportée par l'auteur de la mesure est assez difficile à établir.

Il résulte des différents rapports que le fonctionnement de la règle de charge de la preuve s'analyse comme une position médiane, un partage du fardeau de la preuve, une alternance successive de présomption et de réfutation.

Ces règles paraissent refléter la règle d'attribution de la charge de la preuve classique du droit civil français : il appartient à celui qui allègue l'existence d'un fait d'en apporter la preuve. La charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier (« *actori incumbit probatio* »). De fait, comme l'a indiqué l'Organe d'Appel, il s'agit d'un principe bien connu de diverses juridictions, nationales ou internationales. Nous sommes donc là face à une illustration intéressante du type de référence, ou d'emprunt, que l'Organe d'appel ou les Groupes spéciaux sont susceptibles de faire à des principes généralement applicables en matière de règles de procédure, soit dans les différents systèmes de droit nationaux, soit en droit international.

On peut conclure en notant qu'il n'existe pas, dans ce mécanisme, de modes de preuve pré-établis. Le Groupe spécial se déterminera en fonction des éléments qui lui sont soumis principalement, voire exclusivement, par les parties, mais aussi éventuellement par certaines sources extérieures. En outre, de la même manière qu'en droit interne, il peut se produire que le plaignant, légitimement, ne dispose pas lui-même de l'ensemble des éléments nécessaires à la démonstration des faits propres à convaincre le juge. En particulier, il se peut que certains éléments soient en la possession de l'autre partie. D'ailleurs, chaque partie a le devoir de collaborer de bonne foi à la bonne marche de la procédure, et il se peut aussi que la partie

adverse soit sollicitée par le Groupe spécial pour fournir des informations complémentaires. Elle s'expose, en cas de refus, à ce que les Groupes spéciaux puissent légitimement en tirer des conséquences adverses.

Concernant l'administration de la preuve, ni le Mémorandum concernant le règlement des différends, ni l'Accord général, ni l'Accord SPS ne prescrivent de critère d'examen particulier. Il est dès lors raisonnable de s'en remettre aux critères énoncés par l'article 11 du Mémorandum, à savoir « (...) *l'évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions* ». Dans l'affaire *Hormones*, l'Organe d'appel a défini le rôle des Groupes spéciaux qui est loin d'être négligeable, notamment lorsque le litige comporte des éléments scientifiques ou techniques. L'Organe d'appel affirme que les Groupes spéciaux ne sont pas en mesure d'effectuer un réexamen complet et qu'ils ne peuvent pas non plus s'en remettre totalement aux constatations des autorités nationales. Leur rôle peut donc être défini comme une position médiane, qui ne peut s'apparenter ni à l'examen *de novo* (c'est-à-dire un examen approfondi de la totalité de l'affaire à la fois procédures et faits), ni à la déférence totale (c'est-à-dire un contrôle plus global consistant à s'assurer que les procédures requises par le droit de l'OMC ont été correctement suivies). Une indication essentielle est fournie par l'Organe d'appel qui affirme que c'est au Groupe spécial qu'il incombe de décider quelles preuves il choisit d'utiliser pour faire ses constatations<sup>101</sup>. Les Groupes spéciaux disposent donc d'une grande marge de manœuvre dans la procédure, faisant dire à certains que l'on était face à une procédure de type inquisitoire. Le rapport *Produits agricoles* précise toutefois les limites du pouvoir d'investigation des Groupes spéciaux. L'Organe d'appel y affirme que la défaillance de la partie plaignante ne peut être « *compensée* » par le recours à des informations obtenues par d'autres voies. Ici, selon l'Organe d'appel, les États-Unis n'avaient pas fourni un commencement de preuve d'incompatibilité avec l'accord SPS. Or, le pouvoir d'investigation attribué au Groupe spécial « *ne peut pas être utilisé par un groupe spécial pour trancher en faveur d'une partie plaignante qui n'a pas fourni un commencement de preuve d'incompatibilité sur la base d'allégations juridiques qu'elle a formulées* »<sup>102</sup>.

Le rôle de l'Organe de règlement des différends est clairement de mettre en place une procédure contradictoire dans laquelle nulle partie ne peut être jugée sans avoir été appelée ou entendue et implique que les parties en cause soient en mesure de discuter et de contredire les prétentions, les moyens et les éléments de preuve qui lui sont opposés. Cependant, si l'égalité des armes est en théorie assurée, elle est en pratique à nuancer au vu de certaines règles comme celle selon laquelle c'est le défendeur qui parle lors du second tour de plaidoiries (article 7 de l'appendice 3 du Mémorandum). La partie défenderesse est donc selon cette disposition, dans une situation désavantageuse puisque la partie plaignante pourra adapter son mémoire aux derniers arguments soulevés sans que celle-ci puisse vraiment lui répondre.

Quoique les termes soient un peu généraux, l'article 14.2 du Mémorandum semble contraindre les panels à ne statuer que sur la base des arguments soulevés par les parties ou du moins discutés par elles (« *Les rapports des Groupes spéciaux seront rédigés [...] au vu des renseignements fournis et des déclarations faites* »). Cependant, les choses demeurent encore obscures. Pour respecter de manière claire le principe du contradictoire, il devrait être spécifié une interdiction pour le panel d'avancer des arguments non soulevés par les parties sans les avoir présentés aux parties et leur avoir donné la possibilité de les discuter.

En conclusion, il semble que le Groupe spécial procède à une analyse de l'ensemble des éléments qui lui sont présentés, plutôt qu'exclusivement à un examen successif des éléments apportés par l'un, puis par l'autre. C'est d'ailleurs ce qu'expriment maintenant certains rapports de Groupes spéciaux. Dans l'affaire *Corée – Produits laitiers*, l'Organe d'appel a en outre précisé que « *La détermination de l'importance et du poids réels des éléments de preuve présentés par une partie est fonction de l'estimation faite par un groupe*

<sup>101</sup> *Hormones*, § 135.

<sup>102</sup> *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS76/AB/R, déjà cité, § 129.

*spécial de la force probante de tous les éléments de preuve fournis par les deux parties considérés ensemble* ». Il s'agit donc toujours d'un équilibre délicat que doit respecter le Groupe spécial, pour ne pas dépasser dans ses conclusions le cadre du litige tel que présenté par le plaignant, et évaluer les éléments de preuve de différentes sources les uns au regard des autres afin de procéder à l'examen objectif des faits requis par l'article 11.

La distinction entre les notions de charge et d'objet de la preuve semble se brouiller en pratique. Ainsi peuvent être présentées sous l'intitulé de « *charge de la preuve* » des questions paraissant parfois relever de l'appréciation de ce qui constituera un ensemble de preuves de nature à emporter la conviction du juge, c'est-à-dire une question relevant davantage de l'identification de l'objet de la preuve à fournir, du contenu de celle-ci.

Si l'issue du litige peut parfois dépendre des règles répartissant le fardeau de la preuve, la question du contenu de la preuve ou du niveau de celle-ci n'en revêt pas moins un caractère essentiel. Selon le type et le niveau de preuve attendu par l'Organe de règlement des différends, la justification d'une mesure environnementale peut être plus ou moins difficile à établir. Or, le Mémoire d'accord sur le règlement des différends ne prévoit pas, d'une manière générale, de niveau de preuve à atteindre. En conséquence, l'importance pratique, et la relative facilité ou complexité, de l'établissement des faits varieront grandement selon l'objet du litige : l'objet de la preuve diffère selon les dispositions en cause et les affaires soumises à l'OMC pour règlement sont d'une complexité factuelle très variable. La question du contenu de la preuve ou du niveau de preuve attendu, se pose avec une acuité particulière dès lors que sont en jeu des éléments scientifiques, ce qui est fréquent en matière de protection de l'environnement. C'est dans le cadre de l'Accord SPS que cette question a été abordée par l'Organe d'appel.

La principale question est celle de l'existence ou non d'un niveau, d'un seuil de justification scientifique attendu. La réponse à une telle question n'est pas aisée étant donné le peu de jurisprudence et les inévitables variations d'appréciation au cas par cas. Tout d'abord, une mesure sanitaire n'est légitime que si un risque a été identifié, or « *le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un risque vérifiable; l'incertitude théorique n'est pas le genre de risque qui doit être évalué aux termes de l'accord SPS* »<sup>103</sup>. Cependant et plus exactement, une telle évaluation doit seulement mettre en exergue la probabilité ou la possibilité que le risque existe et se réalise. En effet, l'Organe d'appel exige que toute mesure sanitaire soit prise au regard d'une possibilité de risque ou d'une probabilité de risque. Dès qu'une possibilité existe, même minime que le risque existe et se réalise, une mesure sanitaire est fondée. Il est précisé qu'il est « *essentiel de ne pas perdre de vue que le risque qui doit être évalué n'est pas uniquement le risque qui est vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans des conditions rigoureusement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telle qu'elles existent autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent* »<sup>104</sup>. S'éloignant de l'idée de vérité scientifique, l'Organe d'appel semble, à travers cette interprétation, laisser place au principe de précaution.

Dans le cadre de l'Accord SPS, l'Organe d'appel a affirmé dans son rapport Hormones, que l'évaluation des risques nécessaire pour justifier la mesure prise ne doit pas nécessairement être fondée sur un point de vue scientifique majoritaire. L'évaluation des risques ne débouche pas forcément sur une conclusion monolithique mais peut faire au contraire ressortir un courant scientifique dominant et des opinions scientifiques divergentes. L'évaluation des risques n'est donc pas censée refléter un point de vue monolithique, ni même majoritaire. Par exemple, le fait qu'un point de vue soit minoritaire ne fait pas obstacle à ce que l'évaluation qui prend appui sur lui puisse raisonnablement fonder la mesure prise. L'Organe d'appel note que c'est particulièrement le cas « *lorsque le risque en question peut être mortel et qu'il perçu comme posant une menace évidente ou imminente pour la santé ou*

<sup>103</sup> Rapports Hormones § 186 et Saumons, §125.

<sup>104</sup> Hormones, §187.

la sécurité publique ». Cette appréciation souple du contenu de la preuve à rapporter a été confirmée par l'Organe d'appel dans le rapport *Produits agricoles*. L'affaire *Amiante* a aussi contribué à illustrer le rôle des données scientifiques dans un examen au titre, cette fois, de l'article XX. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a précisé que les données scientifiques n'avaient pas à être appréciées selon un système de « prépondérance des preuves » et qu'au contraire, un gouvernement pouvait légitimement se fonder, dans le cadre de sa politique de santé, sur des données minoritaires, pourvu qu'elles émanent de sources reconnues. Ce point est très important puisqu'il révèle bien que l'objet du groupe spécial ne peut être de « refaire » l'évaluation scientifique ou de se prononcer sur la vérité scientifique (qui de toute façon ne se démontre pas par un calcul de majorité), mais d'apprécier si les autorités prenant la mesure avaient devant elles des éléments scientifiques crédibles pour prendre leur décision. Pour s'acquitter correctement de sa mission de « procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions [...] », comme l'exige l'article 11 du Mémoire, le Groupe spécial peut estimer avoir besoin de davantage d'information que ce qui lui est spontanément fourni par les parties.

#### **La preuve dans l'affaire des Produits biotechnologiques**

Le rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* est intéressant à plus d'un titre pour ce qui est de la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS via la relation entre l'article 2 :2 et l'article 5 :7. Ceci étant, en tant que rapport rendu par un Groupe spécial, il convient de l'apprécier en tant que tel. Il est loin d'être évident que l'Organe d'appel de l'OMC aurait tiré des conclusions similaires quant à la qualification de l'article 5 :7.

Bien que progressiste à certains égards, le raisonnement du Groupe spécial ébranle un tant soit peu l'équilibre et la prévisibilité des droits et obligations sur lesquels est bâti l'Accord SPS. Ce dernier accorde une primauté à la *sound science* et dès lors l'obligation de procéder à une évaluation des risques (articles 5 :1 et 2 :2) avant l'adoption ou le maintien de mesures SPS guide la mise en œuvre de toutes les autres dispositions de l'Accord SPS, l'article 5 :7 y compris.

Conférer un statut de droit autonome à l'article 5 :7 pourrait menacer le *modus operandi* ainsi que la *ratio operandi* de l'Accord SPS. L'argumentation du Groupe spécial visant à exclure les situations visées par l'article 5 :7 du champ d'application de l'article 2 :2 est certes attrayante mais il n'est pas sûr que l'interprétation de la clause « exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5 » figurant à l'article 2:2 laisse entendre que l'article 5 :7 est *mutatis mutandis* un droit autonome au sein du régime de l'Accord SPS. Un tel doute est exacerbé lorsque l'on se fonde sur les règles générales d'interprétation portant sur le sens ordinaire des termes et sur l'objet et le but de l'Accord SPS.

Par ailleurs, il est certes important de donner sens et effet à tous les termes des dispositions de l'Accord SPS (*ut res magis valeat quam pereat*) comme s'est évertué à le faire le Groupe spécial, mais il convient alors d'en tirer pleinement les conséquences juridiques. Le premier aspect qui vient à l'esprit concerne la question des « mesures SPS provisoires ». Si l'on qualifie l'article 5 :7 de droit autonome, un Etat membre qui adopte des mesures provisoires doit être présumé agir strictement dans le cadre de l'article 5 :7 de l'Accord SPS. Il n'est pas adéquat comme l'a fait le Groupe spécial de faire tomber les mesures SPS provisoires concomitamment dans le champ de l'article 5 :1 et de l'article 5 :7. L'autonomie formelle implique l'autonomie matérielle. Reconnaître à l'article 5 :7 un statut de droit autonome « assorti de réserves » requiert de reconnaître à cette disposition de l'Accord SPS un champ d'application *ratione materiae* autonome. En d'autres termes, les mesures SPS visées par l'article 5 :1 ne peuvent pas être de même nature que les mesures SPS visées par l'article 5 :7. Dès lors le caractère provisoire d'une mesure SPS devrait pouvoir servir de ligne de démarcation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS et non pas exclusivement l'insuffisance de preuves scientifiques. Le Groupe spécial n'a pas entériné une telle solution de peur de menacer l'équilibre sur lequel est fondé l'Accord SPS. Néanmoins, c'est une des conséquences logiques de la qualification de l'article 5 :7 en tant que droit autonome. L'avenir révélera sûrement d'autres « dommages collatéraux » potentiels du traitement opéré par le Groupe spécial de la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS.

#### **c. CIRDI**

Selon l'article 33 du règlement de procédure d'arbitrage de la Convention de Washington, les parties donnent au Tribunal, qui les transmet à l'autre partie, « des renseignements précis au sujet des preuves qu'elle a l'intention de produire et auxquelles elle

*a l'intention de demander au Tribunal de faire appel, ainsi qu'une indication des points auxquels ces preuves se rapportent* ». L'article 34 fixe assez précisément les principes généraux applicables à la preuve :

« (1) *Le Tribunal est juge de la recevabilité de toute preuve invoquée et de sa valeur probatoire.*

(2) *Le Tribunal peut, s'il le juge nécessaire, à tout moment de l'instance :*

(a) *requérir les parties de produire des documents, de citer des témoins ou de faire entendre des experts ; et*

(b) *se transporter sur les lieux ou y procéder à des enquêtes.*

(3) *Les parties coopèrent avec le Tribunal en ce qui concerne la production des preuves et toute autre mesure prévue au paragraphe (2). Le Tribunal prend formellement note du défaut d'une partie qui ne se conforme pas aux obligations résultant du présent paragraphe, ainsi que de toutes raisons données pour ce défaut.*

(4) *Les dépenses exposées pour la production des preuves ou l'exécution de toute autre mesure prévue au paragraphe (2) sont réputées faire partie des dépenses exposées par les parties au sens de l'article 61(2) de la Convention. »*

Enfin, l'article 37§1 prévoit que « *Si le Tribunal juge nécessaire de se transporter sur les lieux ou d'y procéder à une enquête, il prend une ordonnance à cet effet. L'ordonnance définit la portée du transport sur les lieux ou l'objet de l'enquête, les délais, la procédure à suivre et autres modalités particulières. Les parties peuvent participer à tout transport sur les lieux et à toute enquête. »*

#### **d. CNUDCI**

Le règlement d'arbitrage CNUDCI consacre deux dispositions à la question de la preuve. Selon son article 15, « (...) 2. *À la demande de l'une ou l'autre partie et à tout stade de la procédure, le tribunal arbitral organise une procédure orale pour la production de preuves par témoins, y compris des experts, ou pour l'exposé oral des arguments. Si aucune demande n'est formée en ce sens, le tribunal arbitral décide s'il convient d'organiser une telle procédure ou si la procédure se déroulera sur pièces. 3. Toutes les pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées en même temps par elle à l'autre partie* ». Selon son article 24, « 1. *Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse. 2. S'il le juge nécessaire, le tribunal arbitral peut prier une partie de lui fournir ainsi qu'à l'autre partie, dans le délai qu'il fixe, un résumé des pièces et autres preuves que la partie intéressée a l'intention de produire à l'appui des faits qui constituent l'objet du litige et qui sont exposés dans sa requête ou dans sa réponse. 3. À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet* ».

#### **e. Cour européenne des droits de l'homme**

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, la charge de la preuve repose en principe sur les deux Parties : le demandeur au premier chef mais aussi le défendeur qui doit « *coopérer avec les organes de Strasbourg dans la recherche de la vérité* ». S'agissant du principe de précaution, l'attitude de la Cour européenne est très réservée. Dans l'affaire *Balmer-Schafroth*<sup>105</sup>, la Cour a exigé des requérants qu'ils rapportent la preuve du caractère précis et imminent d'une menace; ce qui revient à alourdir considérablement le fardeau de la preuve<sup>106</sup>. Sa jurisprudence est constante ; l'issue de la procédure en cause doit être directement déterminante pour le droit en question ; un lien ténu ou des répercussions lointaines sont insuffisants. En l'espèce, comme le remarque le Juge Pettiti dans son opinion

<sup>105</sup> Arrêt du 26 août 1997, *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, req. n°22110/93.

<sup>106</sup> Ph. Frumer, « Protection de l'environnement et droits procéduraux de l'homme : des relations tumultueuses ? », *RTDH*, 1998, p. 819.

dissidente, l'interprétation retenue par la Cour va au-delà de cette condition, la seule manière pour le requérant d'y satisfaire serait d'exercer un recours, alors que le danger serait déjà matérialisé : « *L'appréciation de la Cour sur la prétendue ténuité du lien ou l'absence de péril imminent n'est pas fondée, à mon avis. Faudrait-il attendre que la population subisse les premières irradiations pour pouvoir prétendre à l'exercice d'un recours ?* » nous dit-il. Ces exigences sont en contradiction totale avec le principe de précaution. Le contentieux est, on le voit, peu axé sur la prévention des dommages, principalement voué à la réparation. La Cour éprouve une certaine difficulté pour intégrer les problématiques environnementales, si bien que le système conventionnel peut à bien des égards paraître mal adapté à ce domaine. Il est regrettable que le principe de précaution ne soit pas pris en compte et ne permette pas un assouplissement des règles relatives à la charge de la preuve pour faire face aux incertitudes inhérentes aux activités potentiellement dangereuses pour l'environnement<sup>107</sup>.

## 2. *L'expertise*

Dans les affaires environnementales, les aspects techniques ou scientifiques sont souvent très étoffés et complexes. En même temps, ils sont déterminants pour l'issue des procédures. Il est donc particulièrement essentiel que le juge se donne les moyens d'apprécier ces éléments, qu'il puisse ainsi recourir à des experts ou procéder à des examens sur place. Toute erreur de fait serait particulièrement lourde de conséquences dans les affaires touchant aux intérêts des États, pour la crédibilité de la justice internationale, pour les relations des États en cause. C'est pourquoi les règles relatives à l'expertise sont en règle générale fixées minutieusement, même si en pratique il en est fait un assez faible usage devant les juridictions internationales<sup>108</sup>. L'enquête peut être conduite directement par la juridiction, qui peut aussi la confier, en tout ou partie, à un tiers. Les juridictions internationales peuvent enfin recevoir des informations des tiers<sup>109</sup>.

### *a. La Cour internationale de Justice*

La Cour internationale possède un large éventail de possibilités en la matière. Elle a le pouvoir de décider au cours de l'instruction des enquêtes, des expertises, ainsi que des descentes sur les lieux si elle estime que ces mesures sont nécessaires à l'administration de la preuve. Selon l'article 50 du Statut : « *A tout moment, la Cour peut confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix* »<sup>110</sup>.

La CPIJ n'a eu recours à l'expertise qu'une seule fois<sup>111</sup>. La CIJ n'a jamais cité d'experts à l'audience (art. 62§2 du Règlement), mais elle a pu décider de faire procéder à une expertise en vertu de l'article 67 du Règlement<sup>112</sup>.

Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, elle a eu recours à des spécialistes de questions maritimes, mouillage des mines et déminage, auxquels elle a confié une expertise par une ordonnance du 17 décembre 1948, puis à des experts en matière de construction navale pour fixer le montant des indemnités dues par l'Albanie, par ordonnance du 19 novembre 1949. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a interprété l'article 50 du Statut comme l'autorisant à confier une enquête ou une expertise *in camera* « *à un groupe de juges choisis parmi ceux qui siègent en l'affaire* »<sup>113</sup>. Dans l'affaire *Gabcíkovo-Nagymaros*, elle s'est appuyée sur des techniques particulières pour l'établissement des preuves : projection de vidéo-cassettes sur les aspects scientifiques de l'affaire, rétroprojection de transparents au cours de la procédure orale. Les parties avaient chacune de leur côté établi des expertises. La Cour constate elle-même qu'« *[U]n*

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 833.

<sup>108</sup> L. Savadogo, « Le recours des juridictions internationales à des experts », *AFDI*, 2004, p. 232.

<sup>109</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 524.

<sup>110</sup> À lire avec les articles 62 et 67 du Règlement de la Cour.

<sup>111</sup> Cf. CPIJ, *Usine de Chorzow (demande en indemnité)* (compétence), arrêt du 26.07.1927, *Rec. CPJI*, Série A, n°9, p. 30.

<sup>112</sup> S. Rosenne, *The World Court. What it is and how it works*, Martinus Nijhoff, 5<sup>ème</sup> éd., 1995, p. 149.

<sup>113</sup> Arrêt du 27 juin 1986, *Recueil CIJ* 1986, p. 40.

*impressionnant matériel de nature scientifique* » a été versé au dossier<sup>114</sup>. L'appréciation en était d'autant plus délicate que les Parties avaient développé des argumentations en tout point opposées quant aux conséquences du projet sur l'environnement. La Cour trouve un biais qui lui permet de ne pas trancher sur ce point : elle précise qu'elle « *a étudié très attentivement ce matériel* », mais elle « *conclut toutefois que, comme elle le démontrera ci-après, il ne lui est pas nécessaire, pour répondre aux questions qui lui ont été posées dans le compromis, de déterminer lequel de ces points de vue est scientifiquement le plus solide* ». Dans cette affaire, la Cour a trouvé le moyen de ne pas entrer dans les démonstrations des parties. Mais par principe, les expertises fournies par les parties présentent un risque de partialité et à l'avenir la Cour ne devrait pas hésiter à faire appel à des experts pour l'aider à apprécier les éléments techniques ou scientifiques<sup>115</sup>.

Les descentes sur les lieux sont quant à elles exceptionnelles. Après un précédent sous la CPIJ dans l'affaire des Prises d'eau à la Meuse, la Cour a pourtant utilisé cette possibilité – pour la première fois depuis son institution – dans l'affaire *Gabcíkovo-Nagymaros* à l'initiative de la Slovaquie. La visite a été effectuée en avril 1997<sup>116</sup>.

### ***b. Le Tribunal international du droit de la mer***

La Convention de Montego Bay ménage au Tribunal une intéressante possibilité, en prévoyant 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* » (article 289). On note par ailleurs que le Tribunal travaille si nécessaire sur projections vidéos – ce qu'il a fait dans l'affaire de l'Usine Mox – et n'hésite pas non plus à communiquer aux agents « *une liste de points et problèmes que le Tribunal voudrait voir spécialement étudier par les parties* » (également dans l'affaire de l'Usine Mox). Une juridiction peut de toutes façons demander *proprio motu* aux représentants des Parties leur position sur toute question qu'elle juge pertinente, qu'il s'agisse d'un point de fait ou d'une question juridique<sup>117</sup>. Le Tribunal a toutefois pu être critiqué pour avoir eu recours à des experts officieux (un cartographe par exemple dans l'affaire du *Navire Saiga*).

### ***c. L'arbitrage***

La faculté des arbitres et organes arbitraux dépendra de l'acte institutif, mais de nombreuses possibilités sont ouvertes.

Un tribunal peut conduire une enquête directe. Dans la mesure où l'organisation d'une enquête est un pouvoir du tribunal, il en apprécie l'opportunité<sup>118</sup>. La pratique est limitée, mais, dès l'affaire de la *Fonderie du Trail*, le Tribunal avait réalisé une visite sur les lieux d'une durée de 6 jours. Il existe d'autres précédents de visites sur les lieux par des tribunaux arbitraux, notamment dans le contentieux territorial<sup>119</sup>.

Un tribunal peut aussi déléguer son pouvoir d'expertise, en ayant recours à une expertise extérieure. Cette possibilité est ouverte sans texte, mais prévue dans les principaux règlements de procédure<sup>120</sup>. Un tribunal a ici une large marge de manœuvre qu'il s'agisse de la

<sup>114</sup> § 55 de l'arrêt précité.

<sup>115</sup> J. Sohnle, « *Irruption de l'environnement dans la jurisprudence de la CIJ : l'affaire Gabcíkovo-Nagymaros* », *RGDIP*, n° 1/1998, pp. 86-119.

<sup>116</sup> J.M. Thouvenin, « *La descente de la Cour sur les lieux dans l'affaire relative au projet Gabcíkovo-Nagymaros* », *AFDI*, 1997, pp. 333-340.

<sup>117</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 521.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 524. L'auteur cite la sentence CPA des 24 et 27 juillet 1956, dans *l'Affaire relative à la concession des phares de l'empire ottoman*, Grèce/France, *RSA* vol. XII, p. 210, décidant de ne pas ordonner une enquête compte tenu de ses faibles chances de succès et de son coût.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 524.

<sup>120</sup> Art. 27 du Règlement CNUDCI, art. 43 du Règlement CIRDI (MS), art. 1133 ALENA. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 526.

désignation de l'expert ou de la commission d'experts ou de la détermination de la procédure de l'expertise. Le rapport d'expertise sera soumis au contradictoire et discuté par les Parties. Sur les questions techniques, ce rapport aura généralement un poids déterminant, même si l'appréciation du tribunal n'est pas liée par lui<sup>121</sup>. On constatera que, dès l'affaire de la *Fonderie du Trail*, le Tribunal avait fait réaliser des études qu'il a utilisées pour déterminer le comportement que devaient suivre les parties à l'avenir.

Dans le cadre du règlement d'arbitrage CNUDCI, le tribunal peut charger des experts choisis par lui de lui faire des rapports écrits sur les points qu'il détermine. Le rôle de l'expert et ses pouvoirs sont alors potentiellement larges. Selon l'article 27 du règlement d'arbitrage :

« 1. *Le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera. Une copie du mandat de l'expert, tel qu'il a été fixé par le tribunal arbitral, sera communiquée aux parties.*

2. *Les parties fournissent à l'expert tous renseignements appropriés ou soumettent à son inspection toutes pièces ou toutes choses pertinentes qu'il pourrait leur demander. Tout différend s'élevant entre une partie et l'expert au sujet du bien-fondé de la demande sera soumis au tribunal arbitral, qui tranchera.*

3. *Dès réception du rapport de l'expert, le tribunal arbitral communique une copie du rapport aux parties, lesquelles auront la possibilité de formuler par écrit leur opinion à ce sujet. Les parties ont le droit d'examiner tout document invoqué par l'expert dans son rapport.*

4. *À la demande de l'une ou l'autre des parties, l'expert, après la remise de son rapport, peut être entendu à une audience à laquelle les parties ont la possibilité d'assister et de l'interroger. À cette audience, l'une ou l'autre des parties peut faire venir en qualité de témoins des experts qui déposeront sur les questions litigieuses. Les dispositions de l'article 25 sont applicables à cette procédure. »*

On peut enfin envisager qu'un tribunal comporte des experts dans sa composition elle-même, celle-ci résultant de la libre volonté des parties.

Le Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement, adopté en 2001, prévoit la création d'une liste spécialisée – indicative – d'arbitres considérés comme ayant une expertise en la matière. Il prévoit également la création – également indicative – d'une liste d'experts scientifiques et techniques pouvant être désignés à titre d'expert conformément à ce Règlement (art. 27§5). Les listes peuvent être téléchargées sur le site de la Cour permanente d'arbitrage<sup>122</sup>. On notera également que l'article 24§4 du Règlement précise que « *Le tribunal arbitral peut prier les parties conjointement ou séparément de lui fournir un document qui ne soit pas rédigé en termes techniques résumant et explicitant des informations à caractère scientifique, technique ou autrement spécialisées que le tribunal juge nécessaire à la bonne compréhension du litige* ».

En novembre 2001, l'équipe Cousteau a conclu un accord avec la CPA visant à mettre à disposition de cette dernière le personnel de recherche scientifique de l'association et son bateau à usage spécial, l'*Alcyone*, pour effectuer des missions pour l'établissement des faits, conduites sous les auspices de la CPA.

#### ***d. L'Organe de règlement des différends de l'OMC***

L'article 13 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends stipule :

« 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. Toutefois, avant de demander de tels renseignements ou avis à toute personne ou à tout organisme relevant de*

<sup>121</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 527.

<sup>122</sup> < [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1106](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1106)>, consulté le 11 avril 2008.



*la juridiction d'un Membre, il en informera les autorités de ce Membre. Les Membres devraient répondre dans les moindres délais et de manière complète à toute demande de renseignements présentée par un groupe spécial qui jugerait ces renseignements nécessaires et appropriés. Les renseignements confidentiels ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la personne, de l'organisme ou des autorités du Membre qui les aura fournis.*

*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. À 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 ».*

Cette disposition accorde aux panels une large autorité pour rechercher les informations nécessaires à la résolution d'un litige, y compris les informations d'ordre technique, scientifique et ce quelle que soit leur source. Dans plusieurs différends à composante environnementale et/ou sanitaire (*Crevettes, Saumons, Produits agricoles, Amiante, Produits biotechnologiques*), la question s'est posée avec une grande acuité et a pesé considérablement sur l'issue du litige. Il y a donc là un enjeu de taille.

En pratique, la tendance est plutôt à consulter des experts à titre individuel, ce qui est assez contestable et a été vigoureusement contesté par les Communautés européennes dès l'affaire des *Hormones*, pour laquelle le panel a finalement décidé de faire appel à différents experts à titre individuel. Le panel a alors décidé de recourir au secrétariat de la Commission du *Codex Alimentarius* afin d'identifier les experts compétents dans le domaine scientifique concerné. Après avoir pris connaissance des observations des deux parties, le panel a sélectionné deux des experts proposés par le *Codex*. A la demande spécifique de la Communauté européenne, le panel a également choisi un expert à partir de la liste de noms proposés par l'Agence Internationale pour la Recherche sur le Cancer (CIRC). En plus, chaque partie a pu proposer trois experts, qui pouvaient être des ressortissants des États parties au litige. Le panel a finalement choisi un expert dans la liste de trois experts proposée par chaque partie. Au total, dans cette affaire, le panel a choisi cinq experts scientifiques<sup>123</sup>.

Dans les affaires suivantes, la pratique a été établie de choisir les différents experts au sein des organismes internationaux mentionnés dans les accords SPS ou OTC, à moins qu'un tel organisme n'existe pas dans le secteur concerné (comme c'était le cas dans l'affaire des *Crevettes*) ou se déclare incapable de proposer des experts<sup>124</sup>.

Le rôle du groupe d'experts est uniquement de fournir des informations en réponse aux questions spécifiques posées par le panel et les parties et d'exprimer une opinion sur les derniers développements de la recherche scientifique<sup>125</sup>. Les panélistes sont placés, dans ce type d'affaires, dans une position délicate, comme le montre l'affirmation du Groupe spécial dans l'affaire de l'*Amiante* indiquant : « *Dans ce contexte, en rapport avec les informations scientifiques soumises par les parties et les experts, le Groupe spécial se doit de rappeler qu'il n'est pas censé trancher un débat scientifique, n'étant pas composé d'experts dans le domaine des risques que l'amiante pourrait faire courir à la santé des personnes. Par conséquent, le Groupe spécial n'entend pas s'ériger en arbitre des opinions exprimées par la communauté scientifique* »<sup>126</sup>.

Au regard des enjeux, l'organisation de l'expertise et le traitement de son résultat ont généralement fait l'objet de critiques par l'une ou l'autre des parties. Ainsi, la Communauté européenne a, par exemple, soutenu que dans l'affaire des *Hormones*, le groupe spécial n'avait pas procédé à une évaluation objective des faits et des preuves scientifiques

<sup>123</sup> T. Christoforou, « L'expertise scientifique au service du commerce international : analyses et perspectives », in *Droit de l'OMC et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Voir le rapport du panel sur l'*Amiante*, para. 8.181.

disponibles et présentées, que le panel avait commis des erreurs matérielles manifestes dans l'évaluation des opinions scientifiques présentées par chaque scientifique, et notamment qu'il n'avait pas suffisamment donné de poids aux éléments de preuve apportés par tous les experts choisis par lui et bien évidemment par les experts de la Communauté européenne<sup>127</sup>.

Dans l'affaire des *Produits biotechnologiques*, comme dans les affaires précédentes portant sur l'application de l'Accord SPS, les expertises vont constituer un enjeu central du différend, rappelant d'ailleurs avec force l'importance de la question de relation du juge et de l'expert. Au cours de la procédure, des avis seront successivement émis par six experts individuels<sup>128</sup> ainsi que par divers secrétariats d'organisations internationales consultés<sup>129</sup>. Signe toutefois que l'affaire était mal engagée pour les CE, il n'a pas échappé aux observateurs que la consultation d'experts durant la procédure a opéré sur un mode différent de celui des affaires précédentes. Elle interviendra en effet ici à la demande des CE, alors que, dans le même temps, les plaignants, qui « *ne contestaient pas les évaluations des comités scientifiques des CE* »<sup>130</sup>, ne le jugeaient pas nécessaire... et pour cause : ces évaluations concluaient toutes à l'absence de risque additionnel pour la santé et l'environnement. Le Groupe spécial va pour sa part considérer que les avis délivrés pendant et dans le cadre de la procédure ne permettent pas de renverser les conclusions des comités scientifiques des CE et d'étayer la thèse d'un risque susceptible de justifier les mesures litigieuses<sup>131</sup>.

Dans l'affaire *Hormones II*, la question se pose à nouveau. Les Communautés européennes demandent l'établissement d'un groupe consultatif d'experts unique. Suivant une pratique constante à l'OMC, le Groupe spécial refuse cette option pour lui préférer une consultation d'experts à titre individuel. Il invoque principalement deux motifs pour cela : d'une part la variété des domaines de compétence requis (il est sur ce point peu convaincant) et d'autre part le fait qu'il souhaite « *entendre toute opinion dissidente ou minoritaire parmi les experts, plutôt que recevoir un texte consensuel d'un groupe consultatif d'experts* »<sup>132</sup>. La procédure de sélection des experts a été longue et délicate. Après avoir rejeté une première série de noms, les parties se sont vues soumettre une deuxième liste mais « *Pour chacun des experts à l'exception d'un seul, une partie ou une autre a soulevé des objections, faisant valoir qu'un expert n'avait pas de compétences suffisantes dans les domaines dans lesquels il avait été constaté que des compétences scientifiques ou techniques seraient nécessaires, ou avait des liens avec le gouvernement d'une partie au présent différend; (...) ou avait reçu des fonds de l'industrie pharmaceutique; ou avait participé au processus d'approbation réglementaire de l'une quelconque des six hormones* ». Le Groupe spécial a tout de même retenu 6 experts, en tentant de justifier son choix au regard des critiques adressées par les parties. Les Communautés lui ont demandé de reconsidérer deux noms, en raison de l'existence de conflits d'intérêts. Le Groupe spécial a maintenu son choix : « *ayant examiné les renseignements disponibles au sujet des divers candidats, il a constaté que ces deux experts représentaient le meilleur choix possible parmi les très rares personnes disponibles ayant des compétences dans le domaine de l'évaluation des risques et qu'ils seraient en mesure de donner au Groupe spécial des indications sur les normes internationales relatives aux hormones en cause* ». Mais la bataille a continué – elle aura en tout duré plusieurs mois – car entre temps certains des experts n'étaient plus disponibles<sup>133</sup> !

<sup>127</sup> Pour plus de détails, voir T. Christoforou, « L'expertise scientifique au service du commerce international : analyses et perspectives », in *Droit de l'OMC et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

<sup>128</sup> § 7.12 et ss

<sup>129</sup> Les secrétariats de la CDB, de la commission du Codex *alimentarius*, de la FAO, de la CIPV, de l'OIE, du PNUE et de l'OMS. Voir le § 7.31.

<sup>130</sup> Le Groupe spécial va laisser le soin aux parties de décider si elles souhaitent désigner des experts (§ 7.15)

<sup>131</sup> M.-P. Lanfranchi, « L'affaire CE-produits biotechnologiques : éléments du débat judiciaire », à paraître REDE, 2008/2.

<sup>132</sup> *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE-Hormones*, Rapport du Groupe spécial, 31 mars 2008, WT/DS320/R, p. 174.

<sup>133</sup> *Ibid.* Voir pour le détail spéc. pp. 180 ss.

### ***e. La Cour européenne des droits de l'homme***

La CEDH « *s'il y a lieu, procède à une enquête pour la conduite efficace de laquelle les États intéressés fourniront toutes facilités nécessaires* » (art. 38 de la Convention). Elle peut ordonner d'office des mesures d'instruction telles que la production de documents, une audition de témoins ou d'experts et une descente sur les lieux. Elle a fait procéder dans plusieurs affaires à une expertise, par ordonnance (expertise graphologique, foncière, économique, artistique etc.). Elle n'exclut en tout cas pas d'examiner les questions techniques. Ainsi, dans son arrêt précité *Balmer-Schafroth* (précité), elle a considéré que le caractère très technique des questions à trancher ne faisait pas en soi obstacle à l'applicabilité de l'article 6, alors que le gouvernement suisse soutenait qu'il fallait exclure ces questions du champ d'application de l'article 6 en raison même de leur caractère hautement technique.

### **III. La faculté d'indiquer des mesures conservatoires**

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-elle largement reconnue ? Comment le juge et l'arbitre en font-ils usage ? Les ordonnances adoptées à cet effet ont-elles un caractère obligatoire pour les Parties ? Sont-elles généralement respectées ?

La possibilité d'indiquer des mesures conservatoires est reconnue à la Cour internationale de Justice. Aux fins de l'article 41 de son Statut, « *la Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire* ». Deux conditions sont posées : d'une part, l'imminence d'un préjudice irréparable, d'autre part, le risque d'aggravation du différend. Mais la formulation ambiguë de l'article 41 du Statut a fait naître une vaste polémique quant à la portée de ces mesures. En pratique, les États ne se sont bien souvent pas conformés, aux mesures qu'a prononcées la Cour. En 2001, la Cour a posé le principe du caractère obligatoire des mesures conservatoires<sup>134</sup>.

Les deux règlements d'arbitrage du CIRDI évoquent les mesures conservatoires. Selon l'article 39 (« *Mesures conservatoires* ») du règlement d'arbitrage de la Convention de Washington, des mesures conservatoires peuvent être prononcées à tout moment de la procédure à la demande d'une des parties ou du tribunal, lequel pourra demander d'autres mesures conservatoires que celles qui seraient demandées par une des parties. Il procède à l'examen préalable des observations des parties sur la requête de mesures conservatoires. Les parties peuvent demander à toute autorité judiciaire ou autre d'ordonner des mesures conservatoires antérieurement ou postérieurement à l'introduction de l'instance à condition qu'elles en aient convenu dans l'accord contenant leur consentement. L'article 46 (« *Mesures provisoires de protection* ») du règlement d'arbitrage du Mécanisme supplémentaire contient des dispositions similaires. Il prévoit que « *Les parties peuvent demander à toute autorité judiciaire compétente d'ordonner l'adoption de mesures provisoires ou conservatoires. Cette démarche n'est considérée ni comme une violation de l'accord d'arbitrage ni comme une atteinte aux pouvoirs du Tribunal.* » (§4). La jurisprudence retient les critères classiques de la nécessité et de l'urgence. Plus précisément, il doit exister à la fois un droit à préserver et des

<sup>134</sup> Cf. son arrêt du 27 juin 2001, aff. *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis), *Rec. CIJ*, 2001, p. 466. « (...) L'article 41, analysé dans le contexte du Statut, a pour but d'éviter que la Cour soit empêchée d'exercer ses fonctions du fait de l'atteinte portée aux droits respectifs des parties à un différend soumis à la Cour. Il ressort de l'objet et du but du Statut, ainsi que des termes de l'article 41 lus dans leur contexte, que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires emporte le caractère obligatoire desdites mesures, dans la mesure où le pouvoir en question est fondé sur la nécessité, lorsque les circonstances l'exigent, de sauvegarder les droits des parties, tels que déterminés par la Cour dans son arrêt définitif, et d'éviter qu'il soit porté préjudice. Prétendre que des mesures conservatoires indiquées en vertu de l'article 41 ne seraient pas obligatoires serait contraire à l'objet et au but de cette disposition.

Un motif connexe qui va dans le sens du caractère obligatoire des ordonnances rendues au titre de l'article 41, et auquel la Cour attache de l'importance, est l'existence d'un principe que la Cour permanente de Justice internationale a déjà reconnu lorsqu'elle a évoqué le « principe universellement admis devant les juridictions internationales et consacré d'ailleurs dans maintes conventions (...) d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, ordonnance du 5 décembre 1939*) ».

caractéristiques d'urgence et de nécessité pour éviter un dommage irréparable<sup>135</sup>. En pratique, cependant, à notre connaissance, les mesures conservatoires n'ont jamais été demandées à des fins de protection de l'environnement. Cela s'explique par le fait qu'en principe c'est le demandeur – l'investisseur privé qui dénonce des manquements, qui peuvent être basés sur des considérations de protection environnementale ou sanitaire, au contrat ou au traité applicable entre l'État-hôte et l'État de l'investisseur – qui demande les mesures conservatoires. S'agissant de la portée des mesures, le CIRDI a suivi la Cour internationale de Justice, se fondant sur le pouvoir inhérent à toute juridiction pour affirmer à son tour le caractère obligatoire des mesures conservatoires qu'il adopte<sup>136</sup>.

Ces évolutions ne sont peut-être pas sans lien avec le fait que la Convention de Montego Bay conférait clairement au Tribunal international du droit de la mer le pouvoir de prescrire des mesures conservatoires. La Convention crée en effet un chef de compétence obligatoire et exclusive du Tribunal.

Le Tribunal peut être amené à prescrire des mesures conservatoires dans deux hypothèses :

- une hypothèse « normale », lorsqu'il est saisi d'un différend qu'il est appelé à trancher au fond (« *Si une cour ou un tribunal dûment saisi d'un différend considère, prima facie, avoir compétence en vertu de la présente partie ou de la section 5 de la partie XI, cette cour ou ce tribunal peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive* », art. 290§1) ;

- une hypothèse moins habituelle, où il intervient en attendant la constitution d'un tribunal arbitral à ce seul stade des mesures conservatoires (« *En attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend en vertu de la présente section, toute cour ou tout tribunal désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoire, le Tribunal international du droit de la mer ou, dans le cas d'activités menées dans la Zone, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, prima facie, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. Une fois constitué, le tribunal saisi du différend, agissant conformément aux paragraphes 1 à 4, peut modifier, rapporter ou confirmer ces mesures conservatoires* »).

L'article 290§1 prévoit qu'il « *peut prescrire toutes mesures qu'il juge appropriées en la circonstance* ». Les mesures peuvent être prescrites « *pour préserver les droits respectifs des parties en litige* », mais aussi pour « *empêcher que le milieu marin ne subisse des dommages graves en attendant la décision définitive* » ce qui est plus novateur. Les mesures peuvent donc être prescrites pour protéger un intérêt commun – l'intégrité du milieu marin – et non pas ou pas seulement les droits respectifs des parties, à condition qu'un certain seuil de gravité soit atteint.

L'affaire de l'*Usine Mox* est particulièrement instructive de ce point de vue ; le TIDM intervenait alors sur le fondement de l'article 290§5, en attendant la constitution d'un tribunal arbitral (TADM). Qu'il s'agisse du TIDM ou du Tribunal arbitral du droit de la mer, l'invocation du risque environnemental ne change guère la donne par rapport à la pratique habituelle. Une vraie convergence jurisprudentielle est même sensible, le TIDM bâtissant sa

---

<sup>135</sup> Voir par ex. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11), Decision on Provisional Measures, 17 août 2007 ; « *An example of an existing right would be an interest in a piece of property, the ownership of which is in dispute* » (*Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Request for Provisional Measures, 28 octobre 1999).

<sup>136</sup> Aff. *Victor Rey Casado et Fondation Allende c. Chili*, Mesures conservatoires, 25 septembre 2001, Note Weckel, *RGDIP* n°2/2002, pp. 683-695.

jurisprudence sur celle de la CIJ, le TADM se fondant explicitement sur leurs décisions mutuelles<sup>137</sup>.

L'urgence est inhérente à la nature même des mesures conservatoires. Mais on pouvait se demander si le risque de dommage à l'environnement – en particulier lorsqu'il s'agit d'un dommage à long terme comme celui causé par des produits radioactifs – changeait quelque peu la donne, en particulier dans la mesure où la Convention de Montego Bay prévoit que les mesures conservatoires peuvent être prescrites « *pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive* ».

À l'appui de sa demande devant le TADM, l'Irlande avançait que la mise en service de l'usine Mox, prévue quelques semaines avant la constitution du TADM, entraînerait une violation irrévocable de ses droits tels qu'ils découlent de la Convention, avec des risques de dommages graves au milieu marin : l'usine commencerait en effet ses activités avant que le Royaume-Uni ne se soit acquitté des obligations préalables que lui impose la Convention ; dès sa mise en service, techniquement « *quasi-irréversible* », l'usine rejetterait du plutonium dans le milieu marin, avec des « *conséquences irréversibles* » et un risque accru et particulièrement grave de fuites et émissions d'origine accidentelle ou criminelle.

En réponse, le Royaume-Uni soutenait qu'il avait établi le niveau infinitésimal des éventuels risques de pollution découlant de la mise en service de l'usine ; arguait de l'absence d'« urgence » ; précisait que le déclassement de l'usine, pour délicat et coûteux qu'il serait, ne serait pas impossible et, partant, que la mise en service n'aurait rien d'irréversible ; et considérait que le site était convenablement protégé des risques d'accident. En outre, le Royaume-Uni donnait certaines assurances : il déclarait à l'audience qu'« *il n'y aura pas de transferts additionnels par mer de matières radioactives, que ce soit à destination ou en provenance de Sellafield, qui résulteraient de la mise en service de l'usine Mox* », qu'« *il n'y aura pas d'exportation de combustible Mox à partir de l'usine avant* » l'automne 2002 et « *qu'il n'y aura pas d'importation destinée à l'usine THORP de combustible nucléaire usé devant être retraité par l'usine Mox, au cours de la période en question, en exécution de contrats conclus à cet effet* »<sup>138</sup>.

Le différend va diviser le Tribunal – le Juge *ad hoc* Szekely révèle d'ailleurs « *les circonstances particulièrement difficiles qui ont présidé au délibéré* ». Mais, outre les assurances britanniques, l'Irlande ne parviendra pas à convaincre les juges qu'un préjudice irréparable allait être causé à son droit d'être protégée contre la pollution de son milieu marin, ou que le milieu marin allait subir des dommages graves dans la courte période précédant la constitution du TADM. Le Tribunal ne le dit pas expressément. Dans une formule très lapidaire, il « *prend acte des assurances données par le Royaume-Uni* » et « *ne juge pas que l'urgence de la situation exige la prescription des mesures conservatoires sollicitées par l'Irlande, pour la courte période qui précédera la constitution du tribunal arbitral (...)* »<sup>139</sup>. Le Juge Mensah regrette d'ailleurs dans son opinion que le Tribunal ne soit pas plus explicite ; mais c'est, selon le Juge Szekely, précisément pour permettre son adoption à l'unanimité que l'ordonnance n'est pas davantage motivée.

L'affaire n'est pas sans analogie avec celle du *Grand Belt*, dans laquelle la CIJ n'avait pas non plus jugé l'urgence avérée et, au contraire, avait pris acte des assurances danoises selon lesquelles les travaux de construction d'un pont n'entraveraient pas le passage des navires finnois avant la date à laquelle elle aurait normalement rendu son arrêt. La Cour avertissait alors le Danemark que, en poursuivant la construction des ouvrages, il prenait le risque d'avoir un jour à les démanteler<sup>140</sup>. Plus récemment, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour va aussi considérer que, « *en maintenant l'autorisation et en permettant la poursuite de la construction des usines, l'Uruguay assume nécessairement l'ensemble des*

<sup>137</sup> Cf. ord. du 24.06.03 du TADM, §41.

<sup>138</sup> Ordonnance TADM, §72-80.

<sup>139</sup> *Ibid.*, §80-81.

<sup>140</sup> « *on ne peut ni ne doit exclure à priori la possibilité d'une décision judiciaire ordonnant soit de cesser les travaux, soit de modifier ou démanteler les ouvrages* », *Passage par le Grand-Belt* (Finlande c. Danemark), ord. du 29.07.91, *Rec. CIJ*, 1991, p. 19, §31.

*risques liés à toute décision au fond que la Cour pourrait rendre à un stade ultérieur ; que (...) la construction des usines sur le site actuel ne peut être réputée constituer un fait accompli* »<sup>141</sup>. De même, le TIDM met-il dans l'affaire *Mox* le Royaume-Uni face à ses responsabilités. En fonction de la décision au fond, on aurait pu imaginer en effet qu'il soit amené à faire marche arrière et démanteler l'usine, ce qui aurait présenté de sérieuses difficultés techniques et financières. De fait, pour le Juge Mensah (qui présidera le TADM chargé de statuer au fond), les éléments de preuve donnent à penser que c'est le « *Royaume-Uni qui court le plus de risques s'il met l'usine en service et si le tribunal arbitral (...) lui ordonne ultérieurement d'agir autrement en ce qui concerne cette mise en service ou les opérations de l'usine* ».

Dix-huit mois plus tard, l'ordonnance rendue par le TADM procède de la même démarche. Le TADM note que l'Irlande ne fait, pas plus en 2003 qu'en 2001, la preuve d'un risque de dommage «grave» à l'environnement marin, mais qu'elle reconnaît même que le niveau de pollution résultant de l'usine Mox serait « *not of a significant magnitude* » (§54). Concernant la pollution tellurique résultant de l'usine Mox, le TADM constate qu'il dispose d'un matériau beaucoup plus important que le TIDM auparavant, mais que rien n'indique un risque plus élevé de pollution. Au contraire, le Royaume-Uni fait état de l'absence de nouveaux contrats. Le tribunal juge ainsi que le seuil de gravité justifiant la prescription de mesures conservatoires n'est pas atteint. Il faut de surcroît, rappelle le Tribunal, préserver un nécessaire équilibre entre les droits des parties. De ce point de vue, le fait que les mesures requises par l'Irlande soient susceptibles d'avoir un impact important sur les droits du Royaume-Uni en rend la prescription d'autant plus difficile (§57). Ainsi, « *For these reasons, the Tribunal is not satisfied that in the present circumstances there is an urgent and serious risk of irreparable harm to Ireland's claimed rights* » (§62).

Pour autant, ni le TIDM ni le TADM ne s'en tiennent au refus de prescrire les mesures demandées par l'Irlande. Si l'urgence n'est pas établie, alors qu'elle est une condition nécessaire au prononcé de mesures conservatoires, même particulièrement stricte dans le cadre de l'art. 290§5, est-ce à dire qu'il y aurait urgence et... urgence ?

Le TIDM utilise la possibilité que lui offre l'art. 89§5 de son Règlement de prescrire des mesures différentes de celles sollicitées, comme auparavant dans les affaires du *Thon à nageoire bleue* et comme ultérieurement dans l'affaire des *Travaux de poldérisation*. En effet, le Tribunal « *prescrit* » aux deux États de « *coopérer et, à cette fin, procéder sans retard à des consultations dans le but* :

- a) *d'échanger des informations supplémentaires concernant les conséquences possibles, pour la mer d'Irlande, de la mise en service de l'usine Mox;*
- b) *de surveiller les risques ou les effets qui pourraient découler ou résulter, pour la mer d'Irlande, des opérations de l'usine Mox;*
- c) *d'adopter, le cas échéant, des mesures pour prévenir une pollution du milieu marin pouvant résulter des opérations de l'usine Mox* ».

Dans les affaires du *Thon*, l'ordonnance rendue était plus cohérente et moins ambiguë que celle de l'affaire *Mox*. Le TIDM admettait en effet l'urgence<sup>142</sup> et, comme une conséquence logique, le fait que « *des mesures conservatoires sont appropriées* » (§85). Dans l'affaire *Mox*, le TIDM n'est pas aussi explicite. Si « *l'urgence de la situation* » n'exige pas les mesures sollicitées par l'Irlande, le TIDM aurait pu, à l'image de la CIJ dans l'affaire du *Grand Belt*, énoncer simplement, à défaut de mesures conservatoires, que « *toute négociation entre les Parties en vue de parvenir à un règlement direct et amiable serait la bienvenue* »<sup>143</sup>. Or, le TIDM choisit de prescrire des mesures formelles. L'urgence n'exige pas la fermeture de l'usine, mais elle semble exiger d'autres mesures, ce que le Tribunal formule

<sup>141</sup> Ord. du 13.07.06, §78.

<sup>142</sup> « *Le Tribunal estime que des mesures conservatoires devraient être prises d'urgence afin de préserver les droits des parties et d'éviter une détérioration plus grande de l'état du stock du thon à nageoire bleue* », §80.

<sup>143</sup> Aff. précit., Rec. CIJ, 1991, p. 20, §35.

différemment : c'est alors « *la prudence et la précaution [qui] exigent* » la prescription de mesures conservatoires. Et ici l'ordonnance miroite quelque peu car, aux fins de l'art. 290§5 rappelons-le, seule l'urgence, et encore une urgence très stricte, autorise la prescription de mesures conservatoires. Si le Tribunal prescrit des mesures, c'est donc bien qu'il y a urgence, même s'il ne le dit pas. Le Juge Szekely pointe avec raison les contradictions de l'ordonnance de ce point de vue.

Comme le résume Pierre Michel Eisemann, le Tribunal distingue finalement deux urgences : « *La première – "ordinaire", pourrait-on dire – faisait défaut et empêchait de prescrire les mesures conservatoires demandées par l'Irlande. La seconde, spéciale et "implicite" était attachée à l'obligation de coopération. Il n'est pas certain, toutefois, que ce subtil distinguo contribue à clarifier les choses* »<sup>144</sup>.

On peut légitimement s'interroger sur les raisons qui ont poussé le Tribunal à adopter cette posture contradictoire ou à tout le moins paradoxale qui, parce que remettant finalement en question le caractère exceptionnel des mesures conservatoires, pourrait être « *analysée comme une manifestation d'une forme de démagogie judiciaire, les juges s'efforçant de plaire aux justiciables* »<sup>145</sup>. S'agit-il d'une sorte de compromis entre les membres très partagés du Tribunal ? Son audace tient-elle au fait que le Tribunal ne semble pas imposer de nouvelles obligations aux Parties, mais ne fait que rappeler ou – prolonger – des obligations existantes<sup>146</sup> ? Sans doute le Tribunal marque-t-il aussi son agacement devant des autorités britanniques assez peu coopératives face aux requêtes irlandaises, et ce de longue date s'agissant du site de Sellafield<sup>147</sup>. On notera d'ailleurs que le TADM s'écarte de la démarche du TIDM de ce point de vue. Après avoir confirmé les mesures prescrites en 2001 par le TIDM, il décide qu'aucune autre mesure conservatoire n'est justifiée et choisit la voie de la recommandation pour compléter l'ordonnance de 2001, au regard des éléments nouveaux dont il dispose. C'est ainsi qu'il *recommande* aux Parties de tenter d'établir un mécanisme bilatéral de notification et d'échange, qui fournisse un support stable et effectif à leurs relations<sup>148</sup>.

Quoi qu'il en soit, sur le fond, les mesures préconisées par le TIDM et confirmées par le TADM reposent sur l'obligation de coopérer, qui constitue, « *en vertu de la partie XII de la Convention et du droit international général, un principe fondamental en matière de prévention de la pollution du milieu marin et qu'il en découle des droits que le Tribunal peut considérer approprié de préserver conformément à l'art. 290 de la Convention* » (§82). Le Tribunal consacre sans ambiguïté le caractère coutumier de cette obligation conventionnelle<sup>149</sup>. Le principe dit de solidarité et de coopération est, il est vrai, un principe fondamental du droit international en général, et du droit international de l'environnement en particulier. Mais le Tribunal en déduit de façon remarquable des droits d'application immédiate aux États, en l'espèce un « *droit à la concertation dans la gestion du risque environnemental* »<sup>150</sup>.

Si on se tourne à présent vers l'affaire des *Usines de pâte à papier* devant la CIJ, pour examiner l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 13 juillet 2006<sup>151</sup>, à la demande de l'Argentine, on constate que l'Argentine veut étendre le différend aux aspects économiques et sociaux. De son côté, l'Uruguay souhaite le circonscrire aux questions environnementales, et encore, seulement celles qui sont prévues dans le traité de 1975. En effet, pour lui, il n'est pas évident que la CIJ se déclare compétente pour ce qui

<sup>144</sup> P.M. Eisemann, *op. cit.*, p. 237. Cf. dans le même sens l'op. ind. du Juge Treves.

<sup>145</sup> Ph. Weckel, «Chronique de jurisprudence internationale», *RGDIP*, 2002, p. 198.

<sup>146</sup> Op. ind. du Juge Anderson.

<sup>147</sup> Cf. la décl. à titre collectif des Juges Caminos, Yamamoto, Park, Akl Marsit, Eiriksson et Jesus.

<sup>148</sup> Cf. les §§66-67 des motifs et le §4 du dispositif.

<sup>149</sup> Cf. not. les art. 123, 192 et 197 de la Convention de Montego Bay.

<sup>150</sup> Ph. Weckel, «Les premières applications de l'article 290...», *op. cit.*, p. 840. Cf. à ce sujet l'op. du Juge Wolfrum.

<sup>151</sup> *Ordonnance en mesures conservatoires (MC) demandée par l'Argentine, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), 13 juillet 2006.*

excèderait – selon l’Uruguay – l’objet du traité de 1975, traité dont l’article 60 fonde *prima facie* sa compétence.

Dans l’ordonnance, la Cour déclare qu’elle « *n’est pas pour l’heure convaincue* » que si l’Uruguay a manqué ou manquera par la suite à ses obligations procédurales en vertu du traité de 1975 – en particulier à une éventuelle clause de non-construction dans le traité qui obligerait un État à avoir l’accord de l’autre pour mettre en œuvre de nouveaux projets sur le fleuve, ainsi que le prétend l’Argentine – cela constituerait un dommage irréparable. Son argumentation est ici un peu courte dans la mesure où elle ne vérifie pas, au moins *prima facie*, si ce droit existe et donc s’il est susceptible de faire l’objet de mesures conservatoires<sup>152</sup>.

Sur les droits substantiels pour la protection desquels l’Argentine demande l’indication de mesures conservatoires, la Cour rappelle son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l’emploi des armes nucléaires* et son arrêt de 1997 dans l’affaire du *Barrage sur le Danube*, pour souligner qu’elle accorde toute son attention aux exigences de protection de l’environnement. Toutefois, elle rejette les prétentions argentines. L’Argentine n’aurait pas prouvé que la construction des usines causerait un dommage irréparable ni à l’environnement, ni sur le plan économique et social. La Cour fait droit ici à l’argumentation de l’Uruguay pointant le fait que la construction et l’exploitation sont deux choses distinctes et qu’entre les deux phases les maîtres d’ouvrage des usines devront obtenir d’autres permis de la part de l’administration uruguayenne. L’Argentine n’aurait pas non plus établi que la suspension par mesures conservatoires de la construction effacerait ou réparerait les impacts négatifs économiques et sociaux qu’elle avance. La position de la Cour, jusqu’ici cohérente, devient ensuite plus discutable, en particulier lorsqu’elle affirme que « *Considérant que l’Argentine n’a pas, à l’heure actuelle, fourni d’éléments qui donnent à penser que la pollution éventuellement engendrée par la mise en service des usines serait de nature à causer un préjudice irréparable au fleuve Uruguay ; qu’il incombe à la CARU [l’organisme conjoint de gestion du fleuve] de veiller à la qualité des eaux du fleuve en réglementant et en restreignant au minimum le niveau de pollution ; que, en tout état de cause, le risque de pollution ne revêt pas un caractère imminent, l’exploitation des usines ne devant pas débiter avant août 2007 (pour Orion) et juin 2008 (pour CMB) ; (...)* » (§75). Il était clair, dès la phase orale, que la Cour ne statuerait pas au fond avant que l’exploitation des usines – au moins celle de Botnia dont la construction était déjà en cours – soit largement entamée, mais le caractère imminent du dommage doit-il être apprécié dans le sens ordinaire ou selon le temps de la CIJ ? Par ailleurs, la CARU risque fort, dans un contexte bilatéral très tendu, de ne pas fonctionner correctement. Il semble irréaliste de l’imaginer fixer des seuils de pollution qui empêcheraient les usines de tourner même si cela était nécessaire pour protéger l’environnement : les représentants uruguayens en son sein ne bloqueraient-ils pas les choses ? Enfin, les usines de pâte à papier, même les plus performantes en termes environnementaux, sont de toute façon polluantes. On peut s’interroger sur le niveau de preuves requis par la Cour : n’est-il pas irréaliste ou tout au moins excessif au stade de l’indication des mesures conservatoires ?

Au-delà des arguments juridiques, la perspective de stopper un projet de développement économique sur la base d’atteintes à l’environnement alléguées mais pas suffisamment prouvées semble avoir pesé sur les débats. Le §80 de l’ordonnance en témoigne, alors même que, comme le souligne le juge *ad hoc* Vinuesa dans son opinion dissidente, cet aspect n’avait pas été soutenu par l’Uruguay : « *80. Considérant que la présente affaire met en évidence l’importance d’assurer la protection, sur le plan de l’environnement, des ressources naturelles partagées tout en permettant un développement économique durable ; qu’il convient notamment de garder à l’esprit la dépendance des Parties vis-à-vis de la qualité des eaux du fleuve Uruguay en tant que celui-ci constitue pour elles une source de revenus et de développement économique ; que, dans cette perspective, il doit être tenu*

<sup>152</sup> Voir aussi l’opinion individuelle du Juge Bennouna.



*compte de la nécessité de garantir la protection continue de l'environnement du fleuve ainsi que le droit au développement économique des États riverains ».*

Au-delà, qu'en est-il des tribunaux arbitraux ? La possibilité d'indiquer des mesures conservatoires peut leur être reconnue<sup>153</sup>, mais tout dépend de l'acte institutif, et donc des États parties au différend. À cet égard, le Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage prévoit que : « 1. *A moins que les parties n'en conviennent autrement, le tribunal arbitral peut, à la demande de toute partie et après avoir entendu toutes les parties, prendre relativement à l'objet du litige, toutes mesures provisoires ou conservatoires, y compris des ordonnances provisoires, qu'il juge nécessaires aux fins de préserver les droits des parties ou d'éviter qu'il ne soit causé un dommage grave à l'environnement, relevant de l'objet du différend.*

2. *Ces mesures provisoires peuvent être prises sous la forme d'une sentence provisoire. Le tribunal arbitral peut exiger un cautionnement adéquat au titre des frais occasionnés par ces mesures »* (art. 26).

Dans une formulation voisine, le règlement d'arbitrage CNUDCI prévoit que :

« 1. *À la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant par exemple leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables.*

2. *Ces mesures provisoires peuvent être prises sous la forme d'une sentence provisoire. Le tribunal arbitral peut exiger un cautionnement au titre des frais occasionnés par ces mesures.*

3. *Une demande de mesures provisoires adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention »* (art. 26).

Le caractère obligatoire des mesures ne se vérifie toutefois pas systématiquement. À titre d'exemple, le système d'arbitrage prévu par la Convention de Rio sur la diversité biologique (art. 27) prévoit seulement que « *À la demande de l'une des Parties, le Tribunal arbitral peut recommander les mesures conservatoires indispensables »* (art. 6, ann. III).

La Cour européenne des droits de l'homme possède également la faculté de prescrire des mesures conservatoires. Les « *mesures provisoires* » peuvent être décidées à la demande de tout État contactant, à l'invitation du requérant ou de toute autre personne intéressée, soit à l'initiative du juge lui-même. Le texte de la Convention n'y fait pas allusion, mais la Cour s'est arrogé ce droit en vertu de l'article 39 de son Règlement intérieur. Dans son arrêt du 6 février 2003 *Mamatkulov de Abdurasulovic c. Turquie*, la Cour revient sur la solution de son arrêt *Cruz Varas c. Suède* du 20 mars 1991<sup>154</sup> dans lequel elle constatait que le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ne pouvait se déduire ni de l'article 34 *in fine* ni d'autres sources, mais qu'il convenait de considérer le refus de suivre une indication donnée en vertu de l'article 39 du règlement comme aggravant tout manquement aux exigences de l'article 3 qui pourrait être ultérieurement constaté par la Cour. En 2003, se fondant sur le fait que « *dans plusieurs décisions et ordonnances récentes, les juridictions internationales ont souligné l'importance et la raison d'être des mesures provisoires et fait valoir que l'observation de ces mesures était nécessaire pour l'effectivité de leurs décisions quant au fond* » (§ 100), elle décide que l'État qui ne tient pas compte d'une mesure provisoire commet une entrave à l'exercice efficace du droit de recours individuel garanti par l'article 34. Ces mesures provisoires sont généralement indiquées lorsque sont invoquées des violations du droit à la vie<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> Cf. Acte général d'arbitrage, art. 33 ; Modèle de règles, art. 20.

<sup>154</sup> Voir aussi *Conka et autres c. Belgique*, n° 51564/99, décision du 13 mars 2001.

<sup>155</sup> Aff. *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, Requêtes n°s 46827/99 et 46951/99, arrêt du 6 février 2003.

## **Section 2. La (dés)articulation entre les juridictions**

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.

### **I. La concurrence potentielle entre les juridictions**

Les craintes d'interventions potentiellement concurrentes se sont concrétisées à l'occasion de deux affaires récentes, celles de l'Espadon et celle de l'Usine Mox. Par la raison des Parties ou la volonté des juridictions, elles n'ont 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, à l'intervention de plusieurs mécanismes de règlement des différends.

#### *1. L'affaire de l'Espadon*

L'affaire de l'Espadon, qui a opposé l'Union européenne et le Chili, portait autant sur des questions d'environnement et de pêche que sur des questions économiques. Un Groupe spécial a été mis en place dans le cadre de l'OMC, tandis que les Parties s'entendaient sur la mise en place d'une chambre spéciale du TIDM à laquelle elles pourraient confier le règlement de leur différend. Un accord provisoire est intervenu dans le cadre de l'OMC, qui a été communiqué au TIDM. En cas d'échec de l'accord provisoire, le Tribunal reste en place et il pourra connaître du différend à l'avenir (c'est actuellement la seule affaire inscrite au rôle du Tribunal). L'affaire, désamorcée avant le conflit, montre néanmoins que celui-ci n'a rien d'in vraisemblable. Son occurrence ou sa perspective peut même au contraire faire partie de la stratégie des parties, la montée en tension visant à pousser à l'accord amiable, et on ne peut à cet égard trop parier sur la « raison » des parties<sup>156</sup>.

#### *2. L'affaire de l'Usine Mox*

Ce risque s'est également fait jour dans l'affaire de l'Usine Mox, opposant le Royaume-Uni et l'Irlande, pour laquelle une sentence arbitrale a été rendue le 2 juillet 2003, en application des règles de la Convention de 1992 pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR). Mais trois autres juridictions internationales seront intervenues : le TIDM au stade de l'indication des mesures conservatoires, un Tribunal arbitral constitué en application de la Convention de Montego Bay de 1982 sur le droit de la mer (annexe VII) et la CJCE. L'affaire posait d'ailleurs avec une grande acuité la question de l'articulation entre les procédures internationales et européennes<sup>157</sup>.

Le différend interétatique relatif à l'usine Mox porte, comme c'est souvent le cas, sur le respect des obligations de plusieurs traités qui s'appliquent sans s'exclure. Ainsi que l'a expliqué un tribunal arbitral du droit de la mer : « *il est courant en droit international et dans la pratique des États que plus d'un traité soit applicable à un différend donné. Il n'y a aucune raison pour qu'un acte donné d'un État ne viole pas les obligations qui lui incombent au titre de plus d'un traité* »<sup>158</sup>. La pluralité et le parallélisme des espaces normatifs posent ainsi aux juridictions internationales des questions pratiques de cohérence et d'articulation des normes, que ce soit aux fins de détermination de leur compétence ou pour le règlement des différends au fond. Dans l'affaire *Mox*, la compétence de chaque juridiction a été examinée à l'égard de celle d'une ou plusieurs autres juridictions saisies. Deux types de relations se distinguent

<sup>156</sup> Pour reprendre les termes d'H. Ruiz Fabri, « Concurrence ou complémentarité entre les mécanismes de règlement des différends du Protocole de Carthagène et ceux de l'OMC ? », in *Le commerce international des OGM*, J. Bourrinet, S. Maljean-Dubois (dir.), La Documentation française, 2002, pp. 149 et ss.

<sup>157</sup> Voir à ce sujet les concl. de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro présentées le 18 janvier 2006, Affaire C-459/03, Commission des Communautés européennes contre l'Irlande.

<sup>158</sup> Aff. du *Thon à nageoire bleue* (Australie et Nouvelle-Zélande c. Japon), sentence arbitrale du 4.08.00 sur la compétence et la recevabilité, RSA, 2004, p. 40. Trad. fr. du Rapport précité du Groupe d'étude de la CDI, pp. 22-23.

alors. D'une part, l'affaire a posé la question des rapports entre la CMB et la Convention OSPAR, soit deux régimes normatifs, l'un universel l'autre régional, coexistant au sein du même ordre juridique. D'autre part, parce que les deux États en conflit sont membres de l'Union européenne, l'affaire pose aussi la question des relations entre les ordres juridiques international et communautaire.

Si l'Irlande, à la recherche de *fora* pour établir la prétendue violation par le Royaume-Uni de ses obligations internationales, fait un choix entre ordres juridiques (international et communautaire), elle ne choisit pas entre régimes juridiques parallèles au sein de l'ordre juridique international, mais active trois mécanismes.

Les trois juridictions internationales adoptent, en ce qui concerne la concurrence de leurs procédures respectives, une position univoque. N'ignorant pas les procédures connexes, elles reçoivent la stratégie suivie par l'Irlande de dislocation du différend l'opposant au Royaume-Uni. Les trois juridictions, confrontées au parallélisme des traités constituant leur base juridictionnelle respective, se résignent au chevauchement de leurs compétences en distinguant les différends qui leur sont soumis : à chaque instrument correspond un différend propre, lequel peut être réglé par application autarcique du mécanisme *ad hoc*. En fait d'autarcie, la stricte complémentarité ainsi postulée des procédures tient techniquement à la combinaison de deux mécanismes juridiques différents établis dans les conventions OSPAR et de Montego Bay.

Faisant montre d'un *forum shopping* assez surprenant, ne serait-ce parce qu'elle en tire argument devant la CJCE<sup>159</sup>, l'Irlande a renoncé à saisir cette dernière, préférant soumettre à des juridictions internationales le litige qui l'oppose au Royaume-Uni. Mais le droit communautaire tient une place de choix dans la défense du Royaume-Uni qui, tirant argument de l'art. 292 du Traité CE, a contesté la compétence des tribunaux internationaux. En outre, en fuyant de la sorte le règlement communautaire du différend, l'Irlande s'est exposée, en connaissance de cause, à un recours en manquement que n'a pas manqué d'introduire la Commission européenne<sup>160</sup>. Dans son arrêt<sup>161</sup>, la CJCE, refusant la dislocation du différend en l'espèce, affirme sa compétence « *pour connaître des différends relatifs à l'interprétation et à l'application desdites dispositions ainsi que pour en apprécier le respect par un État membre* » (§121). Jouissant d'un « *monopole juridictionnel* » dans les différends opposant les États membres en matière d'application et d'interprétation du droit communautaire<sup>162</sup> et alors qu'une convention internationale telle que la Convention de Montego Bay ne saurait porter atteinte à sa compétence exclusive pour le règlement de tels différends, la Cour pose le principe selon lequel il n'appartient qu'à elle de déterminer quelles dispositions d'un traité mixte ont été incorporées dans le droit communautaire et quelles sont celles qui, par élimination, ne relèvent pas de sa compétence (§135). Elle étend ainsi sa compétence exclusive pour interpréter et appliquer les dispositions des accords externes relevant de la compétence des Communautés à l'identification de ces dispositions. Ce n'est donc ni aux États, ni à une juridiction internationale d'apprécier la divisibilité de tels différends<sup>163</sup> : « *c'est la CJCE qui dit ce qui relève du droit international public et qui rétrocède ensuite une partie du différend aux juridictions internationales classiques* »<sup>164</sup>.

Au final, seuls le TADM et la CJCE se penchent sur la nécessité d'articuler leurs espaces normatifs et juridictions, le TIDM et le Tribunal OSPAR laissant libre court au cumul des procédures en l'absence de règles du droit international général limitant la concurrence

<sup>159</sup> § 136-137 du jugement de la CJCE du 30.05.06. La position de l'Irlande apparaît en outre fort ambiguë puisqu'elle invoque le droit communautaire dans le cadre des deux procédures internationales tout en refusant de faire jouer les procédures communautaires.

<sup>160</sup> On peut s'interroger de ce point de vue sur la passivité de la Commission européenne face à l'affaire du *Rhin de fer* et son ignorance de la procédure OSPAR dans l'affaire *Mox*.

<sup>161</sup> Arrêt CJCE du 30 mai 2006, *Commission c/ l'Irlande*, C-459/03.

<sup>162</sup> §9 des conclusions de l'avocat général dans l'aff. *Commission c. Irlande* relative à l'usine Mox (empruntant la formule de N. Mackel).

<sup>163</sup> N. Lavranos, «The *MOX Plant* judgment ...», *op. cit.*, p. 295.

<sup>164</sup> Y. Kerbrat et Ph. Maddalon, «L'affaire de l'Usine MOX devant la CJCE : commentaire de l'arrêt *Commission contre Irlande* du 30 mai 2006», *RTDE*, à paraître, 2007.

des juridictions. Le TADM ouvre la voie à l'articulation sur un élan spontané ; la CJCE impose en réponse l'attraction dans la sphère communautaire<sup>165</sup>. Mais, si les règles communautaires de règlement des différends obligent les États membres des Communautés, les juridictions internationales n'y sont pas soumises, à moins que leurs propres règles procédurales ne le prévoient. Le Tribunal OSPAR était ainsi fondé à rejeter l'exception d'incompétence tirée de l'exclusivité de juridiction de la CJCE et à se prononcer au fond sur le segment qui lui a été soumis du différend relatif à l'usine Mox.

### 3. L'affaire des Usines de pâte à papier

On constate également que l'affaire des Usines de pâtes à papier a donné lieu à l'activation de plusieurs mécanismes de règlement des différends, juridictionnels ou pas, internationaux, régionaux ou nationaux, avec à certains égards des risques de chevauchements.

#### *a. Le Tribunal arbitral ad hoc du Mercosur*

L'Uruguay a obtenu la constitution d'un tribunal *ad hoc* du Mercosur à propos des barrages routiers sur les ponts reliant l'Argentine à celui-ci, sur le fondement du Traité d'Asunción qui établit le Mercosur, lequel garantit la libre circulation des biens et des services entre les membres du Mercosur. Dans la sentence, rendue le 6 septembre 2006, le tribunal constate que l'Argentine a manqué à ses obligations de *due diligence* ; son inaction revient à une violation du Traité d'Asunción. Mais le tribunal rend une sentence en demi-teinte : il n'oblige pas l'Argentine à mettre fin aux blocages, n'ayant pas de raison de croire que l'Argentine a de mauvaises intentions.

L'Uruguay a également demandé à la Cour internationale de Justice, après la première ordonnance en mesures conservatoires demandées par l'Argentine, l'indication de mesures conservatoires : en l'espèce le déblocage des ponts. Il invoquait comme fondement le statut du fleuve Uruguay, traité signé par l'Argentine et l'Uruguay le 26 février 1975. L'Argentine répond que : « (...) l'Uruguay a en réalité déjà saisi un tribunal *ad hoc* du Mercosur concernant les barrages routiers et que ce tribunal « s'est prononcé sur l'affaire le 6 septembre dernier (...) par une décision présent[ant] un caractère définitif (...) sans appel et [tenant lieu de] res judicata à l'égard des Parties ». Elle fait observer que le système de règlement des différends du Mercosur « exclu[t] la possibilité de s'adresser à tout autre forum », une fois qu'une voie déterminée a été choisie. Ayant eu recours au système mis en place par le Mercosur, l'Uruguay « ne peut aujourd'hui s'en dédire ». Pour elle, la demande de l'Uruguay devant la Cour vise dès lors à « obtenir une nouvelle décision sur les mêmes faits déjà jugés » et « sur une question qui ne relève ni de la compétence de la Cour, ni de l'affaire que l'Argentine [lui a] soumise », ce qui constitue « un abus de forum de la part de l'Uruguay »<sup>166</sup>.

En réponse, l'Uruguay a contesté « que les démarches qu'il a effectuées dans le cadre des institutions du Mercosur aient une quelconque influence sur la compétence de la Cour pour connaître de sa demande en indication de mesures conservatoires », expliquant « que la décision du tribunal *ad hoc* du 6 septembre 2006 concerne des barrages routiers différents mis en place à une autre période et dans un but distinct de ceux visés par sa demande en indication de mesures conservatoires » et précisant « qu'il n'a pas introduit de nouvelle demande devant les organes de règlement des différends du Mercosur en ce qui concerne les barrages routiers actuels et que ces organes n'auraient en tout état de cause pas été

<sup>165</sup> L'affaire *Mox* s'inscrit ainsi dans une tendance générale d'attraction et de protectionnisme du droit communautaire, visible aussi dans l'expansion des clauses de déconnexion dans les traités multilatéraux auxquels la CE est partie. Cette autre technique visant à préserver l'autonomie du droit communautaire emporte ainsi certains effets négatifs, notamment en terme de sécurité juridique pour les tiers, et travaille aussi à la fragmentation du droit international. Cf. C.P. Economides, A.G. Kolliopoulos, «La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable», *RGDIP*, 2006-2, pp. 273 ss. et le rapport précité du Groupe d'étude de la CDI, pp. 160-165.

<sup>166</sup> Voir le § 21 de l'ordonnance CIJ du 23 janvier 2007. Voir sur ce point la Plaidoirie devant la CIJ de Mme RUIZ CERUTTI (pour l'Argentine), 18 décembre 2006, § 15 <[http://hei.unige.ch/~kohen/plaidoiries/cau\\_cr\\_2006\\_55\\_20061218.pdf](http://hei.unige.ch/~kohen/plaidoiries/cau_cr_2006_55_20061218.pdf)> consulté le 28 avril 2008.

*compétents pour connaître des droits faisant l'objet de l'instance devant la Cour, dont l'Uruguay cherche en l'occurrence la protection ».*

La Cour conclut en effet « *que les droits invoqués par l'Uruguay devant le tribunal ad hoc du Mercosur sont différents de ceux dont il sollicite la protection en l'espèce ; et qu'il s'ensuit que la Cour est compétente pour connaître de la présente demande en indication de mesures conservatoires ».*

Dans cette nouvelle affaire de « chevauchement », la CIJ ne rejette donc pas l'argumentation selon laquelle elle n'aurait pas compétence pour juger à nouveau un différend déjà jugé par le tribunal *ad hoc* du Mercosur, dont la compétence est exclusive. La Cour « *ne s'appesantit pas sur cette situation* »<sup>167</sup> mais conclut en substance, sans autre précision, qu'il n'y a pas litispendance. Pour elle, le différend soumis par l'Uruguay, qui participe du différend relatif aux usines de pâte à papier soumis par l'Argentine, est distinct de celui tranché par le tribunal *ad hoc* du Mercosur. C'est donc moins le critère d'identité d'objet qui semble faire défaut pour la CIJ<sup>168</sup> que celui de l'identité de cause, évoqué au travers des « *droits invoqués par l'Uruguay* ». Devant le tribunal du Mercosur, ce sont les droits que l'Uruguay tient du Traité d'Asunción qui ont été invoqués ; c'est en revanche le statut du fleuve Uruguay, signé par l'Argentine et l'Uruguay le 26 février 1975, qui est invoqué devant la CIJ.

### ***b. La Commission interaméricaine des droits de l'homme***

À propos de la protection de l'environnement, une requête devait être introduite devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme, reposant notamment sur le droit à l'environnement, sans que nous ayons pu déterminer si elle avait été effectivement introduite. Elle n'a en tout cas pas été déclarée admissible.

### ***c. Les Principes directeurs à l'intention des multinationales de l'OCDE***

Il s'agit d'un ensemble de règles non-contraignantes relatives à la responsabilité sociétale des entreprises, se rapportant notamment aux droits de l'homme, à la protection de l'environnement, à la diffusion des informations. Les *Principes* sont dotés d'un mécanisme de mise en œuvre, les points de contact nationaux (NCP) des pays adhérents aux principes directeurs, chargés de promouvoir les principes directeurs et de connaître des plaintes qui seraient déposées en relation avec l'application des principes, ce qui comprend les plaintes contre des entreprises de nationalité de ces pays. Les déclarations des NCP n'ont pas valeur de jugement ; elles fournissent plutôt l'occasion pour le NCP de s'offrir en médiateur. Si les parties impliquées ne s'entendent pas sur les questions soulevées, le NCP doit publier un communiqué et, éventuellement, des recommandations concernant la mise en œuvre des Principes directeurs<sup>169</sup>.

Le CEDHA, ONG argentine, a actionné ce mécanisme non seulement contre un investisseur principal (Botnia) mais également contre les entreprises qui financent ou sont susceptibles de financer indirectement le projet en soutenant financièrement sa construction (banques, agences de crédit à l'exportation etc.).

La plainte contre Botnia auprès du NCP finlandais a été déposée le 18 avril 2004. Le NCP l'a accueillie en précisant que même si le projet est situé en Uruguay, le lien avec la Finlande est suffisant puisque Botnia est de nationalité finlandaise. Il a ajouté que le fait que la « *circonstance spécifique* » soit soumise par une ONG argentine (le CEDHA) n'était pas un obstacle dans la mesure où le projet était susceptible d'avoir des impacts en Argentine. Mais

<sup>167</sup> Voir H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel, « Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice (2006) », *JDI*, 2007-3, pp. 999-1000.

<sup>168</sup> Alors que l'Uruguay a argumenté que « la décision du tribunal *ad hoc* du 6 septembre 2006 concerne des barrages routiers différents mis en place à une autre période et dans un but distinct de ceux visés par sa demande en indication de mesures conservatoires » (§ 23 de l'ordonnance du 23 janvier 2007).

<sup>169</sup> Voir les Lignes directrices de procédure *in* Principes directeurs, <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf>> consulté le 1<sup>er</sup> avril 2008.

le NCP a estimé que la plainte n'était pas fondée<sup>170</sup>. Il est à noter que le CEDHA avait soumis une circonstance spécifique contre l'agence de crédit à l'exportation finlandaise qui apporte son appui à Botnia. Le NCP a estimé la requête irrecevable, parce que concernant un organisme public qui n'entre pas dans le champ d'application des principes directeurs<sup>171</sup>.

Une plainte a également été portée par deux ONG, le CEDHA et la fondation Bellona contre Nordea, une banque figurant parmi les principaux bailleurs de Botnia, auprès du NCP suédois<sup>172</sup>. La décision n'est pas encore intervenue.

#### ***d. Les Principes d'Équateur***

Les *Principes d'Équateur* sont des standards volontaires, élaborés par des institutions financières –banques– destinés à ce qu'elles soutiennent des investissements plus responsables socialement et environnementalement<sup>173</sup>. Ils obligent les institutions adhérentes à rapporter sur leur application des principes au moins une fois par an. Il ne s'agit pas d'un mécanisme d'examen de plaintes, mais on peut jouer sur l'accusation de violer les principes d'Équateur sur la base de l'effet *name and shame*.

Dans ce cadre, le CEDHA a également fait une réclamation auprès du groupe ING. Il y pointe les nombreuses violations des principes d'Équateur que, selon lui, le financement des projets de Botnia et ENCE en Uruguay représenterait – le soutien financier d'ING était à l'étude<sup>174</sup>. Le 12 avril 2006, ING a avisé le CEDHA qu'il n'était plus impliqué dans le montage financier des usines de pâte à papier, tout en précisant que cette décision n'était pas liée à l'évaluation du respect des principes d'Équateur pour ce projet<sup>175</sup>.

Une plainte du CEDHA, d'Eco la Paz, des Amis de la Terre International, France, Finlande et Argentine, de Banktrack, a également été déposée auprès de Calyon France, une filiale du Crédit agricole, le 18 mai 2006<sup>176</sup>. Calyon n'a pas à ce jour fourni de réponse. Une plainte du CEDHA a également été déposée auprès du groupe BBVA.

#### ***e. Les mécanismes juridictionnels et non-juridictionnels nationaux***

Une plainte au pénal a été déposée le 19 janvier 2005 contre les dirigeants de Botnia et d'ENCE en Argentine<sup>177</sup>, pour délits environnementaux. Cette plainte a été jugée admissible. Cités à comparaître, les dirigeants de Botnia ne se sont pas présentés<sup>178</sup>. Une plainte contre l'État Uruguayen, pour manquement à ses obligations de protection de l'environnement, a également été déposée devant les juridictions uruguayennes<sup>179</sup>.

Une plainte a aussi été déposée auprès du médiateur du Parlement finlandais contre le rejet des demandes par le NCP finlandais lors des instances spécifiques concernant Finvera, l'agence de crédit à l'exportation finlandaise, et Botnia, notamment pour excès de pouvoir et défaut de motivation, et manquement à l'obligation de communication<sup>180</sup>.

<sup>170</sup> Déclaration du NCP finlandais sur l'instance spécifique, 21 décembre 2006, <[http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper\\_pulp\\_mills/botnia\\_muist.doc](http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/botnia_muist.doc)> consulté le 2 avril 2008.

<sup>171</sup> Déclaration du NCP sur l'instance spécifique concernant Finvera, 12 octobre 2006 <[http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper\\_pulp\\_mills/ncp\\_finn.pdf](http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/ncp_finn.pdf)> consulté le 2 avril 2008.

<sup>172</sup> Letter of Swedish/Norwegian NCPs to CEDHA/Bellona, accepting the Specific Instance, 15 novembre 2006, <[http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper\\_pulp\\_mills/ncpletter.pdf](http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/ncpletter.pdf)> consulté le 15 avril 2008.

<sup>173</sup> Première version du 4 juin 2003, version révisée en juillet 2006 <<http://www.equator-principles.com/principles.shtml>> consulté le 12 mai 2008.

<sup>174</sup> Cf. ING Equator Principle Compliance Complaint, <[http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper\\_pulp\\_mills/complaint-letter-to-ing-eng.pdf](http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/complaint-letter-to-ing-eng.pdf)>, document non daté, consulté le 8 avril 2008.

<sup>175</sup> Letter from ING Announcing Pullout, <[http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper\\_pulp\\_mills/ing-pullout-letter-april-12-2006.pdf](http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/ing-pullout-letter-april-12-2006.pdf)> consulté le 8 avril 2008.

<sup>176</sup> <[http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper\\_pulp\\_mills/compliance-complaint-calyon.pdf](http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/compliance-complaint-calyon.pdf)> consulté le 8 avril 2008.

<sup>177</sup> <[http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper\\_pulp\\_mills/denuncia-penal-botnia-ence-spa.pdf](http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/denuncia-penal-botnia-ence-spa.pdf)> consulté le 8 avril 2008.

<sup>178</sup> CEDHA, « Botnia Directors Skip Court Date in Criminal Complaint », mars 2008, <[http://www.cedha.org.ar/en/more\\_information/botnia\\_directors.php](http://www.cedha.org.ar/en/more_information/botnia_directors.php)> consulté le 24 avril 2008.

<sup>179</sup> Document du procureur général, 12 septembre 2005, <[http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper\\_pulp\\_mills/denuncia-uruguay-viana.pdf](http://www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/denuncia-uruguay-viana.pdf)> consulté le 8 avril 2008.

<sup>180</sup> 30 janvier 2007, <<http://www.cedha.org.ar/es/iniciativas/celulosa/finland-ombudsman.pdf>> consulté le 8 avril 2008.

Les mêmes griefs ont été portés à la connaissance du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales de l'OCDE auquel les NCP doivent faire rapport dans le cadre des principes directeurs à l'intention des multinationales.

## ***II. Faut-il créer un Tribunal international de l'environnement ?***

Cette problématique conduit à s'interroger sur l'opportunité de la création d'un Tribunal international de l'environnement ? Ne risquerait-elle pas d'ajouter à la confusion et de renforcer les risques tenant à la concurrence inter-juridictionnelle ?

Dans le débat sur l'opportunité de créer une juridiction internationale spécialisée pour les litiges environnementaux, il ne faut jamais perdre de vue la présence des différentes juridictions étudiées dans le paysage juridique international, et leur compétence – générale ou spécialisée (droit de la mer, commerce international, investissements internationaux, droits de l'homme, droit humanitaire) – pour trancher ces différends. Il ne faut pas non plus perdre de vue les potentialités largement sous-exploitées de l'arbitrage. Le Règlement facultatif de la Cour permanente est particulièrement intéressant et adapté aux litiges environnementaux. On peut également évoquer le rôle complémentaire de la Cour de justice des Communautés européennes de Luxembourg voire du juge national.

D'un côté, on peut considérer qu'un tel tribunal répondrait à un réel besoin au regard de :

- l'inadaptation de la CIJ et du TIDM (recours étatique exclusif ou quasi-exclusif, longueur des procédures) ;

- des défauts inhérents aux procédures arbitrales (tribunaux non préconstitués, d'où délais de mise en place et difficulté à constituer une jurisprudence cohérente, absence d'harmonisation et de centralisation) ;

- de la forte attractivité de tribunaux ou quasi-tribunaux spécialisés dans un autre domaine, tel l'ORD de l'OMC. Préconstitué, obligatoire car pouvant être saisi unilatéralement – c'est-à-dire contre la volonté du défendeur –, travaillant selon une procédure prédéfinie et encadrée dans des délais relativement brefs, ce dernier est bien placé pour attirer des différends ayant une dimension commerciale et environnementale, y compris lorsqu'ils naissent dans le cadre d'une convention environnementale. Les mécanismes de règlement des différends de ces dernières ne font en effet « pas le poids » : ils en sont le négatif (généralement non préconstitués, facultatifs, à la procédure souvent non prédéterminée). Des différends naissant dans le cadre de conventions telles que les conventions PIC ou POP, le Protocole de Kyoto, le Protocole Biosécurité, risquent donc d'être jugés à l'OMC et non dans le cadre des conventions. Or, les organes de règlement des différends de l'OMC (groupes spéciaux et éventuellement Organe d'appel) appliquent prioritairement le droit de l'OMC, même s'il a été reconnu que celui-ci ne pouvait être conçu en « isolation clinique » par rapport au droit international, et donc au droit international de l'environnement. Cette situation pousse à rechercher la constitution d'un alter ego environnemental à ces mécanismes.

- Au regard plus généralement de l'aggravation de l'état de l'environnement et de la préoccupation accrue des opinions publiques, du développement important du droit international de l'environnement sur le plan conventionnel (400 à 500 traités multilatéraux) et donc mécaniquement de l'augmentation des conflits qui pourront naître de l'interprétation et de l'application de ces traités.

D'un autre côté, sans même se poser la question de la faisabilité politique de l'établissement d'un Tribunal international de l'environnement, il est pertinent de mettre en avant le fait qu'il existe déjà une forte diversité d'arènes de règlement juridictionnel des différends. D'une manière positive, cette diversité autorise déjà un *forum shopping* (la possibilité de choisir l'institution la plus adaptée, voire de faire jouer plusieurs procédures, en témoigne le choix de l'Irlande dans l'Usine Mox traitée par quatre tribunaux différents). Jusqu'à présent, les effets pervers potentiels de ce *forum shopping* ont été évités, mais la

création d'une nouvelle institution ne risque-t-elle pas de conforter ce mouvement ? Il paraît en effet difficile, voire impossible, sur le strict plan juridique de centraliser au sein d'une unique arène tous les différends environnementaux. De surcroît, la composante environnementale n'est généralement qu'une dimension des différends ; leurs autres composantes (commerce, investissements, droits de l'homme, etc.) les destineront au règlement par d'autres juridictions. Ne serait-il pas plus prudent et plus économique de mieux exploiter l'« offre » existante, déjà relativement large et diversifiée ? Le pari ne vaudrait d'être tenté que si l'institution d'un tribunal international de l'environnement ne représentait une réelle plus-value par rapport à l'existant. Or, ce serait le cas seulement s'il s'agissait d'un mécanisme non pas facultatif, mais *obligatoire*. Un mécanisme d'arbitrage assez souple pourrait être imaginé, fonctionnant pourquoi pas sur la base du Règlement facultatif de la CPA. Un niveau d'appel pourrait même être prévu, sur le modèle de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, dont l'Organe d'appel a joué et joue un rôle majeur<sup>181</sup>. Si la faisabilité d'une telle entreprise semble irréaliste, tout au moins à court terme, l'aggravation des problèmes environnementaux et la maturité croissante de la société internationale la rendent peut-être envisageable à moyen ou long terme.

---

<sup>181</sup> H. Ruiz Fabri, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006-1, p. 73.



## CHAPITRE 2. QUELLE CONTRIBUTION DES JURIDICTIONS A L'INTERNATIONALISATION DU DROIT ?

Dans le modèle kelsénien de la pyramide, l'acte juridictionnel figure au bas. Le juge applique le droit ; l'acte juridictionnel est donc « *un acte subordonné par rapport à l'ensemble des normes juridiques à portée générale* »<sup>182</sup>. Mais en interprétant et appliquant la loi, du droit au fait, le juge accomplit indiscutablement un travail créateur : le droit vécu est le fait du juge<sup>183</sup>. Juge « bâtisseur », juge « développeur », juge « *co-déterminateur* »<sup>184</sup> du sens de la norme : le champ de la protection de l'environnement illustre remarquablement la « *montée en puissance des juges* »<sup>185</sup>. Voilà l'image de la pyramide mise à mal : la hiérarchie ne cède-t-elle pas dès lors la place à une logique de construction du droit par des « *boucles de rétroaction* », un « *phénomène de 'tension dialectique' entre contrainte et liberté, subordination et autonomie* »<sup>186</sup> ? Quelle est la contribution du juge à l'universalisation de la préoccupation environnementale<sup>187</sup> ? À travers ce rôle croissant, le juge participe-t-il à la « *gouvernance* » des questions environnementales ? Pour des questions particulièrement épineuses, conflictuelles, lorsque la règle de droit devient indécidable, ne lui appartient-il pas de « *trancher* » à l'occasion des différends qui lui sont soumis ?

C'est dire si la recherche du degré de réceptivité et d'ouverture des juges aux questions environnementales devient fondamentale. 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

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 a-t-elle des effets positifs sur l'amélioration de la protection de l'environnement ? Dans ce nouveau contexte d'un droit mondialisé<sup>188</sup>, le droit de l'environnement met en lumière un juge « *passer de frontières* ». Ici plus qu'ailleurs encore, les juges n'œuvrent plus « *dans la béatitude - le sommeil - sous la protection d'un souverain isolement dans un espace clos* ». Au contraire, ils sont « *les yeux ouverts (...) exposés au monde et stimulés par lui, en d'autres termes dépendants, fût-ce relativement, d'une communauté juridictionnelle internationale plus ou moins intégrée* »<sup>189</sup>. La dynamique juridique ainsi créée n'est-elle pas l'un des éléments majeurs dans le phénomène de construction d'un « *droit commun* »<sup>190</sup> de l'environnement, si nécessaire au regard de l'aggravation des menaces à l'environnement ?

<sup>182</sup> F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Fac. Univ. Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 97.

<sup>183</sup> O. Lecucq, « Présentation », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 13.

<sup>184</sup> G. Timsit, *Archipel de la norme*, PUF Les voies du droit, 1997, p. 6.

<sup>185</sup> M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : Tome 3 La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007, p. 41.

<sup>186</sup> F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., 2002, p. 98.

<sup>187</sup> H. Alcaraz, « Aspects substantiels du droit à l'environnement. La contribution du juge constitutionnel (Portugal) », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 97.

<sup>188</sup> J. Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 37.

<sup>189</sup> G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la 'bénévolence' des juges », <http://www.ahjucaf.org/-Les-influences-croisees-entre->, consulté le 14 janvier 2008

<sup>190</sup> M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, Entretien avec Ph. Petit, Coll. Textuel, Paris, 2004.

## ***Section 1. Une position nouvelle dans un contexte de développement et d'internationalisation du droit de l'environnement***

Le droit de l'environnement se développe et le juge est sollicité de façon croissante dans son champ. Dans le même temps, l'internationalisation du droit de l'environnement explique l'accroissement du cosmopolitisme des juridictions.

### **I. Développement du droit de l'environnement et sollicitation croissante du juge**

Cette sollicitation croissante s'analyse à deux niveaux. Le contentieux croît en volume, mais la marge d'appréciation du juge, dans les affaires environnementales qui lui sont soumises, croît également.

#### *1. Un contentieux croissant en volume*

À partir des années 70, l'aggravation brutale des menaces sur l'environnement, couplée à l'amélioration de leur appréhension, a entraîné un mouvement normatif sans précédent. Ce « *buissonnement normatif* »<sup>191</sup> a touché tous les ordres juridiques, du droit international aux droits nationaux. Le développement réglementaire s'est accompagné assez logiquement et presque simultanément – le temps de retard a été plus important dans la sphère internationale – d'un développement du contentieux. Ce contentieux a même pris rapidement des proportions inattendues. Sur le plan national, aucune juridiction n'échappe au phénomène, qu'il s'agisse des tribunaux de l'ordre judiciaire, des tribunaux administratifs ou plus récemment du Conseil constitutionnel. Le juge est fortement sollicité pour jouer son rôle de gardien de la norme et se voit investi, selon l'expression de M. Abauzit, « *du rôle de bon berger pour l'application des lois de protection de l'environnement* ». Si l'administration a parfois la tentation de négliger l'environnement, le juge, lui, se trouve en dernière ligne et ne peut se dérober face à la règle environnementale<sup>192</sup>. Sur le plan communautaire, le secteur de l'environnement constitue environ un cinquième du nombre total des dossiers soumis à l'investigation de la Commission pour non-respect du droit communautaire, auquel il faut ajouter un contentieux grandissant de composante environnementale dans le cadre des autres politiques et des actions communautaires<sup>193</sup>. Sur le plan international, après avoir été marginalisés, juges et arbitres ont de plus en plus fréquemment à trancher des différends possédant une composante environnementale (voir *supra*, chapitre 1). De fait, à ces différentes échelles, la montée en puissance du droit de l'environnement est accompagnée par le juge<sup>194</sup>.

Le rôle central du juge est reconnu et son intervention est souvent formellement sollicitée ou tout au moins organisée. On pense, à l'échelle internationale, aux clauses, fréquentes dans les traités de protection de l'environnement, de règlement des différends organisant l'acceptation préalable de la juridiction de la Cour internationale de Justice ou d'un tribunal arbitral, ou encore au Règlement facultatif pour l'arbitrage de différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement de la Cour permanente d'arbitrage (voir *supra*, chapitre 1). Les nouvelles conventions peuvent y renvoyer expressément, tout comme les contrats d'échange d'émissions de gaz à effet de serre conclus dans le domaine du changement climatique.

Cette sollicitation croissante du juge est un phénomène que l'on retrouve dans de nombreux États. Plusieurs conventions internationales par leur objet, leur esprit, leurs

<sup>191</sup> R.-J. Dupuy, *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Julliard, Paris, Conférences et essais du Collège de France, 1991, p. 240.

<sup>192</sup> O. Le Bot, « Le juge administratif et la sanction des atteintes à l'environnement », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 271.

<sup>193</sup> N. Hervé-Fournereau, « Le juge communautaire et le principe d'intégration : une jurisprudence empreinte de paradoxes ou les paradoxes de la prudence du juge », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 209.

<sup>194</sup> J.-M. Février, « La conciliation dans la pratique du juge », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 235.

dispositions, en témoignent, tout comme elles y contribuent : ainsi notamment de la Convention de Lugano du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement<sup>195</sup>, de la Convention de Strasbourg du 4 novembre 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal<sup>196</sup> ou 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, qui toutes trois confèrent au juge un rôle de premier plan dans la mise en œuvre du droit de l'environnement<sup>197</sup>.

L'« *expansion judiciaire* » touche toutes les sphères et tous les ordres juridiques<sup>198</sup>. La sollicitation croissante du juge dépasse ainsi très largement le champ de l'environnement. Pour autant, le phénomène y est particulièrement marqué, pour diverses raisons. D'abord, le juge est sollicité de manière croissante en raison même des caractères généraux du droit de l'environnement. Règles récentes et lacunaires, et pourtant foisonnantes et incohérentes ; règles intervenant en « *univers controversé* »<sup>199</sup> et ne parvenant pas toujours à réduire les contradictions – souvent vives – entre les intérêts antagoniques<sup>200</sup> ; règles souvent vagues et parmi lesquelles des principes généraux – très généraux – tiennent une place importante ; règles évoluant si rapidement qu'elles apparaissent comme transitoires ; règles « à cheval » entre plusieurs ordres juridiques ; vigoureuse demande de justice de la part de la société civile... Tout concourt dans ce domaine à ce que le « *juge énonce souvent seul et sans appui la règle commune. Alors qu'il avait jadis la mission d'arbitrer un jeu social qui se produisait en dehors de lui, voici qu'il en définit directement les règles à partir de leur mise en œuvre. La norme ne précède plus le juge, mais dépend de l'application qu'il en fait. La loi n'est plus, décidément, l'instituant collectif qu'elle fut pour la société. Le droit devient un mode dominant d'organisation de la vie collective dont le juge devient le principal architecte* »<sup>201</sup>. Dès lors, la jurisprudence s'affirme peu à peu comme source de droit, y compris hors des pays de *common law* et sur la scène internationale<sup>202</sup>.

## 2. Une marge d'appréciation croissante ?

Dans le même temps, la marge de manœuvre du juge s'élargit, voire s'étire à l'infini. Moins les conflits sont résolus et résolubles, plus les contentieux sont ouverts, plus les normes sont vagues, molles, floues, flexibles, adaptables, à « *contenu variable* »<sup>203</sup>, plus les conflits de normes sont nombreux, moins le contenu du droit est finalement décidable, plus son pouvoir d'appréciation grandit<sup>204</sup>. Maurice Hauriou voyait déjà dans les conséquences du standard, « *technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci* », un transfert du pouvoir de définition de l'organe qui énonce la règle à celui qui l'applique<sup>205</sup>. Surgit alors l'image du « gouvernement des juges » ou du juge « tout puissant », qui fait naître l'inquiétude. Estelle Brosset nous rappelle la « phobie » du juge qu'a révélée la préparation de la Charte de l'environnement. « *On a été frappé du discours de nombreux élus face à la Charte, terrorisés à l'idée que les juges allaient devoir appliquer ce texte et devenir alors par leur pouvoir d'interprétation les nouveaux gouvernants* »<sup>206</sup>. Dans le même sens, les justiciables arguent de la complexité scientifique des affaires pour réfuter la compétence d'un juge qui devient par nécessité arbitre entre différentes expertises. Ainsi, la

<sup>195</sup> Conseil de l'Europe, STE n°150, <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/150.htm> consulté le 24 janvier 2008.

<sup>196</sup> Conseil de l'Europe, STE n°172, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/172.htm> consulté le 24 janvier 2008.

<sup>197</sup> Adoptée sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43f.pdf>, consulté le 18 janvier 2008.

<sup>198</sup> Voir D. Salas, « Juge (Aujourd'hui) », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials dir., Lamy/PUF, Paris, p. 863.

<sup>199</sup> Selon la formule d'Olivier Godard, « Stratégies industrielles et conventions d'environnement : de l'univers stabilisé aux univers controversés », *Environnement, Économie*, INSEE méthodes, n° 39-40, pp. 145-174.

<sup>200</sup> Sur l'application de la méthode dialectique à l'analyse du droit, M. Chemillier-Gendreau, *Introduction générale au droit*, Eyrolles, Paris, 1990, p. 55.

<sup>201</sup> Voir D. Salas, « Juge (Aujourd'hui) », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials dir., Lamy/PUF, Paris, p. 863.

<sup>202</sup> F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., 2002, p. 168.

<sup>203</sup> J. Salmon sur « Les notions à contenu variable en droit international », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 251.

<sup>204</sup> J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n°3/1998, p. 660 ss.

<sup>205</sup> J.-M. Février, « Remarques critiques sur la notion de développement durable », *Environnement*, n°2, février 2007.

<sup>206</sup> M. Prieur, « Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement », *Environnement*, n°4/2005, p. 7.

compétence du juge international a-t-elle pu être contestée dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, opposant la Nouvelle-Zélande et l'Australie au Japon, le Japon tentant en vain d'affirmer devant le Tribunal international du droit de la mer le caractère purement scientifique du différend. Dans l'affaire des *Produits agricoles* à l'OMC, le Japon avait également plaidé que « *dans une affaire très technique, si un groupe spécial n'ayant pas les compétences nécessaires va trop loin dans la constatation des faits, cela peut facilement nuire à une évaluation objective des faits* »<sup>207</sup>.

Pourtant, si sa marge d'appréciation est croissante, les indéterminations du droit de l'environnement, lorsqu'elles sont trop grandes, inclinent plutôt le juge à la prudence et le conduisent, dans un constat d'impuissance, à refuser d'en devenir co-déterminateur. La charge peut être trop lourde au regard des moyens du juge. Ainsi, c'est bien la panne des négociations internationales lancées à Doha en la matière qui a amené devant un Groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce la question des relations entre le droit du commerce international et le droit international de l'environnement, et plus précisément le Protocole de Cartagena de 2000 sur le commerce des produits biotechnologiques. Sa décision, sur cette question hautement politique, témoigne des limites d'un travail d'interprétation que l'on a tendance à surinvestir. Convenons avec Héléne Ruiz Fabri qu'une « *politique judiciaire même très déterminée ne peut pas être une gouvernance. Que la gouvernance politique s'exerce effectivement ne peut que faciliter la tâche du juge. Cela rend d'autant plus nécessaires et plus urgentes les décisions politiques de la part des États, de manière coordonnée. Mais cela contribue aussi à les rendre plus difficiles, ce qui laisse le juge un peu seul pour faire face au défi de la cohérence* »<sup>208</sup>. Nathalie Hervé-Fournereau souligne dans le même sens que, dans les différends concernant les organismes génétiquement modifiés, les avocats généraux soulignent que le juge communautaire « *n'a pas à trancher un débat de société* »<sup>209</sup>, et qu'il ne lui appartient pas de « *dicter la politique* »<sup>210</sup>.

De même, les principes généraux, lesquels revêtent une grande importance en droit de l'environnement, appellent un travail de concrétisation qui va reposer sur le législateur, mais aussi sur le juge à l'occasion des litiges qui lui seront soumis. Par définition, plus la règle est générale et plus le travail de concrétisation est important ; elle donne alors en principe au juge un pouvoir créateur élargi. Dans un tel contexte, l'interprétation revêt les traits d'un acte de volonté dépassant le simple acte de connaissance, nous rappelle Rostane Mehdi<sup>211</sup>. Pour autant, l'analyse de la jurisprudence témoigne surtout de la prudence des juges. L'analyse des jurisprudences relatives aux principes dits du développement durable et d'intégration des exigences environnementales dans les autres politiques l'illustre bien, tout comme l'exemple du principe de précaution, ce principe multi-facettes si contesté<sup>212</sup>. La Cour de Justice des Communautés Européennes est généralement considérée comme ayant la jurisprudence la plus audacieuse en la matière. Elle l'a, certes, érigé en principe général de droit à partir de la référence qu'y faisait le Traité de Rome dans le champ de l'environnement<sup>213</sup>. Toutefois, « *En l'érigeant en principe général de droit, le juge tend à se réapproprier le principe de précaution, mais de manière assez prudente. Il l'utilise toujours en combinaison avec les*

<sup>207</sup> Cit. J. Cazala, « Principe de précaution et procédure devant le juge international », in *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Ch. Leben, J. Verhoeven (dir.), Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 89.

<sup>208</sup> Cet auteur, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006-1, p. 73. Voir S. Maljean-Dubois, « Le spectre de l'isolation clinique: quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux? », à paraître *Revue européenne de droit de l'environnement*, n° 1/2008.

<sup>209</sup> Citant l'arrêt CJCE du 20 mars 2000, *Greenpeace France/Ministère de l'agriculture*, C 6/99, *Rec.* 2000 p.1651-1704. N. Hervé-Fournereau, « Le juge communautaire et le principe d'intégration: une jurisprudence empreinte de paradoxes ou les paradoxes de la prudence du juge », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 209.

<sup>210</sup> Arrêt CJCE du 14 septembre 2007, *Land Oberösterreich, et Autriche/Commission*, C 439/05 P et 454/05 P, non encore publié au *Rec.*

<sup>211</sup> Citant D. Béchillon, R. Mehdi, « Le juge et la conciliation entre protection de l'environnement et exigences antinomiques. Présentation », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 191.

<sup>212</sup> L. Boisson de Chazournes, « Precaution in international law : reflection on its composite nature », in *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes, Liber amicorum judge Thomas A. Mensah*, Ndiaye and Wolfrum eds., 2007, p. 21.

<sup>213</sup> N. de Sadeleer, « Le principe de précaution, un nouveau principe général de droit », *JTDE*, mai 2003, p. 129.

textes législatifs et donc en partie comme un principe d'interprétation. Cette prudence est justifiée d'abord en raison du risque non négligeable de faire du principe de précaution un facteur d'encouragement aux mesures entravant la liberté du commerce, notamment les mesures nationales adoptées sur la base de l'article 30 du traité, ensuite en raison de la variabilité des obligations législatives découlant du principe de précaution selon les politiques communautaires »<sup>214</sup>. De fait, le contrôle juridictionnel qu'elle exerce en la matière n'est pas sans limite<sup>215</sup>. De même, le Conseil d'État a, sur le fondement du principe de précaution renforcé son contrôle des conditions d'adoption des décisions publiques, mais s'avère « désarmé pour se prononcer au fond »<sup>216</sup>, tandis que la Cour de cassation en a écarté une interprétation maximaliste<sup>217</sup>. Finalement, à l'analyse, les premières décisions de justice rendues sur la base de la Charte de l'environnement ne semblent donner lieu à aucun débordement<sup>218</sup>. Pourtant, le rapport « Attali » se fait l'écho de certaines inquiétudes : « Cette formulation floue ouvre au juge la possibilité d'interpréter le texte fondateur de la République. Cette situation n'est pas idéale du point de vue de la démocratie »<sup>219</sup>...

## II. Internationalisation du droit de l'environnement et cosmopolitisme accru des juridictions

Le juge n'est-il pas « le plus universalisable, mais aussi le plus universalisant des trois pouvoirs décrits par Montesquieu »<sup>220</sup> ? Dans le domaine de la protection de l'environnement, l'universalisation du pouvoir judiciaire est, là encore, particulièrement marquée. Cela tient à divers facteurs.

L'universalisation tient d'abord à la prégnance du droit international et du droit communautaire de l'environnement sur les droits internes. Par essence, le droit de l'environnement est lui-même cosmopolite et passeur de frontières. Il témoigne de la montée de la « légalité poreuse »<sup>221</sup> et l'internormativité entre des systèmes plus ou moins ouverts et perméables, qui établissent entre eux des relations diverses – subordination, coordination, indifférence totales ou partielles. Sans doute n'est-il pas exagéré d'affirmer que, pour au moins les deux tiers, le droit français de l'environnement puise sa source dans le droit communautaire de l'environnement, lequel puise à son tour sa source, même si c'est dans des proportions moindres, dans le droit international de l'environnement. Par la définition de référentiels mondiaux ou régionaux, et de régimes juridiques d'une précision croissante, le droit international et le droit communautaire de l'environnement conduisent, dans une certaine mesure, à une acculturation ou une standardisation du droit. La « mondialisation travaille les ordres juridiques internes, auxquels elle fait subir une véritable transmutation »<sup>222</sup>. La récente décision du Conseil d'État *Association Le réseau Sortir du Nucléaire* illustre encore remarquablement la prégnance du droit communautaire<sup>223</sup>. L'environnement témoigne ainsi indiscutablement du développement d'un droit global ou mondialisé, par la « convergence 'spontanée' des droits nationaux cherchant à s'aligner sur

<sup>214</sup> D. Gabdin, « Principe de précaution et pouvoir discrétionnaire », *Liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Apogée, Rennes, 2006, p. 307. « En matière alimentaire, l'obligation d'évaluation scientifique des risques résulte d'un double mouvement, jurisprudentiel et législatif. Le principe de précaution étant de plus en plus invoqué par les États membres, sur la base de la jurisprudence Sandoz, pour justifier des mesures faisant obstacle à la libre circulation, la Cour a en effet développé des exigences de plus en plus sévères en matière de preuves scientifiques et d'évaluation des risques », *ibid.*, p. 299.

<sup>215</sup> A. Alemanno, « Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires », *Recueil Dalloz*, 2007, vol. 22, p. 1527.

<sup>216</sup> L. Fonbaustier, « Le contrôle de légalité à la française comme mode de traitement du principe de précaution », *Recueil Dalloz*, 2007, vol. 22, p. 1523.

<sup>217</sup> G. Viney, « Principe de précaution et responsabilité des personnes privées », *Recueil Dalloz*, 2007, vol. 22, p. 1542.

<sup>218</sup> N. Hutten, M.-A. Cohendet, « La Charte de l'environnement deux ans après : le Conseil d'État hésite, les autres juridictions tranchent », *RJE* n°4/2007.

<sup>219</sup> Rapport dit « Attali » de la Commission pour la libération de la croissance française, 2008, p. 191.

<sup>220</sup> J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La République des idées, Seuil, 2005, p. 84.

<sup>221</sup> F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, 2002, p. 198.

<sup>222</sup> J. Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », *op. cit.*, p. 38.

<sup>223</sup> Conseil d'État, 6 juin 2007, req. n°292386. Selon les cl. du Commissaire du gouvernement, la carence du droit national est, par voie d'exception, contraire au droit communautaire. Le décret sera annulé.

*des standards et des modèles dominants* »<sup>224</sup>. Si le Conseil d'État a un temps considéré que les directives n'étaient opposables qu'aux actes réglementaires (décision *Cohn-Bendit* de 1978), il admet aujourd'hui de vérifier la conformité aux directives des décisions individuelles, par le biais de la mise en cause, par voie d'exception de la réglementation dont ces décisions font application – et ce, y compris en critiquant les lacunes de la réglementation nationale (décision *Tête* de 1998). L'internationalisation du droit de l'environnement autorise une certaine « *émancipation* » de juges, qui « *sont comme libérés du droit interne au profit d'un droit international dont l'imprécision a pour effet de renforcer leur marge d'interprétation* »<sup>225</sup>.

La juridictionnalisation de l'ordre juridique international alimente également ce cosmopolitisme. Les juridictions internationales et européennes contribuent aussi à l'uniformisation par leur jurisprudence. Certes, la force uniformisatrice de cette dernière est variable, fonction notamment de sa quantité, fonction de l'autorité des décisions de la juridiction<sup>226</sup>. Mais la « *réception réciproque des jurisprudences* »<sup>227</sup> se présente davantage comme une pratique, plutôt qu'obéissant à un principe juridique.

L'internationalisation des juges nationaux résulte aussi de « *l'intensification des échanges entre juges, facilitée par les nouvelles technologies de l'information et par la mise en place de réseaux judiciaires* »<sup>228</sup>. On a parlé à ce sujet de « *commerce des juges* » pour désigner l'ensemble de leurs relations<sup>229</sup>. Ce commerce est particulièrement développé dans le champ de l'environnement. Un forum mondial des juges de droit de l'environnement a été mis en place sous l'égide du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), lequel a pris l'initiative de réunir l'ensemble des présidents des juridictions suprêmes et juges « en chef » du monde entier lors du sommet international pour le développement durable tenu à Johannesburg du 18 au 20 août 2002. Étaient présents des juges de 60 pays et de tribunaux internationaux. En Europe, un « *Forum des juges de l'Union européenne pour l'environnement* » a été créé à Paris en 2004, à l'initiative de quelques juges de différents pays européens. Il a pour objet « *de contribuer à la mise en œuvre du droit de l'environnement national, européen et international par l'amélioration des connaissances des juges en matière de droit de l'environnement, par l'échange de données jurisprudentielles et le partage des expériences en matière de formation au droit de l'environnement* »<sup>230</sup>. Il n'est pas aisé d'en mesurer l'impact ; mais on peut au moins voir dans ses initiatives l'expression d'un besoin ressenti par les juges. Le dialogue se poursuit au-delà, ne serait-ce que par la « *judicial comity* »<sup>231</sup> ou « *civilité amicale entre égaux* »<sup>232</sup>. Le mouvement est soutenu aussi par la société civile, exerçant un droit d'accès à la justice de plus en plus largement reconnu, ne serait-ce que sous l'effet de la Convention d'Aarhus précitée<sup>233</sup> ou à travers les interventions en tant qu'*amicus curiae* elles aussi de plus en plus aisément admises<sup>234</sup>, mais aussi par une doctrine proliférante.

<sup>224</sup> F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 97.

<sup>225</sup> M. Delmas-Marty, *La refondation des pouvoirs*, op. cit., p. 45.

<sup>226</sup> G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la 'bénévolence' des juges », op. cit.

<sup>227</sup> *Ibid.*

<sup>228</sup> M. Delmas-Marty, *La refondation des pouvoirs*, op. cit., p. 42.

<sup>229</sup> J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La république des idées, Seuil, Paris, 2005, p.7.

<sup>230</sup> <[http://www.eufje.org/presentation\\_fr.php](http://www.eufje.org/presentation_fr.php)>, consulté le 18 janvier 2007.

<sup>231</sup> J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., p. 49.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>233</sup> R. Colavitti, « L'accès au juge en matière d'environnement. La délicate question de l'intérêt à agir », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 45.

<sup>234</sup> H. Ascencio, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2004 p. 897.

## ***Section 2. Une contribution majeure au développement d'un droit de l'environnement « global » ?***

Pour tenter de rendre compte de la contribution du juge au développement du droit de l'environnement, nous nous appuyerons sur les trois figures mythiques du juge identifiées par François Ost<sup>235</sup>. Le juge apparaît tour à tour comme Jupiter, Hercule ou Hermès. Plus souvent Hercule que Jupiter, co-déterminateur de la règle que fidèle transcripteur, le juge joue un rôle important dans le développement du droit de l'environnement. Mais c'est lorsqu'il se fait Hermès, intermédiaire entre les juridictions et les ordres juridiques, contribuant à assurer la cohérence de la matière, que son rôle devient majeur.

### **I. De Jupiter à Hercule, d'un juge transcripteur à un juge co-déterminateur**

Le juge devient bâtisseur. Du droit de l'environnement, il contribue à dresser les fondations, et à construire l'édifice.

#### *1. Dresser les fondations*

Là encore, la protection de l'environnement ne fait qu'illustrer avec beaucoup d'acuité des évolutions plus générales. Dans ce domaine, « *le juge est une ressource indispensable pour qui veut obtenir la requalification d'une cause ou rouvrir un débat sur le juste et l'injuste* »<sup>236</sup> et plus largement obtenir le respect d'un droit qui souffre d'une relative ineffectivité. En effet, ce type de contentieux explose. Devant les juridictions françaises, certaines associations de protection de l'environnement se sont lancées avec tant d'énergie dans l'action contentieuse, devant le juge administratif comme devant le juge judiciaire, qu'on a pu parler à cet égard d'une « *guérilla contentieuse* »<sup>237</sup>. On leur doit un contentieux abondant – par exemple sur la conformité au droit communautaire des dates d'ouverture et de fermeture de la chasse aux oiseaux migrateurs – et certaines décisions importantes comme sur le maïs génétiquement modifié<sup>238</sup>. Leur droit d'action a été ces dernières années élargi, notamment pour remplir les exigences de la Convention d'Aarhus laquelle fait obligation à chaque Partie de garantir les droits d'accès à la justice en matière d'environnement (art. 1er et art. 9). Une proposition de directive communautaire sur ce sujet est en cours de discussion, qui pourrait permettre d'aller plus loin encore<sup>239</sup>. Devant les institutions communautaires, on faisait remarquer plus haut que l'environnement représente un cinquième des plaintes reçues pour non-respect du droit communautaire<sup>240</sup>. Les requérants mobilisent aussi la Convention européenne des droits de l'Homme, dont l'article 25 autorise les individus comme les personnes morales – « *toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers* » – à introduire des requêtes. Le contentieux est cependant limité dans le champ de l'environnement ne serait-ce que parce que le requérant doit, en principe, être directement et personnellement victime de la violation qu'il dénonce et doit faire la preuve d'un intérêt personnel à agir. Par-delà certains assouplissements apportés par la jurisprudence, il ne peut se plaindre d'une loi ou d'un acte d'une manière générale, ni se poser en défenseur d'un ordre public écologique ou d'un contrôle objectif<sup>241</sup>. Malgré tout, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un environnement sain est en plein

<sup>235</sup> F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. Bouretz (Dir.), *La force du droit*, Panorama des débats contemporains, Éditions esprit, Collection philosophie, Paris, 2001, pp. 241-272.

<sup>236</sup> Voir D. Salas, « Juge (Aujourd'hui) », *op. cit.*, p. 863.

<sup>237</sup> Jean Untermaier, « Vive les cavaliers », *Revue juridique de l'environnement*, n° 2/1989, p. 119.

<sup>238</sup> Voir les décisions du Conseil d'État du 25 septembre et du 11 décembre 1998, Association Greenpeace France, n° 194348 du 25 septembre 1998 et n° 194348, 195511, 195576, 195611 et 195612 du 11 décembre 1998.

<sup>239</sup> Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement, COM (2003) 624.

<sup>240</sup> 279 plaintes reçues en 2005 par ex. Cf. *Seventh Annual Survey on the implementation and enforcement of Community environmental law 2005*, SEC(2006) 1143, 8.9.2006, p. 11.

<sup>241</sup> Voir sur les assouplissements de la jurisprudence, F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 2006, 8<sup>ème</sup> édition, p. 622 ss.

développement<sup>242</sup>. Devant le juge international, la situation est un peu différente. Les acteurs des procédures juridictionnelles – les États – répugnent encore à saisir le juge pour la défense d'intérêts communs ou généraux. Le droit de la responsabilité internationale restreint d'ailleurs les possibilités de ce point de vue. Si des différends « environnementaux » arrivent désormais régulièrement devant le juge ou l'arbitre, l'enjeu environnemental est certes présent, mais souvent instrumentalisé, comme le montrent l'affaire des *crevettes* à l'OMC, celle du *Barrage sur le Danube*<sup>243</sup> ou encore celle de l'*Usine Mox*<sup>244</sup>.

Toujours est-il que dans ces différentes hypothèses, le juge « *se fait l'interprète des valeurs morales émergentes dont il devient le porte-parole réfléchi. (...) Il réinvente ainsi un autre droit au-delà des règles abstraites qui en masquaient la source morale* »<sup>245</sup>. Les principes de *Johannesburg* relatifs adoptés à Johannesburg par le « Colloque mondial des juges » témoignent du désir des juges de « *S'engager sans réserve à contribuer à la réalisation des objectifs du développement durable au moyen du pouvoir judiciaire qui est mandaté pour élaborer, mettre en œuvre et appliquer le droit et faire respecter la primauté du droit et les pratiques démocratiques* »<sup>246</sup>. Comme l'écrivait le Juge Bedjaoui, « *Qu'elle soit nationale ou internationale, la justice ne peut pas ne pas se préoccuper de se faire accepter, à travers des décisions qui certes expriment l'état du droit, mais qui ne négligent pas complètement l'état des mœurs* »<sup>247</sup>. De fait, le(s) juge(s) n'a(ont) cessé de rappeler l'importance de l'enjeu et la reconnaissance générale de cette importance. Ainsi, la Cour internationale de Justice a-t-elle pu affirmer qu'elle « *est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir* »<sup>248</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme, après avoir considéré que la société d'aujourd'hui se soucie sans cesse davantage de préserver l'environnement<sup>249</sup>, a affirmé très récemment que « *L'environnement constitue une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu. Des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement, en particulier lorsque l'État a légiféré en la matière* »<sup>250</sup>. La Cour de justice européenne, dès 1985, interprétant largement la mission impartie à la Communauté, visant selon les termes d'alors du Traité de Rome, un développement harmonieux des activités économiques, énonçait de manière prétorienne que la protection de l'environnement est un des objectifs essentiels de la Communauté<sup>251</sup>. Elle a eu l'occasion par la suite de souligner « *le caractère transversal et fondamental* » de l'objectif de protection de l'environnement<sup>252</sup>. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État grec,

<sup>242</sup> J.-C. Martin, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'Homme au développement du droit à l'environnement », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 173.

<sup>243</sup> CIJ, *Projet de barrage sur le Danube dit « Gabčíkovo-Nagymaros »*, opposant la Hongrie et la Slovaquie, 25 septembre 1997, *Recueil CIJ* 1997, p. 4.

<sup>244</sup> *Etats-Unis-Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998 ; sur l'affaire de l'*Usine Mox*, S. Maljean-Dubois, J.-C. Martin, « L'affaire de l'*Usine Mox* devant les tribunaux internationaux », *JDI*, 2007, pp. 437-471.

<sup>245</sup> Voir D. Salas, « Juge (Aujourd'hui) », *op. cit.*, p. 863.

<sup>246</sup> <<http://www.unep.org/dpdl/symposium/Principles.htm>>, consulté le 18 janvier 2007.

<sup>247</sup> M. Bedjaoui, « L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de Justice », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité : liber amicorum Georges Abi-Saab*, 2001, p. 580.

<sup>248</sup> CIJ, Avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Recueil CIJ* 1996, p. 226, §29. La formule est répétée dans son arrêt précité du 25 septembre 1997, *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, § 53.

<sup>249</sup> Arrêt *Fredin c. Suède (n°1)*, du 18 février 1991, série A n° 192, § 48

<sup>250</sup> Affaire *Hamer c. Belgique*, req. n°21861/03, 27 novembre 2007, § 79.

<sup>251</sup> Voir son arrêt du 7 février 1985, *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huile usagée*, aff. 240/83, *Rec.* p. 531.

<sup>252</sup> Arrêt CJCE du 13 septembre 2005, Commission/Conseil, C 176/03, *Rec.* 2005 p. 7879 ; arrêt CJCE du 15 novembre 2005, Commission/Autriche, C 320/03, *Rec.* 2005 p. I-9871. N. Hervé-Fournereau, « Le juge communautaire et le principe d'intégration : une jurisprudence empreinte de paradoxes ou les paradoxes de la prudence du juge », *Le rôle du juge dans le développement du droit de*



« l'environnement naturel est élevé au rang d'un bien protégé en soi, afin d'assurer l'équilibre écologique et la préservation des ressources naturelles au bénéfice des générations futures »<sup>253</sup>. L'environnement, nous explique Jean-Marc Février, est désormais considéré comme un intérêt public à part entière. Le préambule de la Charte de l'environnement ne pose-t-il pas « que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation » ? À ce titre, l'environnement « acquiert sans doute aux yeux du juge une vertu qu'il n'avait pas nécessairement lorsque l'atteinte environnementale n'était établie qu'à travers l'atteinte à l'intérêt particulier du requérant. Dès lors, les arbitrages seront plus facilement rendus en sa faveur lorsque l'intérêt environnemental se heurte à un autre intérêt public et, a fortiori, à un intérêt privé. Les exigences croissantes des juridictions administratives et judiciaires à l'égard de l'exploitant d'une installation classée peuvent illustrer cette évolution »<sup>254</sup>.

## 2. Construire l'édifice

La recherche montre que la contribution du juge est toute en nuances. Équilibriste, il est tantôt Jupiter, tantôt Hercule, tantôt arbitre, tantôt entraîneur<sup>255</sup>, sans qu'on puisse toujours expliquer sa prudence ou son audace.

Il peut se faire audacieux, comme en témoigne la jurisprudence constructive et très contestée du Conseil d'État grec et notamment de sa cinquième section, spécialisée en matière environnementale, qui reconnaît le droit à l'environnement avec une portée élargie, dans les cas où les intérêts environnementaux se heurtent à d'autres intérêts constitutionnellement protégés, tels que la liberté économique et la propriété privée. On pense aussi à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui témoigne très largement d'un « préjugé favorable » à l'égard de l'environnement<sup>256</sup> et a, de longue date, permis d'orienter efficacement la mise en œuvre du droit communautaire de l'environnement<sup>257</sup>. Pour ne prendre qu'un exemple, dans son arrêt *Lappel Bank*, elle a considéré que le choix des espaces à protéger obéit aux seuls critères ornithologiques sans que les « exigences économiques » puissent être prises en compte ou intervenir au titre d'un intérêt général supérieur à celui auquel répond l'objectif écologique visé par la directive « oiseaux » de 1979<sup>258</sup>. On pense également à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui protège le droit à l'environnement « par ricochet » à travers d'autres droits consacrés par la Convention, permettant à un texte écrit dans le contexte bien particulier d'après-guerre de demeurer un instrument « vivant » et adapté aux « conditions d'aujourd'hui », pour reprendre deux de ses expressions<sup>259</sup>. Comme l'a expliqué la Cour dans l'affaire *Fadeïeva c. Russie*<sup>260</sup>, relative à la pollution par une aciérie à proximité de laquelle réside la requérante « les droits et libertés protégés par la Convention ne comportent pas un droit à la préservation de la nature en tant que tel. Dès lors, pour soulever une question au regard de l'article 8 l'atteinte alléguée doit avoir des répercussions directes sur le droit au

*l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 45.

<sup>253</sup> CE, (Ass. pl.) 2537/1996 ; CE, (Ass. pl.) 613/2002. S. Papapolychroniou, « Aspects substantiels du droit à l'environnement. La contribution du juge constitutionnel (Grèce) », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 113.

<sup>254</sup> J.-M. Février, « La conciliation dans la pratique du juge. Présentation », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 235.

<sup>255</sup> L. Boisson de Chazournes, M. M. Bbengue, « Le rôle des organes de règlement des différends de l'OMC dans le développement du droit : à propos des OGM », in *La régulation du commerce international des OGM*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, Paris, 2002, S. Maljean-Dubois, J. Bourrinet (dir.).

<sup>256</sup> Voir citant L. Dubouis et C. Blumann, M.-P. Lanfranchi, « La conciliation commerce / environnement devant l'ORD de l'OMC et la CJCE : analyse comparée de l'application de l'article XX du GATT et de l'article 30 TCE », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 287.

<sup>257</sup> *List of the Leading Cases and Judgements of the ECJ on Environment*, <[http://ec.europa.eu/environment/law/cases\\_judgements.htm](http://ec.europa.eu/environment/law/cases_judgements.htm)>, consulté le 19 janvier 2008.

<sup>258</sup> Arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, *Regina contre Secretary of State for the Environment, ex parte: Royal Society for the Protection of Birds, Demande de décision préjudicielle: House of Lords - Royaume-Uni*, « *Lappel Bank* », Aff. C-44/95, *Recueil 1996*, p. I-3805.

<sup>259</sup> J.-C. Martin, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'Homme au développement du droit à l'environnement », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 173.

<sup>260</sup> Arrêt du 9 juin 2005, Requête n° 55723/00, *Recueil des arrêts et décisions 2005-IV*, § 68.

*respect du domicile, de la vie familiale ou de la vie privée du requérant* »<sup>261</sup>. Encore récemment la Cour n'a-t-elle pas, dans une affaire relative aux nuisances que provoqueraient une éolienne sur le voisinage, considérer que l'intérêt environnemental d'une éolienne, qui respecte les normes de l'OMS en terme d'émission sonore, prime sur l'intérêt d'un particulier qui invoque une atteinte à la propriété privée<sup>262</sup> ? Son audace l'a également poussé à admettre qu'une atteinte à l'article 2 de la Convention, qui protège le droit à la vie, puisse être invoquée dans le champ de l'environnement. Le principe était admis dans l'affaire *L.C.B. c. Royaume Uni*<sup>263</sup>, sans que la Cour ne conclut à la violation. Mais dans l'affaire *Öneryildiz c. Turquie*<sup>264</sup>, qui trouve son origine dans l'ensevelissement de taudis suite à un glissement de terrain après une explosion de méthane dans une décharge, la Cour précise que les États sont tenus de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie ; cette obligation positive vaut « *a fortiori pour les activités à caractère industriel, dangereuses par nature, telles que l'exploitation de sites de stockage de déchets* ». Elle conclut à une violation de l'article 2 à la fois sous son volet substantiel (§§ 109-110) et sous son volet procédural « *en raison de l'absence, face à un accident provoqué du fait d'une activité dangereuse, d'une protection adéquate 'par la loi', propre à sauvegarder le droit à la vie, ainsi qu'à prévenir, à l'avenir, de tels agissements mettant la vie en danger* » (§ 118). « *À cet égard, la Cour réaffirme que l'article 2 ne concerne pas exclusivement les cas de mort d'homme résultant de l'usage de la force par des agents de l'État mais implique aussi, dans la première phrase de son premier paragraphe, l'obligation positive pour les États de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction (...). Pour la Cour, cette obligation doit être interprétée comme valant dans le contexte de toute activité, publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie, a fortiori pour les activités à caractère industriel, dangereuses par nature, telles que l'exploitation de sites de stockage de déchets* » (§ 71). Plus largement, il ressort de l'analyse de la jurisprudence de la Cour que la protection médiate du droit à l'environnement par les juridictions de droits de l'homme tire profit de la théorie des obligations positives appliquée par les juridictions aux droits garantis qui servent de support au droit à l'environnement. En revanche, la protection est naturellement limitée par les conditions strictes de l'intérêt à agir appliquées à ces droits garantis<sup>265</sup>.

Dans le champ de l'environnement, les juges internationaux ont aussi, plus qu'ailleurs, accepté de réaliser une interprétation évolutive – audacieuse – du droit international<sup>266</sup>. Considérons avec Jean-Marc Février que « *S'il paraît difficile de systématiser l'œuvre de conciliation du juge, des juges, (...) le mouvement semble vraiment lancé en faveur d'une protection accrue de l'environnement devant les juridictions* »<sup>267</sup>. Rostane Mehdi rappelle toutefois que cela suppose de sa part « *une capacité de conciliation sans laquelle il ne pourrait trouver le point d'équilibre (souvent improbable tant il est contingent) entre les attentes sociales qu'expriment les parties et l'intégrité des dispositifs juridiques dont il doit assurer la sauvegarde* »<sup>268</sup>.

Mais jusqu'où va juridiquement cette reconnaissance de l'importance accordée à l'environnement ? À l'occasion d'un colloque visant à finaliser le texte de la Charte de l'environnement, le Doyen Louis Favoreu précisait qu'« *on ne peut pas dire que l'on va donner une valeur absolue au droit à l'environnement, cela n'a pas de sens. Tous les droits*

<sup>261</sup> Le Président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a toutefois récemment déclaré s'être fixé « comme un des objectifs de (s)a présidence d'intégrer le droit à un environnement sain dans la Convention européenne des Droits de l'Homme par le biais d'un protocole additionnel » (Déclaration du 28 mars 2008, CP 220(2008)).

<sup>262</sup> CEDH, 26 février 2008, Req n°37666/04, *Fägerskiöld c. Suède*, non encore pub.

<sup>263</sup> Arrêt du 9 juin 1998, req. n°23413/94, *Recueil 1998-III*.

<sup>264</sup> Arrêt (Grande Chambre) du 30/11/2004, req. n°48939/99, *Recueil des arrêts et décisions 2004-XII*.

<sup>265</sup> Voir infra, chapitre 1.

<sup>266</sup> CIJ, arrêt précité du 25 septembre 1997, *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, § 104 ; Organe d'appel, OMC, *Etats-Unis-Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, § 129 et ss.

<sup>267</sup> J.-M. Février, « La conciliation dans la pratique du juge. Présentation », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecuq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 235.

<sup>268</sup> R. Mehdi, « Le juge et la conciliation entre protection de l'environnement et exigences antinomiques. Présentation », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecuq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 191.

*fondamentaux sauf le droit de ne pas être torturé, mis en esclavage, etc., pour lesquels on ne peut transiger, doivent être conciliés avec les droits et libertés reconnus plus anciennement par la déclaration de 1789 ou le préambule de 1946 dans des termes souvent plus précis et exigeants* »<sup>269</sup>. De fait, le juge est généralement amené à faire la balance entre les exigences environnementales – parfois elles-mêmes contradictoires, comme le rappelle Jean-Marc Février – et d'autres exigences, bien souvent de nature économique. Là aussi, la jurisprudence oscille. Le juge mobilise certains principes qui, par leur caractère général, accroissent son pouvoir d'appréciation. Il peut s'agir de principes généraux, dépassant le champ de l'environnement, comme le principe de proportionnalité, lequel en droit communautaire s'avère dans les faits plus favorable à la libre circulation qu'à l'environnement<sup>270</sup>.

Il peut s'agir aussi de principes développés spécifiquement pour la protection de l'environnement comme le principe d'intégration des exigences environnementales dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques, issu du droit communautaire<sup>271</sup> et devenu en droit français le principe de conciliation<sup>272</sup>. La jurisprudence en la matière est marquée par de nombreuses hésitations, mais par petites touches le juge en opère peu à peu la concrétisation.

Le juge est conciliateur. À l'échelle internationale, dès les premiers arbitrages, des *Otaries à fourrure des îles Pribilof*<sup>273</sup> à la *Fonderie du Trail*<sup>274</sup>, il lui appartient de concilier les droits d'États souverains également souverains, de garantir l'équilibre des intérêts<sup>275</sup>. À son tour, la Cour internationale de Justice posera en 1996 que « *L'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement* »<sup>276</sup>.

Ce juge conciliateur est bien souvent plus mesuré et prudent que ne le laisserait envisager, s'il était pris au pied de la lettre, son discours volontiers véhément sur la valeur à accorder à la protection de l'environnement. Cela est particulièrement net pour les juridictions internationales. Dans son arrêt précité dans l'affaire du *Barrage sur le Danube*, la Cour internationale de Justice reconnaît à peu de frais l'importance de la protection de l'environnement, un environnement qui « *n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et de leur santé* », et considère que le nouveau corps de règles qui existe dans ce domaine doit être pris en considération et donne lieu à de nouvelles exigences qui doivent être « *convenablement appréciées* » par les États. Mais, dans le même temps, la Cour fait prévaloir à plusieurs reprises la sécurité et la stabilité des relations juridiques sur des normes nouvelles ou émergentes. Il en est de même dans son ordonnance en mesures conservatoires du 13 juillet 2006 en réponse à la demande de l'Argentine dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. Après avoir rappelé toute l'importance qu'elle accorde à l'environnement, la Cour se réfère au principe du développement durable, pour marquer l'importance des enjeux économiques et sociaux de l'affaire. Dans sa recherche d'équilibre, elle place visiblement le

<sup>269</sup> L. Favreau, « Participation à la table ronde sur « le risque environnemental anticipation, réparation et coût : que peut apporter la Charte de l'environnement » », in *Enjeux scientifiques et juridiques*, Paris, 13 mars 2003.

<sup>270</sup> L'affaire des *bouteilles danoises* montre combien ce principe élargit la marge d'appréciation du juge. C. Vial, *Protection de l'environnement et libre-circulation des marchandises*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 399.

<sup>271</sup> « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable (...)* » (article 6 du Traité de Rome modifié).

<sup>272</sup> « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* » (art. 6 de la Charte de l'environnement).

<sup>273</sup> Sentence arbitrale du 15 août 1893, *Moore 's International Arbitration Awards*, 1898, 755.

<sup>274</sup> Sentence arbitrale du 11 mars 1941, *Rec. des sentences arbitrales*, ONU, vol. XII, not. p. 303 : « *D'après les principes du droit international (...) aucun État n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage de manière que des fumées provoquent un préjudice sur le territoire d'un autre État ou aux propriétés des personnes qui s'y trouvent, s'il s'agit de conséquences sérieuses et que le préjudice est prouvé par des preuves claires et convaincantes* ».

<sup>275</sup> Voir également l'affaire du *Lac Lanoux*, sentence arbitrale du 19 novembre 1956, RSA vol. X11, p. 285.

<sup>276</sup> Avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, §29. La formule est répétée dans son arrêt précité du 25 septembre 1997, *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, § 53.

curseur plutôt du côté du *développement* que de la *durabilité*<sup>277</sup>. Les travaux d'Hélène Tudela sur le Tribunal international du droit de la mer montrent également que, bien que le Tribunal semble sensible au fait que certaines pratiques de pêche remettent en cause la conservation des ressources biologiques, il reste timide quant aux effets de cette constatation dans le cadre de la procédure de mainlevée<sup>278</sup>. L'arrêt *Hatton* de la Cour européenne des droits de l'homme marque également une prudence accrue du juge dans le contrôle de la mise en œuvre de la Convention s'agissant du droit à un environnement sain<sup>279</sup>. Mais ces hésitations et ce décalage entre le discours et la pratique se retrouvent aussi sur la scène nationale. Même si sa position évolue quelque peu, le juge constitutionnel portugais s'est montré longtemps hésitant à garantir la mise en œuvre de dispositions constitutionnelles très – trop ? – avancées relatives au droit à un environnement sain<sup>280</sup>. La jurisprudence des juridictions administratives françaises relative à la Charte de l'environnement se présente aussi comme très nuancée. Le juge administratif n'a jusqu'à présent pas prononcé l'annulation d'un acte litigieux au regard du droit de l'homme à un environnement sain, tout en reconnaissant une certaine substance à ce droit dans le cadre des procédures de référé. L'application de la Charte de l'environnement illustre finalement la marge de manœuvre importante du juge avec ce type d'instrument. Les positions en effet varient selon les juges. Le Conseil constitutionnel « *anesthésie* » la Charte par son interprétation ; les juges administratifs de première instance commencent à l'appliquer clairement et en assurer l'effectivité<sup>281</sup>. Le Conseil d'État semble assez hésitant. Il applique l'article 5, mais est plus réservé pour les autres dispositions pour lesquelles sa vérification est plus « *molle* », sa posture plus « *énigmatique* ». Sa position est si peu claire qu'elle peut être analysée comme « *suprême arrogance ou simple prudence* »<sup>282</sup>...

## II. Hermès, juge « intermédiaire »

Au double mouvement d'influence – ascendant et descendant<sup>283</sup> – s'ajoute un mouvement « à niveau » entre les cours appartenant à un même ordre juridique. Hermès, juge « intermédiaire » fait le trait d'union entre les ordres juridiques, garantissant leur cohérence externe, et au sein des ordres juridiques, garantissant leur cohérence interne. Face à un corps de règles aussi foisonnant qu'incohérent, il joue ici un rôle majeur.

### 1. Jurisprudence et cohérence interne des ordres juridiques

Ce travail de mise en cohérence au sein d'un ordre juridique est, bien entendu, plus fondamental pour le droit international. L'ordre juridique international tient en effet plus aujourd'hui du « *bric-à-brac* » confus que d'un véritable système unifié<sup>284</sup>. Les développements rapides du droit international, à la fois en quantité et en « qualité », se sont traduits par la multiplication d'espaces normatifs parallèles et souvent désarticulés, possédant leurs propres mécanismes de règlement des différends. Ayant donné lieu à une activité juridictionnelle hors du commun pour la sphère internationale, le contentieux entre l'Irlande et le Royaume Uni relatif à l'*Usine Mox* a offert une illustration éloquentes des évolutions de l'ordre juridique international. Pourtant, les différentes juridictions saisies ont jeté les bases d'une certaine répartition du travail. Plus récemment, un autre conflit est significatif, celui déjà évoqué des produits biotechnologiques à l'OMC. Les Communautés européennes demandaient en effet au Groupe spécial de prendre en compte des règles externes –

<sup>277</sup> Voir en particulier le §80 de l'ordonnance. Voy. supra, chapitre 1, sur les mesures conservatoires.

<sup>278</sup> H. Tudela, « La protection du milieu marin et la pratique de la pêche devant le Tribunal international du droit de la mer », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 351.

<sup>279</sup> Voir par exemple le § 120, arrêt de Grande chambre du 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume Uni* (requête n° 36022/97).

<sup>280</sup> H. Alcaraz, « Aspects substantiels du droit à l'environnement. La contribution du juge constitutionnel (Portugal) », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 97.

<sup>281</sup> N. Hutten, M.-A. Cohendet, « La charte de l'environnement deux ans après : le Conseil d'État hésite, les autres juridictions tranchent », RJE n°4/2007, p. 425.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 426.

<sup>283</sup> G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la 'bénévolence' des juges », *op. cit.*

<sup>284</sup> Selon l'expression de J. Combacau, « Le droit international, bric à brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 88.

notamment le Protocole de Cartagena de 2000 sur le commerce des produits biotechnologiques et le principe de précaution en tant que règle coutumière ou principe général du droit international – pour interpréter le droit de l'OMC. Aux fins de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, un organe de règlement de l'OMC n'est censé se prononcer qu'au regard des « *accords visés* » : « *Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés* ». Mais un organe de règlement doit aussi, selon cette même disposition, « *clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public* ». L'Organe d'appel avait déjà posé que « *Cette instruction est dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public* »<sup>285</sup>. Mais, au regard des balises posées par le droit de l'OMC, jusqu'où fallait-il aller dans cette prise en compte des règles externes ? La décision du Groupe spécial est mesurée. S'il refuse d'utiliser le Protocole de Cartagena ou le principe de précaution en tant que règle « externe », n'admet-il pas le principe de précaution comme règle « interne » ? Sa décision n'est-elle pas malgré tout influencée discrètement mais sûrement, au moins en arrière-plan, sur l'interprétation et l'application de l'Accord SPS par le Protocole de Cartagena<sup>286</sup> ? Face à l'impossible détermination d'une hiérarchie entre le droit du commerce international et le droit international de l'environnement, et en dépit du caractère très politique de la question, c'est finalement au juge qu'il appartient de trancher.

Mais même le juge national est investi du rôle d'intermédiaire. En droit français, par exemple, il lui appartient de mettre en cohérence l'édifice avec la Charte de l'environnement, de valeur constitutionnelle. Se pose par exemple la question de l'invocabilité directe de ses dispositions ou bien de leur conditionnalité à une intervention législative ; c'est la distinction entre principe et objectif dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Jusqu'à présent le Conseil d'État a passé sous silence le débat pourtant très vif sur la portée des dispositions de la Charte. Lorsque le commissaire du gouvernement a invité le Conseil à trancher pour une non-invocabilité directe de certaines dispositions au motif que « *leur énoncé est en effet trop peu précis et trop peu impératif pour qu'[elles] soient d'application directe* »<sup>287</sup>, le Conseil d'État ne l'a pas suivi explicitement. D'ailleurs « *le temps n'est plus des arrêts de règlement par lesquels les juges s'opposaient aux règles de droit nouvelles souhaitées par le souverain* »<sup>288</sup>. Le juge pourrait-il « *reconnaître à l'inertie du législateur le pouvoir de paralyser l'application de la Charte* »<sup>289</sup> constitutionnelle ?

## 2. Jurisprudence et cohérence externe entre les ordres juridiques

Le droit de l'environnement se construit à l'échelle nationale, régionale et internationale. Le juge devient passeur de frontières ; il assure la cohésion de l'édifice ; il « cimente » des briques souvent disparates. Lors de l'adoption de la Charte, Jacqueline Morand-Devilleur rappelait que « *le rôle des juridictions – le juge constitutionnel ainsi que les autres juridictions suprêmes – sera déterminant dans la mise en œuvre de la Charte. Elles devront non seulement interpréter les notions « ouvertes » du texte mais les mettre en harmonie avec les principes inscrits dans les conventions internationales (...)* »<sup>290</sup>. Mais le phénomène n'est pas seulement ascendant. L'application jurisprudentielle du principe de précaution témoigne du caractère mutuel et croisé des mouvements d'influences d'un ordre juridique à l'autre. En effet, les divergences ne sont-elles pas plus apparentes que réelles ? « *Par le jeu d'influences croisées entre les divers ordres judiciaires, un dénominateur*

<sup>285</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

<sup>286</sup> S. Maljean-Dubois, « Le spectre de l'isolation clinique: quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux? », *op. cit.*

<sup>287</sup> N. Hutten, M.-A. Cohendet, « La charte de l'environnement deux ans après : le Conseil d'État hésite, les autres juridictions tranchent », *op. cit.*, p. 431.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 433.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 434.

<sup>290</sup> J. Morand-Devilleur, *La Constitution et l'environnement, Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 121.

*commun se consolide, les juridictions se ralliant par petites touches à une conception assez similaire du principe de précaution, du moins à un même noyau dur, comme par effet de mimétisme* »<sup>291</sup>. Nous voici dans les « hiérarchies enchevêtrées » si bien caractérisées par Mireille Delmas-Marty pour qui internormativité, interprétation croisée et dialogue des juges viennent favoriser la coordination et finalement ordonner le pluralisme juridique<sup>292</sup>. « En somme, tout se passe comme si l'articulation de l'un et du multiple ne pouvait se faire une fois pour toutes, de haut en bas ou de bas en haut, mais seulement par ajustements et réajustements successifs, de haut en bas et de bas en haut »<sup>293</sup>. Il est vrai que « L'échange se situe dans les interstices, favorisant une internormativité de fait (...) mais il est surtout révélé par les jeux d'interprétation croisée des divers organes, judiciaires, juridictionnels ou quasi-juridictionnels, qui sont chargés d'appliquer les normes à des cas concrets »<sup>294</sup>.

De fait, le continuum entre les décisions de justice favorise le continuum entre les ordres juridiques. Ainsi, la Cour internationale de Justice, dont les statuts mentionnent parmi les sources de droit applicables les décisions judiciaires, considère que cette notion renvoie globalement aux jurisprudences internationales aussi bien que nationales, et se reporte à des précédents nationaux pour établir ou réfuter l'existence de la coutume internationale<sup>295</sup>. L'analyse comparée des jurisprudences de l'OMC et de la Cour de justice européenne témoigne d'influences croisées approfondies. Marie-Pierre Lanfranchi nous montre que ces effets sont « particulièrement perceptibles dans les affaires mettant en scène les » Communautés, car alors ces dernières « développent devant le juge de l'OMC des constructions juridiques inspirées de la logique communautaire, tirant vers celle-ci le juge commercial et conduisant à une évolution notable de sa jurisprudence »<sup>296</sup>. Quant à lui, le juge national est le juge de droit commun du droit communautaire<sup>297</sup>. La technique du renvoi préjudiciel lui offre par ailleurs un instrument formel de coopération avec la Cour de Luxembourg. La procédure « lui laisse une large part d'initiative et lui donne tout autant un pouvoir de stimulation qu'une force de résistance dont il use et abuse parfois »<sup>298</sup>. La Cour de Luxembourg alimente également les relations descendantes, ne serait-ce que par sa construction jurisprudentielle du principe de primauté du droit communautaire, et les relations ascendantes par le rôle conféré aux principes généraux communs aux droits internes des États membres, qu'elle a élevés au rang de principes généraux du droit communautaire, eux-mêmes source de ce droit<sup>299</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme décortique également les jurisprudences nationales<sup>300</sup>. Enfin, les juridictions nationales « puisent volontairement dans la jurisprudence internationale la norme et les moyens juridiques nécessaires à la construction de leurs propres solutions, que cette jurisprudence internationale porte ou non sur des affaires impliquant l'État dont ces juridictions relèvent »<sup>301</sup>. Juge de droit commun du droit communautaire dès l'origine, le juge national occupe peu à peu les habits de juge de droit

<sup>291</sup> C. Noiville, « La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution », *Recueil Dalloz*, n° 22/7295 (2007), p. 1517.

<sup>292</sup> M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1989, p. 101.

<sup>293</sup> M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, op. cit., pp. 72.

<sup>294</sup> *Ibid.*, pp. 41.

<sup>295</sup> Voir par ex. l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, arrêt du 14 février 2002, *R.D. du Congo c. Belgique*, *Recueil CIJ 2002*, p. 3. Cf. G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la 'bénévolence' des juges », op. cit.

<sup>296</sup> M.-P. Lanfranchi, « La conciliation commerce / environnement devant l'ORD de l'OMC et la CJCE : analyse comparée de l'application de l'article XX du GATT et de l'article 30 TCE », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 287.

<sup>297</sup> Voir n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 « Loi pour la confiance dans l'économie numérique » et n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004 « Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle » dans lesquelles le Conseil constitutionnel affirme que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire à la Constitution ».

<sup>298</sup> *Ibid.*

<sup>299</sup> *Ibid.* Elle a su aussi s'affranchir de certaines définitions retenues par les droits nationaux pour désigner telle ou telle notion. R. Mehdi, « Le juge et la conciliation entre protection de l'environnement et exigences antinomiques. Présentation », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 191.

<sup>300</sup> Par ex. aff. Vo c. France, req. n°53924/00, arrêt du 8 juillet 2004. Voir B. Mathieu, « La bioéthique, ou comment déroger au droit commun des droits de l'homme », in *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, Pedone, Paris, 2006, p. 85.

<sup>301</sup> G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la 'bénévolence' des juges », op. cit.

commun du droit international. Il participe alors à l'estompage de la barrière entre les ordres juridiques, nationaux et internationaux. De déclarée, l'acception de la prééminence de l'international sur l'interne deviendra-t-elle effective<sup>302</sup> ? Certaines juridictions nationales sont, de longue date, plus audacieuses, comme la Cour suprême de l'Inde, qui a considéré dès 1996 que le principe de précaution, en qualité d'aspect essentiel du développement durable, faisait partie du droit coutumier international<sup>303</sup>.

La question de l'accès à l'information sur l'environnement illustre remarquablement le soutien jurisprudentiel des intégrations normatives entre l'ordre juridique national, communautaire et international. Qu'elle soit interne ou internationale, une juridiction ne peut être un lieu clos, c'est au contraire un carrefour, un carrefour circulaire où se croisent de manière ordonnée les décisions de justice qui construisent un droit en devenir permanent<sup>304</sup>. Voilà le juge contraint à mettre en cohérence, appliquer cumulativement des règles et principes, émanant de diverses sources (traités internationaux, directives communautaires, constitution, lois, règlements, etc.), et sinon contradictoires tout au moins pas identiques (plus ou moins stricts, plus ou moins précis, plus ou moins complets). C'est alors qu'il « *n'est plus seulement le gardien du temple du droit. Il en est aussi l'architecte* »<sup>305</sup>. Cela ne va pas sans difficulté, notamment lorsque les engagements internationaux heurtent des principes et dispositions à valeur constitutionnelle<sup>306</sup>.

Les juges sont-ils pour autant « *aux avant-postes de l'élaboration (...) d'une sorte d'esperanto* »<sup>307</sup> ? du pluralisme ordonné de Mireille Delmas-Marty<sup>308</sup> ? Leurs relations y contribuent indiscutablement. Mais leur contribution doit aussi être nuancée. D'abord, le « *cherry picking* » des juges pirates<sup>309</sup> rend les échanges « *bricolé(s), conflictuel(s) et partiel(s)* »<sup>310</sup>. De fait, il peut y avoir des ruptures et des liens brisés dans la « *chaîne juridique* » pour reprendre l'expression de Mireille Delmas-Marty. En témoignent, par exemple, les analyses de Stéphanie Bellier sur l'analyse comparative du traitement – tantôt concordant, tantôt discordant – par plusieurs juridictions des atteintes au droit de propriété<sup>311</sup>. Ensuite, la dynamique créée ne résout pas forcément tous les conflits ; le risque de l'internormativité serait « *d'entretenir une dialectique sans fin, une dialectique sans synthèse, livrée aux incertitudes d'une compétition toujours recommencée* »<sup>312</sup>. Il est vrai que « *la coordination prépare la transition en acclimatant les différents ensembles juridiques à l'internormativité, mais elle ne pourra devenir une véritable mise 'en ordre' que si l'horizontalité des processus d'entrecroisement, pondérée par les normes impératives du jus cogens ou de la coutume, se trouve peu à peu 'verticalisée'* »<sup>313</sup>.

<sup>302</sup> Pierre-Marie Dupuy, « Unité d'Application du Droit International à l'Echelle Globale et Responsabilité des Juges », EJLS, vol. 1, n°2, 2007, <<http://www.ejls.eu/>> consulté le 13 mars 2008.

<sup>303</sup> *Vellore Citizens' Welfare Forum v. Union of India and Others*, Demande introductive d'instance (C) n°914 de 1991 (Kuldip Singh, Faizanuddin JJ), arrêt du 28 août 1996, §§ 10, 11 et 15. Cit. Ph. Sands, « Les cours internationales et le principe de précaution », <<http://www.environmenthouse.ch/docspublications/reportsRoundtables/Precaution%20Report%20f.pdf>> consulté le 1<sup>er</sup> avril 2008.

<sup>304</sup> G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la 'bénévolence' des juges », *op. cit.*

<sup>305</sup> Yann Aguila, Rapport général, Séminaire de l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, Bruxelles, le 28 janvier 2008, « Le juge administratif et le droit communautaire de l'environnement. L'information et la participation du public en matière d'environnement », <[http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/discours\\_vp/Yann%20Aguila%20rapport-bruxelles%2028012008.pdf](http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/discours_vp/Yann%20Aguila%20rapport-bruxelles%2028012008.pdf)>, consulté le 13 mars 2008.

<sup>306</sup> Gilles Thieffry, « Égalité, environnement et dialogue des juges », *AJDA*, 2007 p. 449.

<sup>307</sup> J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>311</sup> S. Bellier, « La mesure poursuivant un objectif environnemental et l'expropriation indirecte devant le Tribunal arbitral CIRDI », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 191.

<sup>312</sup> M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 68.

## CONCLUSION.

Le nouveau « *commerce des juges* »<sup>314</sup> est-il révélateur de stratégies de concurrence ou traduit-il « *une conscience juridique nouvelle marquée par les préoccupations d'humanité ou d'universalité, s'appuyant sur certaines valeurs de civilisation partagées à l'échelle mondiale* »<sup>315</sup> ? Sans doute un peu les deux. 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<sup>316</sup>, ce qui ne manque pas de susciter craintes et critiques. Encore tout récemment, dans l'affaire de l'Erika, le 16 janvier 2007, le Tribunal correctionnel de Paris en consacrant le préjudice d'atteinte à l'environnement s'est défendu de « *se livrer à des contorsions juridiques, - de - succomber à la tentation de la poche profonde ou encore de céder à une dérive compassionnelle* ». Mais l'avocat de Total n'a pas manqué de dénoncer « *une interprétation nouvelle de la loi* » et le « *règne du désir du juge* »<sup>317</sup>... Pourtant, comme le rappelle G. Canivet, « *l'œuvre prétorienne est avant tout inspirée de réalisme. Loin de s'opposer dans un conflit de pouvoir stérile et dogmatique, le législateur et le juge ont en réalité un rôle complémentaire dans la permanence et la continuité du droit qui laisse naturellement – et démocratiquement – le dernier mot au premier* »<sup>318</sup>.

---

<sup>314</sup> J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La république des idées, Seuil, 2005, p. 49.

<sup>315</sup> G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la 'bénévolence' des juges », *op. cit.*

<sup>316</sup> J. Scott, S.P. Sturm, « Courts as Catalysts : Rethinking the Judicial Role in New Governance », *Columbia Journal of European Law*, Vol. 13, No. 3, 2007.

<sup>317</sup> « Le 'préjudice écologique' fait son entrée dans le droit français », *Le Monde* 18 janvier 2008, p. 1.

<sup>318</sup> Cet auteur, « Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale », in *La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2006, t. 50, p. 7.



## **TABLE DES ANNEXES**

1. Sandrine Maljean-Dubois & Jean-Christophe Martin, « L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux », *Journal du Droit International*, vol. 134, n°2/2007, pp. 437-472
2. Dossier spécial sur « L'affaire Produits biotechnologiques à l'OMC », à paraître à la *Revue européenne de droit de l'environnement*, n°2/2008
3. Jean-Christophe Martin, « La confidentialité du règlement des différends à l'OMC », *Les Annales de Droit*, N° 2, 2008, pp. 159-180
4. Recensement de la jurisprudence internationale relative à l'environnement

**1. Sandrine Maljean-Dubois & Jean-Christophe Martin, « L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux », *Journal du Droit International*, vol. 134, n°2/2007, pp. 437-472.**

**L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux**

par

**Sandrine Maljean-Dubois**

Chargée de recherche au CNRS (CERIC, UMR 6201 CNRS-Université Paul Cézanne Aix-Marseille III)

et

**Jean-Christophe Martin**

Docteur en droit public, post-doctorant (CERIC, UMR 6201 CNRS-Université Paul Cézanne Aix-Marseille III)<sup>(\*)</sup>

***Une affaire, deux différends, trois procédures et quatre juridictions***

Le plutonium produit par le cœur des centrales nucléaires peut être considéré comme un déchet ou une matière recyclable. Introduit dans le «Mox», combustible nucléaire mixte à base d'oxyde d'uranium appauvri et d'oxyde de plutonium, il peut en effet à nouveau être brûlé dans certains réacteurs nucléaires. Ce recyclage, s'il permet de contrôler la croissance des stocks dans le parc de réacteurs, est toutefois très contesté<sup>319</sup>. La rentabilité économique de cette utilisation civile ne serait pas assurée. Sur le plan technique, le recyclage n'offre peut-être pas non plus de perspectives séduisantes, compliquant et la gestion du parc électronucléaire, et le cycle du combustible, rendant notamment plus délicat et plus coûteux le stockage des déchets finaux<sup>320</sup>. Son développement induit par ailleurs des échanges internationaux et, comme corollaire, des transports sur de longues distances. Ils font craindre les risques d'accidents ou encore de détournement et récupération par des organisations terroristes. De fait, si rares sont les États à s'être engagés dans cette voie – comme la France et le Royaume-Uni –, les activités de recyclage se poursuivent, sinon s'intensifient<sup>321</sup>.

Les transports maritimes sur de longues distances (entre l'Europe, le Japon et les Etats-Unis) ont donné lieu à de vives contestations de la part d'ONG, telles que Greenpeace, mais ont aussi suscité l'inquiétude de pays tiers opposés au passage de navires transportant le plutonium retraité au large de leurs côtes<sup>322</sup>. La question anime depuis plusieurs années les réunions qui se tiennent dans le cadre de la Convention dite «OSPAR» pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est<sup>323</sup>. En juillet 1998, les Parties, réunies à Sintra au sein de la Commission OSPAR, adoptent une «stratégie» en la matière, qui pose pour objectif de «*prévenir la pollution de la zone maritime par les radiations ionisantes, ceci par des réductions progressives et substantielles des rejets, émissions et pertes de substances radioactives, le but étant en dernier ressort de parvenir à des teneurs, dans l'environnement, (...) proches de zéro dans le cas des substances radioactives artificielles*»<sup>324</sup>.

---

(\*) Les auteurs expriment leur reconnaissance à Sylvain Alunni, Doctorant au CERIC, pour sa précieuse contribution à leurs recherches bibliographiques.

<sup>319</sup> H. Morin, «Un rapport critique l'utilisation du plutonium dans les réacteurs à eau», *Le Monde*, 27.11.97.

<sup>320</sup> Cf. le rapport de la Cour des comptes, Le démantèlement des installations nucléaires et la gestion des déchets radioactifs, janvier 2005, [<http://www.ccomptes.fr/Cour-des-comptes/publications/rapports/nucleaire/integral.pdf>], consulté le 21.11.06.

<sup>321</sup> Ainsi, les communiqués de presse de l'entreprise révèlent qu'en 2006, AREVA, premier producteur mondial de Mox, a signé trois contrats pour la fourniture de MOX aux électriciens japonais Chubu, Kyushu et Shikoku.

<sup>322</sup> P. Pons, «La nouvelle bataille de Greenpeace contre l'envoi de Mox au Japon», *Le Monde*, 21.07.99.

<sup>323</sup> La Convention OSPAR, adoptée le 22.09.92, est entrée en vigueur le 25.03.98. Elle remplace la Convention d'Oslo pour la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion effectuées par les navires et les aéronefs et la Convention de Paris pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique.

<sup>324</sup> [<http://www.ospar.org/fr/html/md/sintrafrench.htm>], consulté le 20.02.07.

À la réunion de juin 2000, le Danemark et l'Irlande proposent l'adoption d'un moratoire sur le retraitement du combustible nucléaire. Finalement, une décision est adoptée à la majorité des trois-quarts, la décision OSPAR 2000/1, qui se prononce en faveur de l'option du non-retraitement<sup>325</sup>.

Ces déclarations et propositions ne sont pas sans lien avec les scandales ayant secoué la firme publique britannique British Nuclear Fuels Ltd (BNFL, devenue British Nuclear Group, BNG), spécialisée dans le retraitement des combustibles nucléaires usés, même si elle a élargi ses activités à la construction de centrales et au démantèlement des vieux réacteurs. Elle a connu plusieurs scandales et crises<sup>326</sup> sa crédibilité en a d'ailleurs été atteinte<sup>327</sup>.

BNFL exploite plusieurs usines sur le site de Sellafield, situé dans le comté de Cumbria, sur la côte bordant la mer d'Irlande, à 180 km des côtes irlandaises. Comprenant déjà une usine dite THORP<sup>328</sup> traitant les combustibles nucléaires irradiés afin d'en extraire plutonium et dioxyde d'uranium qui, une fois mélangés, forment le Mox, l'immense complexe de Sellafield ne fabrique alors que quelques tonnes de Mox chaque année<sup>329</sup>. Mais BNFL projette d'y ouvrir une usine produisant 120 tonnes de Mox par an. Le Royaume-Uni en autorise la construction, mais l'Irlande s'oppose vivement au projet, considérant l'étude d'impact comme incomplète, en particulier s'agissant des transports et des impacts sur la mer d'Irlande. L'usine est achevée en août 1995 et BNFL demande en 1996 l'autorisation de l'exploiter aux autorités britanniques. Sollicitée en application de l'art. 37 du Traité Euratom (EA), la Commission européenne rend alors un avis sur le projet de rejet d'effluents radioactifs de l'usine Mox, concluant qu'il «*ne risque pas d'entraîner, aussi bien en fonctionnement normal qu'en cas d'accident de l'ampleur considérée dans les données générales, une contamination radioactive significative du point de vue sanitaire des eaux, du sol ou de l'espace aérien d'un autre État membre*»<sup>330</sup>.

Sur le fondement de deux rapports d'évaluation et après cinq consultations publiques organisées entre 1997 et 2001, le Royaume-Uni décide le 3 octobre 2001 que l'usine est «*économiquement justifiée*»<sup>331</sup>, autorisant ainsi sa mise en service. Cette décision est contestée en justice sur le plan national par des ONG environnementales, arguant que l'autorisation du démarrage de l'usine est illégale faute d'une justification économique suffisante, mais sans succès<sup>332</sup>.

Sur le plan international, si les pays scandinaves, pêcheurs dans la zone de la mer d'Irlande, ont manifesté leur inquiétude, c'est l'Irlande, proche voisin, qui se montre la plus active. Associée aux procédures de consultation, elle se déclare non satisfaite, contestant le bien-fondé des rapports, les modalités d'organisation des consultations publiques, et réclamant en vain des informations complémentaires sur la justification économique du projet. Elle décide ainsi d'avoir recours à l'arbitrage pour régler son différend avec le Royaume-Uni et déclenche même deux procédures différentes en quelques mois.

Ainsi, le 15 juin 2001, donc avant même que le Royaume-Uni ne décide que l'usine est «*économiquement justifiée*», l'Irlande fait jouer pour la première fois la clause compromissoire d'une convention environnementale<sup>333</sup> en demandant la constitution d'un tribunal arbitral aux fins de l'art. 32 de la Convention OSPAR, lequel autorise les requêtes unilatérales. Elle demande à deux reprises au Royaume-Uni «*de confirmer qu'il n'autoriserait pas la mise en service de l'usine, en attendant la conclusion de la procédure d'arbitrage OSPAR*»<sup>334</sup>. Lorsque le gouvernement britannique donne au contraire son accord à l'ouverture de l'usine en octobre 2001, l'Irlande réagit très fortement et exprime

<sup>325</sup> Commission OSPAR, 26-30.06.00, OSPAR 00/20/1-F, §6.2.1, ann. 14.

<sup>326</sup> Cf. not. la Résolution du Parlement européen sur la falsification des données relatives au combustible MOX Sellafield, JO C 59 du 23.02.01, p. 237.

<sup>327</sup> D. Gallois, H. Kempf, «Le britannique BNFL engage une profonde réforme sur son site de retraitement de Sellafield», *Le Monde*, 26.04.00.

<sup>328</sup> Un grave incident a été découvert le 18.04.05 dans l'usine THORP de Sellafield. Cf. P. Brown, «Huge radioactive leak closes Thorp nuclear plant», *The Guardian*, 9.05.05. L'opérateur a été condamné le 16.10.06 par la Crown Court de Carlisle pour diverses fautes ayant conduit à l'incident.

<sup>329</sup> Cit. H. Kempf, «La plupart des pays industriels ont tourné le dos à la technique du "moxage"», *Le Monde*, 21.07.99.

<sup>330</sup> Avis de la Commission du 11.02.97, JO C 68 du 5.03.97, p. 4.

<sup>331</sup> Au sens de l'art. 6§1 de la directive 96/29/Euratom du Conseil (13.05.96), fixant les normes de base relatives à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultant des rayonnements ionisants (JO L 159, p. 1).

<sup>332</sup> §37 de la sentence du 2.07.03, *Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention OSPAR* (Irlande c. Royaume-Uni), *ILM*, 2003, p. 1118.

<sup>333</sup> Cf. depuis lors l'*Aff. 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, sentence arbitrale du 12.03.04, [<http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/#Netherlands/France>], consulté le 24.03.06.

<sup>334</sup> *Demande en prescription de mesures conservatoires et exposé des conclusions de l'Irlande*, 9.11.01, §25, disponible sur [[http://www.itlos.org/start2\\_fr.html](http://www.itlos.org/start2_fr.html)], consulté le 20.02.06.

son inquiétude : le complexe de Sellafield représenterait alors, selon le Premier ministre irlandais, la «plus grande menace pour l'environnement irlandais»<sup>335</sup>.

Devant l'imminence de la mise en service de l'usine, prévue le 20 décembre 2001, l'Irlande recherche une procédure qui lui permette d'obtenir la prescription de mesures conservatoires, et avant tout la suspension de la mise en service de l'usine. Le 25 octobre, elle introduit donc une seconde procédure d'arbitrage contre le Royaume-Uni, en vertu cette fois de l'art. 287 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (ci-après «CMB»). Afin de justifier la constitution du Tribunal arbitral prévu à l'annexe VII de cette convention, l'Irlande s'attache alors à «maritimiser»<sup>336</sup> le différend. Dans sa demande introductive d'instance, elle prétend que les opérations de l'usine MOX et les transferts internationaux de matières radioactives qui y sont liés affectent certains de ses droits, celui d'obtenir du Royaume-Uni qu'il coopère avec elle, le droit d'obtenir qu'une étude appropriée de l'impact sur l'environnement des opérations de l'usine MOX et des transferts internationaux de matières radioactives soit menée et rendue publique, et que des mesures soient prises pour que la mer d'Irlande ne soit pas exposée à un surcroît de pollution radioactive<sup>337</sup>.

Face au maintien du refus britannique de suspendre l'autorisation accordée à l'usine, l'Irlande met en œuvre la possibilité conférée par la CMB (art. 290§5) de saisir le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) en attendant la constitution du tribunal arbitral. Dans le cadre de cette procédure accessoire, elle lui demande le 9 novembre d'indiquer plusieurs mesures conservatoires, parmi lesquelles la suspension immédiate de la décision d'autorisation de l'usine. Dans l'ordonnance qu'il rend le 3 décembre 2001, le Tribunal prescrit, de son propre chef, certaines mesures conservatoires communes aux deux États parties au différend, mais rejette celles demandées par l'Irlande. Le Tribunal arbitral du droit de la mer (TADM) est mis sur pied en février 2002.

Déjà complexe, du fait de l'activation de deux tribunaux arbitraux et du TIDM, l'entrelacement des procédures juridictionnelles ne s'arrête pas là. Un recours en manquement contre l'Irlande se dessine sur le plan communautaire<sup>338</sup>. Alors que le TIDM s'était déclaré *prima facie* compétent et avait rejeté l'exception d'incompétence soulevée par le Royaume-Uni, sur la base de l'art. 282 de la CMB, le TADM considère, dans une ordonnance du 24 juin 2003<sup>339</sup>, que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) pourrait être prochainement amenée à connaître du différend. Or, dans le cas où le différend relèverait d'un domaine de compétence des Communautés, la CMB étant un accord mixte, le Tribunal arbitral verrait sa compétence exclue en vertu de l'art. 282 de la CMB. Pour lui, ces questions de compétence relèvent d'un ordre juridique distinct – l'ordre communautaire – et doivent par conséquent être tranchées dans le cadre communautaire. Dès lors, il décide de suspendre la procédure jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 2003<sup>340</sup>. En réponse à une nouvelle demande irlandaise, il confirme par ailleurs les mesures conservatoires prescrites par le TIDM tout en refusant de prescrire des mesures conservatoires supplémentaires.

Quelques jours plus tard, le 2 juillet 2003, le Tribunal arbitral OSPAR rend à son tour sa sentence. Il se reconnaît, lui, compétent pour régler le différend relatif à l'art. 9 de la Convention OSPAR sur le droit à l'information, mais rejette la demande irlandaise sur le fond.

De son côté, la Commission européenne décide le 30 octobre 2003 d'introduire un recours en manquement contre l'Irlande, pour méconnaissance de la compétence exclusive de la CJCE pour statuer sur le différend et manquement au devoir de coopération posé à l'art. 10 du Traité de Rome modifié (ci-après Traité CE). La Cour européenne, dans son arrêt du 30 mai 2006, donne la mesure de l'exclusivité de sa compétence et conclut en effet au manquement de l'Irlande. Par conséquent, bien que l'affaire de l'*Usine Mox* soit toujours pendante – entrée dans une forme de catatonie – devant le TADM, la requête irlandaise paraît vouée à l'échec.

L'affaire se compose donc de deux différends distincts. D'une part, le différend interétatique «de fond» porte à la fois sur le respect des règles primaires relatives à la protection de l'environnement

<sup>335</sup> H. Kempf, «L'Irlande exige de la Grande-Bretagne la fermeture d'une usine de retraitement», *Le Monde*, 2.12.01.

<sup>336</sup> P.M. Eisemann, «L'environnement entre terre et mer. Observations sur l'instrumentalisation tactique du Tribunal de Hambourg», *La mer et son droit. Mélanges offerts à L. Lucchini et J.-P. Quéneudec*, Pedone, Paris, 2003, pp. 225-226.

<sup>337</sup> Cf. le §7 de la *Demande en prescription de mesures conservatoires et exposé des conclusions de l'Irlande*, 9.11.01, §3, ainsi que P.M. Eisemann, *op. cit.*, pp. 226-229.

<sup>338</sup> La Commission européenne adresse le 5.06.03 au Tribunal arbitral une réponse écrite faite au Parlement européen le 15.05.03, dans laquelle elle dit examiner l'opportunité d'introduire un recours en manquement.

<sup>339</sup> *Order n°3, Suspension of proceedings on jurisdiction and merits, and request for further provisional measures* : [<http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no3.pdf>], consulté le 20.02.07.

<sup>340</sup> Suite à l'introduction du recours en manquement, l'Irlande a demandé au TADM de suspendre ses audiences jusqu'à ce que la CJCE ait statué. Il fait droit à cette demande dans une ord. du 14.11.04 : arrêt de la CJCE du 30.05.06, aff. C-459/03, §48, *JO C* 165 du 15.07.06, pp. 2-3.

et sur les règles secondaires relatives au règlement des différends, le Royaume-Uni ayant contesté la compétence du Tribunal OSPAR, du TIDM et du TADM. D'autre part, un différend de droit communautaire institutionnel oppose formellement la Commission européenne à l'Irlande. Il porte sur le respect des règles secondaires relatives au règlement des différends au sein de l'ordre communautaire et, par incidence, celles relatives au règlement des différends sur l'interprétation et l'application de la CMB. Les deux différends étant de la sorte entrelacés, ce second litige revêt aussi une dimension interétatique, particulièrement visible dans l'admission du Royaume-Uni à intervenir dans la procédure au soutien des conclusions de la Commission européenne<sup>341</sup>.

Par cette activité juridictionnelle hors du commun, le contentieux relatif à l'*Usine Mox* offre une illustration éloquente des évolutions de l'ordre juridique international. Les développements rapides du droit international, à la fois en quantité et en «qualité», se traduisent par la multiplication d'espaces normatifs parallèles et souvent désarticulés, possédant leurs propres mécanismes de règlement des différends. À la «juridicisation» de la société internationale correspond ainsi un mouvement de juridictionnalisation et de prolifération des juridictions internationales<sup>342</sup>. Dans ce contexte, les tribunaux saisis des différends liés à la mise en service de l'usine Mox, devant immanquablement statuer sur les relations entre espaces normatifs et les mécanismes de règlement des différends qu'ils intègrent, ont été soumis à une épreuve d'articulation forcée (I). Les différentes instances fournissent également une contribution intéressante au droit international de l'environnement (II).

## I. – LA JURIDICTION INTERNATIONALE ET LES RAPPORTS ENTRE ESPACES NORMATIFS

Comme souvent, le différend interétatique relatif à l'usine Mox porte sur le respect des obligations de plusieurs traités qui s'appliquent sans s'exclure. Ainsi que l'a expliqué un tribunal arbitral du droit de la mer : «*il est courant en droit international et dans la pratique des États que plus d'un traité soit applicable à un différend donné. Il n'y a aucune raison pour qu'un acte donné d'un État ne viole pas les obligations qui lui incombent au titre de plus d'un traité*»<sup>343</sup>. La pluralité et le parallélisme des espaces normatifs posent ainsi aux juridictions internationales des questions pratiques de cohérence et d'articulation des normes, que ce soit aux fins de détermination de leur compétence ou pour le règlement des différends au fond. Dans l'affaire *Mox*, la compétence de chaque juridiction a été examinée à l'égard de celle d'une ou plusieurs autres juridictions saisies. Deux types de relations se distinguent alors. D'une part, l'affaire a posé la question des rapports entre la CMB et la Convention OSPAR, soit deux régimes normatifs, l'un universel l'autre régional, coexistant au sein du même ordre juridique (A). D'autre part, parce que les deux États en conflit sont membres de l'Union européenne, l'affaire pose aussi la question des relations entre les ordres juridiques international et communautaire (B).

Si l'Irlande, à la recherche de *fora* pour établir la prétendue violation par le Royaume-Uni de ses obligations internationales, fait un choix entre ordres juridiques (international et communautaire), elle ne choisit pas entre régimes juridiques parallèles au sein de l'ordre juridique international, mais active trois mécanismes.

### **A. – Les relations entre régimes juridiques internationaux : la dislocation du différend au service de l'autarcie des régimes**

Pour cerner les relations entre la CMB et la Convention OSPAR, il convient d'analyser par comparaison les décisions rendues par le TIDM puis le TADM, d'une part, et le TA OSPAR, d'autre part. Les trois juridictions internationales adoptent, en ce qui concerne la concurrence de leurs procédures respectives, une position univoque. N'ignorant pas les procédures connexes, elles reçoivent

<sup>341</sup> Le Royaume-Uni a été admis à intervenir par une ord. du Président de la CJCE du 7.04.04, laquelle a aussi admis la Suède à intervenir au soutien des conclusions de l'Irlande : arrêt précité, §58.

<sup>342</sup> Outre l'abondante doctrine sur ces questions, cf. les travaux de la Commission du droit international (CDI), en particulier le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international établi sous sa forme finale par M. Koskeniemi A/CN.4/L.682 (2006), ainsi que les discours prononcés par G. Guillaume, Président de la CIJ, le 26.10.00 devant l'AG-ONU [http://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/SPEECHES/cspeechPresident\_Guillaume\_GA55\_20001026.htm], et devant la Sixième Commission de l'AG-ONU le 27.10.00 [http://www.un.org/News/fr-press/docs/2000/20001027.agj327.doc.html] et le 31.10.01 [http://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/SPEECHES/cSpeechPresident\_Guillaume\_6thCommittee\_2001.htm], consultés le 23.01.07.

<sup>343</sup> Aff. du *Thon à nageoire bleue* (Australie et Nouvelle-Zélande c. Japon), sentence arbitrale du 4.08.00 sur la compétence et la recevabilité, RSA, 2004, p. 40 ; et [http://www.worldbank.org/icsid/highlights/bluefintuna/award080400.pdf], consulté le 30.10.06. Trad. fr. du Rapport précité du Groupe d'étude de la CDI, pp. 22-23.

la stratégie suivie par l'Irlande de dislocation du différend l'opposant au Royaume-Uni. Les trois juridictions, confrontées au parallélisme des traités constituant leur base juridictionnelle respective, se résignent au chevauchement de leurs compétences en distinguant les différends qui leur sont soumis : à chaque instrument correspond un différend propre, lequel peut être réglé par application autarcique du mécanisme *ad hoc*. En fait d'autarcie, la stricte complémentarité ainsi postulée des procédures (1) tient techniquement à la combinaison de deux mécanismes juridiques différents établis dans les conventions OSPAR et de Montego Bay (2).

### *1° La complémentarité théorique des procédures*

Le TIDM, plutôt souple dans l'examen de la compétence *prima facie* du Tribunal arbitral<sup>344</sup>, affirme assez laconiquement que «*les droits et obligations contenus dans [la Convention OSPAR, le Traité CE et le Traité Euratom] ont une existence propre, différente de celle des droits et obligations énoncés dans la CMB*» (§50). Ainsi, «*étant donné que le différend soumis au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII est relatif à l'interprétation ou à l'application de la [CMB] et non à celles d'un autre accord, seules les procédures de règlement des différends prévues dans la Convention sont pertinentes pour ce différend*» (§52). En d'autres termes, il considère *generaliter* que l'art. 282 CMB, lequel établit «*une préférence entre les différents moyens de règlement judiciaire obligatoire*»<sup>345</sup>, n'est pas applicable dans l'examen de la compétence *prima facie* du Tribunal arbitral<sup>346</sup>, ce qui lui permet de préserver le principe du règlement obligatoire des différends sinon l'unité du droit de la mer<sup>347</sup>.

Le TADM se reconnaît à son tour compétent *prima facie* pour connaître de la requête qui lui est soumise, sans que la constitution parallèle d'un tribunal arbitral dans le cadre de la Convention OSPAR n'y fasse obstacle. Il constate que la Convention OSPAR est pertinente pour certaines des questions sur lesquelles s'opposent l'Irlande et le Royaume-Uni, mais «*does not consider that this alters the character of the dispute as one essentially involving the interpretation and application of the Convention. Furthermore, the Tribunal is not persuaded that the OSPAR Convention substantially covers the field of the present dispute so as to trigger the application of art. 281 or 282 of the Convention*» (§18). L'exception de recours parallèle aménagée par les art. 281<sup>348</sup> et 282 de la CMB ne trouve donc pas à s'appliquer, pour lui, dans la mesure où il existe bien un différend propre portant sur l'interprétation et l'application de la CMB, distinct de celui soumis à l'arbitrage OSPAR.

Le Tribunal arbitral OSPAR apparaît sur ce point en phase avec les juridictions de Montego Bay. S'il ignore dans sa sentence la procédure en cours devant le TADM et ne consacre aucun développement à la question de la concurrence de leurs procédures respectives, il semble tout de même faire écho à la sentence du TADM et s'appuie sur le raisonnement du TIDM. D'une part, le Tribunal OSPAR emboîte le pas, à quelques jours d'intervalle, au TADM s'agissant de la portée différente des litiges qui leur sont respectivement soumis, sa compétence *ratione materiae* étant limitée aux dispositions de la Convention OSPAR mais pas d'un autre traité (cf. *infra*, II). D'autre part, il se réfère au *dictum* de l'ordonnance du 3 décembre 2001 du TIDM (§50-51), relatif à l'existence séparée des droits et obligations issus des conventions de Montego Bay et OSPAR ainsi que du droit communautaire<sup>349</sup>, pour affirmer que : «*Similarly, a Contracting Party to the OSPAR Convention, with its elaborate dispute settlement mechanism, should be able to question the implementation of a distinct legal obligation imposed by the OSPAR Convention in the arbitral forum, namely this designated tribunal*»<sup>350</sup>. Le tribunal arbitral, première juridiction instituée en vertu de la Convention OSPAR, confrontée donc à des questions vierges quant à sa compétence en vertu de sa charte constitutive, conclut que le mécanisme de règlement des différends de la Convention OSPAR est propre à ce traité, «*auto-suffisant*» ou «*autonome*»<sup>351</sup>. Cette affirmation véhémement d'autonomie

<sup>344</sup> Cf. sur ce point P. M. Eisemann, *op. cit.*, p. 226 : «*On peut penser que les juges de Hambourg feront toujours preuve d'une courtoisie autolimitation et qu'ils éviteront de préjuger de la compétence dudit tribunal [arbitral du droit de la mer] sauf anomalie manifeste*».

<sup>345</sup> Op. indiv. du Juge Treves sous l'ord. du 3.12.01, §4.

<sup>346</sup> Cf. §53, et op. indiv. du Juge Treves sous l'ord. du 3.12.01.

<sup>347</sup> Ph. Weckel, «*Les premières applications de l'article 290 de la Convention sur le droit de la mer relatif à la prescription de mesures conservatoires*», *RGDIP*, 2005/4, p. 855. Cf. les op. ind. du Juge Treves (§6), du Vice-Président Nelson (§7) et des Juges Anderson et Jesus (§5 et 9).

<sup>348</sup> L'art. 281 prévoit que, lorsque les parties à un différend relatif à l'interprétation ou l'application de la CMB sont convenues de chercher à le régler par un moyen pacifique de leur choix, le mécanisme de règlement des différends de la CMB ne joue que «*si l'on n'est pas parvenu à un règlement par ce moyen et si l'accord entre les parties n'exclut pas la possibilité d'engager une autre procédure*».

<sup>349</sup> §141 de la sentence du 2.07.03.

<sup>350</sup> §142. La note n°97 reproduit le §52 de l'ord. du TIDM (cité *supra*).

<sup>351</sup> «*the OSPAR Convention contains a particular and self-contained dispute resolution mechanism in Article 32, in accordance with which this Tribunal acts*» : §143 de la sentence du 2.07.03. L'art. 32 régit en son §7(c) l'hypothèse de la connexité de procédures devant

revêt à l'évidence une portée générale : le cumul des procédures est sans conséquence sur l'établissement par le Tribunal OSPAR de sa propre compétence pour trancher le litige qui lui est soumis. L'autarcie dans laquelle le régime de la Convention OSPAR est placé est fort discutable (cf. *infra*, II). Il a ainsi été rappelé récemment qu'«*aucun tribunal ou organe conventionnel international n'a jamais sérieusement douté (...) que tout comme la compétence d'un organe est limitée (elle l'est toujours – même dans le cas de la Cour internationale de Justice), l'exercice de cette compétence est contrôlé par l'environnement normatif*»<sup>352</sup>. Le choix du tribunal arbitral d'asseoir son appréciation sur l'ordonnance *Mox* du TIDM n'emporte en particulier pas la conviction dans la mesure où, de toute évidence, le raisonnement suivi par ce dernier est étroitement lié à sa position fort singulière lorsqu'il est saisi d'une demande en indication de mesures conservatoires dans l'attente de la constitution d'un tribunal arbitral. Ainsi, «*it seems that a legal regime of limited normative and institutional density, such as the OSPAR regime, does not possess any unique features that would justify isolating it from parallel legal regimes*»<sup>353</sup> et, par conséquent, l'approche retenue «*is highly problematic and (...) its acceptance in other legal contexts might in the long run threaten the systemic wellbeing of international law*»<sup>354</sup>. En revanche, il faut noter que, le TIDM ayant conclu à l'inapplicabilité de l'art. 282 de la CMB quand il statue sur la compétence *prima facie* d'un tribunal arbitral, le Tribunal OSPAR est dans une position plus proche de celle du TIDM que de celle du TADM qui, en vertu de cette disposition, doit se soucier de la litispendance.

## 2° La convergence de deux raisonnements distincts

En somme, le TADM et le Tribunal OSPAR postulent, en admettant le cumul de leurs procédures parallèles, la stricte complémentarité de leur contribution au règlement d'ensemble du litige relatif à l'usine Mox. Si ce cumul ne fait obstacle ni à la compétence du TADM ni à celle du Tribunal OSPAR, il importe de souligner que cette conclusion partagée résulte de deux raisonnements juridiques différents. D'une part, le TA OSPAR n'examine pas l'incidence de la procédure en cours devant le TADM car le système OSPAR ne contient pas de règle secondaire excluant sa compétence en cas de cumul des procédures. En d'autres termes, en l'absence de règle du droit international général définissant une exception de recours parallèle, le cumul des procédures ne saurait être un motif d'incompétence pour un tribunal OSPAR. La Convention OSPAR repose ainsi sur «*la technique qui consiste à organiser des procédures différentes pour des contentieux séparés. Dans ce dernier cas, il n'est pas question d'une compétence qu'un tribunal aurait eue si le recours parallèle n'avait pas été institué (...), mais de la simple identification de ce qui a été attribué à chaque juridiction, indépendamment de l'autre*»<sup>355</sup>. L'indifférence à l'égard de la procédure devant le TADM est ainsi fondée en droit et c'est en bonne logique que le Royaume-Uni n'a pas cherché à contester la compétence du Tribunal OSPAR sur ce fondement, mais seulement sur les interférences avec le droit communautaire.

D'autre part, le TADM, confronté à l'exception de recours parallèle soulevée par le Royaume-Uni, est tenu quant à lui de déterminer si la procédure OSPAR constitue ou pas une situation de litispendance, dans laquelle un unique différend est soumis à deux juridictions, les deux procédures concurrentes répondant au test de l'identité de parties, d'objet et de cause. Les art. 281 et 282 de la CMB établissent en effet «*un mécanisme visant à éviter les situations de litispendance*»<sup>356</sup> et excluent le cas échéant la compétence – subsidiaire – des juridictions de la CMB. En l'espèce, le TADM conclut qu'il n'y a pas litispendance car les deux juridictions sont en présence de deux différends bien distincts. L'affaire *Mox* est à comparer à cet égard à celles du *Thon à nageoire bleue*, qui concernent aussi la CMB et ses relations avec un autre traité (la Convention pour la protection du thon à nageoire bleue de 1993). Dans sa sentence du 4 août 2000, le tribunal arbitral jugeait qu'il n'avait pas compétence pour régler les affaires jointes qui lui étaient soumises. Pour lui, le mécanisme de règlement des différends institué par la Convention pour la protection du thon constitue un accord entre les parties pour chercher à régler leur différend par un moyen pacifique de leur choix, excluant donc la compétence du TADM en vertu de l'art. 281 §1 CMB<sup>357</sup>.

---

plusieurs tribunaux OSPAR mais pas de la connexité de procédures devant un tribunal OSPAR et une autre juridiction internationale.

<sup>352</sup> Rapport précité du Groupe d'étude de la CDI, p. 31.

<sup>353</sup> Y. Shany, «The First MOX Plant Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures», *Leiden JIL*, 2004, vol. 17, p. 823.

<sup>354</sup> *Id.*, p. 816.

<sup>355</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 97.

<sup>356</sup> Op. indiv. du Juge Treves sous l'ord. du TIDM dans l'aff. *Mox*, §5.

<sup>357</sup> §54 de la sentence précit. du 4.08.00.

Dans les affaires *Mox* et *Thon*, deux solutions différentes sont donc données à la question de l'existence d'une situation de litispendance, au regard du critère de l'identité de cause entre les procédures concurrentes. Les deux TADM doivent en particulier se pencher sur l'existence de moyens de droit distincts dans les recours parallèles. Cela suppose d'apprécier les relations entre les traités parallèlement applicables au différend. Le tribunal arbitral constitué dans l'affaire du *Thon* a ainsi vu dans la Convention pour la protection du thon une convention complémentaire à la CMB qui lui sert de cadre et qu'elle précise<sup>358</sup>. Les deux traités n'offrant pas des moyens de droit distincts, il aurait été «artificiel»<sup>359</sup> de distinguer deux différends et il apparaît donc une situation de litispendance justifiant la mise en jeu de l'art. 281§1 de la CMB. Pour M. Kawano, «*Cette solution serait appropriée pour tous les cas où on aurait à discuter d'une relation de la CMB et d'une convention spécifique conclue pour sa mise en application. Mais peut-on faire le même raisonnement dans le cas où la relation de deux conventions indépendantes l'une de l'autre est en cause ?*»<sup>360</sup>. Le TADM de l'*Usine Mox*, rejoint sur ce point par le Tribunal OSPAR, apporte à cette question une réponse négative : les conventions de MB et OSPAR ne sont pas des traités complémentaires et liés, mais indépendants et cumulatifs. Ils constituent des causes juridiques différentes et offrent des moyens de droit distincts ; il existe alors deux différends, connexes mais distincts, qui peuvent être tranchés cumulativement par deux juridictions sans que ni l'art. 281 ni l'art. 282 de la CMB ne trouvent à s'appliquer<sup>361</sup>.

En cela, le TADM *Mox* adopte une solution jurisprudentielle classique en matière de litispendance. En effet, la jurisprudence internationale retient une conception formelle de l'identité de cause, en ce qui concerne les moyens de droit fondant la réclamation : «*un traité distinct est une cause juridique différente même si ses dispositions ont le même contenu : les règles ne sont pas les mêmes dès que les traités sont distincts*»<sup>362</sup>. En revanche, dans l'affaire *Thon*, le tribunal considère qu'il y a identité de cause car, bien que les deux traités concernés soient formellement distincts, l'un est le prolongement de l'autre<sup>363</sup> et ils sont matériellement liés à ce point qu'il serait artificiel de distinguer deux différends. Il s'agit là d'une lecture originale du critère de l'identité de cause, fondée sur une approche non pas formelle mais matérielle, qui ne va d'ailleurs pas sans soulever d'interrogation sur la substitution des accords régionaux à la CMB et, partant, l'unité du droit de la mer.

Il faut remarquer, enfin, que la position du TADM à l'égard de la procédure OSPAR dans l'affaire *Mox* est légitimée par le fait que, si le TADM avait rejeté sa compétence en application des art. 281 ou 282 CMB alors que le Tribunal OSPAR n'est compétent pour traiter que des questions étroitement relatives à la Convention OSPAR (autrement dit celle du droit à l'information y défini), cela aurait donné lieu à une sorte de conflit négatif (partiel) de compétence confinant au déni de justice<sup>364</sup>. Dans ce cas en effet, la majeure partie du différend n'aurait pas trouvé de *forum conveniens*.

Si la dislocation du différend par l'Irlande est admise par les tribunaux internationaux, leurs solutions vont diverger quant à l'application du droit communautaire et son incidence en matière de juridiction.

## **B. – Les relations entre ordres juridiques : l'intégrité de l'ordre juridique communautaire à l'épreuve des juridictions internationales**

Faisant montre d'un *forum shopping* assez surprenant, ne serait-ce parce qu'elle en tire argument devant la CJCE<sup>365</sup>, l'Irlande a renoncé à saisir cette dernière, préférant soumettre à des juridictions internationales le litige qui l'oppose au Royaume-Uni. Mais le droit communautaire tient une place de choix dans la défense du Royaume-Uni qui, tirant argument de l'art. 292 du Traité CE, a contesté la compétence des tribunaux internationaux. En outre, en fuyant de la sorte le règlement communautaire du différend, l'Irlande s'est exposée, en connaissance de cause, à un recours en manquement que n'a pas manqué d'introduire la Commission européenne. Après avoir analysé la

<sup>358</sup> §52 de la sentence. Le Tribunal considère cette solution conforme à l'art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, relatif à l'application de traités successifs portant sur la même matière.

<sup>359</sup> §54 de la sentence.

<sup>360</sup> M. Kawano, «L'affaire du Thon à la nageoire bleue et les chevauchements de juridictions internationales», *AFDI*, 2003, p. 536.

<sup>361</sup> Op. indiv. du Juge Jesus sous l'ord. du TADM, §7.

<sup>362</sup> C. Santulli, *op. cit.*, p. 93. Voir aussi A. Gattini, «Un regard procédural sur la fragmentation du droit international», *RGDIP*, 2006/2, p. 31 et S. Karagiannis, «La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ?», in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, p. 92.

<sup>363</sup> Ainsi, la Convention pour la protection du thon a été «conclu[e] pour donner application à la [CMB]. Il aurait été maladroit et certainement contraire à l'intention des parties de lire ces instruments indépendamment l'un de l'autre» : rapport précité du Groupe d'étude de la CDI, p. 229. Cf. aussi Ph. Weckel, «Les premières applications...», *op. cit.*, p. 855.

<sup>364</sup> Cf. CPJI, *Usine de Chorzow (demande en indemnité)* (compétence), arrêt du 26.07.1927, *Rec. CPJI*, Série A, n°9, p. 30.

<sup>365</sup> §136-137 du jugement de la CJCE du 30.05.06. La position de l'Irlande apparaît en outre fort ambiguë puisqu'elle invoque le droit communautaire dans le cadre des deux procédures internationales tout en refusant de faire jouer les procédures communautaires.



manière dont les juridictions internationales ont traité le droit communautaire dans ses rapports avec leurs chartes constitutives (1), nous nous pencherons sur les conséquences qui découlent pour le droit international de la manière dont la CJCE protège le droit communautaire (2).

*1° Le droit communautaire devant les juridictions internationales : l'articulation selon le TADM*

Le Royaume-Uni a soulevé devant les juridictions internationales saisies par l'Irlande une exception de compétence reposant sur le droit communautaire : le litige, opposant deux États membres des Communautés et soulevant des problèmes de droit communautaire dans des domaines où il y a eu transfert de compétence à la CE, devrait être tranché par la CJCE, l'art. 292 du Traité CE excluant alors la compétence de toute autre juridiction<sup>366</sup>. Les tribunaux internationaux font un accueil très différent à cet argument. Le TADM traite le droit communautaire comme la Convention OSPAR ; il considère qu'il existe autant de différends que d'instruments juridiques en cause et que seul le mécanisme de la CMB permet de régler le différend strictement relatif à cette convention<sup>367</sup>. Le Tribunal OSPAR, dupliquant ce raisonnement, rejette aussi l'exception d'incompétence fondée sur l'exclusivité du mécanisme communautaire de règlement des différends<sup>368</sup>. Pour lui, «[l]’emploi d’une même terminologie [dans la Convention OSPAR et la directive communautaire] a pour principale finalité de créer des normes juridiques uniformes et cohérentes dans le domaine de la protection de l’environnement marin et non d’instaurer la préséance d’une série de recours juridiques sur une autre»<sup>369</sup>. Il ne fait donc pas cas de l'art. 292 du Traité CE<sup>370</sup>, bien que la Commission européenne ait demandé à l'Irlande de suspendre la procédure au motif que le différend concerné relevait de la compétence exclusive de la CJCE, et agit comme il l'aurait fait si le différend n'opposait pas deux États membres de la CE.

Le TADM opte pour une solution opposée, qui peut paraître exemplaire<sup>371</sup>. Il constate que la détermination de sa compétence et du droit matériel applicable au différend dépend de la question de savoir si, et dans quelle mesure, le différend relève de matières communautaires<sup>372</sup>. Prenant le contre-pied du TADM<sup>373</sup>, il suspend la procédure en attendant que les deux États obtiennent des institutions communautaires une réponse<sup>374</sup>. Ce faisant, le TADM inaugure de manière avisée une «*exception de connexité*»<sup>375</sup> prenant la forme d'une question préjudicielle implicite<sup>376</sup>. Le tribunal note d'une part que, ni les États ni lui-même n'étant capables de déterminer avec certitude quelles dispositions de la CMB relèvent de la compétence des CE et de la CJCE, c'est aux institutions communautaires de se prononcer<sup>377</sup>. Au regard de la saisine éventuelle de la CJCE, le TADM justifie d'autre part sa décision de suspendre la procédure par des «*considerations of mutual respect and comity which should prevail between judicial institutions both of which may be called upon to determine rights and obligations as between two States*». Il affiche corollairement son souci d'une bonne administration de la justice : «*Moreover, a procedure that might result in two conflicting decisions on the same issue would not be helpful to the resolution of the dispute between the Parties*» (§28). C'est qu'en effet, en l'espèce, le cumul des procédures devant le TADM et la CJCE, confrontés tous deux à la question de la compétence des CE en matière de pollution maritime, engendrait le risque (rare) d'un véritable conflit de jurisprudences<sup>378</sup>, évité par le TADM qui a suspendu sa procédure en conséquence.

<sup>366</sup> §168 du mémoire britannique devant le TADM et §4.17-4.22 du contre-mémoire britannique devant le TAMB. Art. 292 Traité CE : «*les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent Traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci*».

<sup>367</sup> §49-52 de l'ord. du 3.12.01. Cf. *supra*.

<sup>368</sup> §78(i) de la sentence.

<sup>369</sup> *Ibid.*. Traduction du rapport précité du Groupe d'étude de la CDI, p. 243.

<sup>370</sup> Cf. §143 ; N. Lavranos, «*The MOX Plant and IJzeren Rijn Disputes: Which Court Is the Supreme Arbiter ?*», *Leiden JIL*, 2006, p. 231.

<sup>371</sup> Cela est toutefois discutable. Cf. A. Gattini, *op. cit.*, p. 316.

<sup>372</sup> §20-24 de la sentence du 24.06.03.

<sup>373</sup> Le TADM considère que, quand bien même certaines dispositions de la CMB n'entreraient pas dans la compétence exclusive des CE, «*there is no certainty that any such provisions would in fact give rise to a self-contained and distinct dispute capable of being resolved by the Tribunal*» : Order n°3, §26.

<sup>374</sup> §6 du dispositif.

<sup>375</sup> Y. Kerbrat, «*Le différend relatif à l'usine MOX de Sellafield (Irlande/Royaume-Uni) : connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale*», *AFDI*, 2004, pp. 609-615.

<sup>376</sup> Y. Kerbrat et Ph. Maddalon, «*L'affaire de l'Usine MOX devant la CJCE : commentaire de l'arrêt Commission contre Irlande du 30 mai 2006*», *RTDE*, à paraître, 2007. Cf. aussi Ph. Weckel, «*Chronique de jurisprudence internationale*», *RGDIP*, 2003, p. 986.

<sup>377</sup> Order n°3, §26.

<sup>378</sup> Cf. E. Jouannet, «*La notion de jurisprudence internationale en question*», in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, *op. cit.*, p. 368.

Celui-ci fait ainsi montre d'une remarquable ouverture. Alors même que sa charte constitutive ne l'empêchait pas d'interpréter le droit communautaire afin de se prononcer sur sa compétence<sup>379</sup>, il prend dûment en compte l'autonomie du système juridique communautaire (§24) et s'incline face à la probable compétence exclusive du juge européen. Il y a là une amorce prometteuse du «*dialogue interjudiciaire*» que G. Guillaume, alors Président de la CIJ, appelait de ses vœux face au risque de fragmentation du droit international pouvant résulter de la multiplication des juridictions internationales<sup>380</sup>. Cependant, cette approche n'est qu'un pis-aller en l'absence de règles permettant la coordination effective de l'activité judiciaire (*lis pendans, res judicata*), et dans l'attente d'une institutionnalisation des relations entre juridictions. La justification tirée du «*mutual respect*» et de la «*comity*»<sup>381</sup> – qui évoque des considérations morales et non un sentiment d'obligation juridique – est particulièrement incertaine et contingente ; elle ne repose que sur l'appréciation discrétionnaire de considérations d'opportunité<sup>382</sup>. De même, la volonté du TADM de ne pas exposer les parties à des décisions contradictoires repose uniquement sur la sagesse des juges et cette solution d'espèce ne peut garantir avec constance la bonne administration de la justice internationale.

À cet égard, la sentence du TADM témoigne «*d'une certaine hésitation des juges*»<sup>383</sup> et nous regrettons le flottement qui émane de la juxtaposition des trois raisons avancées pour suspendre la procédure. Car de deux choses l'une : soit le tribunal fait seulement preuve de sagesse, d'une autolimitation éclairée à la fois par la courtoisie entre fors et le souci d'une bonne administration de la justice ; soit il est ou a le sentiment d'être lié par une obligation juridique. En d'autres mots, la règle communautaire de la compétence exclusive de la CJCE dans les matières communautaires s'impose-t-elle au TADM dans la décision sur sa propre compétence ? Si la sentence est assez trouble sur ce point, la réponse semble néanmoins négative pour le tribunal arbitral. D'un côté, la justification tirée de la compétence prioritaire des institutions communautaires pour se prononcer sur les matières communautaires apparaît comme le motif principal, les deux autres motifs n'intervenant apparemment qu'à titre complémentaire. Mais il apparaît que c'est moins la compétence prioritaire des institutions communautaires qui fonde le raisonnement du tribunal arbitral que les doutes de celui-ci sur sa capacité à identifier avec certitude les dispositions de la CMB qui échappent à la compétence exclusive des Communautés (§26). D'un autre côté, la formulation choisie met en évidence que sa décision est prise en opportunité, et non sur le fondement d'une règle juridique établie : le §28 de la sentence est non seulement introduit par la formule «*in the circumstances*», mais la conclusion qui y est tirée des trois motifs examinés est que «*it would be inappropriate for it*» de se pencher sur le fond du litige. Ainsi, Y. Kerbrat souligne que «*l'idée qu'une question de droit communautaire devrait être tranchée prioritairement par les institutions de l'Union (...) ne justifie pas le principe même de la suspension*»<sup>384</sup>. Pourtant, selon Ph. Weckel, «*l'exclusivité de la compétence du juge communautaire dans les matières communautaires s'impose clairement aux tribunaux internationaux qui s'y soumettent d'ailleurs sans résistance*»<sup>385</sup>. Rien n'est moins sûr du point de vue du droit international<sup>386</sup>, et la sentence OSPAR relative à l'*Usine Mox* comme la sentence de 2005 dans l'affaire du *Rhin de fer* laissent des doutes quant à cette docilité.

En effet, dans l'affaire du *Rhin de fer*<sup>387</sup>, relative à la réactivation et la modernisation par la Belgique d'une ligne de chemin de fer passant sur le territoire néerlandais, le Tribunal arbitral a lui aussi pris dûment en compte l'art. 292 du Traité CE. Les deux États, forts de l'expérience récente de l'Irlande, lui avaient en effet donné pour instruction de suspendre la procédure et de les informer dans le cas où une question de droit communautaire conditionnerait sa décision<sup>388</sup>. Le tribunal a considéré

<sup>379</sup> Y. Kerbrat, *op. cit.*, p. 611.

<sup>380</sup> Discours précités du Président Guillaume du 26.10.00 et du 27.10.00.

<sup>381</sup> S. Rosene considère la «*judicial courtesy*» comme «*a matter of increasing concern if not of urgency*» : «*The Perplexities of Modern International Law. General Course on Public International Law*», *RCADI*, 2001, t. 291, p. 130. Pour A. Gattini, le concept de *comity* est non seulement «*nébuleux*» mais «*dangereux*» : *op. cit.*, p. 323.

<sup>382</sup> A. Gattini, *op. cit.*, p. 317.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p. 611.

<sup>384</sup> Y. Kerbrat, *op. cit.*, p. 611. Dans le même sens, J. Cazala, «*La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes. Etude des relations entre divers systèmes internationaux de règlement des différends*», *RTDE*, 2004, p. 520.

<sup>385</sup> Ph. Weckel, «*Les premières applications (...)*», *op. cit.*, pp. 852-853.

<sup>386</sup> Cf. J. Cazala, *op. cit.*, pp. 507 et 517. Pour ce dernier, «*la disposition conventionnelle qui tend à protéger la sphère de compétence de la [CJCE] ne peut avoir d'efficacité que dans l'ordre juridique communautaire*» (p. 507) et, ainsi, la CJCE ne peut «*faire ou défaire la compétence d'un organe international de règlement des différends*» (p. 517).

<sup>387</sup> Cf. sur cette aff. V. Barral, «*La sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale*», *RGDIP*, t. 110, 2006/3, pp. 647-668 (not. 650-652).

<sup>388</sup> §97 de la sentence : [http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/BENL/BE-NL 20Award 20240505.pdf], consulté le 12.01.06.

dans sa sentence du 24 mai 2005<sup>389</sup> qu'il n'existait pas de différend sur l'interprétation ou l'application du droit communautaire (§107), qu'il n'était pas nécessaire d'interpréter le droit communautaire pour régler le différend soumis (§120) et, partant, que l'art. 292 n'entraîne pas en jeu dans cette affaire (§141). Pour conclure ainsi, le Tribunal s'est toutefois livré à une certaine interprétation du droit communautaire, à commencer par l'art. 292 du Traité CE, et s'est «*néanmoins estimé compétent prima facie pour examiner le rôle du droit communautaire dans le différend qui lui était soumis*»<sup>390</sup>. Cela a d'ailleurs été critiqué et a soulevé certaines interrogations quant à l'introduction subséquente d'un recours en manquement par la Commission européenne contre la Belgique et les Pays-Bas<sup>391</sup>. Celle-ci s'en est jusqu'ici abstenue. Mais, le contournement de la compétence exclusive de la CJCE dans cette affaire a sans doute influencé cette dernière, qui a saisi l'occasion offerte par l'affaire *Mox* pour envoyer un message fort.

## 2° Le droit international devant la juridiction communautaire : l'articulation selon la CJCE

La Cour européenne rend son jugement sur le recours en manquement contre l'Irlande le 30 mai 2006. Elle y accueille les trois griefs formulés par la Commission<sup>392</sup> et conclut que l'Irlande a non seulement méconnu la compétence exclusive de la CJCE (art. 292 CE et 193 EA), mais aussi son devoir de loyauté et de coopération (art. 10 CE et 192 EA)<sup>393</sup>.

La Cour doit déterminer dans quelle mesure les dispositions de la CMB pertinentes relèvent de la compétence communautaire et, partant, de la compétence exclusive qui lui est conférée pour préserver l'intégrité et l'autonomie du droit communautaire. La divisibilité du différend repose sur la divisibilité de la CMB, accord mixte<sup>394</sup> dont une partie seulement relève du droit communautaire, l'autre restant matière internationale. Recourant, dans le «contexte spécifique» de la CMB, au critère de l'existence d'actes normatifs communautaires dans les matières dont relèvent les dispositions concernées de la CMB<sup>395</sup>, la CJCE estime que «*les dispositions de la Convention relatives à la prévention de la pollution marine invoquées par l'Irlande, qui couvrent manifestement une partie significative du différend relatif à l'usine MOX, relèvent d'une compétence de la Communauté que celle-ci a choisi d'exercer en devenant partie à la Convention*» (§120). Ces règles font donc partie intégrante de l'ordre juridique communautaire (§§121 et 126). La CJCE, refusant la dislocation du différend en l'espèce, affirme alors sa compétence «*pour connaître des différends relatifs à l'interprétation et à l'application desdites dispositions ainsi que pour en apprécier le respect par un État membre*» (§121). Jouissant d'un «*monopole juridictionnel*» dans les différends opposant les États membres en matière d'application et d'interprétation du droit communautaire<sup>396</sup> et alors qu'une convention internationale telle la CMB ne saurait porter atteinte à sa compétence exclusive pour le règlement de tels différends, la Cour pose le principe selon lequel il n'appartient qu'à elle de déterminer quelles dispositions d'un traité mixte ont été incorporées dans le droit communautaire et quelles sont celles qui, par élimination, ne relèvent pas de sa compétence (§135). Elle étend ainsi sa compétence exclusive pour interpréter et appliquer les dispositions des accords externes relevant de la compétence des Communautés à l'identification de ces dispositions. Ce n'est donc ni aux États, ni à une juridiction internationale d'apprécier la divisibilité de tels différends<sup>397</sup> : «*c'est la CJCE qui dit ce*

<sup>389</sup> Cf. not. le chap. III, pp. 44 ss.

<sup>390</sup> Y. Kerbrat et Ph. Maddalon, *op. cit.*

<sup>391</sup> Cf. N. Lavranos, *op. cit.*, p. 241 et «The *MOX Plant* judgment of the ECJ : How exclusive is the jurisdiction of the ECJ ?», *EELR*, 2006, p. 295, et V. Barral, *op. cit.*, p. 652.

<sup>392</sup> Voir les §60, 140 et 158.

<sup>393</sup> Sur ce second aspect, cf. Y. Kerbrat et Ph. Maddalon, *op. cit.* Dans son recours en manquement, la Commission a ignoré la procédure introduite par l'Irlande en vertu de la Convention OSPAR (§33 du jugement de la CJCE). Certes, la sentence du Tribunal OSPAR (2.07.03) rejetant la prétention irlandaise est antérieure au recours de la Commission (30.10.03). Mais, la Commission avait renoncé bien avant à viser la procédure OSPAR dans son recours (lettre de mise en demeure du 15.05.03 et avis motivé du 19.08.03), ce qui apparaît d'autant plus curieux qu'elle avait demandé à l'Irlande de suspendre cette procédure et que la Convention OSPAR est comme la CMB un accord mixte auquel la CE est partie.

<sup>394</sup> Un accord international «mixte» affecte les pouvoirs partagés par les Communautés et les États membres et a «*le même statut dans l'ordre juridique communautaire que les accords purement communautaires, s'agissant des dispositions qui relèvent de la compétence de la Communauté*» (arrêt *Commission c. Irlande*, aff. C-13/00, 19.03.02, §14).

<sup>395</sup> §108 et 110 de l'arrêt. La CJCE considère que la déclaration de compétences annexée à l'acte d'approbation de l'accord crée un «contexte spécifique» (§108) en ce qu'elle «*subordonne le transfert de compétences partagées à l'existence de règles communautaires, sans qu'il soit nécessaire que celles-ci soient affectées*» (§106). Cela justifie une exception à la solution qu'elle avait retenue dans l'aff. «*Étang de Berre*» (Arrêt du 7.10.04, *Commission c. France*, C-239/03). Cf. les conclusions de l'avocat général dans l'aff. C-431/05, «*Merck genericos*» 23.01.07, §38 et 44.

<sup>396</sup> §9 des conclusions de l'avocat général dans l'aff. *Commission c. Irlande* relative à l'usine Mox (empruntant la formule de N. Mackel).

<sup>397</sup> N. Lavranos, «The *MOX Plant* judgment ...», *op. cit.*, p. 295.

qui relève du droit international public et qui rétrocede ensuite une partie du différend aux juridictions internationales classiques»<sup>398</sup>.

Par cette interprétation extensive de son champ de compétence exclusive, la Cour restreint le choix pour les États membres des CE du mode de règlement de leurs différends pouvant soulever des questions de droit communautaire, pour préserver «l'autonomie du système juridique communautaire» (§154-155). Néanmoins, de même que le TADM «a fait prévaloir le souci de laisser à la juridiction européenne le soin de définir l'étendue de sa propre juridiction exclusive et de l'exercer sans ingérence extérieure»<sup>399</sup>, la CJCE se garde bien de conclure expressément que le TADM n'est pas compétent. La situation est claire toutefois puisqu'elle juge que le droit communautaire interdisait à l'Irlande de saisir le TADM et qu'il n'y pas de segment résiduel du différend à lui «restituer»<sup>400</sup>, à charge pour lui d'en tirer les conséquences qui s'imposent<sup>401</sup> !

Reste donc à voir quel sera l'accueil réservé à l'avenir par les juridictions internationales à la solution prônée par la CJCE<sup>402</sup>. Car, à n'en pas douter, les États membres pourraient avoir quelque mal à se contenter des procédures communautaires – le recours en manquement, limité et si peu prisé, de l'art. 227 du Traité CE!<sup>403</sup> – et à renoncer, au moindre doute quant à l'applicabilité du droit communautaire, à celles ouvertes en théorie devant d'autres *fora*. D'autant que, face aux tentations de contournement, le recours en manquement de l'art. 226 du Traité CE ne paraît pas être une protection efficace. Il n'intervient qu'*a posteriori* pour sanctionner les saisines de juridictions internationales contraires au droit communautaire et ne permet pas de les éviter autrement qu'en dissuadant les États membres de porter le différend en dehors du mécanisme communautaire de règlement. Or, on peut s'interroger de ce point de vue sur la passivité de la Commission européenne face à l'affaire du *Rhin de fer* et son ignorance de la procédure OSPAR dans l'affaire *Mox*.

Au final, seuls le TADM et la CJCE se penchent sur la nécessité d'articuler leurs espaces normatifs et juridictions, le TADM et le Tribunal OSPAR laissant libre court au cumul des procédures en l'absence de règles du droit international général limitant la concurrence des juridictions. Le TADM ouvre la voie à l'articulation sur un élan spontané ; la CJCE impose en réponse l'attraction dans la sphère communautaire<sup>404</sup>. Mais, si les règles communautaires de règlement des différends obligent les États membres des Communautés, les juridictions internationales n'y sont pas soumises, à moins que leurs propres règles procédurales ne le prévoient. Le Tribunal OSPAR était ainsi fondé à rejeter l'exception d'incompétence tirée de l'exclusivité de juridiction de la CJCE et à se prononcer au fond sur le segment qui lui a été soumis du différend relatif à l'usine *Mox*.

## II. – LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES ET LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

Paradoxalement au regard du nombre de procédures, le cœur du différend – le risque d'augmentation de la pollution de la Mer d'Irlande – ne sera véritablement traité par aucune des juridictions, tout au moins au fond. Le recours devant la CJCE en est fort loin. Le TADM est extrêmement prudent car il n'intervient qu'au stade des mesures conservatoires et l'instance devant le TADM ne devrait pas aboutir à un arrêt au fond. En réalité, seul le Tribunal OSPAR se prononce au

<sup>398</sup> Y. Kerbrat et Ph. Maddalon, *op. cit.*

<sup>399</sup> Ph. Weckel, «Les premières applications...», *op. cit.*, p. 853.

<sup>400</sup> La CJCE considère en effet que toutes les dispositions de la CMB invoquées par l'Irlande relèvent de matières communautaires (§110-121 de l'arrêt du 30.05.06). L'avocat général a précisé dans ses conclusions (18.01.06) que même s'il est possible en théorie d'isoler les éléments communautaires afférents à un litige qui doivent obligatoirement être traités par la Cour, pour soumettre le reste à un autre mode de règlement, «en pratique, il peut sembler préférable de soumettre des litiges 'hybrides' entre États membres (...) dans leur totalité à l'appréciation de la Cour» (note n°9).

<sup>401</sup> La CJCE constate que, selon l'art. 282 CMB, le régime de règlement des différends que comporte le traité CE, qui aboutit à des décisions obligatoires, «prime, en principe, celui que comporte la partie XV de la [CMB]» (§124-125).

<sup>402</sup> Cf. les réserves de N. Lavranos, «The MOX Plant judgment...», *op. cit.*, p. 296.

<sup>403</sup> Il s'agit du recours d'un État contre un autre État pour son manquement prétendu au droit communautaire. Les États se montrent récalcitrants à l'endroit de cette procédure qui, en outre, est limitée au contentieux de la légalité : Cf. Y. Kerbrat et Ph. Maddalon, *op. cit.*

<sup>404</sup> L'affaire *Mox* s'inscrit ainsi dans une tendance générale d'attraction et de protectionnisme du droit communautaire, visible aussi dans l'expansion des clauses de déconnexion dans les traités multilatéraux auxquels la CE est partie. Cette autre technique visant à préserver l'autonomie du droit communautaire emporte ainsi certains effets négatifs, notamment en terme de sécurité juridique pour les tiers, et travaille aussi à la fragmentation du droit international. Cf. C.P. Economides, A.G. Kolliopoulos, «La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable», *RGDIP*, 2006-2, pp. 273 ss. et le rapport précité du Groupe d'étude de la CDI, pp. 160-165.

fond ; or, l'Irlande n'invoquait devant lui qu'une violation d'un droit procédural, celui d'être informée des activités de son voisin. L'apport de l'affaire s'en trouve quelque peu réduit, mais elle éclaire tout de même d'un jour nouveau deux questions différentes : celle des spécificités que peuvent ou non revêtir les mesures conservatoires dans le champ de l'environnement (A) et celle de l'étendue du droit d'accès à l'information en matière d'environnement aux fins de la Convention OSPAR (B).

### A. – Mesures conservatoires et protection de l'environnement

Sur le plan stratégique, l'activation de la deuxième procédure d'arbitrage, aux fins de la CMB, permet à l'Irlande de demander la prescription de mesures conservatoires obligatoires<sup>405</sup>, alors qu'un Tribunal OSPAR ne peut que «recommander» des mesures conservatoires<sup>406</sup>. Ainsi, le 9 novembre 2001, l'Irlande demande au TIDM de prescrire la suspension de la mise en service de l'usine<sup>407</sup>. Dans son ordonnance du 3 décembre, le TIDM refuse de faire droit à sa requête, mais demande aux parties de coopérer et, notamment, de procéder à des consultations. Lorsque le TADM décide, le 13 juin 2003, de suspendre la procédure, éloignant la perspective d'une décision sur le fond, l'Irlande présente alors une nouvelle demande de mesures conservatoires. Mais, dans l'ordonnance qu'il rend le 24 juin 2003, le TADM ne fait que confirmer les mesures prescrites par le TIDM.

*1° Un élément de contexte déterminant : l'art. 290§5 de la Convention de Montego Bay comme base de compétence*

L'inscription de l'intervention du TIDM dans le cadre de l'art. 290§1 ou §5 n'est pas sans conséquences. Dans le cadre du §5, le TIDM est dans une situation assez inconfortable. Il intervient dans une procédure incidente, alors que ce n'est pas lui qui sera amené à connaître du fond de l'affaire. Les suites ont d'ailleurs été variées<sup>408</sup>.

Ce contexte particulier emporte des conséquences à deux niveaux. À un premier niveau, cela plaide pour que le TIDM se reconnaisse très aisément compétent *prima facie*, ce qui peut constituer un avantage procédural pour le demandeur<sup>409</sup>. Mais à un second niveau, cela incite au contraire le TIDM à être encore plus prudent dans son prononcé de mesures conservatoires. Comme le dit le Juge Mensah dans son opinion individuelle, le Tribunal «*doit exercer une autodiscipline considérable pour éviter de se prononcer, même en apparence, sur des questions qui ne relèvent pas de sa compétence*». C'est alors plutôt le défendeur qui est avantagé et les mesures conservatoires, par nature exceptionnelles, le deviennent encore davantage dans cette situation. Il faut ajouter que l'urgence qui est, par définition, un élément d'appréciation pour le prononcé de mesures conservatoires, est encore plus stricte dans le cadre du §5 que du §1. En effet, dans le cadre du §1, le Tribunal intervient «*en attendant [sa] décision définitive*». Alors que dans le cadre du §5, il n'est habilité à prescrire des mesures conservatoires qu'en attendant la constitution du tribunal arbitral auquel le différend est soumis, soit 104 jours maximum s'agissant d'un Tribunal de l'annexe VII, comme dans l'affaire *Mox*<sup>410</sup>. Une fois constitué, le Tribunal arbitral peut en effet modifier, rapporter ou confirmer des mesures prescrites en vertu du §5, voire prescrire des mesures différentes. Comme le précise le Juge Treves, il «*n'existe, en particulier, pas d'urgence dans le sens du paragraphe 5, si les mesures sollicitées pourraient, sans préjudice des droits devant être préservés, être indiquées par le tribunal arbitral une fois que celui-ci est constitué*»<sup>411</sup>. Cette temporalité raccourcie plaide pour que le TIDM fasse preuve d'une prudence encore renforcée dans la prescription des mesures conservatoires.

Lorsque le TADM intervient 18 mois après le TIDM, en réponse à la demande irlandaise de mesures conservatoires additionnelles, ce n'est plus dans le cadre du §5, mais du §1 de l'art. 290. En

<sup>405</sup> Qu'il s'agisse du TIDM ou du TADM, le caractère obligatoire des mesures conservatoires découle clairement de l'art. 290 de la CMB ; ce qui les différencie à l'origine des mesures prises en application de l'art. 41 du Statut de la CIJ, même si, et sans doute dans un souci d'alignement, la Cour a depuis lors posé le principe du caractère obligatoire de celles-ci. Cf. son arrêt du 27.06.01, aff. *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis), *Rec. CIJ*, 2001, p. 466.

<sup>406</sup> Art. 32§7, b) de la Convention OSPAR.

<sup>407</sup> Art. 290§5 de la CMB.

<sup>408</sup> Dans les aff. du *Thon à nageoire bleue* (cf. *supra*, I), le TADM, considérant qu'il n'était pas dûment saisi du différend, a révoqué les mesures conservatoires qui avaient été prescrites par le TIDM. Dans l'aff. *Mox*, le TADM, après avoir confirmé, dans un premier temps, par son ordonnance du 24.06.03, les mesures conservatoires prescrites par le TIDM, devrait logiquement tirer les conséquences de l'arrêt du 30.05.06 de la CJCE et révoquer ces mesures, qui seront en tout état de cause caduques lorsqu'il aura mis fin à l'instance. Dans l'aff. des *Travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*, aff. n°12 (Malaisie c. Singapour), les parties ont signé une transaction, et une sentence d'accord-parties a été rendue par le TADM le 1.09.05.

<sup>409</sup> P.M. Eisemann, *op. cit.*, p. 226.

<sup>410</sup> Ou tout au moins jusqu'à ce que le tribunal arbitral soit à même de prescrire d'autres mesures, précision apportée dans l'ord. du 8.10.03, *Travaux de poldérisation*, §68.

<sup>411</sup> Op. ind. dans les aff. du *Thon*, §4.

outre, la perspective d'une décision sur le fond s'éloigne – l'affaire est toujours pendante, plus de trois ans et demi plus tard. Pourtant, le TADM confirme simplement les mesures prescrites par le TIDM et refuse d'aller plus loin. D'une part, il constate que ces mesures ont produit certains effets positifs. D'autre part, le temps passé confirme que les conditions requises pour la prescription des mesures conservatoires demandées n'étaient pas réunies. Le nouveau contexte juridique – une procédure suspendue avec risque élevé d'une consécration de la compétence exclusive de la CJCE – ne pouvait qu'inciter à la prudence.

## 2° L'examen des conditions requises pour la prescription des mesures conservatoires

Qu'il s'agisse du TIDM ou du TADM, l'invocation du risque environnemental ne change guère la donne. Une vraie convergence jurisprudentielle est même sensible, le TIDM bâtissant sa jurisprudence sur celle de la CIJ, le TADM se fondant explicitement sur leurs décisions mutuelles<sup>412</sup>.

### a) Urgence et environnement

L'urgence est inhérente à la nature même des mesures conservatoires<sup>413</sup> et, comme rappelé *supra*, particulièrement stricte dans le cadre de l'art. 290§5. Mais on peut se demander si le risque de dommage à l'environnement – en particulier lorsqu'il s'agit d'un dommage à long terme comme celui causé par des produits radioactifs – change quelque peu la donne. D'autant qu'à la différence de l'art. 41 du Statut de la CIJ, la CMB prévoit que les mesures conservatoires peuvent être prescrites «pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive»<sup>414</sup>. Les mesures peuvent donc être prescrites pour protéger un intérêt commun – l'intégrité du milieu marin – et non pas ou pas seulement les droits respectifs des parties, à condition qu'un certain seuil de gravité soit atteint.

À l'appui de sa demande devant le TIDM, l'Irlande avance que la mise en service de l'usine, prévue quelques semaines avant la constitution du TADM, entraînera une violation irrévocable de ses droits tels qu'ils découlent de la Convention, avec des risques de dommages graves au milieu marin : l'usine commencerait en effet ses activités avant que le Royaume-Uni ne se soit acquitté des obligations préalables que lui impose la Convention ; dès sa mise en service, techniquement «quasi-irréversible», l'usine rejettera du plutonium dans le milieu marin, avec des «conséquences irréversibles» et un risque accru et particulièrement grave de fuites et émissions d'origine accidentelle ou criminelle.

En réponse, le Royaume-Uni soutient qu'il a établi le niveau infinitésimal des éventuels risques de pollution découlant de la mise en service de l'usine ; argue de l'absence d'«urgence» ; précise que le déclassement de l'usine, pour délicat et coûteux qu'il serait, ne serait pas impossible et, partant, que la mise en service n'a rien d'irréversible ; et considère que le site est convenablement protégé des risques d'accident. En outre, le Royaume-Uni donne certaines assurances : il déclare à l'audience qu'«il n'y aura pas de transferts additionnels par mer de matières radioactives, que ce soit à destination ou en provenance de Sellafield, qui résulteraient de la mise en service de l'usine Mox», qu'«il n'y aura pas d'exportation de combustible Mox à partir de l'usine avant» l'automne 2002 et «qu'il n'y aura pas d'importation destinée à l'usine THORP de combustible nucléaire usé devant être retraité par l'usine Mox, au cours de la période en question, en exécution de contrats conclus à cet effet» (§72-80).

Le différend va diviser le Tribunal – le Juge *ad hoc* Szekely révèle d'ailleurs «les circonstances particulièrement difficiles qui ont présidé au délibéré». Mais, outre les assurances britanniques, l'Irlande ne parvient pas à convaincre les juges qu'un préjudice irréparable va être causé à son droit d'être protégée contre la pollution de son milieu marin, ou que le milieu marin va subir des dommages graves dans la courte période précédant la constitution du TADM. Le Tribunal ne le dit pas expressément. Dans une formule très lapidaire, il «prend acte des assurances données par le Royaume-Uni» et «ne juge pas que l'urgence de la situation exige la prescription des mesures conservatoires sollicitées par l'Irlande, pour la courte période qui précédera la constitution du tribunal arbitral (...)» (§80-81). Le Juge Mensah regrette d'ailleurs dans son opinion que le Tribunal ne soit pas plus explicite ; mais c'est, selon le Juge Szekely, précisément pour permettre son adoption à l'unanimité que l'ordonnance n'est pas davantage motivée.

L'affaire n'est pas sans analogie avec celle du *Grand Belt*, dans laquelle la CIJ n'avait pas non

<sup>412</sup> Cf. ord. du 24.06.03 du TADM, §41.

<sup>413</sup> Op. ind. Juge Treves dans les aff. du *Thon*.

<sup>414</sup> Art. 290§1, nous soulignons.

plus jugé l'urgence avérée et, au contraire, avait pris acte des assurances danoises selon lesquelles les travaux de construction d'un pont n'entraveraient pas le passage des navires finnois avant la date à laquelle elle aurait normalement rendu son arrêt. La Cour avertissait alors le Danemark que, en poursuivant la construction des ouvrages, il prenait le risque d'avoir un jour à les démanteler<sup>415</sup>. Plus récemment, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour va aussi considérer que, «*en maintenant l'autorisation et en permettant la poursuite de la construction des usines, l'Uruguay assume nécessairement l'ensemble des risques liés à toute décision au fond que la Cour pourrait rendre à un stade ultérieur ; que (...) la construction des usines sur le site actuel ne peut être réputée constituer un fait accompli*»<sup>416</sup>. De même, le TIDM met-il dans l'affaire *Mox* le Royaume-Uni face à ses responsabilités. En fonction de la décision au fond, on aurait pu imaginer en effet qu'il soit amené à faire marche arrière et démanteler l'usine, ce qui aurait présenté de sérieuses difficultés techniques et financières. De fait, pour le Juge Mensah (qui présidera le TADM chargé de statuer au fond), les éléments de preuve donnent à penser que c'est le «*Royaume-Uni qui court le plus de risques s'il met l'usine en service et si le tribunal arbitral (...) lui ordonne ultérieurement d'agir autrement en ce qui concerne cette mise en service ou les opérations de l'usine*».

Dix-huit mois plus tard, l'ordonnance rendue par le TADM procède de la même démarche. Le TADM note que l'Irlande ne fait, pas plus en 2003 qu'en 2001, la preuve d'un risque de dommage «grave» à l'environnement marin, mais qu'elle reconnaît même que le niveau de pollution résultant de l'usine Mox serait «*not of a significant magnitude*» (§54). Concernant la pollution tellurique résultant de l'usine Mox, le TADM constate qu'il dispose d'un matériau beaucoup plus important que le TIDM auparavant, mais que rien n'indique un risque plus élevé de pollution. Au contraire, le Royaume-Uni fait état de l'absence de nouveaux contrats. Le tribunal juge ainsi que le seuil de gravité justifiant la prescription de mesures conservatoires n'est pas atteint. Il faut de surcroît, rappelle le Tribunal, préserver un nécessaire équilibre entre les droits des parties. De ce point de vue, le fait que les mesures requises par l'Irlande soient susceptibles d'avoir un impact important sur les droits du Royaume-Uni en rend la prescription d'autant plus difficile (§57). Ainsi, «*For these reasons, the Tribunal is not satisfied that in the present circumstances there is an urgent and serious risk of irreparable harm to Ireland's claimed rights*» (§62).

Pour autant, ni le TIDM ni le TADM ne s'en tiennent au refus de prescrire les mesures demandées par l'Irlande. Si l'urgence n'est pas établie, alors qu'elle est une condition nécessaire au prononcé de mesures conservatoires, même particulièrement stricte dans le cadre de l'art. 290§5, est-ce à dire qu'il y aurait urgence et... urgence ?

#### b) Urgence et ...urgence ?

Le TIDM utilise la possibilité que lui offre l'art. 89§5 de son Règlement de prescrire des mesures différentes de celles sollicitées, comme auparavant dans les affaires du *Thon à nageoire bleue* et comme ultérieurement dans l'affaire des *Travaux de poldérisation*. En effet, le Tribunal «*prescrit*» aux deux États de «*coopérer et, à cette fin, procéder sans retard à des consultations dans le but :*

- a) *d'échanger des informations supplémentaires concernant les conséquences possibles, pour la mer d'Irlande, de la mise en service de l'usine Mox;*
- b) *de surveiller les risques ou les effets qui pourraient découler ou résulter, pour la mer d'Irlande, des opérations de l'usine Mox;*
- d) *d'adopter, le cas échéant, des mesures pour prévenir une pollution du milieu marin pouvant résulter des opérations de l'usine Mox.*

Dans les affaires du *Thon*, l'ordonnance rendue était plus cohérente et moins ambiguë que celle de l'affaire *Mox*. Le TIDM admettait en effet l'urgence<sup>417</sup> et, comme une conséquence logique, le fait que «*des mesures conservatoires sont appropriées*» (§85). Dans l'affaire *Mox*, le TIDM n'est pas aussi explicite. Si «*l'urgence de la situation*» n'exige pas les mesures sollicitées par l'Irlande, le TIDM aurait pu, à l'image de la CIJ dans l'affaire du *Grand Belt*, énoncer simplement, à défaut de mesures conservatoires, que «*toute négociation entre les Parties en vue de parvenir à un règlement direct et amiable serait la bienvenue*»<sup>418</sup>. Or, le TIDM choisit de prescrire des mesures formelles.

<sup>415</sup> «*on ne peut ni ne doit exclure a priori la possibilité d'une décision judiciaire ordonnant soit de cesser les travaux, soit de modifier ou démanteler les ouvrages*» : *Passage par le Grand-Belt* (Finlande c. Danemark), ord. du 29.07.91, Rec. CIJ, 1991, p. 19, §31.

<sup>416</sup> Ord. du 13.07.06, §78.

<sup>417</sup> «*Le Tribunal estime que des mesures conservatoires devraient être prises d'urgence afin de préserver les droits des parties et d'éviter une détérioration plus grande de l'état du stock du thon à nageoire bleue*», §80.

<sup>418</sup> Aff. précit., Rec. CIJ, 1991, p. 20, §35.

L'urgence n'exige pas la fermeture de l'usine, mais elle semble exiger d'autres mesures, ce que le Tribunal formule différemment : c'est alors «*la prudence et la précaution [qui] exigent*» la prescription de mesures conservatoires. Et ici l'ordonnance miroite quelque peu car, aux fins de l'art. 290§5 rappelons-le, seule l'urgence, et encore une urgence très stricte, autorise la prescription de mesures conservatoires. Si le Tribunal prescrit des mesures, c'est donc bien qu'il y a urgence, même s'il ne le dit pas. Le Juge Szekely pointe avec raison les contradictions de l'ordonnance de ce point de vue.

Comme le résume Pierre Michel Eisemann, le Tribunal distingue finalement deux urgences : «*La première – "ordinaire", pourrait-on dire – faisait défaut et empêchait de prescrire les mesures conservatoires demandées par l'Irlande. La seconde, spéciale et "implicite" était attachée à l'obligation de coopération. Il n'est pas certain, toutefois, que ce subtil distinguo contribue à clarifier les choses*»<sup>419</sup>.

On peut légitimement s'interroger sur les raisons qui ont poussé le Tribunal à adopter cette posture contradictoire ou à tout le moins paradoxale qui, parce que remettant finalement en question le caractère exceptionnel des mesures conservatoires, pourrait être «*analysée comme une manifestation d'une forme de démagogie judiciaire, les juges s'efforçant de plaire aux justiciables*»<sup>420</sup>. S'agit-il d'une sorte de compromis entre les membres très partagés du Tribunal ? Son audace tient-elle au fait que le Tribunal ne semble pas imposer de nouvelles obligations aux Parties, mais ne fait que rappeler ou – prolonger – des obligations existantes<sup>421</sup> ? Sans doute le Tribunal marque-t-il aussi son agacement devant des autorités britanniques assez peu coopératives face aux requêtes irlandaises, et ce de longue date s'agissant du site de Sellafeld<sup>422</sup>. On notera d'ailleurs que le TADM s'écarte de la démarche du TIDM de ce point de vue. Après avoir confirmé les mesures prescrites en 2001 par le TIDM, il décide qu'aucune autre mesure conservatoire n'est justifiée et choisit la voie de la recommandation pour compléter l'ordonnance de 2001, au regard des éléments nouveaux dont il dispose. C'est ainsi qu'il *recommande* aux Parties de tenter d'établir un mécanisme bilatéral de notification et d'échange, qui fournisse un support stable et effectif à leurs relations<sup>423</sup>.

Quoi qu'il en soit, sur le fond, les mesures préconisées par le TIDM et confirmées par le TADM reposent sur l'obligation de coopérer, qui constitue, «*en vertu de la partie XII de la Convention et du droit international général, un principe fondamental en matière de prévention de la pollution du milieu marin et qu'il en découle des droits que le Tribunal peut considérer approprié de préserver conformément à l'art. 290 de la Convention*» (§82). Le Tribunal consacre sans ambiguïté le caractère coutumier de cette obligation conventionnelle<sup>424</sup>. Le principe dit de solidarité et de coopération est, il est vrai, un principe fondamental du droit international en général, et du droit international de l'environnement en particulier. Mais le Tribunal en déduit de façon remarquable des droits d'application immédiate aux États, en l'espèce un «*droit à la concertation dans la gestion du risque environnemental*»<sup>425</sup>.

### c) Urgence, incertitude et précaution

L'affaire *Mox* posait la question de la pertinence et de la portée du principe de précaution au stade de l'indication des mesures conservatoires. Quelles relations entretiennent précaution et mesures conservatoires ? Le principe de précaution autorise-t-il, comme le réclamait l'Irlande, un renversement et/ou un allègement de la charge de la preuve ? L'ordonnance du TIDM n'éclaire pas complètement ces questions ; celle du TADM ne les aborde pas.

Le TIDM, en effet, n'emploie qu'à une reprise le terme de «*précaution*», lorsqu'il énonce que «*la prudence et la précaution exigent que l'Irlande et le Royaume-Uni coopèrent (...)*». De fait, il ne se réfère pas explicitement au *principe* de précaution, et il n'est pas établi non plus qu'il s'y réfère implicitement. L'accolement de la «*prudence*» à la «*précaution*» nous paraît même avoir plutôt vocation à éloigner d'un *principe* de précaution. L'ordonnance *Mox* fait écho à celle rendue dans les affaires *Thon*, où le Tribunal affirmait que «*les parties devraient (...) agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves*» (§77). Mais, dans un contexte

<sup>419</sup> P.M. Eisemann, *op. cit.*, p. 237. Cf. dans le même sens l'op. ind. du Juge Treves.

<sup>420</sup> Ph. Weckel, «Chronique de jurisprudence internationale», *RGDIP*, 2002, p. 198.

<sup>421</sup> Op. ind. du Juge Anderson.

<sup>422</sup> Cf. la décl. à titre collectif des Juges Caminos, Yamamoto, Park, Akl Marsit, Eiriksson et Jesus.

<sup>423</sup> Cf. les §66-67 des motifs et le §4 du dispositif.

<sup>424</sup> Cf. not. les art. 123, 192 et 197 de la CMB.

<sup>425</sup> Ph. Weckel, «Les premières applications de l'article 290...», *op. cit.*, p. 840. Cf. à ce sujet l'op. du Juge Wolfrum.



d'incertitude, le TIDM inscrivait alors assez clairement son ordonnance dans une démarche de précaution, même si, sans doute par précaution, il ne se référait pas à un *principe* de précaution<sup>426</sup>. Le contexte de l'affaire *Mox* est complètement différent, bien moins marqué par l'incertitude. Pourtant, et mystérieusement, la référence à la précaution demeure. On serait tenté d'y voir un abus de langage : le Tribunal semble viser davantage la prévention que la précaution proprement dite<sup>427</sup>. D'ailleurs, dans son ordonnance en l'affaire des *Travaux de poldérisation*, le TIDM abandonne la référence à la précaution pour viser la «*circonspection et la prudence*» (§99).

Toujours est-il que, sur ce point, l'ordonnance manque de clarté et suscite des lectures contradictoires, y compris au sein du TIDM, les divergences entre les juges expliquant vraisemblablement la formule de compromis du §77. Pour certains, comme le Juge Treves, l'ordonnance atteste non pas du rejet du principe de précaution au stade des mesures conservatoires, mais de l'insuffisance des éléments fournis par les parties au sujet des risques pour le milieu marin. Pour d'autres, elle marque au contraire le rejet implicite du principe de précaution, qui ne peut être examiné qu'avec le fond de l'affaire. Au stade des mesures conservatoires, la compétence du Tribunal est limitée ; il ne peut, selon le Juge Wolfrum, procéder à une évaluation des preuves documentaires présentées par les deux parties. En outre, de telles mesures présentent par définition un caractère exceptionnel, alors que l'approche irlandaise les rendrait presque automatiques<sup>428</sup>. C'est d'ailleurs dans le même sens que M. Kamto critique l'ordonnance rendue dans les affaires du *Thon*, dans laquelle le TIDM applique l'approche de précaution sans trop de précisions, ce «*parti pris le conduisa[n]t inévitablement à s'attaquer, fût-ce indirectement, aux questions de fond*» et à rendre une «*décision provisoire sur le fond*»<sup>429</sup>. Nous ne partageons pas non plus ce point de vue. S'il est incontestable que, dans le cadre de la procédure incidente très particulière des mesures conservatoires, le principe de précaution ne peut jouer qu'à titre très exceptionnel, il nous semble qu'on ne peut pas exclure complètement son application à ce stade, dès lors qu'on reconnaît sa positivité. Or, si sa cristallisation en tant que principe coutumier à l'échelle universelle n'est sans doute pas terminée, il est reconnu explicitement dans certains cadres conventionnels – comme la Convention OSPAR – et en droit communautaire – consacré au plus haut niveau hiérarchique par le Traité de Rome modifié.

Par ailleurs, le TIDM ne semble nullement considérer que le principe de précaution peut jouer, comme le revendiquait l'Irlande, comme un mécanisme de renversement de la charge de la preuve, qui dérogerait au principe général du contentieux international selon lequel chaque partie a la charge d'établir le bien fondé en fait et en droit de ses allégations. C'est bien l'Irlande qui supporte le «*risque du doute*»<sup>430</sup>. Parmi les juges, seul le Juge Szekeli regrette que le Tribunal accorde le «*bénéfice du doute*» au Royaume-Uni (§18). Faisant fond avec la pratique de la CIJ et du TIDM, le TADM considère de son côté explicitement que la charge de la preuve repose sur l'Irlande<sup>431</sup>. Il faut dire que «*Présenté (...) comme un mécanisme de renversement de la charge de la preuve jouant automatiquement, le principe de précaution ne serait pas admissible*»<sup>432</sup>. L'affaire semble en effet donner raison à la partie de la doctrine – minoritaire – qui, tout en étant favorable au principe, n'admet pas qu'il joue comme un mécanisme de renversement de la charge de la preuve<sup>433</sup>.

Après s'être penchés sur les procédures inachevées devant les juridictions constituées aux fins de la CMB, tournons-nous vers la sentence rendue au fond par le Tribunal OSPAR afin d'y mesurer l'apport de celui-ci au droit de l'environnement et, plus précisément, au droit à l'information environnementale.

<sup>426</sup> Cf. le §80, «*bien qu'il ne saurait évaluer de manière concluante les éléments de preuve scientifiques qui lui ont été soumis, le Tribunal estime que des mesures conservatoires devraient être prises d'urgence afin de préserver les droits des parties et d'éviter une détérioration plus grande de l'état du stock du thon à nageoire bleue*», ainsi que l'op. ind. du Juge Laing et la décl. coll. des Juges Wolfrum, Caminos, Marotta Rangel, Yankov, Anderson et Eiriksson.

<sup>427</sup> M. Kamto, «*Regard sur la jurisprudence du Tribunal international de droit de la mer depuis son entrée en fonctionnement (1997-2004)*», *RGDIP*, 2005, p. 823.

<sup>428</sup> Op. ind. Juge Wolfrum.

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 801.

<sup>430</sup> C. Santulli, *op. cit.*, p. 502.

<sup>431</sup> Ord. du 24.06.03, §41.

<sup>432</sup> Ph. Weckel, «*Les premières applications...*», *op. cit.*, p. 844.

<sup>433</sup> J. Cazala, «*Le principe de précaution et la procédure devant le juge international*», in C. Leben et C. Verhoeven, *Le principe de précaution, aspects de droit international et communautaire*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 192.

## B. – L'accès à l'information sur l'environnement aux fins de la Convention OSPAR

Peu progressiste sur la méthode (1), le Tribunal OSPAR ne fait pas droit, en substance, aux arguments irlandais : il décide que l'information demandée au Royaume-Uni n'entre pas dans le champ de l'art. 9 de la Convention OSPAR (2).

### 1° Sur la méthode : bases d'interprétation et droit applicable

Le cœur du différend est relatif à l'interprétation de l'art. 9 de la Convention OSPAR sur l'accès à l'information. Les Parties divergeaient sur la méthodologie à suivre à cet effet ; le Tribunal va suivre la thèse britannique.

#### a) Les thèses des Parties

Le Tribunal devait-il, comme le lui demandait l'Irlande, interpréter la convention à la lumière de la pratique ultérieure des Parties et des normes adoptées après 1992 ? Devait-il donc adopter une interprétation évolutive, ou bien s'en tenir à une interprétation intertemporelle ? Le Royaume-Uni appelait une interprétation textuelle stricte. Seul l'art. 9(3), en s'y référant expressément, autorisait selon lui à intégrer les «*réglémentations internationales applicables*», soit en l'espèce seulement la Directive européenne 90/313/CEE, telle que mise en œuvre par un règlement britannique de 1992.

La question présentait une grande acuité, car le droit à l'information environnementale a réalisé, en droit européen et communautaire, de très importants progrès entre 1992 et 2003. Le 25 juin 1998 a été adoptée la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement<sup>434</sup>. Le 28 janvier 2003, la Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement est venue abroger la directive de 1993<sup>435</sup>. Or, par leur degré de précision et le renforcement de la protection auquel ils conduisent, ces deux instruments font paraître quelque peu poussiéreuses les dispositions de la Convention OSPAR sur l'accès à l'information.

L'Irlande demandait au Tribunal de se référer à ces nouveaux instruments pour interpréter l'ensemble de l'art. 9 de la Convention OSPAR et, notamment, la notion d'information sur l'environnement. Celle-ci est en effet entendue beaucoup plus largement par la Convention d'Aarhus que par la Convention OSPAR, dans un sens qui venait nettement en appui à l'argumentation irlandaise. Son attente semblait d'autant plus légitime que l'art. 9 de la Convention OSPAR s'inspire de la directive 90/313, laquelle a inspiré la Convention d'Aarhus qui a, à son tour, poussé le droit communautaire à évoluer. L'accès à l'information environnementale constitue ainsi une excellente illustration des interactions dynamiques entre droit international et droit communautaire<sup>436</sup>.

La thèse irlandaise semblait validée par l'art. 32§6(a), de la Convention OSPAR qui paraissait inviter le Tribunal à adopter une vision large : «*Le tribunal arbitral décide selon les règles du droit international, et, en particulier, de la Convention*». Elle s'appuyait également sur la règle générale et bien établie d'interprétation énoncée à l'art. 31§3, notamment c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont la CIJ a consacré à plusieurs reprises le caractère coutumier<sup>437</sup>, et qui donne finalement au juge les moyens de contribuer à assurer l'unité du droit international. À l'opposé, lorsque le TIDM affirme que «*l'application des règles du droit international en matière 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*» (§51), il invite plutôt – au moins implicitement – au développement d'une approche fragmentée de l'ordre juridique international. Or, le Tribunal OSPAR lui emboîte le pas en optant pour une interprétation étroite de la Convention.

#### b) La position du Tribunal : «*existing law*» vs. «*almost law*»

Selon le Tribunal, son premier devoir («*first duty*») est d'appliquer la Convention OSPAR,

<sup>434</sup> Entrée en vigueur le 30.10.01. [http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43f.pdf], consulté le 9.02.07.

<sup>435</sup> JO L 41 du 14.2.03, p. 26.

<sup>436</sup> S. Maljean-Dubois, «Accès à l'information et reconnaissance d'un droit à l'information environnementale. Le nouveau contexte juridique international», in S. Maljean-Dubois (dir.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, La Documentation Française, Paris, 2000, p. 25.

<sup>437</sup> Cf. par ex. l'arrêt du 13.12.99, *Île de Kasikili-Sedudu*, Rec. CIJ, 1999, p. 1059, §18.

mais aussi le droit coutumier et les principes généraux sous réserve de la *lex specialis* créée par les parties – pour autant qu'elle soit conforme au *jus cogens* (§84). Si la référence au *jus cogens* attire naturellement l'attention, elle apparaît seulement comme un *obiter dictum* dans la mesure où la question ne se posait pas, et la sentence ne laisse évidemment rien transparaître d'un hypothétique droit impératif dans le domaine environnemental. Le premier problème que rencontre le Tribunal est d'un autre ordre : l'applicabilité de normes conventionnelles autres que la Convention OSPAR. Or, il va refuser de recourir pour son interprétation à d'autres normes conventionnelles, à moins que la Convention OSPAR n'y opère un renvoi direct, comme à l'art. 9§3<sup>438</sup>. De ce renvoi, le Tribunal déduit, *a contrario*, que les autres paragraphes de l'art. 9 appellent une interprétation restrictive. Il n'y aurait, sans cela, plus aucune limite à sa compétence *ratione materiae*, explique-t-il (§85-86).

Il examine ensuite les instruments non-conventionnels invoqués par l'Irlande. S'agissant des décisions de la Commission OSPAR 2000/1 et 2001/1, le Tribunal constate que, le Royaume-Uni s'étant abstenu lors de leur adoption, il n'est pas lié par ces décisions en application de l'art. 13 de la Convention OSPAR et celles-ci ne peuvent être considérées comme «*governing law for this arbitration*» (§88). Quant à la Déclaration ministérielle de Sintra, révèle-t-elle l'existence d'un engagement unilatéral britannique ? Sur le principe, le Tribunal admet qu'elle aurait pu faire naître des obligations («*may have created binding obligations*»), mais considère que son contenu n'est pas pertinent (§90). L'Irlande se réfère encore à l'art. 10 de la Déclaration de Rio, qui porte en partie sur l'accès à l'information environnementale, mais le Tribunal l'écarte comme non contraignante.

Le Tribunal se penche enfin sur l'expression «*réglementations internationales applicables*» de l'art. 9§3 pour faire droit à l'argumentation britannique : la formule couvre la Directive européenne de 1990, telle qu'appliquée par le règlement britannique de 1992, mais pas la Convention d'Aarhus ni les projets de nouvelle directive européenne. Car, d'une part, la Convention d'Aarhus n'était en vigueur ni pour l'Irlande – qui l'a signée le 25 juin 1998, mais non ratifiée à ce jour – ni pour le Royaume-Uni – qui l'a également signée le 25 juin 1998, mais ratifié seulement le 23 février 2005 – ni pour l'Union européenne – qui l'a aussi signée le 25 juin 1998 mais approuvée seulement le 17 février 2005. D'autre part, la nouvelle directive européenne n'a été adoptée qu'en janvier 2003, soit entre les phases écrites et orales de la procédure et le prononcé de la sentence. Le tribunal déclare qu'il n'est pas «*empowered to apply legally unperfected instruments*» (§181). Ainsi, après avoir refusé d'appliquer du droit *in statu nascendi* (§99), il ne peut aller «*beyond existing law*» pour appliquer de l'«*almost law*» (§100) alors même qu'il se dit sur le principe favorable à une interprétation évolutive. «*Lest it produce anachronistic results that are inconsistent with current international law, a tribunal must certainly engage in actualisation or contemporization when construing an international instrument that was concluded in an earlier period*» (§103), mais la positivité fait défaut dans les instruments qu'invoque l'Irlande. En somme, l'accumulation de non-droit ne crée pas de droit, semble dire le Tribunal<sup>439</sup>.

Dans son opinion dissidente, l'arbitre Griffith critique les conclusions du Tribunal sur le droit applicable et regrette la rigidité de son approche temporelle. Il considère que la Convention d'Aarhus et la nouvelle directive européenne constituaient des «*nouvelles normes*» dont le Tribunal aurait dû tenir compte, comme avant lui la CIJ dans l'affaire du *Barrage sur le Danube*. La comparaison avec l'affaire du *Barrage* n'est certes pas complètement pertinente et le Tribunal a considéré qu'en invoquant cette affaire, l'Irlande commettait une erreur d'interprétation : dans l'affaire du *Barrage* la Cour se référait en effet à de nouvelles normes «*énoncées dans un grand nombre d'instruments*», alors qu'ici il s'agit de «*material that has not yet become law*». En outre, si la Cour adopte dans l'affaire du *Barrage* une interprétation évolutive du Traité entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie, c'est en raison de circonstances très particulières. Pour elle, le libellé même des «*art. 15 et 19 le permet, (...) il le prescrit même*» (§140). L'affaire témoigne bien du caractère fluctuant d'une jurisprudence internationale nuancée, variant selon les données de la cause. La Cour reconnaît une exception à la primauté de la méthode du renvoi fixe lorsque les questions à interpréter ne sont pas statiques mais par définition évolutives, ce qui est bien le cas des questions environnementales<sup>440</sup>. Mais, comme le rappelle le Juge Bedjaoui dans l'opinion individuelle qu'il joint à l'arrêt sur le *Barrage*, le principe

<sup>438</sup> «*Les dispositions du présent article 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*».

<sup>439</sup> P. Weil, «Vers une normativité relative en droit international ?», *RGDIP*, 1982, vol. 86, pp. 5 et ss.

<sup>440</sup> L'Organe d'appel de l'OMC a également pu avoir recours à une interprétation évolutive dans le champ de l'environnement. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, §129.

demeure la primauté de la méthode du renvoi fixe sur le renvoi mobile, ce dernier ne pouvant jouer que dans des hypothèses exceptionnelles et ne devant en aucun cas revenir à une révision détournée du traité<sup>441</sup>. Dans son arrêt sur les *Plateformes pétrolières*, en 2003, quelques mois après la sentence OSPAR, la CIJ a accepté de ne pas interpréter le traité en question en «*isolation clinique*»<sup>442</sup> par rapport au droit international («*au regard du droit international applicable en la matière, à savoir les dispositions de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier*»), mais parce qu'une telle interprétation serait, en l'espèce, commandée par le traité : «*La Cour demeure consciente qu'elle n'a que la compétence que lui confère le consentement des parties*»<sup>443</sup>, explique-t-elle. Au-delà de la prudence affichée, son raisonnement est audacieux et le résultat pour le moins surprenant<sup>444</sup>.

À suivre le Tribunal OSPAR, les faits de l'espèce n'entrent pas, en dépit de leur dimension environnementale, dans ces hypothèses exceptionnelles. Ce faisant, il adopte un point de vue très formaliste et restrictif. La Convention d'Aarhus possède, pour l'arbitre dissident Griffith, une «*relevant normative and evidentiary value*» (§10, op. dis). D'autant que, signée par les deux parties, elle est entrée en vigueur et le Royaume-Uni a maintenu son intention de la ratifier. La Convention ne lie certes pas les Parties mais, dans cet entre-deux, elle pourrait *a minima* éclairer l'interprétation de la Convention OSPAR. La CIJ a d'ailleurs admis que «*les accords signés mais non ratifiés peuvent constituer l'expression fidèle des vues communes des parties à l'époque de la signature*»<sup>445</sup>. Quant à la directive européenne sur l'accès à l'information environnementale, sa procédure d'adoption a été lancée en juin 2000 et, à l'époque où l'Irlande déclenche l'arbitrage OSPAR, le Conseil des Communautés a déjà adopté une position commune sur le projet<sup>446</sup>.

La CIJ elle-même n'est d'ailleurs pas si formaliste : dans l'affaire du *Barrage*, elle se réfère aux «*nouvelles normes et exigences*» («*new norms and standards*») sans viser un instrument particulier. Moins formaliste encore, le Tribunal du *Rhin de fer* adopte l'interprétation évolutive, sans s'entourer des précautions que prend la Cour en arguant du fait que c'est le libellé même du traité qu'elle interprète qui «*prescrit*» une interprétation évolutive. De surcroît, il n'hésite pas – au prix de quelques zones d'ombre – à s'appuyer sur ce que le Tribunal OSPAR regarde comme de l'«*almost law*». Il se fonde ainsi sur le principe 4 de la Déclaration de Rio pour conclure que le principe d'intégration des considérations environnementales dans la définition et la mise en œuvre des politiques économiques est devenu un principe du droit international général (§59).

Au final, on peut regretter avec Ph. Weckel que la méthode retenue conduise le tribunal OSPAR à appliquer une réglementation qui, bien que pas si ancienne, a été très vite périmée avec l'adoption de la Convention d'Aarhus puis de la nouvelle directive européenne<sup>447</sup>. La requête irlandaise est rejetée alors que le «*nouveau*» droit européen aurait, à n'en pas douter, permis à l'Irlande d'accéder aux données qu'elle demandait. Non sans un certain autisme, le Tribunal OSPAR se comporte «*comme l'organe conventionnel de la Convention OSPAR au sens strict et il a appliqué cet accord comme il aurait pu le faire il y a dix ans*»<sup>448</sup>. Par là, il commet l'erreur de voir en la Convention OSPAR une *lex specialis*, qui déroge au droit général, alors qu'«*on a plutôt l'impression que l'adoption de cet instrument en 1992 a marqué une étape dans le processus et qu'une étape suivante dans la progression a été franchie par la Convention d'Aarhus en 1998*»<sup>449</sup>.

## 2° Sur le fond : l'échec des thèses irlandaises

Le Tribunal était amené à cerner les contours du droit d'accès à l'information environnementale dans la Convention OSPAR pour déterminer dans quelle mesure l'Irlande pouvait invoquer ce droit (art. 9§1), puis vérifier si les informations réclamées entraient dans la définition de l'information environnementale (art. 9§2). Si cette double condition était remplie, alors le rapport dans son entier devait être mis à disposition sauf si un motif d'exception (art. 9§3) pouvait être évoqué. Or,

<sup>441</sup> Op. ind., §8-12.

<sup>442</sup> Formule de l'Organe d'appel, qui précise dans l'aff. de l'*Essence* (États-Unis c. Venezuela) que l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités invite à ne pas lire le droit de l'OMC «*en l'isolant cliniquement*» du droit international public : Rapport, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R du 29.04.1996, p. 19.

<sup>443</sup> Aff. des *Plates-formes pétrolières* (Iran c. États-Unis), arrêt du 6.11.03, *Rec. CIJ*, 2003, p. 183, §42.

<sup>444</sup> P. D'Argent, «*Du commerce à l'emploi de la force : l'aff. des plates-formes pétrolières (Arrêt sur le fond)*», *AFDI*, 2003, p. 273.

<sup>445</sup> Aff. de la *Délimitation maritime et de questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), Arrêt du 16.03.01, *Rec. CIJ*, 2001, p. 68, §89.

<sup>446</sup> [[http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=fr&DosId=157342](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=157342)], consulté le 16.02.07.

<sup>447</sup> Ph. Weckel, «*Chronique de jurisprudence internationale*», *RGDIP*, 2004, p. 987.

<sup>448</sup> *Ibid.*

<sup>449</sup> *Ibid.*, p. 991.

il ne va pas faire droit à la demande irlandaise car, bien que reconnaissant un droit d'accès direct à l'information environnementale dans le champ de l'art. 9§1, l'acception étroite qu'il retient de la notion d'information environnementale le conduit à considérer que les informations demandées n'entrent pas dans le champ de l'art. 9.

a) La reconnaissance d'un droit d'accès direct à l'information environnementale

Selon l'art. 9§1 de la Convention OSPAR, «*Les 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, 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*». Interprétant de manière divergente cette disposition, l'Irlande et le Royaume-Uni se sont opposés sur l'existence d'un droit subjectif d'accès aux informations environnementales détenues par le Royaume-Uni. Ainsi, l'art. 9§1 crée-t-il un droit d'accès direct («*a direct right*») ou requiert-il seulement l'établissement d'un cadre réglementaire national («*a domestic regulatory framework*») ? Pose-t-il une obligation de moyen ou de résultat ? L'Irlande ne peut-elle faire valoir ses droits que dans le cadre national britannique, ou le Tribunal peut-il juger l'affaire au fond ?

Sur cette première série de questions, le Tribunal suit la thèse irlandaise. Selon lui, l'art. 9§1 requiert effectivement que l'information soit en pratique divulguée. Son interprétation s'appuie sur une analyse textuelle et contextuelle de la disposition, qu'il lit à la lumière de l'art. 9 dans son entier et de la Convention OSPAR dans son ensemble. Il s'interroge en particulier sur l'expression «*font en sorte*» («*shall ensure*») et décide, à la lumière de l'économie générale du traité et des termes employés dans les autres articles, que le choix délibéré de cette expression place l'obligation «*at the mandatory end of the scale*» (§133-134). C'est une obligation inconditionnelle, qui ne peut être subordonnée au droit interne des parties (§135), et une obligation de résultat (§137).

Le Président Reisman vote contre l'interprétation de l'art. 9§1 et joint une déclaration exprimant son regret que les arbitres majoritaires aient choisi une interprétation textuelle, certes, mais pas littérale. Selon lui, ils préfèrent une «*analyse systémique à une analyse sémantique ou littérale*» et ce choix les conduit à réécrire l'article<sup>450</sup>. Littéralement, dès lors que l'article prévoit que «*Les Parties contractantes font en sorte que leurs autorités compétentes soient tenues de mettre à la disposition (...)*», le Royaume-Uni avait pour seule obligation de mettre en place un cadre légal ; les questions d'application devaient donc se régler devant le seul juge interne (§17). Audacieux sur ce point, le Tribunal ne l'est pas sur la notion d'information environnementale.

b) Une acception étroite de la notion d'information environnementale

Le champ des informations couvertes par le droit d'accès reconnu à l'Irlande est délimité par le §2 de l'art. 9, sous réserve des dérogations figurant au §3. Le Tribunal arbitral devait ainsi se pencher sur ces dispositions pour juger les informations demandées par l'Irlande relevaient ou non de l'obligation pesant sur le Royaume-Uni. Il précise qu'est concernée seulement l'information «*disponible*»<sup>451</sup>, mais «*toute*» l'information disponible, les seules restrictions étant pour le Tribunal, qui plaide pour une construction extensive (§167), celles prévues au §3. Reste à déterminer si les informations réclamées entrent dans les trois catégories d'informations visées au §2, à savoir celles «*concernant l'état de la zone maritime*», «*les activités ou les mesures les affectant ou susceptibles de les affecter*» et «*les activités conduites ou les mesures adoptées conformément à la Convention*». Les Parties s'étant accordées sur la seconde catégorie, c'est à cette dernière que le Tribunal va consacrer son attention.

En pratique, l'Irlande demandait la communication de deux rapports – non coupés des informations confidentielles – pour apprécier l'impact sur l'environnement et la justification économique de l'usine Mox. La controverse porte sur une série de quatorze catégories d'informations, portant plus sur la production de Mox que sur l'environnement *stricto sensu* ; peuvent-elles malgré tout entrer dans le champ de l'art. 9 ? Le Royaume-Uni le réfute, alors que l'Irlande propose en

<sup>450</sup> Y. Kerbrat, «Le différend relatif à l'Usine Mox...», *op. cit.*, p. 618.

<sup>451</sup> §166. La Convention OSPAR est, de ce point de vue, en retrait par rapport à d'autres textes plus récents : l'art. 5 de la Convention d'Aarhus met à la charge des États des obligations de collecte de l'information sur l'environnement, de même que l'art. 7 de la directive 2003/4. La Cour européenne des droits de l'homme a également mis à la charge des États membres une obligation de diffusion de certains types d'informations sur l'environnement. Cf. par ex. l'arrêt du 30.11.04, *Oneryildiz c. Turquie (Requête n° 48939/99)*, §89 ss., où le droit du public à l'information consacré par la Cour ne semble nullement restreint à l'information «*disponible*».

revanche une interprétation large et globalisante, avançant une théorie de l'«*inclusive causality*», selon laquelle «*anything, no matter how remote, which facilitated the performance of an activity is to be deemed part of that activity*»<sup>452</sup>. Elle s'appuie d'ailleurs sur l'interprétation qu'a donnée la CJCE de la notion d'«*information sur l'environnement*». L'arrêt *Mecklenburg*<sup>453</sup>, notamment, consacre une définition très large et englobante de cette notion, assez proche finalement de l'«*inclusive causality*». Mais le Tribunal rejette laconiquement la thèse de la «*causalité globale*» et refuse clairement de consacrer un «*general freedom of information statute*»<sup>454</sup>. Les informations demandées ne sont manifestement pas des «*informations sur l'état de l'environnement*», et cela est si «*manifest*» que Tribunal considère qu'il peut s'en tenir là (§163).

L'arbitre Griffith regrette dans son opinion dissidente cette interprétation étroite. On ne peut qu'être d'accord avec lui. L'approche britannique, que retient le Tribunal, conduit à segmenter l'activité et ne permet pas de l'appréhender dans sa globalité. Car sans le rapport requis, la mise en service de l'usine n'aurait pu avoir lieu : il y a donc bien un lien entre les deux. Pour la CJCE, la notion d'information sur l'environnement a, en droit communautaire, une «*signification large*», qui englobe à la fois des données et des activités concernant l'état de ces secteurs<sup>455</sup>. La notion devrait également revêtir une signification large dans la Convention OSPAR. Les informations réclamées par l'Irlande nous semblaient pouvoir assez aisément entrer dans la deuxième, voire la troisième catégorie, très large car non définie par rapport à l'état de la zone maritime. Un regard vers les «*nouvelles normes*» montre en outre que l'analyse coût-avantages et les autres analyses et hypothèses économiques utilisées dans le processus décisionnel en matière d'environnement figurent désormais explicitement dans la notion d'information sur l'environnement<sup>456</sup>. C'est ici qu'une interprétation à la fois extrinsèque et évolutive aurait permis au Tribunal de ne pas consacrer une lecture périmée de l'art. 9 de la Convention OSPAR, sans entrer pour autant dans les controverses sur la pertinence du principe de précaution<sup>457</sup>.

## CONCLUSION

Si sa stratégie judiciaire de dislocation du différend apparaît payante en soi devant les juridictions internationales, il ne faut pas perdre de vue que l'Irlande n'a pas eu gain de cause sur le fond. Elle a seulement «obtenu» des mesures conservatoires différentes de celles sollicitées. L'ordonnance du TIDM, qui sera par la suite confirmée par le TADM, a toutefois effectivement permis une amélioration des relations entre les deux États et un renforcement de la coopération à ce sujet. En outre, le démantèlement de Sellafield, le plus controversé des sites britanniques et qui passe pour le plus radioactif d'Europe, est prévu, dans le cadre d'un plan d'ensemble, d'ici 2023<sup>458</sup>.

Sur le plan doctrinal, on regrettera que les différentes instances n'aient pas levé certaines zones d'ombre s'agissant notamment du principe de précaution ou des relations entre la CMB et la Convention OSPAR ou la Convention OSPAR et le droit communautaire. La sentence OSPAR ne peut, par ailleurs, que décevoir l'environnementaliste et... rassurer les États jaloux de leur consentement. À la faiblesse des arguments irlandais, le Tribunal ajoute une interprétation étroite et peu constructive de la Convention. En refusant de prendre en compte les évolutions récentes et importantes du droit international et communautaire, la sentence place la Convention OSPAR en retrait alors même que, paradoxalement, elle a pour objectif d'adopter sur le plan régional des normes plus strictes<sup>459</sup>. Avant de conclure à un nécessaire développement du droit conventionnel de l'environnement<sup>460</sup>, force est toutefois de constater que la stratégie irlandaise, en dépit de l'activisme qui l'a caractérisée, ne s'est pas déployée sur tous les fronts possibles. Ainsi, d'une part, l'Irlande n'a pas utilisé la possibilité que lui confère l'art. 227 du Traité CE de saisir elle-même la CJCE d'un recours de manquement. Craignant sans doute l'effet boomerang ou plus largement les conséquences d'un tel affrontement, les États préfèrent généralement se joindre à un recours engagé par la

<sup>452</sup> Point 4(8) du contre-mémoire irlandais.

<sup>453</sup> Arrêt du 17.06.98, aff. C-321/96, *Rec. p. I-3809*. Cf. not. les §16-22.

<sup>454</sup> §170.

<sup>455</sup> Arrêt précité du 17.06.98, §19.

<sup>456</sup> Art. 2§3(a) de la Convention d'Aarhus et 2§1(e) de la nouvelle directive.

<sup>457</sup> Cf. à ce sujet l'op. diss. de l'arbitre Griffith.

<sup>458</sup> J.-P. Langellier, «M. Blair confie au secteur privé le démantèlement de ses vieilles centrales nucléaires», *Le Monde*, 01.04.06.

<sup>459</sup> Cf. préambule, §11.

<sup>460</sup> M. Tanaka, «Lessons from the Protracted Mox Plant Dispute : a Proposed Protocol on Marine Environmental Impact Assessment to the United Nations Convention on the Law of the Sea», *Michigan JIL*, 2004, p. 337.

Commission en tant qu'intervenants<sup>461</sup>. La possibilité est ainsi généralement peu utilisée mais, en l'espèce, le contentieux de la légalité ouvert par l'art. 227 correspondait aux objectifs irlandais face à la construction de l'usine Mox<sup>462</sup>. La Commission, qui jouit d'un droit discrétionnaire en la matière, n'a pas intenté de recours contre le Royaume-Uni ; elle avait d'ailleurs donné toutes les autorisations nécessaires pour la mise en service de l'usine. Alors pourquoi l'Irlande, qui n'a pas craint d'activer d'autres procédures inamicales, n'a-t-elle pas choisi d'engager une telle procédure ? Le droit communautaire, s'agissant du droit à l'information environnementale ou encore de l'étude d'impact préalable sur l'environnement, est à la fois plus précis et plus large que le droit international. D'autre part, l'Irlande n'a pas non plus activé les procédures de non-respect de la Convention d'Espoo du 25 février 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, au sein desquelles l'affaire de l'*Usine Mox* n'a été abordée qu'incidemment<sup>463</sup>. N'est-ce pas dommage, dans la mesure où les procédures de ce type, pour non-juridictionnelles, n'en ont pas moins démontré leur efficacité pour la résolution des différends environnementaux ?

Toujours est-il que le feuilleton judiciaire se poursuit, avec un changement des acteurs principaux. La Commission a exigé à plusieurs reprises plus de transparence sur le site de Sellafield, sur lequel les inspections normalement menées dans le cadre du traité EA sont bloquées depuis 1991, notamment à cause d'un niveau de radiation élevé<sup>464</sup>. Le 3 septembre 2004, elle a décidé d'attaquer le Royaume-Uni devant la CJCE pour non-respect des obligations du traité EA, demandant notamment aux autorités britanniques de permettre l'accès physique aux installations concernées<sup>465</sup>. Pour des raisons qui nous échappent, le recours n'a pas été introduit en septembre 2004 par la Commission contre le Royaume-Uni, mais... en avril 2006 par... British Nuclear Group Sellafield Limited contre la Commission<sup>466</sup> !

---

<sup>461</sup> Voir toutefois un ex. récent : arrêt du 16.05.00, Belgique c. Espagne, aff. C-388/95, *Rec. CJCE*, I, p. 3123.

<sup>462</sup> D'ailleurs, selon le Royaume-Uni, «*l'Irlande avait fait publiquement connaître son intention d'introduire des procédures séparées au sujet de l'allégation de violation par le Royaume-Uni des obligations qu'imposent à celui-ci le Traité CE et le Traité Euratom*» (§42 de l'ord. du TIDM).

<sup>463</sup> Cf. ECE-ONU, Réunion des Parties à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, Rapport sur les travaux de la 5<sup>ème</sup> réunion du Comité de l'application, MP.EIA/WG.1/2004/4, 8.04.04, ECE-ONU, §11. Notons toutefois que l'Irlande n'aurait pu le faire qu'après juillet 2002, date à laquelle elle est devenue Partie. L'aff. a également été évoquée à deux reprises dans le cadre de la Convention d'Aarhus, non pas s'agissant d'un non-respect, l'Irlande n'étant d'ailleurs toujours pas Partie, mais au regard de question plus générale de la portée de l'arrêt de la CJCE sur la procédure elle-même : Rapport de la 13<sup>ème</sup> réunion, ECE/MP.PP/C.1/2006/6, 16.11.06.

<sup>464</sup> P. Ricard, «La Commission exige plus de transparence sur le site de Sellafield», *Le Monde*, 1.04.04, p. 5.

<sup>465</sup> IP/04/1063, 3.09.04.

<sup>466</sup> Aff. T-121/06. Cf. aussi IP/06/171 du 15.02.06, «La CE adresse à BNG Sellafield un avertissement concernant le contrôle de la sécurité nucléaire» et le Règlement (Euratom) n°302/2005 de la Commission du 8.02.05 relatif à l'application du contrôle de sécurité d'Euratom, *JO L* 54, p. 1. BNG demande l'annulation de la décision de la Commission du 15 février 2006 par laquelle celle-ci adressait un avertissement au titre de l'article 83§1, sous a), du Traité EA.

**2. Dossier spécial sur L'affaire Produits biotechnologiques à l'OMC, à paraître à la Revue européenne de droit de l'environnement, n°2/2008**

- . « Introduction », par Marie-Pierre Lanfranchi
- . « L'affaire CE-produits biotechnologiques : éléments du débat judiciaire », Marie-Pierre Lanfranchi
- . « Le spectre de l'isolation clinique: quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux? », Sandrine Maljean-Dubois
- . « La relation entre l'article 5:1 et l'article 5:7 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) à la lumière de l'affaire Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques », Makane Moïse Mbengue

**Introduction au Dossier spécial :  
Le différend Communautés européennes-produits biotechnologiques  
tranché à l'Organisation mondiale du commerce**

Le 19 octobre 2007, le Département de droit international public et Organisation internationale de l'Université de Genève organisait en collaboration avec le Centre d'études et de recherche internationales et communautaires (CERIC) de l'Université Paul Cézanne un séminaire<sup>467</sup> sur le thème : « L'affaire Communautés Européennes – Produits Biotechnologiques: Implications et perspectives pour le droit international du commerce et le droit du développement durable ». L'objet de cette journée d'études était donc de décortiquer et mettre en perspective les multiples aspects d'un différend emblématique tranché un an auparavant par le juge de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Les travaux de cette riche journée ont confirmé la complexité redoutable d'un différend par ailleurs représentatif de l'un des défis majeurs auxquels l'OMC est aujourd'hui confrontée : celui de la conciliation des objectifs commerciaux avec les préoccupations environnementales et de santé.

Ce dossier spécial de la *Revue européenne du droit de l'environnement* revient sur certaines des communications présentées à Genève. La contribution de Marie-Pierre Lanfranchi propose d'abord une vue d'ensemble de l'affaire et met en évidence les différents éléments ayant nourri le débat judiciaire. Sandrine Maljean-Dubois aborde ensuite la question fondamentale de l'articulation entre le droit de l'OMC et les autres règles de droit international public applicables au commerce des produits biotechnologiques. Enfin Makane Mbengue revient sur la question stratégique de l'évaluation des risques en traitant plus spécifiquement les relations entre les articles 5.1 et 5.7 de l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS).

L'ensemble des réflexions menées ici conduit à constater que le rapport du Groupe spécial de l'OMC pose sans doute autant –plus ?- de questions qu'il n'en résout. Il montre au final que le débat à l'OMC sur le commerce international des produits biotechnologiques n'en est qu'à ses prémices.

MPL

---

<sup>467</sup> Avec le soutien de la Mission droit et justice (France) et de l'Agence Nationale de la recherche (France) dans le cadre du programme GICOGM - *La gouvernance internationale du commerce des OGM. Entre le face-à-face Etats-Unis/Union Européenne et la stratégie des acteurs économiques des pays en développement.*



### **L'affaire CE-produits biotechnologiques : éléments du débat judiciaire**

Marie-Pierre LANFRANCHI, Maître de conférences en droit public,  
(Faculté de droit, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III)

Le 29 septembre 2006, un Groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) adoptait un rapport particulièrement attendu, venant clore l'affaire *Communautés européennes-Produits biotechnologiques*<sup>468</sup>.

L'ensemble des éléments contextuels témoigne, si besoin était, du caractère à la fois emblématique et exceptionnel de ce différend. En atteste ainsi la dimension diplomatique : le différend met en effet en scène les plus gros joueurs du système commercial -Communautés européennes (CE) du côté de la défense ; Etats-Unis, Canada du côté des plaignants, auxquels s'agrège un représentant du monde en développement (Argentine) ; dans le même temps, le nombre élevé de tierces parties participant à la procédure confirme l'intérêt universel des questions sous examen.<sup>469</sup> En témoignent également bien des aspects factuels parmi lesquels le volume colossal des données portées à l'appréciation du Groupe spécial<sup>470</sup> et la longueur sans précédent du rapport : 1219 pages (hors annexes), qui ont pu faire dire –non sans ironie- à l'un des commentateurs que le rapport serait « celui du nombre de lecteurs intégraux le moins élevé »<sup>471</sup>.

On rappelle que les trois plaignants contestent une série de mesures affectant le commerce des produits biotechnologiques en provenance des Etats-Unis, du Canada et d'Argentine. La contestation est portée sur trois fronts et vise tant des pratiques communautaires que des mesures nationales adoptées par six des Etats membres des Communautés. Les plaintes visent en effet d'abord le moratoire général *de facto* que les CE imposeraient depuis 1998 sur les demandes d'approbation pour des produits biotechnologiques. Elles portent ensuite sur le non achèvement par les CE de procédures d'approbation pour une liste de produits spécifiques<sup>472</sup>. Les plaintes visent enfin des mesures nationales de sauvegarde par lesquelles six Etats membres<sup>473</sup> interdisent l'importation et/ou la commercialisation de certains produits, alors même que ceux-ci ont fait l'objet d'une approbation au niveau communautaire.

Comme le souligne le Groupe spécial, il est important de noter que la législation communautaire qui constitue la trame juridique de fond à l'ensemble de ces mesures<sup>474</sup> n'est pas contestée en tant que telle<sup>475</sup> ; les plaintes visent seulement l'application des procédures prévues par les textes communautaires. Le débat porte donc sur la mise en œuvre de la règle, non sur la règle elle-

<sup>468</sup>*Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R. Ci après : rapport *CE-produits biotechnologiques*. Disponible en ligne à l'adresse : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds293\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds293_f.htm)

<sup>469</sup>18 au total : L'Argentine (en ce qui concerne les plaintes des États-Unis et du Canada), l'Australie, le Brésil, le Canada (en ce qui concerne les plaintes des États-Unis et de l'Argentine), le Chili, la Chine, la Colombie, El Salvador, les États-Unis, le Honduras, le Mexique, la Norvège, le Paraguay, le Pérou, le Taipei chinois, la Thaïlande et l'Uruguay (en ce qui concerne les plaintes du Canada et de l'Argentine). 5 d'entre elles présentent des observations écrites : l'Australie, le Chili, la Chine, la Nouvelle-Zélande ainsi que la Norvège.

<sup>470</sup> Quelque 3000 pages de communications écrites provenant des parties ou émanant des tierces parties, experts consultés et *amicii curiae* et plus de 3000 documents fournis par les parties à l'appui de leurs allégations et arguments. Voir notamment sur ce point : §7.39. Voir également : Communication du Président du Groupe spécial, 29 septembre 2006, WT/DS291/32, WT/DS292/26, WT/DS293/26, « dans cette affaire, le nombre d'allégations et de produits considérés était sans précédent et le dossier dont était saisi le Groupe spécial était énorme. D'après les estimations, il a fallu de sept à huit années de travail de professionnels du Secrétariat (non compris la traduction et le travail du personnel de soutien) pour établir les rapports, sans compter le temps qu'y ont consacré les membres du Groupe spécial. Cela signifie tout simplement que les groupes spéciaux ne sont pas en mesure d'achever la procédure concernant de tels différends dans le délai de six à neuf mois fixé à l'article 12:9 du Mémorandum d'accord si des ressources additionnelles ne sont mises à la disposition du Secrétariat à cette fin ».

<sup>471</sup>H. RUIZ FABRI, « OMC - Chronique du règlement des différends 2006-2007 », *JDI* 2007 (3), p. 1036

<sup>472</sup>Au total 27 demandes visant 27 produits différents identifiés par les parties plaignantes seront examinées.

<sup>473</sup>9 mesures distinctes prises par l'Autriche, l'Allemagne, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg.

<sup>474</sup>Directive n° 90/220 du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement abrogée par la directive n° 2001/18 adoptée le 12 mars 2001, Règlement n° 258/97 du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments, ainsi que : Règlement n° 1829/2003 du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires, Règlement n° 1830/2003 visant l'étiquetage des OGM et la traçabilité des produits destinés à l'alimentation humaine ou animale à partir d'OGM.

<sup>475</sup>§ 7.103 ainsi que § 8.3. Voir aussi H. GHERARI, « Le conflit sur les produits biotechnologiques tranché à l'OMC », *RMCUE*, n° 503, décembre 2006, p.655

même. En d'autres termes, la légitimité *per se* d'une réglementation visant à contrôler –pour éventuellement restreindre ou interdire- le commerce des OGM n'est pas discutée ; dans ses conclusions, le Groupe spécial prendra d'ailleurs soin de préciser que « *le droit des CE d'examiner [les] risques possibles préalablement à l'approbation de la consommation ou de la plantation de plantes biotechnologiques n'a été mis en cause par aucune des parties plaignantes* »<sup>476</sup>. De même, l'autonomie des Etats membres dans le cadre communautaire et la possibilité pour eux d'appliquer des mesures de sauvegarde ne sont pas discutées : « *les parties plaignantes n'ont pas contesté ...le droit conditionnel des Etats membres des CE pris individuellement d'imposer des mesures SPS qui diffèrent de celles des CE dans leur ensemble* »<sup>477</sup>.

A l'instar des contentieux de l'accord relatif aux mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS) précédemment tranchés par le juge de l'OMC, la question posée n'est donc pas celle de savoir si un membre de l'OMC peut, dans un contexte de précaution, limiter l'entrée sur son territoire de produits qu'il juge dangereux pour la santé et l'environnement<sup>478</sup> : il est évident qu'il peut le faire et le texte de l'accord SPS, comme le texte des autres accords pertinents de l'OMC invoqués dans le cas d'espèce, ne disent d'ailleurs pas autre chose<sup>479</sup>. Le droit de l'OMC impose toutefois des conditions, sous la forme principalement d'une obligation d'évaluation scientifique des risques. La question est alors de savoir si les contraintes découlant de cette obligation sont respectées ou pas.

En amont des mesures ici contestées, figure donc la question centrale et désormais récurrente de l'évaluation des risques dans un contexte d'incertitude scientifique. Le débat n'est pas nouveau ; il a constitué la toile de fond des précédentes affaires portant sur l'application de l'accord SPS et l'affaire *CE-produits biotechnologiques* ne présente pas, de ce point de vue, d'originalité.

Il est donc allégué que les mesures contestées heurtent diverses dispositions de l'accord SPS<sup>480</sup>, mais également certaines dispositions de l'Accord général (GATT)<sup>481</sup>, l'article 4 :2 de l'accord sur l'agriculture, enfin diverses dispositions de l'accord sur les obstacles techniques aux échanges (accord OTC)<sup>482</sup>.

Bien que les plaintes restent séparées, les plaignants demandent la constitution d'un Groupe spécial unique le 7 août 2003 ; celui-ci est finalement établi le 4 mars 2004. La procédure qui s'engage sera d'une exceptionnelle longueur<sup>483</sup> et le Groupe spécial prendra d'ailleurs soin de s'en expliquer<sup>484</sup>. L'enjeu des questions sous examen de même que leur complexité figurent au rang des éléments ayant contribué à l'explosion des délais.

Si l'enjeu des questions posées suscite l'intervention d'un nombre élevé de tierces parties, il conduit également et sans surprise à la soumission de mémoires *d'amicus curiae*. Question sociétale, inscrite à l'agenda de nombre d'ONG, le commerce des organismes génétiquement modifiés (OGM) débattu devant le juge de l'OMC ne pouvait que mobiliser les acteurs de la société civile. Trois mémoires émanant de professeurs d'universités<sup>485</sup> et de coalitions d'une vingtaine d'ONG de pays du Nord mais aussi du Sud seront ainsi spontanément soumis au Groupe spécial<sup>486</sup>. A cet égard, deux points méritent d'être soulevés. Le premier conduit à observer que le Groupe spécial n'a pas cru bon de modifier la pratique habituelle du juge de l'OMC dont on sait qu'elle est très réservée. Usant du pouvoir discrétionnaire que lui offre l'article 13 du MARD, et rappelant la jurisprudence inaugurée

<sup>476</sup> § 8.5 des conclusions.

<sup>477</sup> § 8.8 des conclusions.

<sup>478</sup> Tel est bien l'objet de la réglementation CE. Dès les développements préliminaires, le GS pose : « L'objectif du régime communautaire est de protéger la santé et l'environnement ». § 2.4

<sup>479</sup> H. Ruiz Fabri, « OMC - Chronique du règlement des différends 2006-2007 », *JDI* 2007 (3), p. 1037

<sup>480</sup> Notamment les articles 2 :2, 5 :1, 5 :7 et 8, ainsi que certaines de ses annexes (B et C dans certains de leurs dispositifs).

<sup>481</sup> Notamment l'interdiction des discriminations entre produits similaires (article III :4) et interdiction des restrictions quantitatives (article XI)

<sup>482</sup> Articles 2 et 5.

<sup>483</sup> Plus de trois ans, au lieu des 7 mois prévus par le MARD, séparent la demande d'établissement du Groupe spécial (7 août 2003) et l'adoption par celui-ci de son rapport (29 septembre 2006). On note que les parties seront d'ailleurs dans l'impossibilité de désigner d'un commun accord les panélistes ; conformément au MARD, celui-ci sera nommé par le Directeur général de l'OMC qui portera son choix sur Messieurs Christian Häberli, Mohan Kumar, et Akio Shimizu.

<sup>484</sup> § 7.37 à 7.46 ; voir aussi : Communication du Président du Groupe spécial, 29 septembre 2006, WT/DS291/32, WT/DS292/26, WT/DS293/26, « dans cette affaire, le nombre d'allégations et de produits considérés était sans précédent et le dossier dont était saisi le Groupe spécial était énorme. D'après les estimations, il a fallu de sept à huit années de travail de professionnels du Secrétariat (non compris la traduction et le travail du personnel de soutien) pour établir les rapports, sans compter le temps qu'y ont consacré les membres du Groupe spécial. Cela signifie tout simplement que les groupes spéciaux ne sont pas en mesure d'achever la procédure concernant de tels différends dans le délai de six à neuf mois fixé à l'article 12:9 du Mémorandum d'accord si des ressources additionnelles ne sont mises à la disposition du Secrétariat à cette fin. »

<sup>485</sup> Harvard, Université de l'Etat du Michigan, Université de Lancaster.

<sup>486</sup> § 7.10.

dans l'affaire *Etats-Unis-crevettes*<sup>487</sup>, il va accepter le jeu de la soumission, sans pour autant tenir compte des mémoires dans l'élaboration de sa décision et sans d'ailleurs préciser les raisons de cette décision<sup>488</sup>. Si ce choix pose la question désormais classique de l'accès au prétoire des acteurs non étatiques,<sup>489</sup> la question de la transparence et de la démocratisation du débat va également surgir dans cette affaire sous un angle bien différent. La diffusion du rapport intérimaire du Groupe spécial par une des ONG par ailleurs membre d'une coalition ayant soumis un mémoire *d'amicus curiae*, est en effet le signe d'une violation manifeste de la règle de la confidentialité de la procédure –violation dont l'auteur reste d'ailleurs incertain<sup>490</sup>. Dénonçant fermement ce qu'il qualifie « *d'incident grave* » susceptible « *de nuire à l'intégrité de l'ensemble du système de règlement des différends* »<sup>491</sup>, le Groupe spécial va alors adopter un procédé technique susceptible de mettre efficacement un terme dans l'avenir aux possibilités de divulgation de toute pièce écrite confidentielle<sup>492</sup>. Ce type d'infraction n'est certes pas nouveau<sup>493</sup>, et, si la volonté du juge de protéger la règle centrale de la confidentialité est bien compréhensible, les faits de l'espèce ne font-ils pas écho au débat plus général relatif à l'opportunité de faire évoluer la procédure de règlement des différends vers une certaine publicité des débats ? Dans les affaires sensibles mettant en jeu des questions figurant au cœur de l'intérêt public, ne conviendrait-il pas d'encourager la transparence de la procédure, facilitant ainsi « la compréhension –et donc l'acceptation– de la jurisprudence »<sup>494</sup> ? L'affaire *CE -Hormones II*, ou plus récemment l'affaire, *Etats-Unis-Réduction à zéro*<sup>495</sup> témoignent déjà d'une évolution en ce sens<sup>496</sup> et, d'une certaine manière le rapport *CE-produits biotechnologiques* participe à ce débat.

Mais au-delà de l'enjeu, la complexité et la technicité des questions sous examen, de même que le nombre élevé de produits couverts nécessitant un examen séparé ont largement contribué à l'allongement de la procédure. Au cœur du différend figure l'évaluation des risques dans un contexte d'incertitude scientifique. Diverses évaluations émanant des comités scientifiques communautaires compétents pour statuer dans le cadre des procédures d'autorisation préalable avaient été réalisées en amont des mesures contestées ; les Etats eux-mêmes avaient produit auprès de ces mêmes comités scientifiques diverses études à l'appui de leurs mesures de sauvegarde. Comme dans les affaires précédentes portant sur l'application de l'accord SPS, les expertises vont constituer un enjeu central du différend, rappelant d'ailleurs avec force l'importance de la question de relation du juge et de l'expert. Au cours de la procédure, des avis seront successivement émis par six experts individuels<sup>497</sup> ainsi que par divers secrétariats d'organisations internationales consultés<sup>498</sup>. Signe toutefois que l'affaire était mal engagée pour les CE, il n'a pas échappé aux observateurs que la consultation d'experts durant la procédure a opéré sur un mode différent de celui des affaires précédentes. Elle interviendra en effet ici à la demande des CE, alors que, dans le même temps, les plaignants, qui « *ne contestaient pas les*

<sup>487</sup>Etats-Unis, *prohibitions à l'importations de certaines crevettes et de produits à base de crevettes*, WT/DS58, Rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, § 104 et 108.

<sup>488</sup>§ 7.11.

<sup>489</sup>Pour une vue d'ensemble de la question, voir par exemple H. ASCENSIO, « *L'amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001/04, p. 897 et ss. ; B. STERN, « *L'intervention dans le contentieux de l'OMC* », *RGDIP* 2003, pp. 257 et ss.. Pour une analyse spécifique sur ce point : L. BOISSON DE CHAZOURNES et M. M. BENGUE, « *GMOs and trade : issues at stake in the EC biotech dispute* », *RECIEL*, 13 (3) 2004, pp. 303-304

<sup>490</sup>§ 6.183 et ss. Le rapport a été diffusé par Friends of the Earth en février 2006 : ([http://www.foei.org/en/media/archive/2006/WTO\\_report\\_descriptive.pdf](http://www.foei.org/en/media/archive/2006/WTO_report_descriptive.pdf) ; consulté le 9 janvier 2007) ; le rapport sera assorti d'un commentaire sous le titre : « *Looking behind the US spin: WTO ruling does not prevent countries from restricting or banning GMOs* » [http://www.foei.org/en/media/archive/2006/WTO\\_briefing.pdf](http://www.foei.org/en/media/archive/2006/WTO_briefing.pdf) (consulté le 9 janvier 2007).

<sup>491</sup>§ 6.185. Fait inédit, le Groupe spécial va d'ailleurs estimer devoir délivrer une interprétation de son rapport intérimaire, entendant « *ainsi corriger des analyses erronées dont la diffusion sur Internet est de nature à nuire à la bonne connaissance du droit de l'OMC, à la perception de la légitimité du MRD, à la réputation de l'OMC* » (lettre adressée le 8 mai 2006 aux parties, soit deux jours avant la remise du rapport final confidentiel.

<sup>492</sup>Le procédé a permis le marquage individualisé des rapports finals remis aux parties permettant « de relier une version divulguée d'une partie ou de la totalité des rapports confidentiels à la partie l'ayant reçue ». Lettre du Groupe spécial adressée aux parties le 8 mai 2006, constituant l'Annexe K au rapport final.

<sup>493</sup>Et l'infraction s'est depuis reproduite : voir par exemple Etats-Unis - *Mesures visant la fourniture transfrontières de jeux et paris*, WT/DS285/RW, rapport du Groupe spécial (21§5) distribué le 30 mars 2007 ; sur la question d'ensemble, voir : MARTIN (J.C.), « *La confidentialité du règlement des différends à l'OMC* », *Les annales de droit*, 2008, n°2 (à paraître)

<sup>494</sup>Voir par exemple :H. RUIZ FABRI, « *Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière* », *RGDIP*, 2006/1, p. 49.

<sup>495</sup> *Etats-Unis-Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro* (DS350), [http://www.wto.org/french/news\\_f/news08\\_f/dispute350\\_f.htm](http://www.wto.org/french/news_f/news08_f/dispute350_f.htm), consulté le 15 janvier 2008.

<sup>496</sup>En août 2005, le Groupe spécial saisi de la seconde affaire Hormones a décidé pour la première fois, à la demande des parties de la publicité de ses réunions (doc. TN/DS/M/32 (29 juin 2006), § 7). Certaines des propositions formulées dans le cadre de la négociation relative à la réforme du MARD vont dans le même sens.

<sup>497</sup> § 7.12 et ss

<sup>498</sup>Les secrétariats de la CDB, de la commission du Codex *alimentarius*, de la FAO, de la CIPV, de l'OIE, du PNUE et de l'OMS. Voir le § 7.31.

évaluations des comités scientifiques des CE »<sup>499</sup>, ne le jugeaient pas nécessaire...et pour cause : ces évaluations concluaient toutes à l'absence de risque additionnel pour la santé et l'environnement. Le Groupe spécial va pour sa part considérer que les avis délivrés pendant et dans le cadre de la procédure ne permettent pas de renverser les conclusions des comités scientifiques des CE et d'étayer la thèse d'un risque susceptible de justifier les mesures litigieuses.

Le rapport du 29 septembre 2006 contribue ainsi à préciser les balises que le droit de l'OMC pose à l'exercice du droit d'adopter des mesures de précaution (II) ; avant de discuter cet aspect central du dossier, le Groupe spécial se devait de trancher au préalable la délicate question du droit applicable au différend (I).

### **I. la question du droit applicable au différend : le droit international des biotechnologies ramené au droit de l'OMC**

Le panel a ramené le droit applicable en l'espèce au droit de l'OMC : rien que le droit de l'OMC...mais pas tout le droit de l'OMC.

#### **Rien que le droit de l'OMC**

Les règles de droit international applicables au commerce mondial des produits biotechnologiques ne se limitent pas aux règles pertinentes du droit de l'OMC. On observe d'abord que certaines normes ou données adoptées par des organisations internationales sont susceptibles d'être pertinentes, pour ce qui est notamment de la définition de notions se rapportant aux risques liés aux OGM<sup>500</sup>.

Surtout, de manière plus générale, le principe de précaution, en tant que règle non écrite, ainsi que le Protocole de Cartagena adopté le 29 janvier 2000<sup>501</sup> ont tout naturellement vocation à être invoqués. Rappelons que ce dernier, tout entier articulé autour de « l'approche de précaution »<sup>502</sup>, a pour objet de sécuriser la circulation internationale de produits biotechnologiques ; il autorise des limitations voire des interdictions d'importer, y compris dans un contexte d'incertitude scientifique et sous réserve de procéder à une évaluation des risques appropriée.<sup>503</sup> Le texte obéit donc à une inspiration différente de celle du droit de l'OMC ; la logique environnementale et de protection de la santé du Protocole s'oppose à première vue à la logique commerciale du droit de l'OMC. Dans ce contexte, la prise en compte du Protocole comme du principe de précaution par le juge de l'OMC pouvait être perçue comme un enjeu important pour l'issue du différend. Plus globalement, la question de l'articulation entre espaces normatifs, était ainsi susceptible de revenir devant le juge commercial, comme cela avait pu être le cas dans d'importants précédents (*essence, crevettes, hormones* notamment).

De fait, et comme on pouvait s'y attendre, les CE ont plaidé en faveur de la pertinence de ces règles internationales extérieures pour l'interprétation du droit de l'OMC. Toutefois, le Groupe spécial ne va pas se laisser convaincre<sup>504</sup>. Il jette ainsi le voile de « l'isolation clinique »<sup>505</sup> qu'une jurisprudence antérieure avait pourtant tenté de lever. Une telle position remet-elle frontalement en cause la jurisprudence antérieure ? Est-elle vierge de toute contradiction ? A supposer d'ailleurs que le Groupe spécial statuât différemment et acceptât de prendre en compte le Protocole et/ou le principe de précaution, la méthode aurait-elle en fin de compte servi la thèse des CE ? Rien n'est moins sûr<sup>506</sup>.

Seules les « données » extérieures susceptibles d'éclairer le sens de certains des termes utilisés à l'Annexe A de l'Accord SPS seront sollicitées, le plus souvent pour servir d'appui à un raisonnement ou à une constatation déjà établie par ailleurs<sup>507</sup>. Le Groupe spécial tranchera donc le différend principalement, si ce n'est exclusivement, sur le fondement du droit de l'OMC.

<sup>499</sup>Le Groupe spécial va laisser le soin aux parties de décider si elles souhaitent désigner des experts (§ 7.15)

<sup>500</sup>Comme par ex : les normes du *Codex alimentarius* concernant la définition des notions d'« additifs » (Norme Codex Stan 192-1995), de « contaminants » (Norme Codex 193), ou bien encore la NIMP n° 11 de la FAO (Norme internationale pour les mesures phytosanitaires n°11, *Analyse du risque phytosanitaire pour les organismes de quarantaine incluant l'analyse des risques pour l'environnement*, FAO, Rome, 2004).

<sup>501</sup>Sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique.

<sup>502</sup>Préambule, al. 4 et article 1er

<sup>503</sup>Voir notamment : S. MALJEAN-DUBOIS, J. BOURRINET, ed, *Le commerce international des OGM*, La documentation française, 2002.

<sup>504</sup>§ 7.49 à 7.96.

<sup>505</sup>Selon la formule désormais consacrée à laquelle l'Organe d'appel dans son tout premier rapport : *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

<sup>506</sup>Voir sur ces points *infra* S. MALJEAN-DUBOIS, « Le spectre de l'isolation clinique: quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux? »

<sup>507</sup>Au § 7.96, le Groupe spécial précise avoir demandé, avec l'accord des parties, à plusieurs organisations internationales

### Pas tout le droit de l'OMC

Le panel va examiner les mesures litigieuses à l'aune de l'accord SPS, écartant par là-même le jeu d'autres accords de l'OMC – accord OTC notamment, GATT également.

Afin de répondre aux questions posées, le Groupe spécial devait décider au préalable si la réglementation communautaire d'approbation des OGM, ainsi que les mesures de sauvegarde nationales relevaient intégralement du champ de l'accord SPS (thèse des plaignants), ou étaient susceptibles de relever – au moins pour certaines d'entre elles – de l'accord OTC ou simultanément de l'accord OTC et de l'accord SPS (thèse des CE).

La question se posait notamment pour les mesures poursuivant un but environnemental « pur », indépendamment – ou en plus – d'un objectif sanitaire ou phytosanitaire. Là où, en effet, l'accord SPS est dédié explicitement à la « *protection de la santé des personnes et des animaux ainsi qu'à la préservation des végétaux* » (Préambule et annexe A 1), l'accord OTC ajoute pour sa part à cet ensemble d'objectifs « *la protection de l'environnement* » *per se* (Préambule et article 2 :2). Le test scientifique exigé par l'accord SPS apparaissant comme bien plus rigoureux que le test correspondant découlant de l'accord OTC, la question était naturellement importante<sup>508</sup>.

D'une manière générale, on observera ici que, là où l'article 2.4 de l'accord SPS indique qu'aucune disposition de l'accord n'affecte les droits que les Membres tiennent de l'Accord OTC<sup>509</sup>, l'article 1.5 de l'accord OTC précise que le texte ne s'applique pas aux mesures SPS<sup>510</sup>. En d'autres termes, il semble bien que les obligations des deux accords ne se cumulent pas ; elles s'appliquent bien de manière alternative.

Le Groupe spécial va pour sa part raisonner en deux temps. Il commence par faire droit au point de vue des CE, en constatant que, sur un plan général et hypothétique une réglementation peut très bien incorporer simultanément (ou conduire à) l'adoption de mesures SPS et de mesures non SPS<sup>511</sup>. En fin de compte, le critère pertinent essentiel ne peut être que celui du but poursuivi par ces mêmes mesures.<sup>512</sup> Si le but est l'un de ceux énumérés à l'Annexe A 1) de l'Accord SPS, la mesure doit être évaluée à l'aune de celui-ci<sup>513</sup>. Si le but n'est pas un de ceux visés par l'Annexe A 1), la mesure peut être considérée comme une mesure séparée qui doit être évaluée au titre d'un accord de l'OMC autre que l'accord SPS.<sup>514</sup> Et, toujours selon le panel, l'article 1 :5 de l'accord OTC – contrairement à ce que les plaignants soutiennent – ne fait précisément pas obstacle à ce traitement alternatif de la mesure<sup>515</sup>. Ces considérations préliminaires sont certes importantes ; elles confirment

d'indiquer les « *données (ouvrages de référence, glossaires, documents officiels, y compris les conventions, normes, lignes directrices etc)* » de nature à fournir une aide en ce sens. Voir par exemple l'utilisation de l'annexe 3 de la NIMP n° 11 de la FAO précitée qui vient conforter les constatations portant sur la définition de la notion de « parasites » telle que visée à l'annexe A 1 a) de l'accord SPS (§ 7.256 et § 7.269). Par contre, le Groupe spécial qui retient en définitive une définition large de cette notion s'écarte du même coup de la définition donnée dans la Convention internationale de protection des végétaux (CIPV), plus restrictive ; le Groupe spécial constate que la définition de la CIPV « *qui a fait l'objet de négociations, n'est pas déterminante pour le cas d'espèce* », la Convention ayant par ailleurs un champ d'application plus étroit que celui visé par l'accord SPS (§ 7.241 et note 394). De la même manière, le Groupe spécial s'écarte de la définition que le *Codex* donne de la notion « d'additif ». Cette définition ne constitue pas, aux yeux du Groupe spécial, une « *norme de référence* » au sens de l'article 3.1 de l'Accord SPS : les normes *Codex* acquièrent ce statut vis-à-vis des mesures SPS ; elles ne l'acquiescent pas pour définir la portée des termes de l'Annexe A 1). (§ 7.300 et § 7.314).

<sup>508</sup>Voir par exemple : C. NOUVILLE, « Principe de précaution et OMC – Le cas du commerce alimentaire », *JDI* 2000, p. 272

<sup>509</sup>Pour ce qui est des mesures non couvertes par l'accord SPS.

<sup>510</sup>Telles qu'elles sont définies à l'Annexe A de l'accord SPS.

<sup>511</sup>Voir notamment le § 7.166. Sur cette question, voir par exemple : J. PAUWELYN, « The WTP Agreement on sanitary and phytosanitary (SPS) measures as applied in the first three SPS disputes », *JIEL*, 1999, pp. 643-644 ; G. MARCEAU, J.P. TRACHTMAN, « The technical barriers to trade agreement, the sanitary and phytosanitary measures agreement, and the general agreement on tariffs and trade – A map of the WTO of domestic regulation of goods », *JWT*, 36(5), 2002, n° 811, notamment pp. 876-877.

<sup>512</sup>Sur cette question, voir par exemple : G. MARCEAU, J.P. TRACHTMAN, « The technical barriers to trade agreement, the sanitary and phytosanitary measures agreement, and the general agreement on tariffs and trade – A map of the WTO of domestic regulation of goods », *JWT*, 36(5), 2002, n° 811, notamment pp. 876-877.

<sup>513</sup>Le second critère, posé à l'Annexe A 1) (critère formel) ne posait guère problème ne l'espèce. Il sera brièvement discuté aux §§ 7.417 à 7.431.

<sup>514</sup> §§ 7.165 à 7.167.

<sup>515</sup>Au § 7.167, le panel s'interroge sur la possibilité qu'un règlement technique (au sens de l'accord OTC) incorpore une prescription « SPS » et vice-versa. Il précise : « *L'article 1.5 indique clairement que, dans la mesure où la prescription en cause peut être considérée comme une mesure SPS, les dispositions de l'Accord OTC "ne s'applique[r]ai]ent pas", même si la prescription en cause figure dans une loi qui correspond à la définition d'un règlement technique. ...., dans la mesure où la prescription en cause est appliquée dans un but non visé par l'Annexe A 1) de l'Accord SPS, elle peut être considérée comme englobant une mesure non SPS. D'après ses termes, l'article 1.5 ne peut pas s'appliquer à des mesures non SPS. Cependant, étant donné qu'il est supposé qu'elle fait partie d'un règlement technique, la prescription doit être évaluée au titre de l'Accord OTC, dans la mesure où elle incorpore une mesure non SPS.* » ... notre point de vue selon lequel une prescription peut dans certains cas incorporer plus d'une mesure est compatible avec les dispositions de l'article 1.5 et leur donne sens et effet ». L. FRANKEN, J.E. BURCHARDI, « Assessing the WTO panel report in EC-Biotech », *JEEPL*, n°1/2007, Vol. 4, p. 51 et J. PEEL, « A GMO by any other name... might be an SPS risk ! : implications of expanding the scope of the WTO sanitary and phytosanitary measures agreement », *European journal of international law*, Nov 2006, p. 1015.

bien que les disciplines propres à chaque accord ne s'additionnent pas ; elles sont toutefois dénuées d'effets pratiques en l'espèce.

Appliquant le critère du but poursuivi, le Groupe spécial se livre à un examen minutieux, systématique et successif de la réglementation communautaire puis des mesures litigieuses pour conclure en effet que ces textes et mesures sont tous et exclusivement des mesures SPS au sens de l'Annexe A 1) de l'accord<sup>516</sup>. De fait, les buts énumérés dans ce texte induisent un champ d'application étendu de la notion de mesure SPS ; sont couverts tant les mesures visant à prévenir les risques pesant sur « *la santé et la vie des animaux* » ou la préservation « *des végétaux* », que les mesures visant à prévenir « *d'autres dommages* » liés à « *l'entrée, l'établissement ou la dissémination de parasites* »<sup>517</sup>.

On observe toutefois que le Groupe spécial s'est livré à une interprétation particulièrement large des différentes notions auxquelles l'Annexe A 1) renvoie. Si dans certains cas, la qualification ne faisait guère de doute<sup>518</sup>, dans d'autres cas en revanche, les choses n'allaient pas de soi. Tel est le cas par exemple de l'interprétation retenue des notions de « *parasites* »<sup>519</sup>, « *d'additifs* »<sup>520</sup> ou bien encore « *d'aliments pour animaux* »<sup>521</sup> pour lesquels le panel étend le champ d'application aux produits biotechnologiques, préférant souvent le dictionnaire, donc le sens commun des termes, aux définitions scientifiques proposées par exemple par les organismes de normalisation<sup>522</sup>.

De la même manière, l'identification d'un « *lien* » qualifié de « *rationnel* » entre une mesure litigieuse et un des buts énumérés à l'Annexe A 1)a lui semble suffisante pour conclure à l'applicabilité de l'accord SPS. Le critère de la « *relation rationnelle* », utilisé jusque-là à d'autres fins<sup>523</sup>, permet alors ici de définir et d'étendre le champ d'application de l'accord. Evaluant ainsi par exemple, les directives 90/220 et 2001/18 en ce qu'elles visent à éviter les effets négatifs de la dissémination d'OGM dans l'environnement résultant de l'introduction de plantes GM tolérantes aux herbicides, le Groupe spécial constate qu'il existe un lien entre les plantes GM, l'herbicide et les adventices (*id est* les parasites); il en déduit qu'il y a donc une relation rationnelle entre la mesure - contrôle de la dissémination dans l'environnement des plantes GM tolérantes aux herbicides- et le but - protection de l'environnement- contre les risques découlant de l'entrée, de la dissémination ou de l'établissement des adventices- quand bien même ces risques seraient *indirects*<sup>524</sup>. Il observe à cet égard que rien dans le texte de l'Annexe A 1) n'indique qu'un produit soumis à une mesure SPS doit lui-même être « *le parasite qui présente, directement ou indirectement, les risques contre lesquels la*

<sup>516</sup>§§ 7.148 à 7.416.

<sup>517</sup>Sont ainsi couvertes deux catégories de mesures :

- Celles visant à protéger la santé et la vie des animaux ou préserver les végétaux des risques découlant :
  - de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites, maladies, organismes porteurs de maladies ou organismes pathogènes; (Annexe A 1) a)
  - des additifs, contaminants, toxines ou organismes pathogènes présents dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux; (Annexe A 1) b)
  - de maladies véhiculées par des animaux, des plantes ou leurs produits, ou de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites; (Annexe A 1) c)
- Celles visant à empêcher ou limiter d'autres dommages découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites (Annexe A 1) d)

<sup>518</sup>Exemple : la mesure de sauvegarde autrichienne visant le maïs Bt-176 : le but est la prévention de transfert de gènes de résistance aux antibiotiques et la prévention des effets de la toxine Bt sur les organismes non cibles.( § 7.2612 et ss)

<sup>519</sup>§7.238 à 7.242. La notion de « *parasites* » englobe certainement les mauvaises herbes (adventices) , mais le Groupe spécial va considérer que cela couvre plus globalement toutes les plantes ayant des effets « destructeurs », ou qui nuisent à la santé ou causent des dommages. Tel serait le cas par exemple, lorsque de telles plantes génèrent des flux de gènes à partir d'une plante génétiquement modifiée (GM) vers une plante non GM (§ 7.248 et ss). Sont ainsi pris en compte tant les risques directs que les risques indirectement liés à l'entrée, ou à la dissémination par suite d'un transfert de matériel génétique à partir de plantes GM (§ 7.257).

<sup>520</sup>§§ 7.297 et ss.

<sup>521</sup>Au § 7.292, le panel, se fondant ici sur le dictionnaire indique : « *nous considérons qu'une culture GM croissant dans le but explicite de fournir des aliments aux animaux, et en particulier à des animaux d'élevage, serait considérée comme un « aliment pour animaux ».* Une culture GM que l'on a fait croître dans un but différent, mais qui est ingérée par des animaux, y compris la faune sauvage<sup>521</sup>, peut être considérée comme un « aliment » pour ces animaux. Cela comprendrait, par exemple, le pollen de la culture GM qui est consommé par des insectes et les plantes GM qui sont consommées par des insectes, des cerfs, des lapins ou d'autres espèces de la faune sauvage non cibles. Contrairement aux Communautés européennes, nous pensons que les semences GM utilisées à des fins d'ensemencement pourraient aussi être considérées comme des « aliments » pour animaux, par exemple si elles étaient dispersées à proximité d'un champ et ingérées ensuite par des oiseaux, etc. ».

<sup>522</sup>Voir supra, note 39 ; voir également sur ce point : L. FRANKEN, J.E. BURCHARDI, *op. cit.*, p. 52 et J. PEEL., *op. cit.*, p.

<sup>523</sup>Mis en évidence dans le rapport *Hormones*, puis précisé dans les rapports ultérieurs, le critère avait permis au juge de préciser les exigences liées au test scientifique : une relation rationnelle doit exister entre l'évaluation scientifique du risque et la mesure SPS. L'exigence de lien rationnel signifie ici que les résultats de l'évaluation des risques doivent « justifier suffisamment » ou « étayer raisonnablement » la mesure SPS en question. (Rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, § 192 à 194 ; rappelé dans le rapport *CE-produits biotechnologiques*, § 7.3028)

<sup>524</sup>§ 7.274

mesure vise à assurer une protection »<sup>525</sup>. Il conclut alors que les textes litigieux tombent bien sous le coup de l'Annexe A 1).

Un raisonnement similaire est appliqué aux prescriptions de la directive 2001/18 portant sur l'étiquetage. Alors même que ce point n'avait pas été soulevé par les parties, le Groupe spécial -qui se livre donc à une évocation- estime devoir se prononcer sur la question. Les mesures visant l'étiquetage constituent en principe des règlements ou normes techniques au sens de l'accord OTC et relèvent à ce titre des disciplines incorporées dans ce même accord<sup>526</sup>. Dans le même temps toutefois, l'Annexe A 1) a *in fine* de l'accord SPS qualifie explicitement de mesures SPS « *les prescriptions en matière d'emballage et d'étiquetage directement liées à l'innocuité des produits alimentaires* ». Tout en commençant par rappeler que les prescriptions en matière d'étiquetage ne relève pas *a priori* de l'accord SPS<sup>527</sup>, le panel observe que le seul but déclaré de la directive<sup>528</sup> est de protéger la santé humaine et l'environnement des risques découlant de la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement ; il en déduit alors que la prescription en matière d'étiquetage est bien « *rationnellement liée* » à ce but : elle constitue bien une mesure SPS<sup>529</sup>.

Le Groupe spécial a donc ramené l'ensemble des mesures sous examen à l'accord SPS. Que faut-il en fin de compte en déduire des champs d'application respectifs des accords SPS et OTC ?<sup>530</sup> Est-il bien certain que le risque purement environnemental -tel que l'atteinte à la biodiversité par exemple-<sup>531</sup> relève de l'accord SPS ? Le débat reste ouvert.

Ayant circonscrit le cadre juridique de référence, le panel pouvait ensuite entrer dans le vif du sujet et évaluer les mesures sous examen. Dans ce contexte, les questions posées revenaient à préciser les balises que l'accord SPS impose à l'adoption ou au maintien de mesures de précaution.

## II. Quelles balises à l'adoption ou au maintien des mesures de précaution ?

Évaluant le moratoire général ainsi que les retards dans les mesures d'approbation spécifiques, le Groupe spécial conclut à l'incompatibilité. Derrière cette condamnation dans le cas d'espèce, n'y a-t-il pas toutefois une confirmation de la validité du moratoire en tant qu'instrument de protection contre le risque incertain, et, ce faisant, une semi-victoire des CE ? La sanction des mesures de sauvegarde nationales signe en revanche la défaite des Etats.

### Validation du moratoire en tant que mesure de précaution : la victoire des CE

Contrairement à ce que soutenaient les CE<sup>532</sup>, le Groupe spécial statue que le moratoire général a bien existé entre juin 1999 et août 2003. Bien que la mesure ne soit donc plus d'application au moment où le juge adopte son rapport, ce dernier, invoquant la nécessité d'arriver à « *une solution positive* » du différend<sup>533</sup>, décide qu'il y a bien lieu de statuer.

Le panel invalide alors le moratoire ainsi que, dans la foulée, la plupart des mesures d'approbation spécifiques (24 sur 27).

<sup>525</sup>Mais relève donc (implicitement) de l'accord OTC (§ 7.274)

<sup>526</sup>Préambule (al. 5) de l'accord OTC, Annexe 1.1 et 2 à l'accord.

<sup>527</sup>§ 7.384

<sup>528</sup>En plus de l'objectif formel d'harmonisation.

<sup>529</sup>§ 7.385

<sup>530</sup>Voir notamment : J. PEEL, « A GMO by any other name..might be an SPS risk ! : implications of expanding the scope of the WTO sanitary and phytosanitary measures agreement, *European journal of international law*, Nov 2006, pp. 1025 et ss. ; A. THOMISON, « A new and controversial mandate for the SPS agreement : the WTO panel's interim report in the EC-Biotech dispute », *Columbia Journal of Environmental Law*, n° 287, 2007, p. 305.

<sup>531</sup>L'argument a été soulevé par les CE, par exemple au § 7.208 : « *Les Communautés européennes font valoir, toutefois, qu'il peut se produire des effets négatifs sur l'environnement sans qu'il y ait d'effets négatifs sur la flore et la faune sauvages. Elles donnent comme exemple pertinent les effets négatifs sur la biodiversité. Les Communautés européennes laissent entendre que, dans la mesure où les Directives 90/220 et 2001/18 sont appliquées pour protéger l'environnement de tels effets négatifs, ces directives ne relèvent pas de l'Accord SPS.* » (argument rejeté). De la même manière, certaines des mesures de sauvegarde obéissaient à un objectif purement environnemental. Tel était le cas par exemple de la mesure autrichienne visant le maïs T25 en raison « *des effets écologiques à long terme dans des régions sensibles sur le plan environnemental* » 7. 2578-7.2583. même observation pour : la mesure autrichienne visant le maïs Bt-176 (§ 7.2635 et ss ; « *effets sur l'environnement de la résistance aux herbicides* »), la mesure française visant le colza MS1/RF1 (EC-160) « *Effets négatifs sur l'environnement, y compris ceux qui sont dus à la persistance et aux pratiques de gestion associées à la culture du colza MS1/RF1* » (§ 7.2724), la mesure grecque concernant le colza Topas (§ 7.2827 et s) ; la mesure italienne concernant le maïs MON809, et Bt-11 « *dissémination dans l'environnement* » (§ 7.2872), etc. Au § 7.209, le panel fera valoir pour sa part que rien ne l'empêche « d'interpréter l'expression "d'autres dommages" figurant à l'Annexe A 1) d) comme comprenant aussi certains dommages causés à l'environnement autres que ceux causés à la santé et la vie des animaux ou à la préservation des végétaux ».

<sup>532</sup>Non sans une certaine mauvaise foi, eu égard au faisceau de preuves concordantes. Le panel n'aura d'ailleurs aucun mal à conclure en ce sens (§§ 7. 457 et ss, particulièrement les §§ 7.1271 et ss)

<sup>533</sup>Conformément à l'article 3.7 du MARD. (§ 7.1309 et § 7.1318)

Les conclusions sont fondées sur les dispositions de l'accord SPS (article 8 et Annexe C 1 a))<sup>534</sup> qui prohibent tout «*retard injustifié*» dans les procédures qu'un Membre applique dans le but de vérifier le respect des mesures SPS. Le panel, très bavard sur cette notion de «*retard injustifié*», la définit en fin de compte comme renvoyant à une obligation de bonne foi<sup>535</sup>, un principe du raisonnable<sup>536</sup> impliquant «*en tant qu'obligation fondamentale, l'obligation d'arriver à une décision au sujet d'une demande*»<sup>537</sup>. Il ne peut alors qu'en déduire l'inconséquence des CE.

Répondant à l'argument des CE selon lequel la «*science en constante évolution*» justifie «*une approche de prudence et de précaution*»<sup>538</sup>, le panel commence en effet par noter que l'Annexe C 1) a) et la prohibition de «*retards injustifiés*» n'empêchent pas l'application d'une telle approche : il n'existe entre les deux «*aucune tension inhérente*»<sup>539</sup>. Il observe par ailleurs que l'état des connaissances scientifiques ne constitue pas en soi une situation empêchant de statuer. Ici, de deux choses l'une : soit les preuves scientifiques sont suffisantes pour procéder à une évaluation des risques au sens de l'article 5.1 de l'accord SPS, la mesure adoptée sera alors fondée sur cette évaluation ; soit, les preuves sont insuffisantes, des mesures provisoires au sens de l'article 5.7 et sur le fondement des renseignements pertinents disponibles peuvent alors être adoptées. Lorsque subsistent des incertitudes, y compris en situation de preuves suffisantes, celles-ci «*peuvent être légitimement prises en compte*». Une «*gamme de mesures*» est alors possible, et, «*à l'intérieur de cette gamme, un Membre a la liberté de choisir celle qui offre la meilleure protection de la santé humaine et/ou de l'environnement, compte tenu du niveau de protection qu'il juge approprié*»<sup>540</sup>. Le panel décline d'ailleurs un ensemble de solutions alternatives possibles au moratoire pur et simple. Ainsi en est-il de la possibilité d'accorder des approbations limitées dans le temps ou des approbations soumises à des conditions appropriées<sup>541</sup>, ou bien encore de la décision de rejeter une demande d'approbation sous réserve de revoir telle décision lorsque «*les circonstances pertinentes changent*», ces dernières pouvant inclure «*l'état des connaissances scientifiques*»<sup>542</sup>.

Mais le panel conclura aussi que le moratoire constitue un instrument bel et bien valide, mobilisable dans un contexte de découvertes de preuves scientifiques nouvelles qui contrediraient les preuves scientifiques disponibles. Si ces nouvelles preuves sont «*directement pertinentes pour tous les produits biotechnologiques*» concernés, «*nous pensons que, en fonction des circonstances, il pourrait être justifiable de suspendre toutes les approbations finales en attendant une évaluation appropriée des nouvelles preuves*». La formulation choisie reste certes prudente et n'est pas non plus des plus claires<sup>543</sup>, elle fait néanmoins clairement écho à l'affirmation de principe proclamée peu avant dans le rapport, suivant laquelle le juge reconnaît «*la capacité des Membres de mener une action différenciée, proportionnée pour protéger la santé humaine et/ou l'environnement des risques potentiels découlant des OGM*»<sup>544</sup>.

### **Invalidation des mesures de sauvegarde : la défaite des Etats**

Les mesures de sauvegarde adoptées par six des Etats membres des CE vont être sanctionnées au terme d'un raisonnement complexe.

Au centre des débats, figure le traitement de la preuve scientifique et, en amont, le choix de la méthodologie pour traiter cette délicate question<sup>545</sup>.

Sur le plan méthodologique, l'un des enjeux était de déterminer lequel des deux tests scientifiques prévus par l'accord SPS est applicable : le test de l'article 5 :1 dont on sait qu'il est

<sup>534</sup>L'article 8, complété par l'Annexe C est consacrée aux «*procédures de contrôle, d'inspection et d'homologation*» ; le point 1) a) de l'Annexe prescrit «*que ces procédures soient engagées et achevées sans retard injustifié*».

<sup>535</sup>§ 7. 1498

<sup>536</sup>«*il est clair que l'application d'une approche de prudence et de précaution est, et doit être, soumise à des limites raisonnables, de crainte que l'approche de précaution n'absorbe la discipline imposée par la première clause de l'Annexe C 1) a). En effet, si un Membre pouvait sans cesse retarder des décisions de fond au motif d'un besoin perçu de circonspection et de prudence dans l'évaluation des demandes, la première clause de l'Annexe C 1) a) serait dénuée de tout sens ou effet.*» § 7. 1523

<sup>537</sup>§ 7. 1523 et § 7. 1527

<sup>538</sup>§ 7. 1519

<sup>539</sup>§ 7. 1522

<sup>540</sup>§ 7. 1525

<sup>541</sup>§ 7. 1532. le panel songerait-il ici sans le dire ici à une obligation d'étiquetage et plus généralement d'information et de traçabilité.

<sup>542</sup>§ 7. 1532

<sup>543</sup>Qu'est-ce qu'une preuve «*directement pertinente*» ? , A quoi renvoie, dans le contexte, la formule «*en fonction des circonstances*», utilisée par ailleurs à l'article 5.1 de l'accord SPS ?

<sup>544</sup>§ 7.1527

<sup>545</sup>Voir également : L. GRADONI, H. RUIZ FABRI, Droit de l'OMC et précaution à la lumière de l'affaire des «*OGM*», dossier spécial, *Recueil Dalloz*, 2007, n° 22, pp. 22 et ss



particulièrement rigoureux ou le test de l'article 5 :7, plus flexible puisqu'il correspond à l'hypothèse « *de preuves insuffisantes* ». A cet égard, le panel ne rappelle-t-il d'ailleurs pas : « *l'article 5:7 autorise les Membres à faire, dans certaines circonstances, ce qu'ils ne seraient pas autorisés à faire au titre de l'article 5:1.* »<sup>546</sup>

Au terme d'un long préliminaire, le juge, appliquant la solution *CE-Préférences tarifaires*, statue que l'articulation entre les articles 5 :1 et 5 :7 n'est pas celle d'un principe assorti d'une exception<sup>547</sup>. L'article 5 :7 crée plutôt « *un droit autonome assorti de réserves* »<sup>548</sup> avec les conséquences importantes que l'on sait en termes de charge de la preuve : « *dans les cas où une partie plaignante allègue qu'une mesure SPS est incompatible avec l'article 5:1, il incombe à la partie plaignante, et non à la partie défenderesse, de démontrer que la mesure contestée est incompatible avec au moins l'une des quatre prescriptions énoncées à l'article 5:7. Si ce non-respect est démontré, alors, et seulement alors, l'article 5:1 est applicable à la mesure SPS contestée* ». Par conséquent, « *lorsqu'une partie plaignante formule une allégation de violation au titre de l'article 5:1, c'est à la partie plaignante qu'incombe la charge d'établir prima facie qu'il y a incompatibilité avec l'article 5:1 et l'article 5:7* »<sup>549</sup>.

Le Groupe spécial poursuit alors qu'il doit *d'abord* examiner les mesures à l'aune de l'article 5 :1 ; en cas d'incompatibilité il examinera *ensuite* les mesures à l'aune de l'article 5 :7<sup>550 551</sup>.

Cette méthodologie a eu pour effet de se refermer comme un piège redoutable sur les CE : ayant cherché à établir -sans succès- que l'évaluation scientifique avait été convenablement menée au regard des exigences de l'article 5 :1, ne devenait-il pas impossible de montrer que les preuves étaient « *insuffisantes* » au sens de l'article 5 :7 ?

Pour ce qui est du traitement de la preuve, le panel constate que, sous l'article 5 :1, les documents et études fournis par les Etats membres ne constituent pas une évaluation des risques au sens de ce texte : soit que les évaluations aient été postérieures à la date d'établissement du Groupe spécial, donc non pertinentes<sup>552</sup>, soit que les évaluations aient porté sur des probabilités non des possibilités de réalisation du risque<sup>553</sup>, soit encore qu'elles n'aient pas été spécifiques au produit concerné et au risque supposé<sup>554</sup>.

Sous l'article 5 :7, le panel constate ensuite que les produits litigieux bloqués par les Etats, avaient antérieurement et par définition fait l'objet d'une approbation communautaire, au terme d'une évaluation scientifique « *positive* ». Il ne devenait donc plus possible d'invoquer l'insuffisance de preuves. Le panel rejette au passage la thèse des CE qui invitait le Groupe spécial à faire entrer dans les critères d'appréciation de l'insuffisance de preuves, le niveau de protection souhaité. Le panel refuse de se livrer à un tel contrôle de proportionnalité, refusant par là d'exercer une évaluation politique des conditions de mise en œuvre de l'article 5 :7.<sup>555</sup>

A la lecture du rapport, on peut se demander avec Hélène Ruiz Fabri si la CE n'a pas été en fin de compte, et pour ce qui est de la stratégie déployée pour défendre les mesures de sauvegarde de ses Etats, « *l'artisan de sa propre défaite* »<sup>556</sup> ? N'aurait-elle, en particulier, pas pu mieux exploiter son droit à l'autonomie en matière environnementale et de santé dans le contexte de l'article 5 :1 : il semble, à la lecture du § 7.3065 du rapport que le panel était peut-être prêt à suivre le raisonnement<sup>557</sup>. Mais la CE n'a pas emprunté ce chemin.

<sup>546</sup> § 7.2993

<sup>547</sup> §§ 7.2984 et ss.

<sup>548</sup> §§ 7.2997

<sup>549</sup> § 7.3000

<sup>550</sup> § 7.3005 « *Dans la présente affaire, les parties plaignantes contestent les mesures de sauvegarde au titre de l'article 5:1. Il ressort clairement du paragraphe précédent que, dans de telles circonstances, il est à la fois nécessaire et approprié d'examiner la compatibilité des mesures de sauvegarde avec l'article 5:7 dans le contexte, et en tant que partie, d'un examen de la compatibilité des mêmes mesures avec l'article 5:1. Par conséquent, contrairement aux Communautés européennes, nous considérons que nous pouvons, et en fait devons, évaluer les mesures de sauvegarde au titre de l'article 5:1.* »<sup>550</sup>. Voir aussi § 7.3006.

<sup>551</sup> Si l'incompatibilité est également avérée, notamment si les preuves scientifiques sont jugées « *suffisantes* » alors, dit le juge, « *nous aurons établi la démonstration que 5 :1 est d'application et, ayant établi en amont, qu'il y a incompatibilité avec 5 :1, l'incompatibilité définitive pourra être prononcée* ».

<sup>552</sup> § 7.3037, § 7.3112, § 7.3121,

<sup>553</sup> §§ 7.3044 à 7.3046, § 7.3078, § 7.3116, § 7.3145, § 7.3148, 7.3151, § 7.3167, § 7.3169, § 7.3171

<sup>554</sup> § 7.3098, § 7.3169 à 7.3170, § 7.3149.

<sup>555</sup> § 7.3243. Sur ce point, voir notamment les analyses de L. GRADONI et H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, pp. 23 et ss.

<sup>556</sup> H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, JDI 2007/3, p. 1037 et L. GRADONI et H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, pp. 24.

<sup>557</sup> « Nous pourrions admettre que le fait qu'un Membre a décidé d'adopter une approche de précaution pourrait avoir une incidence sur l'évaluation par un Groupe spécial de la question de savoir si une mesure SPS est "établie sur la base d'une évaluation des risques, comme le requiert l'article 5:1. Nous considérons que, s'il existe des facteurs qui affectent le niveau de confiance des scientifiques dans une évaluation des risques qu'ils ont effectuée, un Membre peut en principe en tenir compte lorsqu'il détermine la mesure à appliquer pour atteindre le niveau de protection contre les risques qu'il juge approprié. »<sup>557</sup> Ainsi, on peut imaginer qu'il y ait des cas dans lesquels un Membre

Le rapport du 29 septembre 2006 laisse au final un étrange sentiment d'insatisfaction. Il est manifeste qu'une pluralité de lectures demeure possible, ce dont témoigne d'ailleurs l'absence d'appel. Une première option pourrait trouver la formulation suivante : compte-tenu du fait que l'affaire était bien mal engagée pour les CE et que celles-ci ont, au moins sur certains points, mal défendu leur cause, le résultat pouvait-il être différent ? De ce point de vue, le rapport n'est jamais qu'une réponse aux faits de l'espèce et aux arguments présentés par les parties. A l'inverse, une deuxième option pourrait conduire à la question suivante : compte-tenu du fait que l'affaire était mal engagée pour les CE et que celles-ci ont, sur certains points au moins mal défendu leur cause, le résultat n'est-il pas encourageant ? En ce sens, il est important de rappeler que Groupe spécial n'a pas tranché les questions de fond ; obéissant à une pédagogie dont il est désormais coutumier, le juge prend soin de dire dans ses conclusions ce qu'il « n'a pas examiné »<sup>558</sup> (donc ce qu'il n'a pas dit) : il n'a pas dit que les OGM étaient ou non inoffensifs et il n'a pas dit non plus que les OGM étaient des produits similaires à leurs équivalents non OGM, n'abordant ainsi pas la délicate question des processus et méthodes de production (PMP)<sup>559</sup>. Dans le même temps, le panel accorde une large place à l'approche de précaution qui diffuse dans toute la lecture qui nous est livrée de l'accord SPS. Enfin, une troisième voie conduirait à poser la question suivante : bien que l'affaire ait été mal engagée pour les CE et bien qu'elles aient, sur certains points au moins, mal défendu leur cause, le rapport ne suscite-t-il pas des réserves pour ce qui est par exemple du traitement des normes extérieures au droit de l'OMC, de l'interprétation extensive du champ de l'accord SPS ou bien encore du traitement de la preuve scientifique ?

Il est certain que bien des questions restent en suspend, questions que le défaut d'appel n'aura donc pas contribué à éclairer. L'exécution du rapport a fait l'objet d'intenses et difficiles négociations entre les parties mais aussi entre les CE et les Etats membres ; les procédures d'approbation spécifiques ont repris dès 2003 ; six d'entre elles ont abouti<sup>560</sup> et 5 demandes étaient en cours d'évaluation début 2007<sup>561</sup> ; la majorité des mesures de sauvegarde sont par ailleurs devenues sans objet<sup>562</sup> mais deux mesures autrichiennes posent manifestement des difficultés<sup>563</sup>, alors que le délai de mise en œuvre est arrivé à expiration le 11 janvier 2008<sup>564</sup>.

La relance des controverses autour du Maïs MON 810<sup>565</sup> en France au nom de la découverte de preuves scientifiques nouvelles, l'annonce de l'activation par cet Etat de la clause de sauvegarde prévue à l'article 23 de la directive 2001/18/CE, de même que, d'une manière plus générale les orientations législatives et réglementaires récemment adoptées (ou maintenues) par un certain nombre d'Etats confirment les réticences en la matière<sup>566</sup>. L'Europe communautaire a décidé de son côté

---

qui adopte une approche de précaution et qui se trouve confronté à une évaluation des risques identifiant des incertitudes<sup>557</sup> ou des contraintes serait fondé à appliquer i) une mesure SPS même si un autre Membre pourrait ne pas décider d'appliquer de mesure SPS sur la base de la même évaluation des risques, ou ii) une mesure SPS plus rigoureuse que la mesure SPS appliquée par un autre Membre pour prévenir le même risque. Toutefois, même si un Membre adopte une approche de précaution, ces mesures SPS doivent être "établies sur la base d'une évaluation des risques (c'est-à-dire être "suffisamment justifiées" ou "raisonnablement étayées" par celle-ci). Autrement dit, une telle approche doit être appliquée d'une manière compatible avec les prescriptions de l'article 5:1.

<sup>558</sup> § 8.3 : C'est le juge qui souligne.

<sup>559</sup> Voir aussi sur ce point, la réponse du Groupe spécial aux allégations de l'Argentine : §§ 7.2509 à 7.2516.

<sup>560</sup> Liste disponible sur : et sur [http://ec.europa.eu/environment/biotechnology/authorised\\_prod\\_2.htm](http://ec.europa.eu/environment/biotechnology/authorised_prod_2.htm) (autorisations au titre de la directive 2001/18/CE) (consulté le 15 janvier 2008)

<sup>561</sup> Liste disponible sur : [http://ec.europa.eu/environment/biotechnology/pending\\_products.htm](http://ec.europa.eu/environment/biotechnology/pending_products.htm) (consulté le 15 janvier 2008)

<sup>562</sup> Car concernant des produits pour lesquels les autorisations de commercialisation sont arrivées à expiration.

<sup>563</sup> Mesures autrichiennes portant sur le maïs MON 810 et le maïs T 25. La majorité requise au Conseil des ministres de l'Union Européenne pour exiger de l'Autriche le retrait des ces mesures n'a pu être obtenue en octobre 2007. La Commission qui souhaitait obtenir la levée de la clause de sauvegarde n'a donc pas été entendue ; voir : Conseil de l'Union Européenne, 2826<sup>ème</sup> session, 30 octobre 2007, communiqué de presse, 14178/07 (Presse 247), [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/fr/envir/96900.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/envir/96900.pdf) (consulté le 14 janvier 2008). Les propositions de la Commission de levée du moratoire de l'Autriche concernant respectivement le Zea maïs L. lignée T25 et le Zea maïs L. lignée MON 810 peuvent être consultées sur le site du Conseil de l'UE : <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st13/st13701.fr07.pdf> et <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st13/st13702.fr07.pdf> ; (consulté le 11 janvier 2008) ; voir également Le Monde 11 janvier 2007.

<sup>564</sup> Les parties au différend qui étaient convenues d'un délai de mise en œuvre de 12 mois à compter de l'adoption du rapport par l'Organe de règlement des différends. A l'échéance, le 21 novembre 2007, une prorogation a été négociée, si bien que la nouvelle échéance a été fixée au 11 janvier 2008. (WT/DS293/30)

<sup>565</sup> Qui a donc valu, dans le rapport du 29 septembre 2006, la condamnation des CE (retard dans l'achèvement de la procédure d'approbation), ainsi que de l'Autriche et de l'Italie. Voir les éléments scientifiques nouveaux émis par le Comité de préfiguration d'une haute autorité sur les organismes génétiquement modifiés (institué par le décret n°2007-1719 du 5 décembre 2007), *avis sur la dissémination du MON810 sur le territoire français*, ([http://www.legrenelle-environnement.fr/grenelle-environnement/IMG/pdf/Avis\\_emis\\_sur\\_la\\_dissemination\\_du\\_MON810\\_le\\_9\\_01\\_2008-2.pdf](http://www.legrenelle-environnement.fr/grenelle-environnement/IMG/pdf/Avis_emis_sur_la_dissemination_du_MON810_le_9_01_2008-2.pdf) ; consulté le 11 janvier 2008)

<sup>566</sup> S'agissant de la France : voir le rapport de l'atelier intergroupe sur les OGM, 27 septembre 2007, Grenelle de l'environnement, France, [http://www.legrenelle-environnement.fr/grenelle-environnement/IMG/pdf/OGM\\_Synthese\\_Rapport.pdf](http://www.legrenelle-environnement.fr/grenelle-environnement/IMG/pdf/OGM_Synthese_Rapport.pdf) ; consulté le 11 janvier 2008). Voir également le projet de loi sur les OGM adopté en conseil des ministres le 19 décembre 2007 ([http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/6\\_-\\_Projet\\_de\\_loi\\_OGM\\_Expose\\_des\\_motifs\\_cle03fe61.pdf](http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/6_-_Projet_de_loi_OGM_Expose_des_motifs_cle03fe61.pdf), consulté le 11 janvier 2008).. Le texte devait être débattu devant être débattu au Parlement à partir du 9 février 2008. Suite à l'avis émis par l'autorité provisoire, le gouvernement a décidé le

d'organiser un « débat d'orientation » sur le sujet dans les prochaines semaines.<sup>567</sup> La question des OGM, tant le thème de leur importation, que celui de leur commercialisation ou de leur mise en culture reste d'une brûlante actualité en Europe et le débat judiciaire à l'OMC a encore de beaux jours devant lui.

---

report de l'examen du texte après l'échéance électorale du mois mars (Le Monde, 8 janvier 2007). De leur côté et en plus de l'Autriche, des Etats tels que la Grèce, l'Allemagne ou la Hongrie ont eu recours à la clause de sauvegarde prévue à l'article 23 de la directive 2001/18/CE. *Le Monde* 10 janvier 2008, « Les OGM de plus en plus mal acceptés en Europe ». Pour un état des clauses de sauvegarde appliquées au 7 janvier 2008 : [http://ec.europa.eu/environment/biotechnology/safeguard\\_clauses.htm](http://ec.europa.eu/environment/biotechnology/safeguard_clauses.htm), consulté le 14 janvier 2008)

<sup>567</sup>*Le Monde, op. cit.*

## Le spectre de l'isolation clinique: quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux?

Sandrine Maljean-Dubois, Directeur de recherches au CNRS  
(CERIC/UMR 6201 CNRS-Université Paul Cézanne Aix-Marseille III)<sup>(\*)</sup>

Depuis que l'expression est née sous la plume de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, en 1996, dans le premier rapport qu'il a rendu, dans l'affaire de l'*Essence*, le spectre de l'"*isolation clinique*" a hanté, outre les couloirs de l'OMC, bien des ouvrages et des revues juridiques. L'Organe d'appel s'appuyait alors sur l'article 3:2 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. Selon cette disposition, un organe de règlement de l'OMC n'est censé se prononcer qu'au regard des "*accords visés*" : "*Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés*". Mais un organe de règlement doit aussi, selon cette même disposition, "*clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public*". Pour l'Organe d'appel, "*Cette instruction est dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public*"<sup>568</sup>.

Ce rejet de l'"*isolation clinique*", dès le premier rapport de l'Organe d'appel, témoigne ainsi d'une ouverture aux règles externes. Il établit que le droit de l'OMC n'est pas un régime auto-suffisant ou auto-géré, à supposer que de tels régimes existent : le droit de l'OMC est du et dans le droit international – il n'en est pas cliniquement isolé – et il est interprétable et interprété au moyen des règles coutumières d'interprétation du droit international.

Mais, en lui-même, l'article 3:2 du Mémoire d'accord ne vise directement que les règles d'interprétation du droit international public. Ce n'est qu'indirectement ou par ricochet qu'il permet aussi une prise en compte de règles substantielles. Par ricochet, puisque les règles d'interprétation du droit international, notamment les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités que l'Organe d'appel va très vite considérer comme énonçant des règles coutumières, prévoient une prise en compte du droit international public substantiel. L'exercice de la compétence du juge de l'OMC doit donc être "*contrôlé par l'environnement normatif*"<sup>569</sup>.

C'est le fil d'un raisonnement que l'Organe d'appel va dérouler peu à peu, non sans audace au regard des nombreuses balises que le Mémoire d'accord sur le règlement des différends pose à son pouvoir de développement du droit. De fait, sa jurisprudence marque par petites touches une évolution très nette s'agissant de la prise en compte des règles extérieures à l'OMC, une évolution par rapport au GATT de 1947 bien plus "*cliniquement isolé*" que le droit de l'OMC ne l'est aujourd'hui. Ainsi, il est désormais établi que les Accords visés constituent la "*source primordiale du droit*" lors de l'examen d'un différend, mais pas la source unique<sup>570</sup>. Mais jusqu'où aller dans la prise en compte des règles exogènes, des autres instruments et principes internationaux ? L'affaire de l'*Essence* n'a pas clos le débat, loin s'en faut.

L'articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux était l'une des questions essentielles posées dans l'affaire des *Produits biotechnologiques*. En effet, les Communautés européennes y ont abondamment invoqué pour leur défense d'autres règles et instruments internationaux appartenant à la sphère du droit international de l'environnement et de la santé. De leur côté, les plaignants ont catégoriquement rejeté la pertinence des autres règles et instruments internationaux invoqués pour trancher le différend, invitant le Groupe spécial à s'en tenir aux "*accords visés*", soit au droit de l'OMC, aux règles internes.

<sup>(\*)</sup> Cette étude a bénéficié du soutien de la Mission de recherche Droit et justice.

<sup>568</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

<sup>569</sup> Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, établi sous sa forme définitive par M. Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13.04.2006, p. 31.

<sup>570</sup> E. CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, 2<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 100.

Il n'est d'ailleurs guère étonnant que l'affaire ait donné lieu à un tel débat : le conflit était, de ce point de vue, annoncé. Le commerce des produits biotechnologiques relève en effet de deux, voire trois espaces normatifs :

- le droit de l'OMC, qui jouit d'une antériorité dans l'application ;
- le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, adopté en janvier 2000, et qui avait précisément pour objectif d'allumer un "*contre-feu*"<sup>571</sup> au droit de l'OMC. Les difficiles négociations du Protocole ont révélé la fracture transatlantique à ce sujet. Et ce sont bien – et il n'y a pas là de hasard – les adversaires d'alors qu'on retrouve devant le Groupe spécial dans l'affaire des produits biotechnologiques ;
- des normes techniques internationales spécifiques.

Le commerce des produits biotechnologiques pose ainsi des problèmes juridiques systémiques. Mais la question s'inscrit aussi dans le contexte plus général du débat sur les relations entre les accords environnementaux multilatéraux (AEM) et le droit de l'OMC, lequel débat occupe le Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC depuis sa création. La question, inscrite à l'agenda des négociations de Doha, donne lieu à des affrontements assez sévères.

On aurait pu penser que le différend engagé contre l'Union européenne aurait valeur de test et permettrait de clarifier un contexte juridique complexe. Pour diverses raisons, et en l'absence d'appel, l'affaire n'apporte cependant guère d'éclaircissements.

La question s'est posée vis-à-vis de trois sources externes au droit de l'OMC : le Protocole de Cartagena, le principe de précaution et les normes techniques internationales. Or, le Groupe spécial n'en utilise aucune ou presque – mises à part les normes du *Codex alimentarius* pour dérouler le test d'évaluation scientifique. Nous laisserons de côté la question – plus technique et moins attendue, même si elle n'est pas intéressante – des normes techniques<sup>572</sup>, pour nous attacher au Protocole de Cartagena (I) et au principe de précaution (II)<sup>573</sup>.

### ***I. Droit de l'OMC et Protocole de Cartagena***

D'emblée, le Groupe spécial se tourne vers l'article 31§3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités puisque, dit-il, cet article "*parle directement de la question de la pertinence d'autres règles de droit international pour l'interprétation d'un traité*". Rappelons que selon cette disposition qui pose la "*règle générale d'interprétation*", "*Il sera tenu compte, en même temps que du contexte (...) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties*". Le Groupe spécial n'a aucune difficulté à considérer que la Convention sur la diversité biologique ou le Protocole de Cartagena sont, en tant que traités, "*admissible(s)*" en tant que "*règle(s) de droit international*"<sup>574</sup>.

Mais surgit alors une difficulté : l'article 31§3 c) indique aussi que ce sont uniquement les règles de droit international qui sont "*applicable(s) dans les relations entre les parties*" dont il faut tenir compte pour interpréter un traité. L'expression "*les parties*" vise-t-elle les parties au différend, en l'espèce les Communautés européennes, le Canada, les États-Unis et l'Argentine ? Ou bien de manière plus contraignante les règles applicables dans les relations entre l'ensemble des Membres de l'OMC ? Cela signifierait alors que le Protocole, pour être pris en compte aux fins de l'article 31§3 c) devrait être ratifié par l'ensemble des membres de l'OMC. Ainsi balisée, la question est importante sur le principe, mais sans conséquence sur l'issue du différend. Le Protocole de Cartagena n'est en effet pas plus applicable dans un cas que dans l'autre puisque seules les Communautés y sont parties : il n'est donc pas applicable aux Parties au différend, et *a fortiori* à l'ensemble des membres de l'OMC. La question aurait pu en revanche se poser pour la Convention sur la diversité biologique car trois sur quatre des parties au différend – Argentine, Canada, Communautés européennes – y sont parties. Cela n'appelaient-il pas une segmentation du différend<sup>575</sup> ? Était-il le même entre le Canada et l'Argentine et les Communautés, d'une part, et entre les États-Unis – seulement signataires – et les Communautés d'autre part ? Le Groupe spécial élude cette question. *A fortiori*, il élude celle de la portée de la

<sup>571</sup> Selon l'expression d'H. RUIZ FABRI, "Concurrence ou complémentarité entre les mécanismes de règlement des différends du Protocole de Carthagène et ceux de l'OMC ?", *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, La Documentation française, Monde européen et international, J. BOURRINET, S. MALJEAN-DUBOIS (ed.), 2002, p. 149.

<sup>572</sup> Voir sur ce point *supra* M.-P. LANFRANCHI.

<sup>573</sup> On se référera pour ces questions au Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 septembre 2006, pp. 373-388.

<sup>574</sup> D'autres juges internationaux ont retenu la même interprétation. Cf. J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law, How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 256.

<sup>575</sup> L'article 9 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends autorise jusqu'à des rapports distincts dans de telles hypothèses, à la demande d'une des parties.

signature non suivie de ratification du Protocole de Cartagena par l'Argentine et le Canada, qui là aussi distinguait le différend entre le Canada et l'Argentine et les Communautés, de celui entre les Communautés et les Etats-Unis, non-signataires du Protocole, au regard notamment de l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>576</sup>.

C'est l'acception la plus exigeante que le Groupe spécial retient au terme d'une analyse textuelle et contextuelle : la disposition, la disposition dans l'article 31, l'article 31 dans la Convention de Vienne<sup>577</sup>. Pour lui, *“on ne voit pas pourquoi un État souverain approuverait une règle impérative d'interprétation des traités qui pourrait avoir comme conséquence que l'interprétation d'un traité auquel cet État est partie est affectée par d'autres règles de droit international que ledit État a décidé de ne pas accepter”*. Reconnaître le contraire représenterait un grand danger pour la sécurité juridique – on pourrait défaire ce qu'on a tissé d'un côté en s'engageant d'un autre côté. Pourrait-on accepter que les Communautés détricotent le droit de l'OMC en négociant et concluant le Protocole de Cartagena, auquel les Etats-Unis refusent d'adhérer ? Ce ne serait pas *“raisonnable”*, dit le Groupe spécial. Ce n'est en tout cas pas ainsi qu'il comprend les *Crevettes*, que les Communautés invoquaient à l'appui de leur argumentation, et sur laquelle le Groupe spécial revient par la suite.

Le Groupe spécial prend soin d'ajouter : *“nous ne devons pas prendre, et nous ne prenons pas, position sur le point de savoir si [lorsque les règles pertinentes de droit international sont applicables dans les relations entre toutes les parties au différend, mais pas entre tous les Membres de l'OMC, et dans laquelle toutes les parties au différend font valoir qu'un Accord multilatéral de l'OMC devrait être interprété à la lumière de ces autres règles de droit international] nous serions habilités à tenir compte des autres règles pertinentes de droit international”*. La situation, semble-t-il dire, serait différente si toutes les parties au différend étaient parties à un accord externe et demandaient à ce que cet accord externe soit pris en compte : sans y être contraint il pourrait être *“habilité”* à en tenir compte, de manière casuistique. Mais ni l'une, ni l'autre de ces conditions ne sont réunies ici.

Le Groupe spécial pourrait s'en tenir là, puisque ni la Convention de Rio, ni le Protocole ne respectent les conditions posées. Mais il précise que la prise en compte des règles pertinentes est une obligation, pas une simple faculté (*“[i]l sera tenu compte”*), même si c'est une obligation de moyen plus que de résultat (*“aucun résultat particulier n'est donc prescrit”*). Toutefois, *“un traité doit être interprété ‘de bonne foi’”*. En particulier, *“dans les cas où l'examen de tous les autres éléments d'interprétation énoncés à l'article 31 aboutit à plus d'une interprétation admissible, celui qui interprète un traité en suivant les instructions de l'article 31 3) c) de bonne foi devrait à notre avis opter pour l'interprétation qui est plus en accord avec les autres règles de droit international applicables”*. Ce à quoi le Groupe spécial ajoute en note de bas de page : *“Nous ne laissons pas entendre que les autres règles de droit international applicables constituent invariablement ou exclusivement une sorte de ‘tie-breaker’ dans le processus d'interprétation”*. Le sens de cette métaphore *“tennistique”* n'est pas très clair. Doit-on comprendre que les règles de droit international constituent une sorte de *tie-breaker*, permettant de départager entre plusieurs interprétations également possibles, généralement mais pas invariablement ou exclusivement ? Mais alors quand et pourquoi ne jouent-elles pas les *tie-breaker* ?

C'est bien cette nature obligatoire de la prise en compte des autres règles pertinentes au sens de l'article 31§3 c) qui confirme pour le Groupe spécial sa conception exigeante du terme de *“parties”*. Son interprétation, nous dit-il, *“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”*. Il fait ici le choix d'une cohérence interne, plutôt qu'externe. Or, si cette interprétation était effectivement retenue et confirmée à l'avenir, cela poserait quelques problèmes. En effet, une telle interprétation *“rend pratiquement impossible de jamais trouver un contexte multilatéral où il serait permis de faire référence à d'autres traités internationaux pour faciliter l'interprétation en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31. Le Groupe spécial assure ce qu'il appelle la «cohérence» de son interprétation du traité de l'OMC au prix de la cohérence du régime des traités internationaux dans son ensemble”*<sup>578</sup>. Cela rend pratiquement impossible qu'il soit tenu compte d'un accord

<sup>576</sup> *“Un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but : a) Lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité (...)”*.

<sup>577</sup> Dans le même sens, J. Pauwelyn, *“The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ?”*, *AJIL*, 2001, p. 577 et *Conflict of Norms in Public International Law, How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, précit., p. 257. La question avait été évoquée, pour être laissée de côté, par le Groupe spécial, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/R, 3 mai 2002, p. 161.

<sup>578</sup> Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : difficultés*

environnemental multilatéral, et finalement plus le nombre de membres de l'OMC augmente et plus la prise en compte d'autres traités devient improbable, mécaniquement, avec une "isolation clinique" grandissante. Cette interprétation permet-elle à la "règle de la 'non-suffisance' de toute obligation internationale ou de sa 'dépendance' à l'égard de son contexte normatif"<sup>579</sup> de jouer pleinement ?

Sur ce point, la doctrine était divisée ; l'Organe d'appel n'avait pas jusqu'alors véritablement éclairci sa démarche. Il y avait finalement deux interprétations possibles, et l'on peut se demander si l'impératif du "soutien mutuel" ou de la cohérence de l'ordre juridique international n'aurait dans ces conditions pas pu agir comme un *tie-breaker*. La prise de position du Groupe spécial ne témoigne pas d'une vision systémique du droit international. Son choix est cependant sans conséquences pour l'affaire et même au-delà de l'affaire. L'interprétation d'un groupe spécial ne lie en effet pas les groupes spéciaux ultérieurs ; les rapports n'ont une force obligatoire que pour ce qui est du "règlement du différend entre les parties en cause"<sup>580</sup>. En outre, s'il ferme la porte de l'article 31§3 c), le Groupe spécial ouvre – même s'il la referme assez vite pour cette espèce – une autre porte. Après avoir rejeté l'interprétation de l'article 31§3 c), le Groupe spécial va en effet se demander s'il n'existe pas, en dehors de cette hypothèse, "d'autres règles de droit international que nous pourrions prendre en considération dans l'interprétation des Accords de l'OMC en question même si ces règles ne sont pas applicables dans les relations entre les Membres de l'OMC et n'entrent donc pas dans la catégorie de règles qui est visée à l'article 31 3) c)".

C'est ici qu'il prend sur lui d'explicitier la démarche de l'Organe d'appel dans l'affaire des *Crevettes*, en réponse à l'argument des Communautés selon lequel l'Organe d'appel avait alors interprété les règles de l'OMC (*i.e.* la notion de "ressources naturelles épuisables" de l'article XX du GATT) en se référant à des traités qui ne liaient pas toutes les parties à la procédure, y compris la Convention sur la diversité biologique à l'appui des thèses américaines, et bien que les États-Unis n'y soient pas parties. Pour le Groupe spécial, la démarche de l'Organe d'appel s'est alors inscrite dans le cadre de l'article 31§1 de la Convention de Vienne, selon lequel les termes d'un traité doivent être interprétés suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Ce "sens ordinaire" peut être déterminé à partir de dictionnaires. Mais "d'autres règles pertinentes de droit international [au sens de "non applicables dans les relations entre les Membres de l'OMC"] peuvent dans certains cas aider celui qui interprète un traité à établir, ou confirmer, le sens ordinaire des termes du traité dans le contexte spécifique dans lequel ils sont utilisés". Le Groupe spécial rappelle que l'Organe d'appel a pu affirmer que "les dictionnaires donnent des indications importantes, mais non des avis déterminants, pour la définition des termes qui apparaissent dans les accords et les documents juridiques"<sup>581</sup>. Ainsi, il aurait "fait appel à d'autres règles de droit international parce qu'il considérait qu'elles étaient éclairantes et l'aidaient à établir le sens et la portée de l'expression 'ressources naturelles épuisables'". Et il est vrai que, en tout cas à ce passage du rapport *Crevettes*, l'Organe d'appel ne s'est pas référé à l'article 31§3 c)<sup>582</sup>. Mais sa démarche – non explicitée – s'inscrivait-elle dans le cadre de l'article 31§1 et seulement dans ce cadre ? Plutôt que de se fonder sur l'information sur le "sens ordinaire" du traité, le Groupe spécial n'aurait-il pas pu se tourner davantage vers l'éclairage qu'apportent l'objet et le but du Traité<sup>583</sup> ?

Il faut s'interroger sur la portée de ce choix méthodologique.

La première conséquence réside dans la sélection des instruments et règles à mobiliser, alors complètement ouverte. Ainsi, une Déclaration, un traité non en vigueur entre les Parties au différend peuvent alors être utilisés. Cette souplesse est due au fait que les règles externes ne sont alors plus "prises en considération parce qu'il s'agit de règles juridiques, mais plutôt parce qu'elles peuvent apporter des éléments de preuve indiquant le sens ordinaire des termes de la même façon que les dictionnaires". De fait, dans les *Crevettes*, pour trouver le sens "actuel" de l'expression "ressources naturelles épuisables", l'Organe d'appel s'appuyait, outre sur des conventions non ratifiées par l'ensemble des Parties au différend, sur la Déclaration de Rio de 1992 et *Action 21*, donc des

---

déoulant de la diversification et de l'expansion du droit international, *op. cit.*, p. 248.

<sup>579</sup> P.-M. DUPUY, "L'unité de l'ordre juridique international", *RCADI*, 2002, vol. 297, p. 456.

<sup>580</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 oct. 1996, p. 19.

<sup>581</sup> Par ex. Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, paragraphe 248.

<sup>582</sup> Il s'y réfère en revanche au sujet des "principes généraux du droit international" pour la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, p. 67.

<sup>583</sup> M. A. Young, "The WTO's use of relevant rules of international law : an analysis of the Biotech Case", *ICLQ*, Vol. 56, oct. 07, p. 921.

instruments de *soft-law*. Il ne semblait pas se référer à ces instruments en raison de leur portée contraignante, mais davantage parce qu'ils reflétaient une conception commune et largement répandue. Dès lors, il n'est plus nécessaire que la règle en question soit applicable à "*toutes les parties au différend*" et le fait que toutes les parties au différend y soient parties ne la rend pas plus "*appropriée*". Le seul critère réside dans le caractère éclairant ou non. La prise en compte des traités extérieurs à l'OMC pourra intervenir dans ce cadre plus aisément que dans celui de l'article 31§3 c) lequel permettra plutôt d'intégrer des principes généraux du droit ou des règles coutumières, de portée générale.

La deuxième conséquence du déplacement dans le champ de l'article 31§1 est que la prise en compte des autres règles de droit international n'est plus obligatoire – comme dans le cadre de l'article 31§3 c) – mais facultative. Un groupe spécial n'y aura recours que s'il juge ces règles éclairantes. Sa marge d'appréciation est totale. Le Groupe spécial semble même affirmer que cette prise en compte est tout à fait subsidiaire, lorsqu'il affirme qu'" *un groupe spécial ne doit pas nécessairement recourir à d'autres règles de droit international, en particulier s'il considère que le sens ordinaire des termes des Accords de l'OMC peut être établi par référence à d'autres éléments*".

La position générale du Groupe spécial est cohérente et assurément défendable. Plus contestable est, au moins à première vue, l'application qu'il fait en l'espèce de la méthodologie définie. Car il rejette assez laconiquement l'argumentation européenne en disant que les Communautés n'ont pas expliqué en quoi les dispositions du Protocole invoquées étaient pertinentes pour l'interprétation des Accords de l'OMC en cause, et que du coup il ne juge pas nécessaire ni approprié d'y avoir recours. On se souvient qu'au contraire l'Organe d'appel était allé assez loin dans les *Crevettes*, utilisant les instruments juridiques externes pour s'autoriser une interprétation évolutive du GATT de 1947 là où une interprétation intertemporelle – la règle en droit international – l'aurait conduit à un résultat différent. À première vue, l'audace de l'Organe d'appel dans les *Crevettes* tranche avec la timidité du Groupe spécial "*biotech*".

On peut regretter que cette solution ne permette pas de concrétiser la préférence pour une approche multilatérale des questions environnementales de caractère transfrontière ou mondial qu'a marquée l'Organe d'appel lui-même, reprenant notamment à son compte un rapport du Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC (CCE) : "*En outre, nous notons que, dans le rapport du CCE qui fait partie du rapport que le Conseil général a présenté aux Ministres à l'occasion de la Conférence ministérielle de Singapour, les Membres de l'OMC ont approuvé et appuyé : '... les solutions multilatérales fondées sur la coopération internationale et le consensus comme étant le moyen le meilleur et le plus efficace pour les gouvernements de s'attaquer aux problèmes environnementaux de caractère transfrontières ou mondial. Les Accords de l'OMC et les accords environnementaux multilatéraux traduisent les efforts déployés par la communauté internationale pour réaliser des objectifs communs et il faut tenir dûment compte des uns et des autres en établissant entre eux des relations qui s'étaient mutuellement'*"<sup>584</sup>. Tout en étant conscient du contexte particulier des *Crevettes* et notamment du caractère extraterritorial de la mesure américaine contestée, force est de constater que le Protocole de Cartagena est un engagement environnemental multilatéral traduisant "*les efforts déployés par la communauté internationale pour réaliser*" un objectif commun. Il jouit en outre d'une large assise : adopté à l'issue de longues négociations par consensus par 130 États, il compte aujourd'hui 143 Parties. L'interprétation retenue par le Groupe spécial s'agissant de sa prise en compte – facultative et subsidiaire – ne va-t-elle pas contre l'objectif du "*soutien mutuel*" pourtant réaffirmé régulièrement y compris au plus haut niveau dans la Déclaration de Doha<sup>585</sup> ?

Une lecture rapide du rapport du Groupe spécial pourrait presque nous conduire à conclure que la jurisprudence n'est pas plus – voire plutôt moins – favorable aux mesures nationales qu'à des mesures ayant une origine et une assise multilatérales... Mais ce n'est peut-être qu'une illusion qui découlerait de la façon dont l'affaire a été engagée et débattue. Les Communautés ont eu en tout cas beaucoup de mal à construire une argumentation utile sur la base du Protocole. Elles n'ont pas véritablement mis en évidence de conflit normatif, au sens strict, mais davantage un conflit de logique,

<sup>584</sup> *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, § 168. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel dans les *Crevettes II*, not.§124.

<sup>585</sup> Voir les §6 et 31. Des négociations ont alors été lancées sur "*la relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les accords environnementaux multilatéraux*", qui n'ont pour l'instant pas abouti. Cf. la proposition des CE du 29 juin 2006 de projet de décision de la Conférence ministérielle sur le commerce et l'environnement, posant certains principes pour régir ces relations (TN/TE/W/68, 30.6.2006) ou les propositions différentes de l'Australie et l'Argentine (TN/TE/W/72/Rev.1,7.5.2007). Dans le même sens, N. Bernasconi-Osterwalder, "Interpreting WTO Law and the Relevance of Multilateral Environmental Agreements in *EC-Biotech*", CIEL, May 2007, [http://www.ciel.org/Publications/BIICL\\_ECBiotech\\_7Jun07.pdf](http://www.ciel.org/Publications/BIICL_ECBiotech_7Jun07.pdf).



dont le Groupe spécial ne sait trop que faire. En pointant qu'elles n'ont pas "*expliqué en quoi ces dispositions étaient pertinentes pour l'interprétation des Accords de l'OMC en cause*", il souligne le flou de leur défense<sup>586</sup>. Dès lors, la question de l'application du Protocole de Cartagena devenait presque théorique, importante sur le principe, mais sans conséquence en l'espèce. On peut d'ailleurs se demander si la prise en compte du Protocole aurait changé quelque chose au fond de la décision. Rien n'est moins sûr, car ni les termes, ni les objectifs de la législation communautaire n'étaient en cause, mais plutôt l'application de cette législation<sup>587</sup>. Or, les mesures européennes n'étaient-elles pas indéfendables y compris vis-à-vis du Protocole de Cartagena ? Il ne faut pas oublier que la mécanique de Cartagena est assez proche de celle de l'Accord SPS, tout au moins tel qu'interprété par l'ORD, y compris dans cette affaire. Il faut également garder à l'esprit la façon dont la question des relations entre Protocole et le droit de l'OMC – laquelle a d'ailleurs empoisonné les négociations jusqu'à la toute dernière minute – a finalement été tranchée dans le préambule du Protocole. Le passage dont chaque mot a été pesé, fruit d'un exercice d'équilibrisme difficile, refuse d'établir une hiérarchie entre les deux systèmes juridiques. Au-delà de l'incantation en faveur du "*soutien mutuel*" qu'il fait reposer sur l'interprétation des deux traités, il laisse non résolues les difficultés pratiques les plus aiguës que pourrait causer leur coexistence. Il ne pouvait, quoi qu'il en soit, pas être question d'invoquer le Protocole comme "*impliquant une modification des droits et obligations*" de la Communauté en vertu des accords de l'OMC.

En dernier lieu, on peut se demander si le Protocole n'a pas malgré tout influé discrètement mais sûrement, au moins en arrière-plan, sur l'interprétation et l'application de l'Accord SPS que livre le Groupe spécial.

## **II. Droit de l'OMC et principe de précaution**

Le principe de précaution était également invoqué par les Communautés européennes, à l'appui de leurs thèses, comme un "*principe à part entière et général de droit international*". Rappelons qu'en 1998 dans l'affaire des *Hormones*, dans laquelle s'était déjà posée la question du statut coutumier du principe de précaution, l'Organe d'appel avait jugé "*superflu, et probablement imprudent*" de prendre "*position dans le présent appel au sujet de cette question importante, mais abstraite*"<sup>588</sup>. Il relevait alors que "*Le statut du principe de précaution dans le droit international continue de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges. Certains considèrent que le principe de précaution est devenu un principe général du droit international coutumier de l'environnement. La question de savoir s'il est largement admis par les Membres comme principe de droit international coutumier ou général est moins claire. Nous estimons, toutefois, qu'il est superflu, et probablement imprudent, que l'Organe d'appel prenne position dans le présent appel au sujet de cette question importante, mais abstraite. Nous relevons que le Groupe spécial lui-même n'a pas établi de constatation définitive concernant le statut du principe de précaution dans le droit international et que le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité*"<sup>589</sup>. Il réfutait par là l'application du principe de précaution aux risques sanitaires sans dimension environnementale<sup>590</sup>.

Pour les Communautés européennes, un certain nombre d'éléments nouveaux avaient depuis lors changé quelque peu la donne, parmi lesquels la reconnaissance du principe dans de nombreux droits internes, mais aussi par le Protocole de Cartagena.

Le Groupe spécial ne fait pas de difficulté à admettre que, s'il s'agissait d'une règle coutumière ou d'un principe général du droit international, le principe de précaution *pourrait* être considéré comme une "*règle de droit international*" au sens de l'article 31§3 c), et donc *devrait* être pris en compte à ce titre<sup>591</sup>. Mais pour lui, depuis 1998, le débat sur le statut du principe se poursuit. En particulier, il n'y a toujours "*aucune décision faisant autorité prise par une cour ou un tribunal*

<sup>586</sup> Il a même dû leur demander de préciser les dispositions qu'il devait prendre en compte à leur avis (question n°4).

<sup>587</sup> H. Gherari, "Le conflit sur les produits biotechnologique tranché à l'OMC", *RMCUE*, n°503, 2006, p. 655.

<sup>588</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, p. 52.

<sup>589</sup> *Ibid.*

<sup>590</sup> La CJCE et le TPI n'ont pas hésité à importer dans le domaine sanitaire le principe de précaution, initialement posé dans le Traité de Rome dans le champ de l'environnement, au regard des liens entre la santé et l'environnement. Le principe de précaution est aujourd'hui considéré comme un "*principe général du droit communautaire*". Voir par ex. l'arrêt du TPI (2<sup>ème</sup> chambre) du 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals BV contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. T-392/02, §121-122.

<sup>591</sup> Suivant la démarche de l'Organe d'appel dans les *Crevettes* qui cherchaient à identifier des "principes généraux du droit international" pour les prendre en compte explicitement au titre de l'article 31§3 c), *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, p. 67.

*international qui reconnaisse le principe de précaution en tant que principe de droit international général ou coutumier*". On se souvient que déjà l'Organe d'appel en 1998 dans les *Hormones* se référait à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Barrage* pour justifier sa position timide : "la Cour internationale de justice a reconnu que dans le domaine de la protection de l'environnement de nouvelles normes avaient été mises au point et qu'elles avaient été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies, et qu'il fallait prendre dûment en considération ces nouvelles normes. Toutefois, nous notons que la Cour n'a pas mentionné le principe de précaution parmi ces normes récemment apparues. Elle n'a pas non plus déclaré que ce principe pouvait l'emporter sur les obligations du traité (...)". De la même manière, le Groupe spécial cite ici en note les opinions individuelles des juges Treves et Laing dans les affaires du thon à nageoire bleue devant le Tribunal international du droit de la mer considérant que "[d]'autres cours et tribunaux, qui se sont récemment trouvés devant cette question, ont évité de se prononcer" pour le Juge Treves ou que "aucune décision judiciaire faisant jurisprudence de manière sans équivoque ne vient à l'appui de la notion" (Juge Laing). Le principe de précaution fait ainsi figure de "patate chaude" pour les juridictions internationales, qu'elles se passent de l'une à l'autre en refusant de statuer parce que l'autre n'a pas statué non plus.

Mais finalement, la question n'est-elle pas théorique ? S'il n'est pas exogène, le principe est endogène au droit de l'OMC ; cela pourrait expliquer le peu d'investissement du juge de l'OMC sur la question et le caractère évasif de ses réponses. Une place est faite au principe de précaution dans l'Accord SPS, même si le principe ne peut jouer *contra legem* et légitimer une mesure par ailleurs contraire à cet accord. De fait, pour certains, le droit d'autodétermination ou "l'autonomie dont les membres de l'OMC bénéficient dans la définition de leurs propres niveaux de protection sanitaire et environnementale rend l'invocation d'un principe de précaution exogène inutile"<sup>592</sup> ; "le droit que les membres de l'OMC ont d'adopter des mesures de précaution ne dépend aucunement de l'existence d'un principe de précaution en droit international général"<sup>593</sup>.

En conclusion, n'y aurait-il pas deux lectures possibles du Rapport *biotech* ? En première lecture, ce rapport marque une rupture par rapport à l'affaire des *Crevettes*, qui envoyait de nombreux signaux positifs sur la prise en compte des règles exogènes au droit de l'OMC. Mais une lecture plus approfondie ne révèle-t-elle pas au contraire que le rapport ne fait qu'explicitement le rapport *Crevettes* ? Et s'il n'envoie pas de signaux aussi positifs, n'est-ce pas parce que le contexte est différent ?

"Le conflit normatif est endémique en droit international" nous dit Martti Koskenniemi<sup>594</sup>. Le conflit sur les produits biotechnologiques n'en est qu'une des manifestations. Elles sont et seront de plus en plus nombreuses. Et à vrai dire dans l'éventualité d'un conflit normatif *réel* entre Cartagena et droit de l'OMC ou entre principe de précaution et droit de l'OMC, la situation aurait été complexe, voire assez inextricable. La position du panel *biotech* témoigne non pas d'une mauvaise interprétation juridique, mais des limites d'un travail d'interprétation que l'on a tendance à surinvestir. Convenons avec Hélène Ruiz Fabri qu'une "politique judiciaire même très déterminée ne peut pas être une gouvernance. Que la gouvernance politique s'exerce effectivement ne peut que faciliter la tâche du juge. Cela rend d'autant plus nécessaires et plus urgentes les décisions politiques de la part des États, de manière coordonnée. Mais cela contribue aussi à les rendre plus difficiles, ce qui laisse le juge un peu seul pour faire face au défi de la cohérence"<sup>595</sup>.

<sup>592</sup> L. GRADONI, H. RUIZ FABRI, "Droit de l'OMC et précaution à la lumière de l'affaire des 'OGM'", *Recueil Dalloz*, 2007, n°22, p. 20.

<sup>593</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>594</sup> M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international (...)*, *op. cit.*, § 486.

<sup>595</sup> Cet auteur, "Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière", *RGDIP*, 2006-1, p. 73.

**La relation entre l'article 5:1 et l'article 5:7 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) à la lumière de l'affaire *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques***

Makane Moïse MBENGUE,  
Docteur en droit,  
Chercheur, Hauser Global Law School Program,  
New York University School of Law

**Introduction : Entre science et incertitude scientifique... A la recherche du « point d'équilibre » entre les articles 5 :1 et 5 :7 de l'Accord SPS.**

La possibilité de recourir à des mesures de restriction du commerce international à des fins de protection de la santé publique n'est ni un droit absolu ni un droit « illimité ». <sup>596</sup> Dans le contexte de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS), ledit droit est canalisé et enserré au moyen de l'obligation pour les Etats membres de procéder à une évaluation des risques. L'article 5:1 de l'Accord SPS se lit en effet comme suit : « Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies *sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux*, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes ». L'article 5:1 est la matrice « spirituelle » de l'Accord SPS. Il sert de substratum à la foi ou pour parler juridiquement à la présomption irréfragable selon laquelle faire reposer le mécanisme de l'Accord SPS sur la science est à même de prévenir les velléités protectionnistes qui pourraient guider les Membres de l'OMC dans l'adoption de mesures sanitaires et phytosanitaires (lesquelles sont communément dénommées « mesures SPS »).

L'article 5:1 sert donc de tamis juridique propre à filtrer les mesures SPS qui ne répondent pas d'une part, à un critère matériel (critère *ante hoc*) et d'autre part, à un critère fonctionnel ou téléologique (critère *post hoc*). Le critère matériel a trait à la *scientificité* d'une mesure SPS. Il s'agit à ce niveau de faire le distinguo entre une mesure SPS ayant une assise scientifique et celle ne bénéficiant pas d'une onction scientifique. C'est un critère *ante hoc* car la fonction première de l'évaluation des risques est de doter la mesure SPS d'une texture scientifique. Le critère matériel garantit dès lors une sorte de contrôle *a priori* de la licéité des mesures SPS adoptées par un Etat membre de l'OMC aux fins de prévention d'un risque sanitaire et/ou phytosanitaire donné.

Quant au critère fonctionnel se dégageant de la mouture de l'article 5:1, il renvoie à la *légitimité* <sup>597</sup> d'une mesure SPS. L'opération consiste ici à identifier la ou les mesures SPS qui poursuivent réellement des objectifs sanitaires et celles qui cachent des actes de nature protectionniste. Ce qui est mis en jeu est la *relation rationnelle* entre la mesure SPS et l'évaluation des risques. L'article 5 :1 s'apparente alors à un moyen de mise en œuvre de l'obligation fondamentale prévue à l'article 2 :2 de l'Accord SPS et selon laquelle, « [l]es Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux ». L'article 5 :1 sert également de vecteur pour la mise en œuvre de l'obligation générale formulée à l'article 2 :3 de l'Accord SPS, obligation en vertu de laquelle « [l]es Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires et phytosanitaires n'établissent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent des conditions identiques ou similaires, y compris entre leur propre territoire et celui des autres Membres. Les mesures sanitaires et phytosanitaires ne seront pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international ».

Le critère fonctionnel est un critère *post hoc* dans la mesure où l'évaluation des risques ne détermine qu'*in fine* la légitimité d'une mesure SPS. L'évaluation des risques a d'abord pour objet de prouver qu'un processus scientifique a bel et bien été conduit par l'Etat auteur de la mesure SPS. Elle a ensuite pour objet de démontrer que la mesure SPS en question est le résultat des risques sanitaires et/ou phytosanitaires scientifiquement identifiés au moyen de l'évaluation des risques. Le critère

<sup>596</sup> M. Iynedjian, *L'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires. Une analyse juridique*, LGDJ, Paris, 2002, p. 2.

<sup>597</sup> L'Accord SPS ne se réfère pas explicitement aux « objectifs légitimes » contrairement à l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) (article 2.2 de l'Accord OTC). Toutefois, nous pensons que l'idée d'« objectifs légitimes » est transposable dans le contexte de tous les Accords de l'OMC, y compris l'Accord SPS.

fonctionnel permet par conséquent une sorte de contrôle *a posteriori* de la licéité des mesures SPS adoptées par un Etat membre de l'OMC aux fins de prévention d'un risque sanitaire et/ou phytosanitaire visé.

Le jeu cumulatif des deux niveaux de contrôle (matériel et fonctionnel) est nécessaire dans le cadre de l'article 5:1 de l'Accord SPS. En effet, il n'y a pas d'identité parfaite ou logique entre les deux critères. Une mesure SPS peut tout à fait être légitime c'est-à-dire poursuivre un objectif de protection sanitaire sans avoir au préalable fait l'objet d'une évaluation scientifique à proprement parler. Inversement, une mesure SPS peut être discriminatoire ou protectionniste dans ses effets, malgré le fait qu'elle repose sur une évaluation des risques digne de ce nom.

Cette ambivalence de l'évaluation des risques dans le *modus operandi* de l'Accord SPS a été reconnue en filigrane par l'Organe d'appel dans l'affaire *Hormones*. A cette occasion, l'Organe a souligné que « [l]a prise en considération de l'objet et du but de l'article 3 et de l'Accord SPS dans son ensemble renforce [le] sentiment que le respect de l'article 5:1 visait à faire contrepoids au droit des Membres de fixer leur niveau de protection approprié. L'obligation de procéder à une évaluation des risques, qui est faite à l'article 5:1, et la prescription relative aux "preuves scientifiques suffisantes" énoncée à l'article 2:2, sont essentielles pour maintenir l'équilibre fragile qui a été soigneusement négocié dans l'Accord SPS entre les intérêts partagés quoique parfois divergents qui consistent à promouvoir le commerce international et à protéger la vie et la santé des êtres humains ».<sup>598</sup>

L'importance accordée à la science par l'Accord SPS dans le mécanisme d'évaluation des risques prévu à l'article 5 :1, ne constitue pas un cas de figure exceptionnel. Il est généralement reconnu dans la pratique internationale que l'évaluation des risques est un « processus à base scientifique »<sup>599</sup> rythmé autour de l'identification des dangers, la caractérisation des dangers, l'évaluation de l'exposition et la caractérisation des risques.<sup>600</sup> La référence à un « processus à base scientifique » implique que l'évaluation des risques s'appuie nécessairement sur des données scientifiques, des « preuves scientifiques disponibles »<sup>601</sup>, des « méthodes scientifiques éprouvées »<sup>602</sup>, des « principes scientifiques »<sup>603</sup>, des « méthodes scientifiques établies et acceptées »<sup>604</sup>, les « meilleures connaissances scientifiques disponibles »<sup>605</sup>.

Il peut arriver toutefois que l'évaluation des risques n'apporte pas de réponse « scientifique » adéquate quant à la probabilité et à l'ampleur des risques sanitaires et/ou phytosanitaires liés à une substance ou à un produit. C'est souvent le cas dans le champ des produits biotechnologiques. Dans cette hypothèse, les Etats membres de l'OMC sont tout de même enclins à adopter ou maintenir des mesures SPS du fait de l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes ou de l'incertitude scientifique<sup>606</sup> qui caractérise le processus et le résultat de l'évaluation des risques. L'article 5:1 de l'Accord SPS n'intègre pas cette logique de l'insuffisance scientifique. Ce qui peut paraître paradoxal pour une disposition qui constitue la pierre angulaire du mécanisme scientifique sur lequel repose l'Accord SPS au plan procédural. Les dispositions qui suivent immédiatement l'article 5 :1 dans le corpus de l'Accord SPS, en particulier les articles 5 :2 et 5 :3, se réfèrent exclusivement aux facteurs scientifiques et économiques devant être pris en compte dans l'évaluation des risques. Aucune mention n'est faite de l'hypothèse d'incertitude scientifique ou d'insuffisance de preuves scientifiques qui pourrait résulter du processus d'évaluation des risques mené en vertu de l'article 5 :1.

Le choix opéré par les négociateurs de l'Accord SPS a été de circonscrire la question de l'insuffisance scientifique liée à l'évaluation des risques dans une disposition quasiment isolée de l'article 5.1 de l'Accord SPS. En effet, seul l'article 5:7 de l'Accord SPS permet aux Etats membres de l'OMC d'adopter provisoirement des mesures SPS lorsque les preuves scientifiques sont insuffisantes. L'article 5:7 se lit comme suit : « Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront *insuffisantes*, un Membre pourra *provisoirement* adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur

<sup>598</sup> *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Rapport de l'Organe d'appel, 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, par. 177 (ci-après « *Hormones* »).

<sup>599</sup> Sur ces étapes, voir Commission du Codex Alimentarius, *Manuel de procédure (15<sup>ème</sup> édition)*, « Définition des termes relatifs à l'innocuité des aliments », 2005, p. 47, disponible sur : [ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ ProcManuals/Manual\\_15f.pdf](ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_15f.pdf).

<sup>600</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>601</sup> Voir par exemple, *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, Montréal, 29 janvier 2000, article 15.

<sup>602</sup> *Ibid.*, article 15.

<sup>603</sup> Voir par exemple, *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, article 2.

<sup>604</sup> Voir par exemple, *Règlement sanitaire international (2005) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)*, article 1.1.

<sup>605</sup> Voir par exemple, *Convention-cadre sur les changements climatiques*, New York, 9 mai 1992, article 4.d.

<sup>606</sup> Dans le cadre de la présente contribution, le concept d'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes et le concept d'incertitude scientifique seront utilisés de manière interchangeable et ce, en dépit du fait que l'Organe d'appel de l'OMC.

la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres *s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable* ».

L'isolation de l'article 5 :7 par rapport à l'article 5 :1 est loin d'être « clinique ». C'est une isolation « à vases communicants ». Les deux principaux vases communicants entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 sont l'article 5 :4<sup>607</sup> et l'article 5 :6<sup>608</sup> de l'Accord SPS. Le dénominateur commun entre les articles 5 :4 et 5 :6 a trait au droit autonome des Etats membres de l'OMC à déterminer le « niveau approprié de protection sanitaire ». Ce droit forme un point d'intersection entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS. En effet, c'est le droit à l'auto-détermination du niveau approprié de protection sanitaire qui jugule, ordonne, et nuance tant l'appréciation par un Etat de la « suffisance » des preuves scientifiques suite à l'évaluation conduite en vertu de l'article 5 :1 que l'appréciation de l'« insuffisance » des preuves scientifiques enclenchant le mécanisme de l'article 5 :7 de l'Accord SPS. Autrement-dit, c'est à l'aune du niveau approprié de protection sanitaire qu'un Etat peut décider si l'évaluation des risques liés à une substance ou à un produit a conduit à des « preuves scientifiques suffisantes » (logique de l'article 5 :1) ou au contraire a abouti à des « preuves scientifiques insuffisantes » (logique de l'article 5 :7).

La différence entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 à ce niveau réside dans l'évaluation de la « suffisance » et de l'« insuffisance » des preuves scientifiques. Dans le cadre de l'article 5 :1, la « suffisance » des preuves scientifiques par rapport au niveau approprié de protection sanitaire s'évalue *ex facie*. Cela implique que les résultats de l'évaluation des risques s'imposent *objectivement* à l'Etat qui désire adopter des mesures SPS. Ledit Etat ne dispose que de peu de marge de manœuvre pour agir *a contrario* des éléments scientifiques révélés par l'évaluation des risques conduite en vertu de l'article 5 :1. Par contre, dans le contexte de l'article 5 :7, l'« insuffisance » des preuves scientifiques par rapport au niveau approprié de protection sanitaire s'évalue *in facie*. En d'autres termes, les résultats de l'évaluation des risques sont appréciés *subjectivement* par l'Etat qui souhaite adopter des mesures SPS. Ledit Etat jouit d'une marge de manœuvre plus flexible pour considérer si oui ou non les éléments scientifiques en sa possession sont propres à identifier les risques sanitaires et phytosanitaires en cause. C'est là toute la dimension subjective de l'insuffisance visée par l'article 5 :7 de l'Accord SPS.

L'on ne peut qu'adhérer à la position de la Communauté européenne lorsqu'elle a affirmé à propos de l'article 5 :7 devant le Groupe spécial établi aux fins de l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* que « [l]es Membres [de l'OMC] ne réagissent peut-être pas de manière identique en ce qui concerne les risques potentiels et l'incertitude. Compte tenu des circonstances particulières qui existent dans chaque pays, les renseignements scientifiques peuvent ou non être jugés suffisants pour décider des mesures appropriées. Une question qui préoccupe un législateur n'est peut-être pas aussi préoccupante pour les autres législateurs en raison des facteurs climatiques, des habitudes alimentaires, des valeurs sociales (environnementales), etc. Il n'y a donc pas de moment magique où les connaissances scientifiques disponibles sont suffisantes à *toutes les fins*. Les actions d'un législateur, qu'elles soient définitives ou provisoires, face aux connaissances scientifiques disponibles dépendent plutôt de ce qui préoccupe le législateur en question ».<sup>609</sup> Le caractère subjectif du mécanisme de l'article 5 :7 obéit à ces éléments et permet de comprendre la primauté de principe qui est accordée à l'article 5 :1 dans le régime de l'Accord SPS. Il faut en effet garder à l'esprit que le système commercial multilatéral est fondé sur la prévisibilité des droits et obligations ainsi que sur la primauté de la règle de droit. L'article 5 :1 du fait du mécanisme *ex facie* qui le caractérise est à mieux de garantir la prévisibilité des droits et obligations que l'article 5 :7 de l'Accord SPS.

Mais faut-il pour autant considérer l'article 5 :7 de l'Accord SPS comme une simple exception à l'article 5 :1 ou pour reprendre la sémantique du GATT comme une « exception générale » aux

<sup>607</sup> L'article 5 :4 se lit comme suit : « Lorsqu'ils détermineront le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres devraient tenir compte de l'objectif qui consiste à réduire au minimum les effets négatifs sur le commerce ».

<sup>608</sup> L'article 5 :6 se lit comme suit : « Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 de l'article 3, 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 ».

<sup>609</sup> *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 septembre 2006, par.4.761.

« droits et obligations fondamentaux »<sup>610</sup> contenus dans l'Accord SPS ? Le raisonnement du Groupe spécial dans l'affaire *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* rejette une telle approche simpliste de la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS et opte pour un traitement plus complexe de la dialectique entre ces deux dispositions phares de l'Accord SPS. La complexité de la dynamique relationnelle entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 est telle que le Groupe spécial a considéré qu'il convenait d'en faire une « question préliminaire »<sup>611</sup> à tout règlement au fond du différend opposant l'Argentine, le Canada et les Etats-Unis à la Communauté européenne.

Pour tout acteur imprégné des questions de procédure devant les organes internationaux de règlement des différends, la qualification d'une question à titre de « question préliminaire » met en relief la nécessité de trancher *prima facie* ladite question sans quoi un règlement au fond ne serait pas possible. Le fait pour le Groupe spécial de n'avoir pas opté directement pour l'examen au fond de la conformité du « moratoire » européen vis-à-vis de l'article 5 :1 puis pour l'examen au fond de la conformité dudit moratoire avec l'article 5 :7 traduit l'importance de la clarification préalable de la relation entre les articles 5 :1 et 5 :7 de l'Accord SPS. Une telle clarification n'en est qu'à ses débuts. Plus les mesures SPS seront adoptées dans des situations d'incertitude scientifique et plus le « point d'équilibre » entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 fluctuera et demandera à être topographié. Les négociateurs de l'Accord SPS eux-mêmes n'avaient peut-être pas envisagé un tel scénario potentiel d'interprétation évolutive de l'Accord SPS. Pour l'heure, le rapport rendu dans l'affaire *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (ci-après, *Communautés européennes – Produits biotechnologiques*) est riche en enseignements implicites et explicites quant à la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS. Tout d'abord, le rapport du Groupe spécial met l'accent sur l'importance du critère de « l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes » comme critère de démarcation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS. Ensuite, un aspect majeur de la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS qui ressort du rapport du Groupe spécial a trait à la consécration de l'article 5 :7 comme droit autonome au sein du régime de l'Accord SPS.

### **I. Le critère de l'insuffisance des preuves scientifiques comme critère de démarcation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7**

L'article 5:7 de l'Accord SPS est censé servir de réceptacle à l'incertitude scientifique. Un grand débat s'est élevé entre les parties au différend quant à la pertinence du critère de l'« insuffisance des preuves scientifiques pertinentes » comme critère de démarcation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7. En particulier, la Communauté européenne a affirmé devant le Groupe spécial que la suffisance ou l'insuffisance des preuves scientifiques ne peut pas constituer la « ligne de démarcation » entre l'article 5:1 et l'article 5:7.<sup>612</sup> Afin de comprendre le raisonnement du Groupe spécial en réponse aux allégations de la Communauté européenne, il est important de prendre en compte que l'incertitude scientifique couverte par cette disposition présente des contours particuliers et dénote une sorte de subordination hiérarchique de l'article 5 :7 à l'article 5 :1.

Dans un premier temps, l'article 5:7 incorpore une vision de l'incertitude comme *dérivé pathologique de la certitude scientifique requise par l'article 5 :1*. L'incertitude scientifique n'y est vue que comme la résultante d'un défaut ou d'un déficit de certitude scientifique (« preuves scientifiques suffisantes » pour reprendre le mot à mot de l'article 2 :2 de l'Accord SPS). L'accent n'est point mis sur l'incertitude proprement dite qui caractérise les risques mais sur le caractère imparfait ou « insuffisant » des connaissances scientifiques résultant du processus d'évaluation en vertu de l'article 5 :1.

Dans un second temps, l'article 5:7 de l'Accord SPS intègre une vision axée autour de l'instrumentalisation de l'incertitude visée par l'article 5 :7 au profit de la certitude scientifique promue par l'article 5 :1. Celle-ci se manifeste in extenso par une instrumentalisation de l'article 5 :7 en vue de l'acquisition d'une plus grande certitude scientifique, l'écartant de ce fait de sa fonction initiale de gestion de l'« insuffisance de preuves scientifiques pertinentes » caractérisant certains risques sanitaires ou environnementaux. C'est pourquoi l'article 5:7 prévoit que « les Membres

<sup>610</sup> Voir *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, article 2 :2.

<sup>611</sup> *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, op. cit., p. 1050.

<sup>612</sup> *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, op. cit., par. 7.2938.

s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable ».

C'est implicitement en raison de ces aspects que le Groupe spécial a considéré, suivant en cela le raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire Japon – Pommes, que « [l']application de l'article 5:7 [était] déclenchée non par l'existence d'une incertitude scientifique mais plutôt par l'insuffisance des preuves scientifiques ». <sup>613</sup> Il ne s'agit pas bien entendu de discuter ici le point de savoir si le concept d'incertitude scientifique et celui d'insuffisance de preuves scientifiques sont synonymes ou interchangeables. L'apport du rapport du Groupe spécial est de délimiter clairement les champs d'application respectifs des articles 5:1 et 5:7. L'enclenchement de l'article 5:7 est guidé par l'insuffisance de preuves scientifiques et celui de l'article 5:1 par une situation de « suffisance » de preuves. Toutefois, cette clarification n'épuise pas à elle seule la question de la relation systémique entre l'article 5:1 et l'article 5:7. Ce dernier opère-t-il per se comme une exception à l'article 5:1 de l'Accord SPS ? D'un point de vue purement formel, la conséquence à tirer de la démarcation aurait été de qualifier l'article 5:7 de l'Accord SPS de simple exception à l'article 5:1. En effet, il est clairement admis que le régime de l'Accord SPS repose sur la « suffisance » des preuves scientifiques. Dès lors, l'insuffisance est une situation d'exception dans le cadre de l'Accord SPS et la règle qui couvre une telle situation – en l'occurrence l'article 5:7 – aurait pu en vertu du parallélisme des formes être qualifiée d'exception. Les constatations en sens inverse du Groupe spécial établi dans le cadre de l'affaire Communautés européennes – Produits biotechnologiques conduisent à qualifier l'article 5:7 de droit autonome par rapport à l'article 5:1.

## II. L'article 5:7 comme droit autonome par rapport à l'article 5:1 de l'Accord SPS

La place spécifique dont jouit l'article 5:1 dans le régime de l'Accord SPS est de nature à faire douter de l'autonomie de l'article 5:7 dans le régime de l'Accord SPS. L'article 5:1 se profile « comme une application spécifique des obligations *fondamentales* énoncées à l'article 2:2 ». <sup>614</sup> et peut être considéré « comme traçant et jalonnant une voie menant à la même destination que celle qui est définie à l'article 2:2 ». <sup>615</sup> Le Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Produits biotechnologiques* va jusqu'à rappeler que l'article 5:1 et l'article 2:2 devraient « toujours être lus ensemble » suivant en cela la jurisprudence *Hormones* <sup>616</sup>, et que « l'article 2:2 constitue une partie importante du contexte de l'article 5:1 ». <sup>617</sup>

L'importance de l'article 5:1 est telle que si une mesure sanitaire n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques, cette mesure peut être présumée, de façon plus générale, ne pas être fondée sur des principes scientifiques ou être maintenue « sans » preuves scientifiques suffisantes, et laisser supposer qu'il y a violation des dispositions plus générales de l'article 2:2. Ainsi, la relation utérine qu'entretient l'article 5:1 avec l'article 2:2 de l'Accord SPS laisse à penser qu'une relation de règle à exception prévaut entre l'article 5:1 et l'article 5:7 de l'Accord SPS. Si l'on s'en tient au sens ordinaire des termes inclus dans l'article 2:2, ce sentiment présomptif est renforcé. L'article 2:2 prévoit que « [l]es Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, *exception faite* de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5 ».

« Exception faite » ! Une stricte exégèse de l'article 2:2 pousserait dès lors à concevoir que l'article 5:7 est une exception à l'article 5:1 qui sert de substrat intrinsèque et extrinsèque au principe fondamental contenu dans l'article 2:2 selon lequel une mesure SPS doit être fondée sur des principes scientifiques et maintenue sur la base de preuves scientifiques suffisantes. En d'autres termes, l'article 5:7 ne permettrait pas de justifier de manière autonome une allégation de manquement à une obligation contractée dans le cadre de l'OMC, mais servirait uniquement de moyen de défense pour des mesures qui constitueraient une violation des articles 2:2 et 5:1 de l'Accord SPS. Ce flou quant à la potentielle relation règle générale/exception entre l'article 5:1 et l'article 5:7 a été notamment

<sup>613</sup> Japon – Pommes, par. 184.

<sup>614</sup> Japon – Mesures visant les produits agricoles, Rapport de l'Organe d'appel, 22 février 1999, WT/DS76/AB/R, par. 82. *Hormones*, par. 180.

<sup>615</sup> Australie – Mesures visant les importations de saumons, Rapport du Groupe spécial, 12 juin 1998, WT/DS18/R, par. 8.52.

<sup>616</sup> *Hormones*, op. cit., par. 180.

<sup>617</sup> *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, op. cit., par. 7.2961.

entretenu par le désormais célèbre *dictum* de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II* : « [l']article 5:7 fonctionne comme une *exemption assortie de réserves* de l'obligation énoncée à l'article 2:2 de ne pas maintenir de mesures SPS sans preuves scientifiques suffisantes ». <sup>618</sup>

Les débats fort passionnés entre les différents protagonistes au différend *Communautés européennes – Produits biotechnologiques* témoignent du caractère sensible de la question de la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 au sein de l'OMC. Il n'est pas évident que l'Organe d'appel aurait tranché la question dans le même sens que le Groupe spécial si un appel avait été interjeté dans la présente affaire. Avant de rappeler les constatations du Groupe spécial, il convient de donner un aperçu de l'argumentation de la Communauté européenne.

Pour la Communauté européenne, l'article 5 :7 est incorporé à l'article 2:2 de l'Accord SPS car ce dernier contient un renvoi exprès à l'article 5:7. Etant donné que l'article 2:2 est intitulé « Droits et obligations fondamentaux », la Communauté européenne a adopté une position consistant à considérer que le « texte de l'article 5:7 énonce des droits et obligations fondamentaux dont le statut est équivalent aux autres droits et obligations fondamentaux énoncés à l'article 2 ». <sup>619</sup> Poussant son raisonnement jusqu'au bout, la Communauté européenne a affirmé devant le Groupe spécial que le texte de l'article 2:2 montre que les rédacteurs de l'Accord SPS considéraient que l'article 5:7 excluait l'application des obligations de fond énoncées à l'article 2:2. Elle en a conclu que la relation entre le texte de l'article 2:2 et celui de l'article 5:7 est « une *relation d'exclusion*, et non d'exception ». <sup>620</sup> Les Communautés européennes ont ainsi fait valoir que l'article 5:7 pourrait être invoqué en tant que « *moyen de défense affirmatif* contre une allégation de violation au titre de l'article 2:2 » <sup>621</sup> et qu'il établit par ricochet un « droit autonome du Membre importateur ». <sup>622</sup>

Le raisonnement du Groupe spécial va partiellement refléter les arguments de la Communauté européenne. Aux fins de l'évaluation de la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7, le Groupe spécial porte tout d'abord son attention sur la relation générale entre l'article 2:2 et l'article 5:7 de l'Accord SPS.

#### A. La relation entre l'article 2 :2 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS

Selon le Groupe spécial, la relation en question est une relation dans laquelle « une disposition [à savoir l'article 5:7] autorise, dans certaines circonstances, un comportement [à savoir l'adoption provisoire de mesures SPS dans les cas où les preuves scientifiques sont insuffisantes sur la base des renseignements pertinents disponibles] qui serait sinon incompatible avec une obligation établie dans une autre disposition [à savoir l'obligation énoncée à l'article 2:2 de ne pas maintenir une mesure SPS sans preuves scientifiques suffisantes] [dans les cas où] l'une des deux dispositions [à savoir l'article 2:2] fait référence à l'autre disposition, [et] dans les cas où l'une des dispositions [à savoir l'article 2:2, et en particulier la clause "exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5"] donnait à entendre que l'obligation [énoncée à l'article 2:2 de ne pas maintenir une mesure SPS sans preuves scientifiques suffisantes] n'était pas applicable" aux mesures qui relèvent de l'article 5:7 ». <sup>623</sup>

Et le Groupe spécial d'en déduire que l'article 5 :7 doit être qualifié de « droit » <sup>624</sup> et non d'exception à une obligation générale énoncée à l'article 2:2 de l'Accord SPS, et ce indifféremment du fait que les mesures SPS adoptées conformément à l'article 5 :7 sont censées être de nature temporaire (mesures « provisoires » selon la *lex scripta* de l'article 5 :7). Le Groupe spécial estime en effet que « lorsqu'un droit est conféré, il ne cesse pas d'être un droit simplement parce qu'il a été conféré sur une base temporaire ». <sup>625</sup> Seulement le droit reconnu par le Groupe spécial n'est pas un droit absolu. C'est un « *droit assorti de réserves* ». L'Etat membre qui y recourt se doit de se conformer aux prescriptions de l'article 5 :7 de l'Accord SPS. De l'opinion du Groupe spécial, « concrètement, qualifier l'article 5:7 de droit assorti de réserves et non d'exception signifie que, si une mesure SPS contestée a été adoptée et est maintenue d'une manière compatible avec les quatre prescriptions

<sup>618</sup> *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, op. cit., par.

<sup>619</sup> *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, op. cit., par. 4. 755.

<sup>620</sup> *Ibid.*, par. 4.766.

<sup>621</sup> *Ibid.*, par. 7.2962.

<sup>622</sup> *Ibid.*

<sup>623</sup> *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, op. cit., par. 7.2968.

<sup>624</sup> *Ibid.*, par. 7.2969.

<sup>625</sup> *Ibid.*, par. 7.2971.



cumulatives de l'article 5:7, la situation est "[telle que] ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5" (article 2:2), et l'obligation énoncée à l'article 2:2 de ne pas maintenir des mesures SPS sans preuves scientifiques suffisantes n'est pas applicable à la mesure contestée. Inversement, si une mesure SPS contestée n'est pas compatible avec l'une des quatre prescriptions de l'article 5:7, la situation n'est pas "[telle que] ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5" (article 2:2), et l'obligation pertinente énoncée à l'article 2:2 est applicable à la mesure contestée, pour autant qu'il n'y a pas d'autres éléments qui rendent l'article 2:2 inapplicable ». <sup>626</sup>

Une fois clarifiée la relation entre l'article 2 :2 et l'article 5 :7, le Groupe spécial s'est appesanti sur la relation particulière entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS.

*B. Les constatations du Groupe spécial quant à la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS*

Le Groupe spécial a consacré de longs développements à cette relation, développements dont on fera l'économie ici. Il convient surtout de mettre en relief un des arguments principaux du rapport du Groupe spécial et qui touche particulièrement la dynamique relationnelle entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7. Le Groupe spécial est allé jusqu'à considérer que des mesures SPS peuvent être provisoirement adoptées et maintenues au titre de l'article 5:7 même si ces mesures ne sont pas établies sur la base d'une évaluation des risques telle que prévue à l'article 5 :1 de l'Accord SPS. Le Groupe spécial a en effet estimé que l'article 5:7 autorise les Etats membres de l'OMC à faire ce qu'ils ne seraient pas autorisés à faire au titre de l'article 5:1. <sup>627</sup>

L'un des points majeurs du raisonnement du Groupe spécial a consisté à relever que ni l'article 5:1 ni l'article 5:7 ne contiennent un « renvoi croisé explicite » <sup>628</sup> à l'autre disposition, mais que toutefois, l'article 5:7 contient des « renvois implicites » <sup>629</sup> à l'article 5:1. Ainsi que l'affirme le Groupe spécial, « *Premièrement*, la deuxième phrase de l'article 5:7 parle d'"une évaluation plus objective du risque", membre de phrase que nous avons interprété comme désignant une évaluation des risques suivant le sens qui est donné à cette expression dans l'Annexe A 4). Nous avons aussi noté que seul l'article 5:1 prescrit une évaluation des risques telle qu'elle est définie dans l'Annexe A 4). *Deuxièmement*, nous avons noté précédemment que, selon l'Organe d'appel, les preuves scientifiques pertinentes sont "insuffisantes" au sens de la première phrase de l'article 5:7 si elle ne permettent pas d'effectuer une évaluation adéquate des risques telle qu'elle est exigée à l'article 5:1 et définie dans l'Annexe A 4) ». <sup>630</sup> Et le Groupe spécial – élément essentiel dans la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 – d'en conclure que l'article 5:7 devrait être considéré « comme renvoyant » à l'article 5:1.

Seulement, le renvoi par l'article 5 :7 à l'article 5 :1 n'empêche pas le Groupe spécial de transposer ses constatations quant à la relation entre l'article 2 :2 et l'article 5 :7 dans le champ relationnel entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7. Pour le Groupe spécial, tous les éléments étayaient la qualification de l'article 5:7 en tant que droit par rapport à l'article 5:1. En outre., et à juste titre d'ailleurs étant donné la relation « utérine » entre l'article 5 :1 et l'article 2 :2, le Groupe spécial considère qu'il aurait été « incongru de parvenir à la conclusion que l'article 5:7 est un droit par rapport à l'article 2:2, mais une exception par rapport à l'article 5:1 ». <sup>631</sup> A la lumière de ces éléments, le Groupe spécial en conclut que l'article 5:7 doit être qualifié de droit également par rapport à l'article 5:1, et non d'exception à une « obligation générale » énoncée à l'article 5:1. Ainsi, l'article 5:7 fonctionnerait également comme une exemption assortie de réserves (un droit assorti de réserves) de l'obligation énoncée à l'article 5:1 d'établir les mesures SPS sur la base d'une évaluation des risques.

Par analogie à la relation entre l'article 2 :2 et l'article 5 :7, le Groupe spécial tire les conséquences juridiques de la qualification de l'article 5:7 comme droit assorti de réserves et non comme exception à l'article 5 :1 : « en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 5:1, qualifier l'article 5:7 de droit signifie que si une mesure SPS contestée a été adoptée et est maintenue d'une manière compatible avec les quatre prescriptions cumulatives de l'article 5:7, l'obligation énoncée à l'article

<sup>626</sup> *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques, op. cit.*, par. 7.2974.

<sup>627</sup> *Ibid.*, par. 7.2993.

<sup>628</sup> *Ibid.*, par. 7.2994.

<sup>629</sup> *Ibid.*

<sup>630</sup> *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques, op. cit.*, par. 7.2994.

<sup>631</sup> *Ibid.*, par. 7.2997.

5:1 d'établir les mesures SPS sur la base d'une évaluation des risques n'est pas applicable à la mesure contestée. Inversement, si une mesure SPS contestée n'est pas compatible avec l'une des quatre prescriptions de l'article 5:7, l'obligation susmentionnée énoncée à l'article 5:1 est applicable à cette mesure, pour autant qu'il n'y a pas d'autres éléments qui rendent l'article 5:1 inapplicable ».<sup>632</sup>

### **Conclusion : De quelques non-dits dans la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS**

Le rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* est intéressant à plus d'un titre pour ce qui est de la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS *via* la relation entre l'article 2 :2 et l'article 5 :7. Ceci étant, en tant que rapport rendu par un Groupe spécial, il convient de l'apprécier en tant que tel. Il est loin d'être évident que l'Organe d'appel de l'OMC aurait tiré des conclusions similaires quant à la qualification de l'article 5 :7.

La jurisprudence de l'Organe d'appel s'est jusqu'ici limitée à qualifier l'article 5 :7 d' « exemption assortie de réserves » et non de « droit assorti de réserves ». Même si le Groupe spécial a estimé que le concept d' « exception » n'est pas synonyme (voire équivalent) à celui d' « exemption », les conséquences juridiques qu'il tire de la relation entre ces dispositions fondamentales de l'Accord SPS que sont les articles 2 :2, 5 :1 et 5 :7 peut prêter à équivoque dans un futur proche. Bien que progressiste à certains égards, le raisonnement du Groupe spécial ébranle un tant soit peu l'équilibre et la prévisibilité des droits et obligations sur lesquels est bâti l'Accord SPS. Ce dernier accorde une primauté à la *sound science* et dès lors l'obligation de procéder à une évaluation des risques (articles 5 :1 et 2 :2) avant l'adoption ou le maintien de mesures SPS guide la mise en œuvre de toutes les autres dispositions de l'Accord SPS, l'article 5 :7 y compris.

Conférer un statut de droit autonome à l'article 5 :7 pourrait menacer le *modus operandi* ainsi que la *ratio operandi* de l'Accord SPS. L'argumentation du Groupe spécial visant à exclure les situations visées par l'article 5 :7 du champ d'application de l'article 2 :2 est certes attrayante mais il n'est pas sûr que l'interprétation de la clause « exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5 » figurant à l'article 2:2 laisse entendre que l'article 5 :7 est *mutatis mutandis* un droit autonome au sein du régime de l'Accord SPS. Un tel doute est exacerbé lorsque l'on se fonde sur les règles générales d'interprétation portant sur le sens ordinaire des termes et sur l'objet et le but de l'Accord SPS.

Par ailleurs, il est certes important de donner sens et effet à tous les termes des dispositions de l'Accord SPS (*ut res magis valeat quam pereat*) comme s'est évertué à le faire le Groupe spécial, mais il convient alors d'en tirer pleinement les conséquences juridiques. Le premier aspect qui vient à l'esprit concerne la question des « mesures SPS provisoires ». Si l'on qualifie l'article 5 :7 de droit autonome, un Etat membre qui adopte des mesures provisoires doit être présumé agir strictement dans le cadre de l'article 5 :7 de l'Accord SPS. Il n'est pas adéquat comme l'a fait le Groupe spécial de faire tomber les mesures SPS provisoires concomitamment dans le champ de l'article 5 :1 et de l'article 5 :7. L'autonomie formelle implique l'autonomie matérielle. Reconnaître à l'article 5 :7 un statut de droit autonome « assorti de réserves » requiert de reconnaître à cette disposition de l'Accord SPS un champ d'application *ratione materiae* autonome. En d'autres termes, les mesures SPS visées par l'article 5 :1 ne peuvent pas être de même nature que les mesures SPS visées par l'article 5 :7. Dès lors le caractère provisoire d'une mesure SPS devrait pouvoir servir de ligne de démarcation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS et non pas exclusivement l'insuffisance de preuves scientifiques. Le Groupe spécial n'a pas entériné une telle solution de peur de menacer l'équilibre sur lequel est fondé l'Accord SPS. Néanmoins, c'est une des conséquences logiques de la qualification de l'article 5 :7 en tant que droit autonome. L'avenir révèlera sûrement d'autres « dommages collatéraux » potentiels du traitement opéré par le Groupe spécial de la relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'Accord SPS.

---

<sup>632</sup> *Ibid.*, par. 7.2998.

### 3. Jean-Christophe Martin, « La confidentialité du règlement des différends à l'OMC », *Les Annales de Droit*, N° 2, 2008, pp. 159-180.

#### La confidentialité du règlement des différends à l'OMC

Jean-Christophe Martin,  
Maître de conférences

Université de Provence, Aix-Marseille I  
CERIC CNRS-UMR 6201, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III

En droit international général, il n'existe pas d'obligation pour les États parties à un différend de maintenir le secret des informations relatives à ce différend et son règlement par un organe judiciaire ou un tribunal arbitral. Comme l'a affirmé le Tribunal arbitral constitué dans le cadre du CIRDI pour l'affaire *Metalclad corporation v. The United Mexican States* : « *Though it is frequently said that one of the reasons for recourse to arbitration is to avoid publicity, unless the agreement between the parties incorporates such a limitation, each of them is still free to speak publicly of the arbitration* »<sup>633</sup>. Ainsi, la pratique juridictionnelle dominante repose sur la transparence des procédures<sup>634</sup>, alors que l'arbitrage international, mode classique de règlement des différends économiques (relations commerciales, investissements), repose encore largement sur la confidentialité, comme l'illustrent bien les règlements d'arbitrage de la CNUDCI<sup>635</sup>, de la CCI<sup>636</sup> ou du CIRDI<sup>637</sup>.

Héritage de la pratique du règlement des différends dans le cadre du GATT de 1947<sup>638</sup>, à la croisée du politique et de l'arbitrage, le principe de confidentialité constitue aussi une règle cardinale des procédures de règlement des différends à l'Organisation mondiale du commerce (OMC). La confidentialité a ainsi été consacrée à l'issue du « Cycle d'Uruguay » en dépit de l'institutionnalisation, la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends (MRD) de l'OMC. Pourtant, à l'heure où la question de la publicité des débats, de la transparence des procédures investit le champ de l'arbitrage international et, partant, du règlement des différends économiques, il apparaît fort intéressant d'examiner le principe de confidentialité en vigueur dans le règlement des différends à l'OMC<sup>639</sup>. Une large partie des critiques faites au MRD se rapportent précisément au prétendu défaut de transparence, de contrôle, de garanties procédurales<sup>640</sup>. Mais les infractions à la règle de confidentialité constatées ces dernières années ont aussi mis en lumière l'importance de la confidentialité pour le règlement des différends commerciaux. L'affaire Communautés européennes – *Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*<sup>641</sup>, dans

<sup>633</sup> Case No. ARB(AF)/97/1), 27 octobre 1997 (reproduit dans la sentence du 30 août 2000, § 13 : [<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-e.pdf>], consulté le 13/07/2007).

<sup>634</sup> G. Sacerdoti, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *RGDIP*, 2006-4, p. 780. Voir aussi la communication des Communautés européennes à l'ORD TN/DS/W/1 (13 mars 2002), p. 7.

<sup>635</sup> Art. 25 § 4 et 32 § 5 du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

<sup>636</sup> Art. 20 § 7 et 21 § 3 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, ainsi que l'appendice II, art. 1.

<sup>637</sup> Art. 48 § 5 de la Convention de 1965 instituant le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements ; art. 6, 15 et 48 § 4 du Règlement d'arbitrage du CIRDI ; art. 39 § 2 et 53 § 3 du Règlement d'arbitrage du Mécanisme supplémentaire CIRDI.

<sup>638</sup> Rappelons que la procédure de règlement des différends trouve son origine dans l'art. XXIII § 2 du GATT de 1947. En ce qui concerne la confidentialité, le § 6 de la « Description convenue de la pratique habituelle du GATT en matière de règlement des différends » mentionne parmi les « éléments habituels des procédures des groupes de travail et des groupes spéciaux » : « Les mémoires écrits présentés aux groupes spéciaux sont considérés comme confidentiels, mais ils sont tenus à la disposition des parties au différend » (iv) ; « Les avis exprimés par les membres des groupes spéciaux sont anonymes, et les délibérations des groupes sont secrètes » (viii). Le § 15 du Mémorandum d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance de 1979 précise, en ce qui concerne la possibilité pour les panels de demander des renseignements que « Les renseignements confidentiels ne devraient pas être divulgués sans l'autorisation formelle de la partie contractante qui les aura fournis ».

<sup>639</sup> Voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce. Analyse critique*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2004, pp. 832-834 et 898-899 et R. Wolfrum, P.-T. Stoll et K. Kaiser (dir.), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, M. Nijhoff, Leiden, 2006, pp. 325, 430-435, 604-605.

<sup>640</sup> Voir J. A. Ragosta, « Unmasking the WTO - Access to the DSB System: Can the WTO DSB Live Up to the Moniker "World Trade Court"? », *Law and Policy in International Business*, 2000, pp. 739-768; J. Waincymer, « Transparency of Dispute Settlement Within the World Trade Organization », *Melbourne University Law Review*, décembre 2000, pp. 797-838.

<sup>641</sup> Plaintes des États-Unis (WT/DS291), du Canada (WT/DS292) et de l'Argentine (WT/DS293). Le Groupe spécial a rendu ses rapports le 29 septembre 2006, adoptés par l'Organe de règlement des différends à sa réunion du 21 novembre 2006. Les parties n'ont pas

laquelle deux violations de l'obligation de confidentialité ont été constatées et ont conduit le Groupe spécial à prendre des mesures inédites, en donne une bonne illustration.

La remise en question progressive du principe de confidentialité des procédures du MRD conduit à exposer les fondements du principe et ses limites (I), avant d'examiner la teneur actuelle de la règle de confidentialité en détaillant sa portée (II). Nous nous pencherons alors sur les violations de la règle et les réactions des organes de règlement des différends (III).

## I. LES TENSIONS ENTRE CONFIDENTIALITÉ ET TRANSPARENCE DU MRD

La confidentialité des procédures apparaît, dans les instruments juridiques régissant le règlement des différends à l'OMC, comme une condition d'intégrité et d'efficacité du MRD (1). Néanmoins, l'opacité des procédures qui en découle n'est pas sans susciter des critiques de fond, et le principe de confidentialité du MRD, en tension avec la tendance à une transparence accrue, pourrait s'effiloche[r] à l'avenir alors que la publicité des débats devant les groupes spéciaux gagne déjà du terrain (2).

### 1. La confidentialité, condition d'intégrité et efficacité du MRD

La confidentialité est, nous l'avons dit, une règle procédurale répandue en matière d'arbitrage international<sup>642</sup>, particulièrement pour les différends commerciaux ou relatifs aux investissements. Ainsi, non seulement les sentences arbitrales ne peuvent généralement être publiées qu'avec l'accord des parties au différend, mais les audiences se déroulent aussi le plus souvent à huis clos. Par ailleurs, les arbitres s'engagent à tenir confidentielle toute information portée à leur connaissance du fait de leur participation à l'instance, ainsi que le contenu de toute sentence prononcée, et les tribunaux arbitraux peuvent le cas échéant mettre en place des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées. De même le MRD, « arbitrage qui ne veut pas dire son nom »<sup>643</sup>, repose sur le principe de confidentialité. Six des vingt-sept articles du « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » (Annexe 2 de l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994, ci-après « Mémoire d'accord » ou « MA ») sont relatifs à la confidentialité<sup>644</sup>. L'ORD a en outre adopté des Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord qui, pour « accroître la confiance dans le nouveau MRD », visent à « garantir l'intégrité, l'impartialité et la confidentialité du système de règlement des différends »<sup>645</sup>. La confidentialité accompagne ainsi dans les Règles de conduite les exigences fondamentales d'indépendance et d'impartialité en cela qu'elles participent ensemble à la préservation de « l'intégrité et l'impartialité » du MRD<sup>646</sup>.

La règle de confidentialité vise en effet, d'une part, à protéger les procédures contre les immixtions, les pressions, le lobbying « dont les acteurs des politiques commerciales internationales sont pourtant coutumiers »<sup>647</sup>. On note d'ailleurs que la règle d'anonymat, en vertu de laquelle les avis exprimés par les membres des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel dans les rapports de ces organes seront anonymes<sup>648</sup>, est énoncée dans les articles du Mémoire d'accord relatifs à la confidentialité des travaux.

D'autre part, la règle de confidentialité vise aussi à préserver l'intégrité et l'efficacité du MRD en assurant, au travers du principe général du contradictoire, le caractère équitable, équilibré et loyal des procédures. Pour remplir sa fonction de règlement des différends, le MRD de l'OMC se doit de garantir que les parties aux différends pourront établir le bien-fondé de leurs arguments, auront la possibilité d'être suffisamment entendues. Ainsi, l'autre principale fonction du principe de confidentialité est de permettre aux États Membres de communiquer et recevoir des éléments nécessaires pour défendre ou contester la mesure en cause, qui ne pourraient pas être dévoilés publiquement. Il est indispensable de protéger les renseignements exclusifs ou sensibles, les secrets

fait appel. Sur l'affaire, voir H. Gherari, « Le conflit sur les produits biotechnologiques tranché à l'OMC », *RMCUE*, n° 503, décembre 2006, pp. 654-661.

<sup>642</sup> Voir notamment C. G. Buys, « The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration », *American Review of International Arbitration* vol.14, 2003, pp. 121-138 et A. C. Brown, « Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration », *American University International Law Review*, vol. 16, 2001, pp. 969-1025.

<sup>643</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 7<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 918.

<sup>644</sup> Art. 4:6, 5:2, 13:1, 14, 17:10 et 18:2. Les appendices 3 (§ 3) et 4 (§ 5) s'y rapportent aussi. Cf. *infra*.

<sup>645</sup> WT/DSB/RC/1, 11 décembre 1996.

<sup>646</sup> Section II : « Principe directeur ».

<sup>647</sup> D. Luff, *op. cit.*, p. 832. Voir sur ce point l'art. III § 2 des Règles de conduite relatives au MA et l'art. 2(3) des Procédures de travail pour l'examen en appel (WT/AB/WP/5, 4 janvier 2005).

<sup>648</sup> Art. 14:3 MA (groupes spéciaux) et 17:11 (Organe d'appel).

d'affaires que les États sont amenés à divulguer dans le cadre des consultations ou des procédures devant les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel en tant que moyens d'argumentation, éléments de preuve. Au-delà du caractère strictement intergouvernemental du MRD, il ne faut pas perdre de vue que les États défendent devant le MRD les intérêts des entreprises, qui sont les seules à détenir certains renseignements commerciaux confidentiels<sup>649</sup>. Le système de règlement des différends de l'OMC perdrait son efficacité si les États se voyaient privés de la possibilité de faire valoir leurs droits et proposer leurs moyens car ils ne peuvent prendre publiquement position ou parce que les entreprises qu'ils défendent refusent, faute d'une assurance suffisante que la confidentialité des renseignements sera préservée, de donner des renseignements sensibles sans lesquels la capacité d'un État Membre de se défendre (voire d'engager une contestation) serait entravée<sup>650</sup>. Il ne faudrait ainsi pas que les violations constatées dans plusieurs affaires ne conduise les États (et leurs entreprises) à revoir l'intérêt et la confiance dont ils ont fait jusqu'ici montre à l'endroit du MRD. Dans quelques affaires déjà, des États ont refusé de divulguer des renseignements confidentiels demandés par le groupe spécial au motif que leur protection ne serait pas adéquate<sup>651</sup>.

## 2. La transparence, condition de légitimité du MRD

L'article 3:2 du Mémoire d'accord décrit le MRD comme un « élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral » ; il doit ainsi, au terme de la même disposition, « clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ». Le MRD doit donc concilier la confidentialité de ses procédures avec une certaine publicité de ses travaux. Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, qui doivent être adoptés par l'ORD, sont ainsi distribués à tous les États membres de l'OMC et rendus publics (cf. *infra*). Mais au-delà, et alors que « [l]a plupart des observateurs relèvent en effet la satisfaction générale des Membres de l'OMC quant au fonctionnement du système et, avec, leur inclination à y apporter des modifications substantielles »<sup>652</sup>, certains États, auteurs et acteurs de la société civile réclament plus de transparence et d'ouverture afin d'améliorer le système et conforter sa légitimité. Cette question, qui se rapporte peu ou prou à celle de la publicité des débats et des documents, fait l'objet parmi d'autres des négociations actuelles sur la révision du Mémoire d'accord pour renforcer le MRD<sup>653</sup>. La réflexion sur la transparence est conduite par les États-Unis<sup>654</sup>, qui proposent d'« assurer une plus grande transparence en permettant au public de suivre toutes les réunions de fond dans le cadre des procédures de groupe spécial, de l'Organe d'appel et d'arbitrage, en rendant publiques les communications et déclarations et en rendant les rapports finals accessibles aux Membres et au public dès qu'ils seraient remis aux parties »<sup>655</sup> ; les parties des documents et des réunions ayant trait à des renseignements confidentiels échapperaient au principe de diffusion au public<sup>656</sup>.

Outre ce réexamen inachevé des règles régissant le règlement des différends, il faut souligner ici que le MRD a d'ores et déjà fait un pas vers la publicité des débats. En août 2005, dans la deuxième affaire *Hormones*, un Groupe spécial a en effet décidé pour la première fois, à la demande des parties (Canada, Communautés européennes et États-Unis), que ses réunions « seront ouvertes au public, qui pourra les suivre grâce à une diffusion par télévision en circuit fermé »<sup>657</sup>. Le Groupe

<sup>649</sup> Le Groupe spécial constitué dans l'affaire CE - *Produits biotechnologiques* a ainsi noté dans son rapport du 29 septembre 2006 qu'« (...) il était très difficile de voir pourquoi une partie privée voudrait communiquer aux groupes spéciaux, aux parties plaignantes et aux parties défenderesses des renseignements strictement confidentiels qu'elle était la seule à détenir si elle ne pouvait pas avoir la certitude que ces renseignements ne seraient pas divulgués sans son autorisation au stade du réexamen intérimaire » (§ 6.185).

<sup>650</sup> Voir le rapport du Groupe spécial Australie - *Mesures visant les importations de saumon* - Recours du Canada à l'art. 21:5, WT/DS118/RW, 18 février 2000, § 7.7.

<sup>651</sup> Voir Canada - *Mesures visant l'exportation des avions civils*, WT/DS70/AB/R, rapport de l'Organe d'appel du 2 août 1999, § 195.

<sup>652</sup> G. Sacerdoti, *op. cit.*, pp. 792-793 ; voir aussi H. Ruiz Fabri et P. Monnier, « OMC - Chronique du règlement des différends 2004 », *JDI*, 2005-3, p. 917.

<sup>653</sup> Entamées voilà dix ans, les négociations ont lieu dans le cadre de sessions extraordinaires de l'ORD. Elles portent sur la chronologie, la procédure suivant l'autorisation de rétorsion, les droits des tierces parties, le renvoi, la transparence, la composition des groupes spéciaux et le gain de temps.

<sup>654</sup> Sur la question de la transparence, voir les comptes rendus de réunions TN/DS/M/27 (29 juillet 2005), § 4, et TN/DS/M/32 (29 juin 2006), § 7. Voir aussi les communications des États-Unis TN/DS/W/13, TN/TS/W/46, TN/DS/W/79 et TN/DS/W/86, ainsi que celle des Communautés européennes TN/DS/W/1. Le Canada a aussi présenté en 2003 une proposition sur des procédures visant à protéger les renseignements commerciaux confidentiels et la transparence : TN/DS/W/41.

<sup>655</sup> TN/DS/M/32 (29 juin 2006), § 7.

<sup>656</sup> TN/DS/W/86 (21 avril 2006).

<sup>657</sup> Affaire Canada, États-Unis - *Maintien de la suspension des obligations dans le différend CE-Hormones*, WT/DS320 et WT/DS321, doc. WT/DS320/8 et WT/DS321/8, 2 août 2005. Il est ajouté que « La réunion des Groupes spéciaux avec les tierces parties restera privée, celles-ci n'étant pas toutes convenues que la réunion soit ouverte au public afin qu'il puisse la suivre ».

spécial – qui précise avoir « étudié soigneusement les dispositions existantes du Mémoire d'accord sur le règlement des différends » – ne prend pas la peine de justifier cette décision, mais évoque un souci de transparence<sup>658</sup>. Plus récemment (le 29 octobre 2007), le Groupe spécial de la mise en conformité dans l'affaire Communautés européennes – *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (DS27 - Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends) a aussi décidé d'ouvrir aux Membres de l'OMC et au grand public, pour observation, la réunion qu'il tiendra avec les parties et tierces parties les 6-7 novembre 2007. Pour le Professeur H. Ruiz Fabri, « [l']idée de publicité des débats a ainsi fait son chemin (...). Il est clair que les juges eux-mêmes sont favorables à cette publicité des débats, à compenser en tant que de besoin en recourant à des procédures spéciales de confidentialité pour les renseignements commerciaux qui le nécessitent. Cette transparence accrue peut concourir à réduire les risques de fragmentation et faciliter la compréhension – et donc l'acceptation – de la jurisprudence »<sup>659</sup>. A cela il faut ajouter les deux avantages qui résulteraient, selon les États-Unis, de l'ouverture des réunions : d'une part, « étant donné que le public et les Membres de l'OMC en général n'avaient pas pu suivre les procédures, l'OMC avait manqué l'occasion de démontrer l'excellente qualité des procédures de règlement des différends » ; d'autre part, « l'ouverture des réunions pourrait permettre de faciliter la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD puisque ceux auxquels il était demandé de procéder à cette mise en œuvre feraient davantage confiance au processus dont étaient issues ces recommandations et décisions »<sup>660</sup>. Une telle ouverture des procédures du MRD apparaît donc souhaitable ; elle suppose néanmoins une révision assez large des dispositions relatives à la confidentialité.

## II. LA RÈGLE DE CONFIDENTIALITÉ DANS LE MRD

En fait de confidentialité dans les procédures du MRD, il faut distinguer la confidentialité des travaux des organes de règlement des différends (1) et l'enjeu particulier de la protection adéquate des renseignements commerciaux confidentiels (2).

### 1. La confidentialité des travaux

La confidentialité est un principe général du règlement des différends à l'OMC qui concerne tant les consultations<sup>661</sup> et le règlement non juridictionnel par un tiers (bons offices, conciliation, médiation)<sup>662</sup> que l'arbitrage<sup>663</sup> et les procédures devant les organes spécialisés de règlement des différends (groupes spéciaux, Organe d'appel), sur lesquelles notre attention va se porter. Il convient pour cela d'examiner l'étendue de la règle de confidentialité, qui conserve actuellement une portée très large, l'affaire « *Hormones II* » faisant pour l'ores figure d'exception.

En ce qui concerne sa portée *ratione materiae*, la règle de confidentialité couvre, d'une part, toutes les communications présentées par les parties<sup>664</sup> et tous les documents déposés par les parties et les participants tiers<sup>665</sup>. Ainsi, si toutes les communications écrites d'une partie doivent être soumises à contradiction et sont donc tenues à la disposition des autres parties au différend<sup>666</sup>, les parties sont tenues de les traiter comme confidentielles<sup>667</sup> et ne peuvent ainsi rendre publiques que leurs propres positions<sup>668</sup>. D'autre part, au terme du Mémoire d'accord, les « délibérations » des groupes spéciaux et les « travaux » de l'Organe d'appel sont confidentiels<sup>669</sup>. L'Organe d'appel a précisé que

<sup>658</sup> Le rapport final du Groupe spécial – toujours attendu – apportera certainement quelques précisions sur le contexte et les raisons de cette mesure exceptionnelle.

<sup>659</sup> « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006/1, p. 49.

<sup>660</sup> TN/DS/M/27 (29 juillet 2005), § 4.

<sup>661</sup> Art. 4:6 MA. Cela implique que le Secrétariat de l'OMC n'y participe pas et que « leur teneur ne sera pas divulguée au groupe spécial à qui l'affaire pourra être ultérieurement confiée » : « Module de formation au système de règlement des différends », Chap. 6 (§ 6.2) : [[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dispu\\_settlement\\_cbt\\_fc6s2p2\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_fc6s2p2_f.htm)], consultée le 18 juillet 2007.

<sup>662</sup> Art. 5:2 MA.

<sup>663</sup> L'arbitrage constitue un autre mode alternatif de règlement des différends prévu par l'art. 25 MA. S'agissant de la confidentialité, les Règles de conduite relatives au MA s'appliquent à l'arbitrage en vertu de l'art. 4 § 1 (c).

<sup>664</sup> Art. 18:2 MA. Les premières communications écrites présentées par les parties au groupe spécial sont aussi adressées aux tierces parties (art. 10:3 MA), qui ne reçoivent pas les deuxièmes communications écrites (« réfutations écrites »).

<sup>665</sup> Rapport de l'Organe d'appel Brésil – *Programme de financement des exportations pour les avions*, (WT/DS46/AB/R), 2 août 1999, § 114 ; § 3 des Procédures de travail des groupes spéciaux.

<sup>666</sup> Y compris en cas de pluralité de parties plaignantes : art. 9:2 MA.

<sup>667</sup> Rapport du Groupe spécial Indonésie – *Automobiles*, distribué le 2 juillet 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, § 14.1 ; Rapport de l'Organe d'appel *op. cit.* dans l'affaire Brésil – *Aéronefs*, 2 août 1999, §§ 119 et 123.

<sup>668</sup> Les parties sont libres de divulguer leurs propres communications au public en vertu de l'art. 18:2 MA et du § 3 des Procédures de travail.

<sup>669</sup> Respectivement art. 14 et 17 MA.

« le mot "proceeding" [travaux en version française] (...) recouvre, lorsqu'il s'agit d'un appel, toutes les communications écrites, mémoires juridiques, réponses écrites aux questions et déclarations orales des participants et des participants tiers ; le déroulement de l'audience devant l'Organe d'appel, y compris tous les procès-verbaux ou enregistrements de cette audience ; et les délibérations, les échanges de vues et les travaux internes de l'Organe d'appel »<sup>670</sup>. Cette précision relative à l'appel vaut à notre sens *mutatis mutandis* pour la procédure devant les groupes spéciaux, les règles de confidentialité étant similaires pour les deux procédures<sup>671</sup>. Les réunions ont ainsi lieu à huis clos et la règle de confidentialité s'applique tant aux présentations orales des parties – qui doivent aussi être faites en présence des autres parties<sup>672</sup> – qu'à celles des tierces parties<sup>673</sup>. Ensuite, les délibérations internes des groupes spéciaux comme celles de l'Organe d'appel et la rédaction de leurs rapports ont lieu sans que les parties (ni *a fortiori* les tierces parties) soient présentes<sup>674</sup>. Enfin, les rapports intérimaires des groupes spéciaux sont aussi confidentiels dans leur intégralité et distribués seulement aux parties au différend pour commentaire, la procédure n'étant pas à ce stade achevée.

S'agissant justement de la portée *ratione temporis* de l'obligation de confidentialité, un distinguo doit être fait : tant que la procédure est en cours (avant que les décisions soient prises), les documents, les réunions et les travaux sont confidentiels et réservés aux membres des organes de règlement des différends, voire aux parties et même aux tierces parties (cf. *supra*). Au terme de la procédure, les rapports finals des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont distribués à tous les Membres de l'OMC et deviennent des documents publics<sup>675</sup>. Ils contiennent des résumés des diverses communications écrites et présentations orales et autres rapports d'experts ou documents, à l'exclusion de tout renseignement confidentiel.

Quelques précisions peuvent encore être données sous l'angle de la portée *ratione personae* de la règle de confidentialité. La règle de confidentialité concerne tous les intervenants dans les procédures du MRD<sup>676</sup>. Les Règles de conduite – qui visent expressément les membres de groupes spéciaux, les membres de l'Organe d'appel, les experts qui prêtent leur concours aux groupes spéciaux, les arbitres, les membres de l'Organe de supervision des textiles, et le personnel du Secrétariat de l'OMC et du secrétariat de l'Organe d'appel<sup>677</sup> – prévoient à cet égard que chaque personne visée « respectera la confidentialité des procédures des organes », « préservera la confidentialité » et « préservera à tout moment la confidentialité des délibérations et procédures de règlement des différends (...) »<sup>678</sup>. Tous les membres de groupes spéciaux, arbitres et experts doivent d'ailleurs, avant que leur désignation soit confirmée, déclarer savoir qu'ils seront « constamment tenu[s], tant qu'[ils] participer[ont] au mécanisme de règlement des différends, et jusqu'à ce que l'ORD prenne une décision au sujet de l'adoption d'un rapport relatif à la procédure ou prenne note de son règlement (...) de respecter [leurs] obligations concernant la confidentialité de la procédure de règlement des différends »<sup>679</sup>.

La question de la composition des délégations des États parties au différend mérite en outre ici une attention particulière. Dans le silence des instruments relatifs au MRD, il est désormais admis – et courant en pratique – que des conseils privés représentent les gouvernements et plaident en leur nom<sup>680</sup>, ce qui ne va pas sans soulever certaines difficultés. Par exemple, dans l'affaire Corée – *Certains papiers*, la Corée a contesté la composition de la délégation indonésienne, qui comptait des représentants de la branche indonésienne du papier dont elle a demandé qu'ils quittent la salle,

<sup>670</sup> Rapport de l'Organe d'appel du 2 août 1999 dans l'affaire Brésil - *Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, WT/DS46/AB/R, § 121.

<sup>671</sup> D. Luff, *op. cit.*, p. 898.

<sup>672</sup> § 10 de Procédures de travail.

<sup>673</sup> D'ailleurs, dans l'affaire « *Hormones II* », si le Groupe spécial a décidé d'ouvrir les réunions au public grâce à un circuit fermé de télévision, cela ne concernait pas les réunions avec les tierces parties, qui sont restées privées car certaines étaient opposées à la publicité des débats.

<sup>674</sup> Art. 14 § 2 et 17 § 2 MA ; §§ 2 et 3 des Procédures de travail.

<sup>675</sup> Ainsi, le § 2 de la section VII des Règles de conduite précise qu'« (...) aucune personne visée ne fera de déclarations sur cette procédure ni sur les questions faisant l'objet du différend auquel elle participe, tant que le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel permanent n'aura pas été mis en distribution générale ».

<sup>676</sup> Voir le Rapport du Groupe spécial Australie – *Mesures visant les importations de saumon* – Recours du Canada à l'article 21:5, WT/DS118/RW, 18 février 2000, § 7.7.

<sup>677</sup> Rappelons sur ce point que les groupes spéciaux sont assistés par le personnel de la Division des affaires juridiques du Secrétariat de l'OMC (art. 27 MA) alors que l'Organe d'appel dispose de son propre personnel.

<sup>678</sup> Respectivement section II, section III § 2 et section VII § 1.

<sup>679</sup> « Formule de déclaration » jointe en Annexe III aux Règles de conduite. L'obligation de remplir cette déclaration est mentionnée à l'art. VI § 4 (a) des Règles de conduite.

<sup>680</sup> Voir le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire CE – *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (WT/DS27/AB/R), 9 septembre 1997, §§ 5 sqq., en particulier le § 10.

argumentant que l'accès aux renseignements confidentiels présentés par la Corée leur donnerait un avantage concurrentiel inéquitable sur leurs homologues coréens (§ 7.10)<sup>681</sup>. Le Groupe spécial a répondu que « l'Indonésie était en droit de déterminer la composition de sa délégation » (§ 7.11). Corrélativement, ainsi que l'Organe d'appel l'a affirmé en termes clairs, « l'obligation d'un Membre de préserver la confidentialité de cette procédure s'étend également aux personnes que ce Membre choisit comme représentants, conseils et consultants »<sup>682</sup> et, partant, les Membres doivent « veiller à ce que cette confidentialité soit pleinement respectée par toute personne qu'un Membre choisit comme représentant, conseil ou consultant »<sup>683</sup>. Toutes les personnes qui font partie des délégations sont donc soumises à l'obligation de confidentialité.

## 2. La protection des renseignements confidentiels

Au-delà de la confidentialité générale des travaux, les renseignements désignés comme confidentiels jouissent d'une protection spécifique, dont la caractéristique première est qu'ils restent secrets une fois la procédure achevée et les décisions prises. Une différence majeure entre la procédure de règlement des différends du MRD et la pratique procédurale en matière d'arbitrage se situe d'ailleurs dans la publicité des décisions prises en règlement du différend. Alors que les sentences arbitrales ne sont en principe pas rendues publiques sauf consentement exprès des parties, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont publiés, pour assurer notamment la prévisibilité du système commercial multilatéral. Cela suppose que les renseignements commerciaux confidentiels (RCC) soient protégés non seulement au cours de la procédure mais aussi au terme des travaux et, notamment, qu'ils soient coupés dans la version des rapports des organes du MRD qui est distribuée<sup>684</sup>. Plusieurs dispositions du Mémorandum d'accord sont relatives à la protection des RCC, dont on peut distinguer trois catégories.

*Primo*, non seulement les Membres<sup>685</sup> mais tous les autres intervenants (membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, du secrétariat, experts)<sup>686</sup> sont tenus de traiter comme confidentiels les renseignements communiqués au groupe spécial ou à l'Organe d'appel par un Membre qui les aura désignés comme tels. Un groupe spécial est ainsi « tenu de ne pas divulguer, dans ses rapports ou d'une quelconque autre manière, des renseignements désignés comme confidentiels par une partie dans le cadre de la présente procédure »<sup>687</sup>. *Secundo*, ceux des renseignements et avis techniques que les groupes spéciaux peuvent demander à toute personne ou à tout organisme qui sont confidentiels « ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la personne, de l'organisme ou des autorités du Membre qui les aura fournis »<sup>688</sup>. La protection est donc ici d'un niveau très élevé<sup>689</sup>, afin d'inciter les États à répondre aux demandes. *Tertio*, les parties à un différend « auront accès à tous les renseignements pertinents qui auront été communiqués à un groupe consultatif d'experts, sauf s'ils sont de nature confidentielle »<sup>690</sup> et, dans ce dernier cas aussi, une autorisation formelle est exigée avant toute divulgation.

Ces dispositions générales sur la confidentialité ne sont accompagnées d'aucune précision procédurale et la question se pose de savoir si elles sont suffisantes pour protéger dans chaque cas d'espèce la confidentialité des renseignements sensibles. Dans sa communication à l'ORD dans le cadre des négociations actuelles sur la révision du Mémorandum d'accord, le Canada affirme que « ces règles n'offrent pas d'indications procédurales suffisantes pour le traitement des RCC »<sup>691</sup>, citant l'Organe d'appel qui s'est déclaré « très largement d'accord avec le Groupe spécial lorsqu'il dit qu'un "grave problème systémique" est soulevé par la question des procédures qui devraient régir la

<sup>681</sup> Affaire Corée – Droits antidumping sur les importations de certains papiers en provenance d'Indonésie (« Certains papiers », WT/DS312/R), rapport du Groupe spécial distribué le 28 octobre 2005. Voir Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC », *AFDI*, 2005, p. 612 et H. Ruiz Fabri et P. Monnier, « OMC – Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *JDI*, 2006-3, pp. 1258-1259.

<sup>682</sup> Rapport de l'Organe d'appel du 2 août 1999, affaire Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils (WT/DS70/AB/R), § 141.

<sup>683</sup> *Id.*, § 145 et Rapport de l'Organe d'appel du 2 août 1999, affaire Brésil - Programme de financement des exportations pour les aéronefs (WT/DS46/AB/R), § 123.

<sup>684</sup> Voir par ex. les rapports du Groupe spécial CE – Produits biotechnologiques du 29 septembre 2006, §§ 6.179-6.182.

<sup>685</sup> Art. 18:2 MA ; § 3 des Procédures de travail du groupe spécial.

<sup>686</sup> Règles de conduite (section VII § 1).

<sup>687</sup> Rapport du Groupe spécial CE – Subventions à l'exportation de sucre, 15 octobre 2004, § 2.18.

<sup>688</sup> Art. 13 MA. Voir Organe d'appel, Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils (WT/DS70/AB/R), rapport du 2 août 1999, §§ 185 et 197.

<sup>689</sup> K. Arend in R. Wolfrum, P.-T. Stoll et K. Kaiser, *op. cit.*, p. 414.

<sup>690</sup> Appendice 4 au MA, § 5.

<sup>691</sup> Communication TN/DS/W/41 (24 janvier 2003). Le Canada propose à l'ORD une procédure efficace de protection des renseignements commerciaux confidentiels.



protection des renseignements demandés par un groupe spécial au titre de l'article 13:1 du Mémorandum d'accord et dont un Membre allègue qu'ils sont "confidentiels" »<sup>692</sup>.

D'ailleurs, les organes de règlement des différends peuvent adopter à la demande des parties ou d'office<sup>693</sup> des procédures additionnelles *ad hoc* de protection des RCC. Alors qu'il appartient aux parties de désigner les renseignements confidentiels, ce sont les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel qui décident, au vu des circonstances propres à chaque affaire, s'il est nécessaire ou non de mettre en place des procédures additionnelles<sup>694</sup>. Cette décision est prise en l'absence de dispositions idoines et prévisibles dans le Mémorandum d'accord et, à défaut d'autres fondements juridiques, les groupes spéciaux se fondent sur l'article 12:1 du Mémorandum d'accord selon lequel « [l]es groupes spéciaux suivront les procédures de travail énoncées dans l'Appendice 3, à moins qu'ils n'en décident autrement après avoir consulté les parties au différend ». La décision d'adopter des procédures additionnelles en matière de confidentialité, qui ne peut être prise qu'après consultation des parties, est une décision interlocutoire prise au cours des travaux du groupe spécial, qui lie les États parties au différend<sup>695</sup> et peut faire l'objet d'un appel (portant sur la décision d'adopter ou non des procédures RCC et/ou le contenu de ces procédures). L'Organe d'appel, qui se fonde sur la règle 16 (1) des Procédures de travail pour l'examen en appel, n'est en revanche pas tenu de consulter les parties<sup>696</sup>.

Outre la suppression dans les versions publiques des rapports finals de parties divulguant des RCC, les procédures *ad hoc* mises en place pour protéger les RCC après l'achèvement des procédures consistent généralement dans une obligation de restitution des renseignements (« imprimés ou codés binaires ») désignés comme confidentiels à la partie qui les a communiqués<sup>697</sup>, voire de destruction des enregistrements et procès-verbaux des auditions qui contiennent des RCC<sup>698</sup>. En revanche, la protection de RCC ne peut se faire que dans le respect du principe du contradictoire, ce qu'impose l'interdiction stricte des contacts *ex parte*<sup>699</sup>. Ainsi, le Groupe spécial de l'affaire Corée – *Certains papiers*, a répondu à la Corée, qui souhaitait ne présenter les versions complètes de ses communications qu'au Groupe spécial afin de protéger les RCC qu'elles contenaient, qu'en vertu de l'interdiction des communications *ex parte* « il ne considérerait pas les renseignements qui ne seraient pas communiqués à l'Indonésie »<sup>700</sup>.

Il ne fait pas de doute, pour finir, que les fuites qui concernent des parties des rapports des organes de règlement des différends contenant des RCC sont des infractions à la règle de confidentialité plus graves que celles portant sur des parties destinées à être publiées<sup>701</sup>.

### III. LE MRD FACE AUX INFRACTIONS À LA RÈGLE DE CONFIDENTIALITÉ

Bien que le principe de responsabilité pour les infractions à la règle de confidentialité soit bien établi (1), les groupes spéciaux comme l'Organe d'appel sont généralement confrontés à un problème de détermination et de preuve de l'origine de la fuite. Ils font ainsi montre dans l'ensemble d'une certaine réserve en cas de violation effective de la règle de confidentialité, mais peuvent néanmoins prendre certaines mesures (2).

#### 1. La responsabilité théorique pour les infractions à la règle de confidentialité

<sup>692</sup> États-Unis – *Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes*, WT/DS166/AB/R, rapport de l'Organe d'appel du 22 décembre 2000, § 170.

<sup>693</sup> D. Luff, *op. cit.*, p. 833.

<sup>694</sup> Pour un exemple de refus opposé à une demande de procédures additionnelles, voir le Rapport du Groupe spécial CE – *Subventions à l'exportation de sucre*, 15 octobre 2004, § 2.17 : le refus du Groupe spécial est justifié par le fait que « les dispositions sur la confidentialité du Mémorandum d'accord sont suffisantes pour protéger la confidentialité des données statistiques en cause ».

<sup>695</sup> Canada – *Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, rapport du 2 août 1999, § 195.

<sup>696</sup> Cette disposition se lit comme suit : « une section pourra adopter une procédure appropriée aux fins de cet appel uniquement (...) ». Voir le rapport de l'Organe d'appel Brésil – *Programme de financement des exportations pour les aéronefs* (WT/DS46/AB/R), 2 août 1999, § 119.

<sup>697</sup> Voir par ex. le rapport du Groupe spécial Australie – *Mesures visant les importations de saumon* – Recours du Canada à l'art. 21:5, WT/DS118/RW, 18 février 2000, § 7.7 : « Après la distribution du rapport du Groupe spécial, ou, en cas d'appel, du rapport de l'Organe d'appel, le Groupe spécial, le personnel du Secrétariat, les parties et les tierces parties restitueront tout renseignement désigné comme confidentiel à la partie qui l'aura soumis, à moins que celle-ci n'en convienne autrement ».

<sup>698</sup> Voir par ex. les rapports de l'Organe d'appel Canada – *Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* (WT/DS70/AB/R), 2 août 1999, § 141 et Brésil – *Programme de financement des exportations pour les aéronefs* (WT/DS46/AB/R), 2 août 1999, § 119.

<sup>699</sup> Art. 18 MA et section VII § 2 des Règles de conduite.

<sup>700</sup> Affaire WT/DS312/R, rapport du Groupe spécial distribué le 28 octobre 2005, § 7.17.

<sup>701</sup> Voir les rapports *op. cit.* du Groupe spécial dans l'affaire CE – *Produits biotechnologiques*, § 6.184.

Deux hypothèses sont à distinguer : soit la fuite est imputable à un État Membre de l'OMC, soit elle est le fait d'un membre des organes de règlement des différends ou du personnel professionnel associé à la procédure.

a) Violation par un membre des organes de règlement des différends ou du personnel professionnel

La section VIII des Règles de conduite relatives au Mémorandum d'accord définit des procédures – elles-mêmes confidentielles<sup>702</sup> – en cas d'allégation de « violation importante » (à l'exclusion donc des violations mineures) de l'obligation de confidentialité<sup>703</sup> par les membres des organes de règlement des différends et membres du personnel professionnel participant au MRD. Le § 1 de la section VIII prévoit à cet effet que toute partie à un différend<sup>704</sup> qui possède une preuve de « violation importante de l'obligation de confidentialité (...) qui pourr[ait] compromettre l'intégrité, l'impartialité ou la confidentialité du mécanisme de règlement des différends » peut présenter cette preuve, « dans un exposé écrit précisant les faits et circonstances pertinents ». Compte tenu du principe du délai raisonnable des procédures du MRD<sup>705</sup>, la preuve doit être apportée dès que possible – tout retard devant être justifié –<sup>706</sup>, et la procédure doit être conduite dans les quinze jours ouvrables suivant la présentation de la preuve. Trois procédures distinctes sont définies selon que la personne à laquelle la preuve se rapporte est membre d'un groupe spécial, arbitre ou expert<sup>707</sup>, qu'elle est membre du secrétariat de l'OMC<sup>708</sup> ou de l'Organe d'appel ou de son personnel de soutien<sup>709</sup>. Si la personne est membre du secrétariat, le Directeur général de l'OMC doit fournir immédiatement la preuve à la personne visée et « engager des consultations avec la personne à laquelle la preuve se rapporte et le groupe spécial et prendre si nécessaire une mesure disciplinaire appropriée »<sup>710</sup>. Les deux autres procédures d'examen des preuves permettent à la personne visée d'examiner immédiatement la preuve qui la concerne<sup>711</sup> et de se voir ménager une possibilité raisonnable de se faire entendre<sup>712</sup>. Au terme de ces procédures, si les autorités compétentes décident qu'une violation importante a effectivement eu lieu<sup>713</sup> et si la personne responsable n'a pas démissionné, celle-ci peut voir sa désignation officiellement révoquée ou être simplement dispensée de participer à l'examen d'un différend<sup>714</sup>.

Il semble qu'aucune de ces procédures (certes confidentielles...) n'ait pour l'instant été mise en œuvre malgré les fuites constatées dans quelques affaires. La principale question qui reste posée concerne la notion de « violation importante », qui n'est pas définie et est donc laissée à l'appréciation des autorités compétentes.

b) Violation par un État Membre

Dans l'hypothèse où la divulgation est le fait d'un État partie voire tierce partie au différend, aucune procédure spécifique n'est définie dans le Mémorandum d'accord ou les instruments juridiques qui le complètent. Il ne fait néanmoins pas de doute qu'une infraction à la règle de confidentialité peut, si elle est prouvée, engager la responsabilité de l'État auquel elle est attribuable et, théoriquement, donner lieu à réparation<sup>715</sup>. Dans l'affaire CE – *Subventions à l'exportation de sucre*, le Groupe spécial a ainsi « invité les parties et les tierces parties à formuler des observations sur l'allégation du Brésil [selon laquelle une infraction à la règle de confidentialité a eu lieu] et sur la *réparation appropriée* "si

<sup>702</sup> Section VIII § 20 des Règles de conduite.

<sup>703</sup> Cela vaut aussi pour les obligations d'indépendance, d'impartialité et d'éviter les conflits d'intérêt.

<sup>704</sup> Le paragraphe ajoute que les autres Membres qui possèdent de telles preuves peuvent les fournir aux parties au différend.

<sup>705</sup> Section VIII § 19 des Règles.

<sup>706</sup> § 4 des Règles et art. 10 §§ 2-3 des Procédures de travail pour l'examen en appel.

<sup>707</sup> §§ 5-10 de la section VIII des Règles. Dans ce cas, la partie doit fournir la preuve au Président de l'ORD.

<sup>708</sup> §§ 11-13 de la section VIII des Règles. Dans ce cas, la partie ne doit fournir la preuve qu'au Directeur général de l'OMC, qui informera ensuite l'autre partie ou les autres parties au différend et le groupe spécial après avoir fourni la preuve à la personne concernée.

<sup>709</sup> §§ 14-17 de la section VIII des Règles, la procédure est aussi régie par l'art. 10 des Procédures de travail pour l'examen en appel. Dans ce cas, la partie doit fournir la preuve à l'autre partie au différend et, ensuite, à l'Organe d'appel permanent.

<sup>710</sup> Le § 12 de la section VIII des Règles prévoit en effet que le Directeur général de l'OMC doit « prendre toute mesure appropriée conformément au Statut du personnel ».

<sup>711</sup> §§ 6, 11, 15 de la section VIII des Règles.

<sup>712</sup> §§ 8 et 16 de la section VIII des Règles.

<sup>713</sup> Pour les membres de groupes spéciaux, les arbitres ou experts, la décision appartient au Président de l'ORD, en consultation avec le Directeur général et un nombre suffisant de Présidents du ou des Conseils pertinents pour arriver à un nombre pair (§ 8). Pour les membres de l'Organe d'appel, la décision appartient à l'Organe d'appel.

<sup>714</sup> §§ 10 et 18 des Règles. Voir aussi l'art. 10 § 5 des Procédures de travail pour l'examen en appel.

<sup>715</sup> L'art. 23 MA relatif à la « réparation en cas de violation d'obligations (...) résultant des accords visés » s'applique en cas de violation de l'obligation de confidentialité puisque parmi les « accords visés » figure le Mémorandum d'accord lui-même, qui pose l'obligation de confidentialité.

une telle infraction s'était effectivement produite" »<sup>716</sup>. Quant au principe d'attribution à l'État des faits des membres de sa délégation, il a été affirmé avec clarté par l'Organe d'appel dans l'affaire *Thaïlande – Poutres en H* : « Les Membres de l'OMC qui sont participants et participants tiers à un appel sont pleinement responsables en vertu du Mémoire d'accord et des autres accords visés de tout acte accompli par leurs fonctionnaires ainsi que leurs représentants, conseils ou consultants »<sup>717</sup>. Dans l'affaire Corée – *Certains papiers*, le Groupe spécial a même précisé que « conformément à l'article 18:2 du Mémoire d'accord et au paragraphe 15 de nos Procédures de travail, l'Indonésie assumait la responsabilité de sa délégation, y compris le respect de la confidentialité des communications présentées par la Corée dans la présente procédure »<sup>718</sup>. Ainsi, seule la difficulté à déterminer et prouver l'origine de la fuite semble avoir empêché jusqu'ici la mise en jeu de la responsabilité d'un État. L'affaire Thaïlande – *Poutres en H* est assez troublante à cet égard puisque le cabinet d'avocats Hogan & Hartson L.L.P. a proposé à la Pologne de cesser d'exercer auprès d'elle les fonctions de conseil juridique au cours de la procédure d'appel – manifestement en rapport avec la question de la violation de l'obligation de confidentialité –, ce que la Pologne a accepté<sup>719</sup>. L'affaire en est restée là, la Thaïlande ayant seulement demandé à l'Organe d'appel de s'assurer que ledit cabinet n'exerçait plus de fonctions pour le compte de la Pologne.

En l'absence de procédure spécifique en cas de violation de l'obligation de confidentialité par un État, la pratique des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel montre que ces organes peuvent, soit à la demande d'un État (ex. Brésil dans CE – *Subventions à l'exportation de sucre*), soit d'office (ex. CE – *Produits biotechnologiques*) lancer une enquête sur les violations. Alors que la mise en œuvre de la procédure définie à la section VIII des Règles de conduite (cf. *supra*) suppose qu'un État dispose d'une preuve de violation de l'obligation de confidentialité, la simple constatation d'une fuite suffit ici. L'enquête repose alors sur la consultation des États parties ou tierces parties, auxquels l'organe demande de lui fournir tous les renseignements dont ils disposent sur la manière dont l'infraction à la règle de confidentialité a été commise<sup>720</sup>.

Dès lors que des *amici curiae*<sup>721</sup> sont impliqués, ceux-ci peuvent aussi être interrogés, bien qu'on doute qu'ils acceptent de divulguer leurs sources<sup>722</sup>. Les « amis de la cour » ne participent pas à la procédure à proprement parler et ne sont pas liés par les règles de procédure du MRD, dont il faut rappeler la nature strictement intergouvernementale. En diffusant des informations qui leur ont été fournies en violation de la règle de confidentialité, les *amici curiae* ne violent ainsi pas le droit de l'OMC. Leur comportement n'en est pas moins contradictoire, comme l'a souligné le Groupe spécial dans l'affaire CE – *Produits biotechnologiques* : « il est étonnant et troublant que les mêmes ONG qui ont prétendu agir en qualité d'amici, ou d'amis, du Groupe spécial, lorsqu'elles ont essayé de convaincre celui-ci d'accepter des mémoires qui n'avaient pas été demandés ont par la suite jugé approprié de divulguer, sur leurs propres sites Web, des constatations et conclusions intérimaires du Groupe spécial qui avaient clairement été désignées comme confidentielles »<sup>723</sup>. En revanche, lorsque les fuites, quelles qu'en soient l'origine, sont exploitées par un *amicus curiae* dans le mémoire qu'il soumet, le groupe spécial ou l'Organe d'appel peuvent, sans parvenir ou même chercher à déterminer l'origine de la fuite, refuser d'examiner le mémoire s'il en est encore temps, comme l'a fait le Groupe spécial de l'affaire CE – *Subventions à l'exportation de sucre* à la demande du Brésil.

## 2. La réaction effective aux fuites : l'affaire CE – *Produits biotechnologiques*

L'affaire CE – *Produits biotechnologiques*, dans laquelle deux infractions successives à la règle de confidentialité ont été commises, se révèle particulièrement intéressante quant à la question de la réaction aux fuites, à la gestion des conséquences qui en découlent et à la prévention d'autres

<sup>716</sup> Rapports WT/DS265/R, WT/DS266/R et WT/DS283/R distribués le 15 octobre 2004, § 2.22. Nous soulignons.

<sup>717</sup> Thaïlande – *Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne* (WT/DS122/AB/R), décision préliminaire du 14 décembre 2000 citée dans le rapport distribué le 12 mars 2001, § 74.

<sup>718</sup> Rapport du Groupe spécial *op. cit.* distribué le 28 octobre 2005, WT/DS312/R, § 7.11. Nous soulignons.

<sup>719</sup> Thaïlande – *Poutres en H*, (WT/DS122/AB/R), 12 mars 2001, § 77. Tous les documents confidentiels relatifs à l'appel qui étaient en possession du cabinet d'avocats ont été renvoyés à la Pologne.

<sup>720</sup> Par exemple, voir les §§ 6.183 et 6.186 du rapport du Groupe spécial dans l'affaire CE – *Produits biotechnologiques*.

<sup>721</sup> Sur la notion, voir C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 304 ; H. Ascensio, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001-4, pp. 897-930.

<sup>722</sup> Voir l'affaire CE – *Subventions à l'exportation de sucre* : Rapports du Groupe spécial du 15 octobre 2004, §§ 2.26 et 2.27. Dans l'affaire Thaïlande – *Poutres en H*, l'Organe d'appel a jugé qu'il serait inapproprié de demander à une ONG une explication sur la présence d'informations confidentielles dans le mémoire qu'elle a soumis, alors que ce mémoire a été rejeté comme n'étant pas pertinent : rapport du 12 mars 2001, *op. cit.*, §§ 76 et 78. Dans l'affaire CE – *Produits biotechnologiques*, le Groupe spécial n'a pas demandé d'explications à l'*Institute for Agriculture and Trade Policy* et *Friends of the Earth*.

<sup>723</sup> Rapport *op. cit.*, 29 septembre 2006, § 6.196.

divulgations. Le Groupe spécial, qui a demandé aux États parties des informations sur les fuites constatées sans pouvoir déterminer l'origine de la fuite et d'en tirer les conséquences sur le terrain de la responsabilité<sup>724</sup>, a dit sa préoccupation dans ses rapports finals ainsi que dans la lettre qu'il a adressée le 8 mai 2006 aux parties (Annexe K). Qualifiant certains comportements d'« incident grave » et soulignant qu'il est « inacceptable de rendre publique une partie quelconque d'un rapport de groupe spécial confidentiel », il a surtout pris dans cette affaire deux mesures inédites qui méritent notre attention.

a) La publication par le Groupe spécial d'une interprétation de ses rapports intérimaires

Le Groupe spécial a adressé le 8 mai 2006 (soit deux jours avant la remise des rapports finals confidentiels) aux parties une lettre constatant que ses rapports intérimaires ont été « débattus et analysés par des groupes et des membres de la société civile déjà au stade du réexamen intérimaire de la procédure ». Il y note « avec préoccupation que, soit par inadvertance, soit délibérément, certains aspects de ses constatations confidentielles ont été mal interprétés. Il estime donc justifié, et même nécessaire, compte tenu de la confidentialité de certaines questions en cause dans le présent différend (...) » de donner une interprétation de ses rapports intérimaires. Le Groupe spécial entend ainsi corriger des analyses erronées dont la diffusion sur Internet<sup>725</sup> est de nature à nuire à la bonne connaissance du droit de l'OMC, à la perception de la légitimité du MRD, à la réputation de l'OMC. D'autant que les questions en cause sont particulièrement délicates (elles se rapportent à l'appréciation de l'« insuffisance des preuves scientifiques pertinentes » telle qu'elle figure à l'article 5:7 de l'Accord SPS).

En droit international public, les statuts ou règlements des juridictions judiciaires<sup>726</sup> ou arbitrales<sup>727</sup> définissent souvent une procédure d'interprétation, par les juridictions, de leurs décisions. Les juridictions peuvent être saisies par une partie et la force juridique de la décision interprétative est définie (elle est généralement considérée comme faisant partie intégrante de la décision interprétée). À l'inverse, le Mémoire d'accord sur le règlement des différends à l'OMC ne prévoit pas la possibilité de demander au groupe spécial ou à l'Organe d'appel une interprétation de leurs rapports. On peut d'ailleurs remarquer, d'une part, que l'interprétation qu'a donnée le Groupe spécial dans l'affaire CE – *Produits biotechnologiques* porte sur ses rapports intérimaires et non ses rapports finals. D'autre part, le Groupe spécial a décidé d'office de donner une interprétation de ses constatations, celle-ci n'étant pas sollicitée par un État partie au différend et alors même qu'il n'y a pas de contestation sur le sens et la portée des constatations. Bien que l'on puisse voir là sur le fond une interprétation « faisant autorité » donnée par le Groupe spécial de ses propres constatations, la lettre du 8 mai 2006 publiée en tant qu'annexe K aux rapports du Groupe spécial apparaît formellement dénuée de valeur juridique. Celui-ci a qualifié le contenu de sa lettre de simples « déclarations sur les constatations qu'il formule dans la présente affaire » (§ 6.3 des rapports finals), ajoutant (en note de bas de page) que « [l]e texte de la lettre (...) ne fait pas partie des constatations du Groupe spécial et n'est pas censé modifier ces constatations de quelque façon que ce soit »<sup>728</sup>. Ainsi, l'adoption par l'ORD à sa réunion du 21 novembre 2006 des rapports finals du Groupe spécial confère valeur obligatoire aux rapports mais pas à la lettre interprétative.

b) La mise en place d'un procédé technique de preuve

Après les deux fuites concernant les conclusions confidentielles des rapports intérimaires puis les rapports intérimaires confidentiels dans leur intégralité, le Groupe spécial a informé les parties de son intention « de prendre les mesures appropriées pour essayer d'éviter d'autres fuites au moment de la remise des rapports finals »<sup>729</sup>, qui contiennent dans leur version intégrale des renseignements

<sup>724</sup> Rapport *op. cit.* du 29 septembre 2006, § 6.195 : « Il note en outre que chaque partie a formellement dit qu'elle n'avait pas été mêlée aux fuites des constatations et conclusions des rapports intérimaires confidentiels. Il est clair que ces déclarations sont difficilement conciliables avec le fait que ces fuites ont bien eu lieu. Toutefois, il ressort du résumé ci-dessus des réponses données par les parties aux lettres du Groupe spécial que celui-ci ne dispose pas de renseignements fiables suffisants pour déterminer l'origine ou les origines des fuites ».

<sup>725</sup> Document d'information diffusé par Friends of the Earth en février 2006 (intitulé « *Looking behind the US spin: WTO ruling does not prevent countries from restricting or banning GMOs* »), sur la page Internet : [http://www.foei.org/en/media/archive/2006/WTO\\_briefing.pdf](http://www.foei.org/en/media/archive/2006/WTO_briefing.pdf), consulté le 3/09/2007.

<sup>726</sup> Par ex., art. 60 du Statut et art. 98 et 100 du Règlement de la Cour internationale de Justice, art. 33 § 3 du Statut du Tribunal international du droit de la mer.

<sup>727</sup> Par ex., art. 35 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 29 du Règlement d'arbitrage de la CCI, art. 50 de la Convention CIRDI et art. 50 sqq. du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

<sup>728</sup> Rapport *op. cit.*, partie 3, § 6.3, note de bas de page n° 170.

<sup>729</sup> Lettre du 8 mai 2006, constituant l'Annexe K au rapport final : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/291r\\_add9\\_f.doc](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/291r_add9_f.doc),

confidentiels devant être supprimés ultérieurement de la version publique des rapports. Le Groupe spécial a eu recours à un procédé technique inédit consistant dans le marquage individualisé des rapports finals remis aux parties. Ainsi, « les versions papier et électroniques des rapports finals [remises aux parties] (...) lui permettront de relier une version divulguée d'une partie ou de la totalité des rapports confidentiels à la partie l'ayant reçue »<sup>730</sup>. Ce procédé de marquage, qui devrait donc fournir la preuve d'une violation de la règle de confidentialité, n'a toutefois pas été en l'espèce expérimenté jusqu'au bout, puisque aucune nouvelle fuite n'a été constatée, ce qui témoigne sans doute de son efficacité. En revanche, comme l'a noté le Professeur H. Gherari, « ce procédé est en quelque sorte proposé aux autres groupes spéciaux »<sup>731</sup>, et l'on peut imaginer que cette procédure soit mise en œuvre, à l'avenir, de manière systématique.

### Conclusion

La confidentialité garde aujourd'hui un rôle clé et une place prépondérante dans les procédures de règlement des différends à l'OMC et nous avons vu que, en condamnant fermement les fuites constatées dans quelques affaires, les organes du MRD soulignent combien il importe que la règle de confidentialité soit respectée afin de préserver l'intégrité et l'efficacité du MRD. Le procédé de marquage expérimenté dans l'affaire CE – *Produits biotechnologiques* constitue en particulier un outil prometteur qui devrait entrer dans la pratique habituelle du MRD. Dans le même temps, les États semblent dans l'ensemble favorables à l'orientation des procédures vers une plus grande transparence et il ne fait pas de doute que l'ouverture au public des réunions du Groupe spécial de l'affaire *Hormones II* constitue une étape déterminante, car naturelle et bien accueillie, du processus de réforme du mécanisme. Un équilibre doit néanmoins être trouvé entre la nécessité d'ouvrir le MRD pour ancrer sa légitimité (et avancer d'un cran dans sa juridictionnalisation<sup>732</sup>), et celle de garantir la protection adéquate des renseignements exclusifs, au risque de voir sinon le MRD – salué comme une avancée majeure du système commercial multilatéral – devenir illusoire. Cet équilibre est au cœur des travaux actuels de révision du Mémorandum d'accord, qui ne sont toutefois pas en passe d'être achevés, et l'on peut penser que l'évolution aura lieu en pratique avant la révision formelle des instruments juridiques encadrant le règlement des différends à l'OMC.

---

consulté le 24/07/2007. Voir le rapport final, § 6.195.

<sup>730</sup> Lettre du 8 mai 2006, *op. cit.*

<sup>731</sup> H. Gherari, *op. cit.*, p. 661.

<sup>732</sup> Sur le débat relatif à la nature des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel et leur qualification de juridiction internationale, d'organe judiciaire, voir la synthèse de G. Sacerdoti, *op. cit.*, pp. 778-789 et les références bibliographiques de sa note de bas de page n°24 (p. 787).

## ***4. Recensement de la jurisprudence internationale relative à l'environnement***

Ce **document de travail** recense des affaires à portée environnementale ayant donné lieu à une décision juridictionnelle ou arbitrale internationale. Le classement est opéré, dans chacune de ces deux catégories, par « juridiction » et ordre chronologique d'adoption des décisions.

Ce recensement ne concerne pas la jurisprudence des juridictions communautaires (Cour de justice des Communautés européennes et Tribunal de première instance). De même, les décisions sur les réclamations environnementales de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (pour l'Irak), qui est un organe administratif, ne figurent pas dans ce document.

### ***Sommaire :***

#### **I. Décisions arbitrales**

- 1. Arbitrages divers**
- 2. Tribunal arbitral du droit de la mer**
- 3. Tribunal arbitral « OSPAR »**
- 4. Arbitrages CIRDI**

#### **II. Décisions judiciaires**

- 1. Cour internationale de Justice**
- 2. Cour Permanente de Justice Internationale**
- 3. Comité des droits de l'homme**
- 4. Cour et Commission européennes des droits de l'homme**
- 5. Comité européen des droits sociaux**
- 6. Cour et Commission interaméricaines des droits de l'homme**
- 7. Cour et Commission africaine des droits de l'homme et des peuples**
- 8. Tribunal international du droit de la mer**
- 9. GATT/OMC**
- 10. ALENA**

### **I. DÉCISIONS ARBITRALES**

Site de la Cour permanente d'arbitrage : [www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org)

#### **1. Arbitrages divers**

- *Phoques à fourrure de la mer de Behring* (États-Unis c. Royaume-Uni), sentence arbitrale du 15 août 1893, *Clunet* 1893, p. 1259.

- *Fonderie du Trail* (États-Unis c. Canada), sentence arbitrale du 11 mars 1941, *RSA*, tome 3, p. 1907.

- *Lac Lanoux* (Espagne c. France), sentence arbitrale du 16 novembre 1957, *RSA*, tome 12, p. 285.

- Affaire *Lafico c. République du Burundi*, sentence arbitrale du 4 mars 1991, *in RBDI*, 1990-2, pp. 517-562.

- Affaire concernant *l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 2001 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par des chlorures du 3 décembre 1976*, sentence arbitrale du 12 mars 2004 :

Première partie : <http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/PBF/Sentence%20I.pdf>

Seconde partie : <http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/PBF/Sentence%20II.pdf>

- Affaire du *Chemin de fer du Rhin de fer* (Belgique c. Pays-Bas), 24 mai 2005 ([http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/BENL/BE-NL\\_20Award\\_20corrected\\_20200905.pdf](http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/BENL/BE-NL_20Award_20corrected_20200905.pdf))

### 2. Tribunal arbitral du droit de la mer (partie XV de la Convention de Montego Bay)

- Affaire du *Thon à nageoire bleue*, sentence arbitrale du 4 août 2000.
- *The MOX Plant Case*, order n° 3, ordonnance du 24 juin 2003 ([http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX\\_20Order\\_20no3.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX_20Order_20no3.pdf)).

### 3. Tribunal arbitral « OSPAR »

- *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention*, Final Award, 2 juillet 2003 ([http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR\\_20Award.pdf](http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR_20Award.pdf) et <http://www.pca-cpa.org/FRENCH/DRAP/index.htm>) → affaire Usine MOX.

### 4. Arbitrages CIRDI

<http://www.worldbank.org/icsid/>

- *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. (CDSE) v. Republic of Costa Rica* (Case No. ARB/96/1), sentence du 17 février 2000  
[http://www.worldbank.org/icsid/cases/santaelena\\_award.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/santaelena_award.pdf)  
(en français in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, pp. 567 sqq., pp. 771-772).
- *Metalclad c. Mexique*, sentence du 30 août 2000 → voir ALENA, Tribunal arbitral du Chapitre 11.  
<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-e.pdf>  
(en français in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, p. 613, pp. 669 sqq., pp. 771-772).

## **II. DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES**

### **1. Cour internationale de Justice**

<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions.htm>

En matière contentieuse :

- *Essais nucléaires* (Australie c. France), ordonnance en indication de mesures conservatoires du 22 juin 1973.
- *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), ordonnance en indication de mesures conservatoires du 22 juin 1973.
- *Compétence en matière de pêcheries* (Royaume-Uni c. Islande), arrêt du 25 juillet 1974, *Rec. CIJ*, 1974, p. 3 (§ 72).
- *Compétence en matière de pêcheries* (République fédérale d'Allemagne c. Islande), arrêt du 25 juillet 1974, *Rec. CIJ*, 1974, p. 175 (§ 64).
- *Certaines terres à Phosphate à Nauru* (Nauru c. Australie), arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 juin 1992.
- *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), ordonnance du 22 septembre 1995 (et opinions dissidentes des juges Weeramantry, Koroma et Sir Geoffrey Palmer).
- *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997.
- *Compétence en matière de pêcheries* (Espagne c. Canada), arrêt du 4 décembre 1998.
- *Activités armées sur le territoire du Congo* (Congo c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005

Pillage et exploitation des ressources naturelles (*jus in bello*) :

§ 245 : « En conséquence, chaque fois que des membres des UPDF ont été impliqués dans le pillage et l'exploitation de ressources naturelles sur le territoire de la RDC, ils ont agi en violation du *jus in bello*, lequel interdit de tels actes à une armée étrangère sur le territoire où elle est présente. La Cour rappelle à cet égard que l'article 47 du règlement de La Haye de 1907 et l'article 33 de la quatrième convention de Genève de 1949 interdisent tous deux le pillage ».

§ 248 : « La Cour observe en outre que, du fait qu'il était la puissance occupante dans le district de l'Ituri (voir paragraphe 178 ci-dessus), l'Ouganda était tenu de prendre des mesures appropriées pour prévenir le pillage et l'exploitation des ressources naturelles dans le territoire occupé, non seulement par des membres de ses forces armées, mais également par les personnes privées présentes dans ce district ».

- *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), ordonnance en indication de mesures conservatoires du 13 juillet 2006 : Préoccupations exprimées par l'Argentine quant à la nécessité de protéger son environnement naturel et, en particulier, la qualité des eaux du fleuve Uruguay.

- Compétence *prima facie* (§ 59), mais « les circonstances, telles qu'elles se présentent actuellement à la Cour, ne sont pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut » : « l'affaire ne contient aucun élément démontrant que la décision de l'Uruguay d'autoriser la construction des usines créerait un risque imminent de préjudice irréparable pour le milieu aquatique du fleuve Uruguay ou pour les intérêts économiques et sociaux des populations riveraines établies du côté argentin du fleuve » (§ 73).

- § 72 : « 72. Considérant que, en ce qui concerne les droits de nature substantielle invoqués par l'Argentine, la Cour a conscience des préoccupations exprimées par cet Etat quant à la nécessité de protéger son environnement naturel et, en particulier, la qualité des eaux du fleuve Uruguay ; que la Cour rappelle avoir eu, par le passé, l'occasion de souligner toute l'importance qu'elle attache au respect de l'environnement : «l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement.» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 241-242, par. 29 ; voir aussi *Projet Gab\_ıkovo-Nagyamaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997*, p. 78, par. 140) ».

- § 80 : « 80. Considérant que la présente affaire met en évidence l'importance d'assurer la protection, sur le plan de l'environnement, des ressources naturelles partagées tout en permettant un développement économique durable ; qu'il convient notamment de garder à l'esprit la dépendance des Parties vis-à-vis de la qualité des eaux du fleuve Uruguay en tant que celui-ci constitue pour elles une source de revenus et de développement économique ; que, dans cette perspective, il doit être tenu compte de la nécessité de garantir la protection continue de l'environnement du fleuve ainsi que le droit au développement économique des Etats riverains ».

**A noter** : Autres affaires dans lesquelles des considérations environnementales figurent dans les requêtes introductives d'instance :

- Affaire de la *Licéité de l'emploi de la force* (Yougoslavie (devenue Serbie-et-Monténégro) c. dix États membres de l'OTAN) : les requêtes de la Yougoslavie font état de dommages à l'environnement liés aux bombardements de l'OTAN (la Serbie-et-Monténégro invoque « l'obligation de protéger l'environnement » et « l'obligation de ne pas causer de dommages substantiels à l'environnement »). Pas de décision sur le fond.

- Affaire des *Activités menées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002) (Congo c. Rwanda) : le Congo avance que le Rwanda est notamment coupable de « destruction de la faune et de la flore du pays » (ordonnance en indication de mesures conservatoires du 10 2002, § 4).

**En matière consultative** :

- *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996.

→ Normes en vigueur en matière de sauvegarde et de protection de l'environnement - Considérations écologiques en tant qu'élément à prendre en compte dans la mise en oeuvre du droit applicable dans les conflits armés → §§ 27-33 de l'avis + § 35.

Surtout § 29 : « 29. La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement ».



## 2. Cour Permanente de Justice Internationale

- *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, arrêt n° 16, 1929, *Rec. CPJI*, série A, n° 23.

- *Prises d'eau à la Meuse*, 1937, *Rec. CPJI*, série A/B, n° 70.

## 3. Comité des droits de l'homme

La problématique apparaît en filigrane dans :

- affaire *E.H.P. c. Canada*, communication no 67/1980, décision d'irrecevabilité adoptée le 27 octobre 1982 :

[<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/fd1dce90b1957160c1256abe003484d9?OpenDocument>]

concernant un dépôt de déchets nucléaires au Canada : décision du Comité concernant les déchets radioactifs et dans laquelle le Comité avait observé que la communication soulevait de **sérieuses questions quant à l'obligation des États parties de protéger la vie humaine au regard de l'article 6, paragraphe 1**, sans toutefois retenir une violation de cette disposition.

Citation : « 8. The Committee observes that the present communication raises serious issues, with regard to the obligation of States parties to protect human life (article 6 (1)) », mais pas de violation.

- affaire *Vaihere Bordes et M. John Temeharo c. France*, communication n° 645/1995 concernant les essais nucléaires français dans le Pacifique

Communication No. 645/1995 : France. 30/07/96

[<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/d38e800aab52cd4d802567a00039861f?OpenDocument>]

reprise des essais nucléaires dans le Pacifique : les auteurs de la communication se disent victimes de violations par la France des articles 6 et 17 du Pacte → Ils affirment que les essais font peser une menace sur leur droit à la vie et leur droit de ne pas être l'objet d'immixtions arbitraires dans leur vie privée et leur vie de famille.

→ communication irrecevable : le Comité considère qu'il n'a pas été établi que les auteurs peuvent prétendre avoir qualité de victimes au sens de l'article premier du Protocole facultatif.

MAIS : « 5.9 Bien que les auteurs n'aient pas apporté la preuve qu'ils sont "victimes" au sens de l'article premier du Protocole facultatif, le Comité tient à rappeler ce qu'il a déclaré dans son Observation générale 14[23], à savoir qu'il "est évident que la conception, la mise à l'essai, la fabrication, la possession et le déploiement d'armes nucléaires constituent l'une des plus graves menaces contre le droit à la vie qui pèsent aujourd'hui sur l'humanité" / Observation générale 14[23], adoptée le 2 novembre 1984 ».

- Communication No. 1453/2006 : France. 23/11/2006 (adopté par le Comité le 18 octobre 2006) :

(<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0ac7e03e4fe8f2bdc125698a0053bf66/ee5fad4c3eec191cc125724200500635?OpenDocument>)

§ 3.1 : le requérant argue que « le Comité devra procéder par analogie en se reportant à la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme et faire une interprétation extensive de l'article 17 », selon laquelle la notion de vie privée et familiale englobe le droit de vivre dans un environnement sain.

§ 5.1 : il estime être une victime directe potentielle des menaces liées aux disséminations d'OGM dans l'environnement lors d'essais en plein champ qui constituent un danger imminent et réel pour la jouissance de sa vie privée et familiale et sa qualité de vie.

Il invoque aussi dans un second temps l'art. 6 sur le droit à la vie et la communication du Comité *E.H.P. c. Canada*, communication no 67/1980, décision d'irrecevabilité adoptée le 27 octobre 1982 : « 5.6 En dernier lieu, l'auteur ajoute qu'il y a également violation de l'article 6 et fait valoir que la promotion d'un environnement sain contribue à la protection du droit à la vie. Il invoque une décision du Comité concernant les déchets radioactifs et dans laquelle le Comité avait observé que la communication soulevait de sérieuses questions quant à l'obligation des États parties de protéger la vie humaine au regard de l'article 6, paragraphe 1, sans toutefois retenir une violation de cette disposition ».

France : défaut de qualité de victime, pas d'intérêt à agir.

§ 4.1 : « En l'espèce, l'auteur prétend avoir été victime d'une violation de son droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 17 du Pacte du fait de sa condamnation pénale. L'État partie souligne que l'auteur a été condamné par les juridictions pénales pour des faits de destruction ou dégradation volontaire du bien d'autrui commis en réunion, faits qui sont réprimés par l'article 322-1 et suivants du code pénal. Cette condamnation est sans rapport, direct ou indirect, avec la réglementation relative aux OGM. L'État partie constate, par ailleurs, que l'auteur ne se plaint d'aucune atteinte personnelle à sa santé ou à son environnement. En conséquence, il conclut que l'invocation d'un simple risque non défini avec certitude ne saurait être considéré comme un élément déterminant pour conférer à l'auteur la qualité de victime au regard des dispositions du Pacte ».

+ § 4.2 : incompatibilité *ratione materiae* : « le droit à une alimentation et à un environnement sains ne saurait découler ni du texte de l'article 17 du Pacte, ni de son interprétation par la Comité tel qu'elle ressort de l'Observation générale no 16 portant sur cet article. Au contraire, la notion de vie privée et familiale est à définir

par opposition à la sphère publique. L'État partie estime donc que la communication est incompatible *ratione materiae* avec l'article 17 ».

+ non épuisement des voies de recours internes utiles

→ Communication irrecevable :

§ 6.3 : « En l'espèce, le Comité note que les arguments de l'auteur (voir par.3.2 à 3.5) se réfèrent aux dangers généraux qui proviendraient de l'utilisation des cultures OGM et constate que les faits de la cause ne montrent pas que la position de l'État partie concernant des cultures de plants transgéniques en plein champ représente pour l'auteur une violation effective ou une menace imminente de violation de son droit à la vie et au respect de la vie privée et familiale, et du domicile. Après un examen des arguments invoqués et des éléments d'information dont il est saisi, le Comité conclut donc que l'auteur ne peut pas prétendre être une «victime» d'une violation des **articles 6 et 17** du Pacte au sens de l'article premier du Protocole facultatif ».

→ mais l'argument de la France selon lequel le droit à un environnement sain pourrait découler de l'art. 17 du Pacte n'est pas retenu. DONC question d'économie de raisonnement du juge : signifie que le droit à un environnement sain pourrait découler de l'art. 17 du Pacte : le Comité note qu'il n'y a pas eu violation car il n'est pas une victime. Implique qu'il aurait pu l'être sur le fondement du droit à l'environnement sain. Il aurait sinon été plus économique pour le Comité de retenir l'incompatibilité *ratione materiae* avec l'art. 17 du Pacte.

→ protection des minorités : entre autres :

- *Bernard Ominayak and the Lubicon Band v. Canada*, Communication No. 167/1984

- *Imari Länsman et consorts c. Finlande*, Communication No. 511/1992, communication n° 511/1992

[<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/French/jurisprudence/511-1992.html>]

concernant l'exploitation d'une carrière sur un territoire appartenant traditionnellement au peuple sami : Les auteurs sont tous d'ethnie sami et éleveurs de rennes dans la région d'Angeli et d'Inari; ils contestent la décision prise par la Direction centrale des forêts de passer en 1989 un contrat avec une entreprise privée, Arktinen Kivi Oy (Arctic Stone Company); ce contrat prévoit, jusqu'en 1993, l'exploitation d'une carrière de pierres sur une superficie de 10 hectares, sur le flanc de la montagne Etelä-Riutusvaara.

Comité : « 9.2 Il n'est pas contesté que les auteurs sont membres d'une minorité au sens de l'article 27 et, en tant que tels, ont le droit de jouir de leur propre culture; en outre, il n'est pas contesté que l'élevage du renne constitue un élément essentiel de leur culture ».

→ l'article 27 du Pacte (un membre d'une minorité ne doit pas se voir dénier le droit de jouir de sa propre culture) : pas de violation.

APPORT : « des mesures ayant un certain effet limité sur le mode de vie de personnes appartenant à une minorité n'équivaudront pas nécessairement à un déni du droit énoncé à l'article 27 » (§ 9.4).

§ 9.3 : « Le Comité note également que ces derniers craignent qu'un environnement perturbé ne nuise à la qualité des rennes abattus ».

- *Apirana Mahuika et al c. New Zealand*, communication n° 547/1992

relative aux droits des Maoris à la pêche

→ est en cause l'article 27 du Pacte (« **Article 27** - Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue »). Le Comité conclue à l'absence de violation du Pacte.

#### **4. Cour et Commission européennes des droits de l'homme**

<http://www.echr.coe.int/echr>

Voir aussi :

**Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe**, Doc. 9791 du 16 avril 2003, Rapport de la Commission de l'environnement et de l'agriculture et des questions territoriales, « Environnement et droits de l'homme ». [<http://assembly.coe.int/MainF.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc03/FDOC9791.htm>]

**Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe**, Doc. 9833 du 19 juin 2003. Avis de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « Environnement et droits de l'homme ». [<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/FDOC9833.htm>]

- *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, arrêt du 13 juillet 1983 : question du bruit et de la pollution de l'air imputables au trafic de l'aéroport de Zurich-Kloten.

→ violation art. 6 § 1 (délai raisonnable).

- *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1990 : applicabilité de l'article 8 car « le bruit des avions de l'aéroport de Heathrow a[vait] diminué la qualité de la vie privée et les agréments du foyer [de chacun] des requérants » (§ 40).

- *Fredin c. Suède*, 18 février 1991 : les requérants ont investi dans une gravière, les circonstances de l'époque leur donnant alors de bonnes raisons de penser qu'ils pourraient poursuivre longtemps l'utilisation de cette gravière. Or les autorités ont décidé, avec un bref préavis, de les priver du droit de le faire dans un souci de protection de l'environnement.
  - § 48 : « De son côté, la Cour n'ignore pas que la société d'aujourd'hui se soucie sans cesse davantage de préserver l'environnement ».
  - § 51 : « une mesure d'ingérence doit ménager un "juste équilibre" entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ».
 → pas de violation de l'art. 1 du Protocole I (droit au respect de ses biens) ; pas de violation en combinaison avec l'art. 14 (discrimination) ; mais violation de l'art. 6 § 1.
  
- *Zander c. Suède*, arrêt du 25 novembre 1993 : concerne la pollution de l'eau potable d'un puits par du cyanure issu d'une décharge voisine recueillant des déchets domestiques et industriels.
  - violation de l'art. 6 § 1 (« droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »).
  
- *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994 : refus de la CEDH de reconnaître que l'atteinte à l'environnement équivaut en l'espèce à un traitement inhumain ou dégradant, donc absence de violation de l'art. 3 ; mais violation de l'art. 8 : l'article 8 pouvait inclure un droit à être protégé contre des atteintes graves à l'environnement car celles-ci pouvaient « affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressée ».
  
- *Buckley c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 septembre 1996 (faible pertinence s'agissant de la protection de l'environnement) : la requérante, Tsigane, conteste l'interdiction qui lui a été faite d'implanter sa caravane sur son terrain, au titre des contrôles en matière d'aménagement foncier destinés, entre autres, « à protéger l'environnement et la santé publique » (§ 62).
  - §§ 74-77 : en matière d'aménagement du territoire (pouvant soulever des questions liées à l'environnement), l'Etat jouit d'une marge d'appréciation étendue (→ voir *infra* : *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003).
 → pas de violation de l'article 8.
  
- *Terra Woningen B. V. c. Pays-Bas*, 17 décembre 1997 : affaire de pollution des sols par deux métaux lourds (arsenic et mercure) et des « drines », ainsi que du plomb et du cadmium.
  - violation de l'art. 6 § 1 : défaut d'accès à un tribunal ayant compétence pour se prononcer sur la matérialité de la pollution du sol (formule du requérant, § 46).
  
- *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, 28 août 1997 : Les requérants, voisins d'une centrale nucléaire, invitaient le Conseil fédéral à rejeter la demande de prolongation du permis d'exploitation et à ordonner la fermeture immédiate et définitive de la centrale nucléaire, alléguant que la centrale ne remplissait pas les normes de sécurité les plus modernes en raison de graves et irrémédiables défauts de construction et que son état entraînait un risque d'accidents supérieur à la normale.
  - § 40 : les requérants « se sont attachés à prouver les déficiences techniques alléguées et la nécessité de réduire par tous les moyens les menaces qui en découleraient pour la population et l'environnement en général. Cependant, ils n'ont pas pour autant établi un lien direct entre les conditions d'exploitation de la centrale qu'ils ont mises en cause et leur droit à la protection de leur intégrité physique, faute d'avoir démontré qu'ils se trouvaient personnellement exposés, du fait du fonctionnement de la centrale de Mühleberg, à une menace non seulement sérieuse, mais également précise et surtout imminente. En l'absence de pareil constat, les effets sur la population des mesures qu'aurait pu décider le Conseil fédéral en l'espèce demeuraient donc hypothétiques. En conséquence, ni les dangers ni les remèdes ne présentaient le degré de probabilité qui eût rendu l'issue du litige directement déterminante, au sens de la jurisprudence de la Cour, pour le droit invoqué par les intéressés. La Cour estime en effet que le lien entre la décision du Conseil fédéral et le droit invoqué par les requérants était trop ténu et lointain ».
 → non-applicabilité en l'espèce de l'article 6 de la Convention.
  
- *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998 : affaire relative à l'incidence des émissions nocives émanant d'une usine de fertilisants :
  - § 52-53 : liberté d'expression et de recevoir et communiquer des informations : alors que, dans cette espèce, la Commission estime que « l'information du public représente désormais l'un des instruments essentiels de protection du bien-être et de la santé de la population dans les situations de danger pour l'environnement », la CEDH juge que : « Ladite liberté ne saurait se comprendre comme imposant à un Etat, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, *motu proprio*, des informations ».

- § 57 : « L'incidence directe des émissions nocives sur le droit des requérantes au respect de leur vie privée et familiale permet de conclure à l'applicabilité de l'article 8 ».
- § 60 : « La Cour rappelle que des atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt López Ostra précité, p. 54, § 51). En l'espèce, les requérantes sont restées, jusqu'à l'arrêt de la production de fertilisants en 1994, dans l'attente d'informations essentielles qui leur auraient permis d'évaluer les risques pouvant résulter pour elles et leurs proches du fait de continuer à résider sur le territoire de Manfredonia, une commune aussi exposée au danger en cas d'accident dans l'enceinte de l'usine. La Cour constate donc que l'Etat défendeur a failli à son obligation de garantir le droit des requérantes au respect de leur vie privée et familiale, au mépris de l'article 8 de la Convention ».
- inapplicabilité en l'espèce de l'art. 10 (liberté d'expression) ; violation de l'art. 8.
- *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* : arrêt du 9 juin 1998 : question de l'absence, pendant les essais nucléaires, d'une surveillance de l'exposition des requérants aux rayonnements. → applicabilité de l'article 8 : « la question de l'accès à des informations qui auraient pu soit apaiser les craintes des intéressés à cet égard, soit leur permettre d'évaluer le danger auquel ils avaient été exposés, présente un lien suffisamment étroit avec leur vie privée et familiale au sens de l'article 8 pour soulever une question sur le terrain de cette disposition » (§ 97).
- pas de violation de l'article 6 § 1 de la Convention, pas de violation de l'art. 8.
- A noter : arrêt du 28 janvier 2000 : rejet de la demande en révision de l'arrêt du 9 juin 1998.
- *L.C.B. c. Royaume-Uni* (9 juin 1998) : individu soumis à l'irradiation résultant des essais nucléaires du Royaume-Uni à l'île Christmas.
- « la Cour estime que la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (...). Nul n'a laissé entendre que l'Etat défendeur aurait délibérément cherché à provoquer la mort de la requérante. La Cour a donc pour tâche de déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, l'Etat a pris toutes les mesures requises pour empêcher que la vie de la requérante ne soit inutilement mise en danger ».
- pas de violation de l'art. 2 (droit à la vie).
- *Chassagnou c. France*, 29 avril 1999 : la Cour a reconnu l'existence d'une violation de l'article 1er du Protocole I du fait de la loi Verdeille relative à la chasse. Cette affaire ne contient que quelques considérations environnementales : voir les opinions du Juge Fischbach, des Juges Caflish et Pantíru.
- *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001 : la requérante, Tsigane s'est vue interdire d'aménager une caravane sur son terrain, le Gouvernement affirmant que cela visait « à faire exécuter des dispositions de contrôle de l'aménagement destinées à protéger le bien-être économique du pays, l'environnement et la santé publique ». § 82 : « il apparaît que les justifications invoquées pour l'ingérence dans le cadre de la procédure d'aménagement suivie en l'espèce ont essentiellement pris la forme d'une défense de l'environnement. Dans ces conditions, la Cour estime que les mesures en cause visaient le but légitime que constitue la protection des « droits d'autrui » par le biais de la défense de l'environnement, et ne juge pas nécessaire de rechercher si d'autres objectifs entraient également en jeu ».
- § 92 : « La Cour n'est pas à même de contester l'avis rendu par les autorités nationales dans une affaire donnée selon lequel l'usage particulier d'un terrain suscite des objections légitimes en matière d'aménagement. Elle ne peut se rendre sur tous les sites pour apprécier l'impact d'un certain projet sur une région donnée quant à la beauté des lieux, la circulation routière, l'adduction d'eau et le système d'égouts, les installations scolaires, les services médicaux, la situation de l'emploi, etc. Etant donné que les inspecteurs de l'aménagement visitent les lieux, entendent les arguments de toutes les parties et peuvent interroger les témoins, ils sont mieux placés que la Cour pour peser les arguments. Partant, comme la Cour l'a observé dans l'arrêt *Buckley* (précité, p. 1292, § 75 *in fine*), « [d]ans la mesure où l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire portant sur une multitude de facteurs locaux est inhérent au choix et à l'application de politiques d'aménagement foncier, les autorités nationales jouissent en principe d'une marge d'appréciation étendue », même si la Cour demeure habilitée à conclure que les autorités nationales ont commis une erreur manifeste d'appréciation ».
- § 94 : « Cela renforce la Cour dans sa conviction qu'en raison du caractère complexe et sensible des questions que soulèvent les politiques mettant en balance les intérêts de la population en général, notamment en matière de défense de l'environnement, et les intérêts d'une minorité, avec des exigences qui peuvent être contradictoires, son propre rôle se borne strictement à exercer un contrôle ».
- § 102 : « La Cour aura quelque réticence à accorder une protection aux personnes qui, bravant sciemment les interdictions de la loi, établissent leur domicile sur un site à l'environnement protégé. Si la Cour agissait autrement, elle encouragerait les actions illégales au détriment du droit des autres membres de la communauté à voir l'environnement protégé » (voir aussi § 104).

- pas de violation de l'art. 8 ; pas de violation de l'art. 1 du Protocole I ; pas de violation de l'art. 6 § 1 ; pas de violation de l'art. 14.
- Plusieurs affaires ayant le même objet que l'affaire *Chapman* ont conduit la CEDH à rendre des arrêts similaires le même jour : *Jane Smith c. Royaume-Uni* ; *Coster c. Royaume-Uni* ; *Lee c. Royaume-Uni* ; *Beard c. Royaume-Uni*.
- *Metzger c. Allemagne*, 31 mai 2001 : le requérant, maire de Darmstadt, a vu sa responsabilité pénale engagée car les abattoirs de la ville avaient utilisé un mode d'élimination des déchets nuisible à l'environnement en versant ces déchets dans les canalisations. Le requérant soutient que la durée de la procédure pénale engagée contre lui a dépassé le délai raisonnable prévu à l'article 6 § 1 de la Convention.
- § 39 : « La Cour considère que l'affaire présentait une certaine complexité, car elle portait sur le droit pénal de l'environnement : en l'espèce, il s'agissait d'abord de démontrer la réalité et l'ampleur de la pollution des eaux de la ville de Darmstadt en recourant à un expert ».
- néanmoins retard excessif, donc violation de l'art. 6 § 1.
- *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (nuisances sonores dues aux vols de nuit à l'aéroport d'Heathrow)
- 2 octobre 2001 : violation de l'article 8 (droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance).
- 8 juillet 2003 : « 98. L'article 8 peut trouver à s'appliquer dans les affaires d'environnement, que la pollution soit directement causée par l'Etat ou que la responsabilité de ce dernier découle de l'absence de réglementation adéquate de l'industrie privée ».
- « 101. Dans d'autres affaires soulevant des questions liées à l'environnement, par exemple des affaires d'aménagement du territoire, la Cour a également déclaré que l'Etat devait jouir d'une marge d'appréciation étendue. Elle a expliqué ce point de vue dans l'affaire *Buckley c. Royaume-Uni*, dans laquelle la requérante se plaignait de s'être vu refuser un permis d'aménagement foncier pour l'installation à demeure d'une caravane sur un terrain lui appartenant (arrêt du 25 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, pp. 1291-1293, §§ 74-77) ».
- « 128. Quant aux aspects procéduraux de l'affaire, la Cour relève que lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter, comme c'était le cas en l'espèce, 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 ». Pas de violation de l'art. 8 ; violation de l'art. 13.
- pas de violation de l'art. 8 ; mais violation de l'art. 13.
- A noter : parties intervenantes : Friends of the Earth et British Airways
- *Tsirikakis c. Grèce*, 10 janvier 2002 (arrêt au principal) : la Cour a jugé qu'il y avait eu dépassement du « délai raisonnable » de la procédure, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention et que les requérants ont eu à supporter une charge spéciale et exorbitante qui a rompu le juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens, garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 (§§ 44 et 61 et points 2 et 3 du dispositif).
- Nouvelle décision du 23 janvier 2003 : fixation des montants dus par la Grèce aux requérants.
- *Papastavrou et autres c. Grèce*, 10 avril 2003 : affaire relative à un différend entre l'État grec et le requérant quant à la propriété d'un terrain. Il est notamment question d'une décision préfectorale ordonnant le reboisement, laquelle « n'était pas entachée d'arbitraire mais qu'elle avait été dictée par des motifs d'utilité publique, à savoir la protection de l'environnement ».
- violation de l'article 1 du Protocole n° 1.
- *Kleyn et autres c. Pays-Bas*, 6 mai 2003 : affaire relative à la contestation de la construction d'un réseau ferroviaire permettant d'améliorer de la compétitivité du port de Rotterdam et de prévenir et, si possible, de réduire l'engorgement des routes et la dégradation de l'environnement. Les faits de l'affaire portent sur des considérations environnementales (référence notamment à des études d'impact). Pas d'apport de la CEDH en matière environnementale.
- pas de violation de l'art. 6 § 1 (droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...)).
- *Kyrtatos c. Grèce*, 22 mai 2003 : question de la validité de permis de construire de deux maisons à proximité d'un marais au regard de l'art. 24 de la Constitution grecque relatif à la protection de l'environnement.
- § 52 : confirmation de la jurisprudence antérieure sur l'applicabilité de l'art. 8 (*Lopez Ostra*) : « Toutefois, l'élément crucial qui permet de déterminer si, dans les circonstances d'une affaire, des atteintes à l'environnement ont emporté violation de l'un des droits sauvegardés par le paragraphe 1 de l'article 8 est l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne, et non simplement la dégradation générale de l'environnement. Ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne

garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; d'autres instruments internationaux et législations internes sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier ».

§ 53 : « à supposer même que les aménagements urbains effectués dans la zone aient eu de graves répercussions sur l'environnement, les requérants n'ont présenté aucun argument convaincant démontrant que le tort qui aurait été causé aux oiseaux et autres espèces protégées vivant dans le marais était de nature à porter directement atteinte à leurs propres droits garantis par l'article 8 § 1 de la Convention. Il en irait autrement si, par exemple, les dommages à l'environnement dénoncés avaient occasionné la destruction d'une zone forestière à proximité de la maison des requérants, situation qui aurait pu affecter plus directement leur propre bien-être. En conclusion, la Cour ne saurait admettre que l'ingérence dans les conditions de la vie animale dans le marais nuit à la vie privée ou familiale des requérants ».

→ violation de l'art. 6 mais pas de l'art. 8.

- *Gorraz Lizarraga et autres c. Espagne*, 27 avril 2004 : l'affaire porte sur un projet technique de construction d'un barrage impliquant l'inondation de trois réserves naturelles et de plusieurs petits villages où résident les requérants. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, les requérants allèguent que, dans le cadre de l'action judiciaire entamée par eux contre la construction du barrage d'Itoiz, leur cause n'a pas été entendue équitablement. Ils invoquent notamment dans ce recours que le projet porte atteinte à la législation sur la protection de l'environnement, en l'absence d'étude sur ses répercussions au niveau écologique.

→ question de l'intérêt ou la qualité pour agir (§§ 33-39).

§ 43 : « un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisent pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1 ». § 46 : « Assurément, l'aspect de la contestation se rapportant à la défense de l'intérêt général [protéger l'environnement] ne portait pas sur un droit de caractère civil dont les cinq premiers requérants seraient susceptibles de se prétendre titulaires en leurs noms propres. Il en va différemment du second aspect, à savoir les répercussions de la construction du barrage sur leur mode de vie et leurs propriétés ».

→ pas de violation de l'art. 6 § 1 + pas lieu d'examiner séparément les griefs des requérants tirés des articles 8 de la Convention et 1 du Protocole n° 1.

- *Vides Aizsardz\_bas Klubs c. Lettonie*, 27 mai 2004 : La présidente du conseil municipal de la commune de M\_rsrags a entamé des poursuites contre l'association « Club pour la Protection de l'Environnement » pour obtenir des dommages-intérêts et la publication d'un démenti officiel, suite à la publication par l'association d'une résolution exprimant une grave préoccupation pour la préservation de la zone de dunes littorales. L'association, effectivement condamnée, a saisi la CEDH pour violation de l'art. 10 de la Convention (droit à la liberté d'expression).

§ 42 : « En tant qu'organisation non gouvernementale spécialisée en la matière, la requérante a donc exercé son rôle de « chien de garde » conféré par la loi sur la protection de l'environnement. Une telle participation d'une association étant essentielle pour une société démocratique, la Cour estime qu'elle est similaire au rôle de la presse tel que défini par sa jurisprudence constante (paragraphe 40 b) ci-dessus). Par conséquent, pour mener sa tâche à bien, une association doit pouvoir divulguer des faits de nature à intéresser le public, à leur donner une appréciation et contribuer ainsi à la transparence des activités des autorités publiques ».

→ violation de l'article 10 de la Convention.

- *Entreprises Robert Delbrassinne S.A. c. Belgique*, 1<sup>er</sup> juillet 2004 : cette affaire concerne des autorisations d'exploitation d'une carrière à ciel ouvert de calcaire. Suite à une étude d'incidences sur l'environnement de cette exploitation (soumise à enquête publique qui a donné lieu à plus de quatre cents réclamations), une autorité communale a refusé à la société Delbrassinne le permis d'extraction. Celle-ci a contesté cette décision devant le Conseil d'État, qui a rejeté le recours, et a saisi la CEDH pour dépassement du délai raisonnable.

→ violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

- *Taskin et autres c. Turquie*, 10 novembre 2004 : affaire relative à l'octroi par les autorités nationales d'une autorisation de recourir à un procédé d'exploitation d'une mine d'or par cyanuration : Les requérants affirment qu'en raison de l'aménagement ainsi que de l'exploitation de la mine d'or d'Ovacik, ils ont subi et continuent de subir les effets de la dégradation de l'environnement, à savoir, entre autres, les mouvements de population et les nuisances sonores dues aux travaux des engins et à l'utilisation d'explosifs.

§ 99 : La CEDH se réfère à la « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement », à la Convention d'Aarhus et la Recommandation 1614 (2003) concernant l'environnement et les droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

§ 113 : « La Cour rappelle que l'article 8 s'applique aux atteintes graves à l'environnement pouvant affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressée (*Lopez Ostra* (...)) Il en va de même lorsque les effets dangereux d'une activité auxquels les individus concernés risquent d'être exposés ont été déterminés dans le cadre d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement, de manière à établir un lien suffisamment étroit avec la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention ».

« 119. Lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit tout d'abord comporter la réalisation des enquêtes et études appropriées, de manière à prévenir et évaluer à l'avance les effets des activités qui peuvent porter atteinte à l'environnement et aux droits des individus et à permettre ainsi l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu (*Hatton et autres*, précité, § 128). L'importance de l'accès du public aux conclusions de ces études ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé ne fait pas de doute (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 228, § 60, et *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III, p. 1362, § 97). Enfin, les individus concernés doivent aussi pouvoir former un recours contre toute décision, tout acte ou toute omission devant les tribunaux, s'ils considèrent que leurs intérêts ou leurs observations n'ont pas été suffisamment pris en compte dans le processus décisionnel (voir, *mutatis mutandis*, *Hatton et autres*, précité, § 127) ».

→ violation de l'art. 8 et de l'art. 6 § 1.

A noter : autre affaire sur les mêmes faits : affaire *Öçkan et autres c. Turquie* (28 mars 2006) : violation de l'art. 8 et de l'art. 6.

- *Moreno Gomez c. Espagne*, 16 novembre 2004 : pollution sonore par des discothèques

§ 53 : « L'individu a droit au respect de son domicile, conçu non seulement comme le droit à un simple espace physique mais aussi comme celui à la jouissance, en toute tranquillité, dudit espace. Des atteintes au droit au respect du domicile ne visent pas seulement les atteintes matérielles ou corporelles, telles que l'entrée dans le domicile d'une personne non autorisée, mais aussi les atteintes immatérielles ou incorporelles, telles que les bruits, les émissions, les odeurs et autres ingérences. Si les atteintes sont graves, elles peuvent priver une personne de son droit au respect du domicile parce qu'elles l'empêchent de jouir de son domicile ».

§ 60 : « Compte tenu de l'intensité des nuisances sonores – nocturnes et excédant les niveaux autorisés – et du fait que celles-ci se sont répétées durant plusieurs années, la Cour conclut à l'atteinte aux droits protégés par l'article 8 ». + § 61 : « Les faits montrent que la requérante a subi une atteinte grave à son droit au respect du domicile, en raison de la passivité de l'administration face au tapage nocturne ».

→ violation de l'art. 8.

- *Öneriyıldız c. Turquie*, 30 novembre 2004 : une explosion de méthane a eu lieu dans une décharge, provoquant un glissement de terrain, qui a enseveli plusieurs taudis en contrebas, entraînant la mort de 39 personnes.

→ violation de l'art. 2 (droit à la vie) à la fois sous son volet substantiel (§§ 109-110) et sous son volet procédural « en raison de l'absence, face à un accident provoqué du fait d'une activité dangereuse, d'une protection adéquate « par la loi », propre à sauvegarder le droit à la vie, ainsi qu'à prévenir, à l'avenir, de tels agissements mettant la vie en danger » (§ 118).

- *Fadeïeva c. Russie*, 9 juin 2005 (pollution par une aciérie à proximité de laquelle réside la requérante → violation de l'art. 8) : « 68. Si l'article 8 a été invoqué dans plusieurs affaires où étaient en cause des questions d'ordre écologique, les atteintes à l'environnement n'ont pas systématiquement débouché sur des constats de violation de cette disposition : les droits et libertés protégés par la Convention ne comportent pas un droit à la préservation de la nature en tant que tel (*Kyrtatos c. Grèce*, n° 41666/98, CEDH 2003-VI, § 52). Dès lors, pour soulever une question au regard de l'article 8 l'atteinte alléguée doit avoir des répercussions directes sur le droit au respect du domicile, de la vie familiale ou de la vie privée du requérant ». « 69. La Cour souligne en outre que les conséquences néfastes de la pollution de l'environnement doivent atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 8 de la Convention (...). L'appréciation de ce minimum est relative et dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de l'intensité et de la durée des nuisances ainsi que de leurs effets physiques ou mentaux. Il y a également lieu de tenir compte de la situation générale de l'environnement. Il ne peut y avoir de grief défendable sous l'angle de l'article 8 lorsque le préjudice allégué est négligeable rapporté aux risques écologiques inhérents à la vie dans n'importe quelle ville moderne ».

- *Golinelli et Freymuth c. France*, 22 novembre 2005 : Les requérants furent mis en examen pour importation par imprudence, négligence ou volontaire, de déchets nuisibles à la santé de l'homme ou de l'environnement, circulation sans titre de marchandises soumises à justification d'origine et d'infractions réputées importations en contrebande.

→ violation de l'art. 6 § 1 de la Convention (du fait de l'absence de communication aux requérants des conclusions de l'avocat général, et l'impossibilité pour eux de répondre à ces dernières).

- *Ouzounoglou c. Grèce*, 24 novembre 2005 : affaire de pollution visuelle et sonore liée à la construction d'une autoroute sur une parcelle du terrain de la requérante qui a été expropriée à cette fin. La requérante se plaint du défaut d'indemnisation pour la dévalorisation de la partie non expropriée de son terrain.

§ 30 : « Mis à part le fait que le champ de vue de sa propriété donne désormais directement sur la nouvelle autoroute, la requérante subira, lorsque celle-ci sera ouverte à la circulation, les effets de la pollution sonore et des vibrations constantes. L'argument du Gouvernement, selon lequel la propriété en question n'a pas été

- dévalorisée car la maison familiale pourra être convertie en local professionnel, n'est pas convaincant aux yeux de la Cour, entre autres parce que, outre sa composante affective, la destination d'un immeuble utilisé comme domicile ne peut être modifiée sans impliquer d'importants frais à la charge de ses propriétaires ».
- violation de l'article 1 du Protocole n° 1 ; aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 8 de la Convention.
- *Iera Moni Profitou Iliou Thiras c. Grèce*, 22 décembre 2005 : affaire relative à l'installation à proximité d'un monastère de deux énormes antennes par l'Organisme des Télécommunications de Grèce et par la Radiophonie et Télévision Grecque, ainsi que d'un radar de l'OTAN. Le ministère des Transports ayant décidé que les antennes devaient être déplacées, les deux sociétés des Transports ont contesté cette décision. S'agissant du recours introduit par l'OTE, le Conseil d'État jugea que la décision du ministre était suffisamment motivée quant à la nécessité du déplacement des antennes en se fondant sur le risque d'atteinte à l'environnement et à la santé des moines. S'agissant du recours en annulation introduit par l'ERT, le Conseil d'Etat le rejeta dans sa totalité
- § 38 : « Eu égard à l'enjeu du litige pour la préservation de l'**environnement naturel et culturel** et à la période de temps écoulée, la Cour considère que l'inexécution par l'administration de décisions de justice fermes et définitives, a privé l'article 6 § 1 de la Convention de tout effet utile ». → violation de l'art. 6 § 1.
- *Athnasiou et autres c. Grèce*, 9 février 2006 : affaire de pollution sonore et visuelle portant sur la construction d'une ligne à deux voies de chemin de fer pour des TGV, sur le terrain des requérants dont des parcelles ont été expropriées à cette fin. Les requérants se plaignent de ne pas avoir perçu d'indemnités pour la dépréciation des parties non expropriées de leur terrain.
- § 25 : « Mis à part le fait que l'horizon de leurs propriétés est définitivement obstrué, celles-ci subiront une pollution sonore ainsi que des vibrations constantes ». → « la Cour considère qu'en refusant d'indemniser les requérants pour la dépréciation de la partie non expropriée de leurs terrains, la Cour de cassation a rompu le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde des droits individuels et les exigences de l'intérêt général ».
- violation de l'art. 1 du Protocole I.
- *Öçkan et autres c. Turquie*, 28 mars 2006 : affaire corollaire à *Ta\_kin et autres c. Turquie*, 10 novembre 2004 reposant sur les mêmes faits.
- violation de l'art. 8 et de l'art. 6.
- *Lazaridi c. Grèce*, 13 juillet 2006 :
- § 33 : « S'agissant de domaines tels que celui de l'environnement, la Cour respecte l'appréciation portée à cet égard par le législateur national, sauf si elle est manifestement dépourvue de base raisonnable (voir, *mutatis mutandis*, *Immobiliare Saffi c. Italie* [GC], n° 22774/93, § 49, CEDH 1999-V) ».
- § 34 : « la Cour constate que la qualification du terrain de la requérante comme terre à reboiser trouve sa source dans les décisions préfectorales de 1935, 1973 et 1990, cette dernière étant prise conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur relatives à la protection de l'environnement. Il convient donc de considérer que l'ingérence litigieuse répond à la condition de légalité. La Cour estime également que le but des limitations imposées à la requérante, à savoir la protection de la nature et des forêts, entre dans le cadre de l'intérêt général au sens du second alinéa de l'article 1 du Protocole additionnel ».
- § 35 : « Quant à l'exigence de proportionnalité entre l'ingérence dans le droit de propriété de la requérante et le but d'intérêt général poursuivi, la Cour note que la seule limitation qui semble avoir été apportée à l'usage du bien visé par le reboisement est celle de l'interdiction de construire ».
- Violation de l'art. 6 § 1 ; pas de violation de l'art. 1 du Protocole I, ni des articles 13 et 14 de la Convention.
- Deux arrêts similaires ont été rendus le même jour sur des faits identiques : affaires *Nikas et Nika c. Grèce* et *Kortessi c. Grèce*.
- *Giacomelli c. Italie*, 2 novembre 2006 : la requérante habite à 30 m. d'une usine de traitement de « déchets spéciaux » classés comme dangereux ou non dangereux. → violation de l'art. 8.
- § 76 : « Des atteintes au droit au respect du domicile ne visent pas seulement les atteintes matérielles ou corporelles, telles que l'entrée dans le domicile d'une personne non autorisée, mais aussi les atteintes immatérielles ou incorporelles, comme les bruits, les émissions, les odeurs et autres ingérences. Si les atteintes sont graves, elles peuvent priver une personne de son droit au respect du domicile parce qu'elles l'empêchent de jouir de son domicile ».
- *Mamère c. France*, 7 novembre 2006 : Recours de Noël Mamère contre une décision le condamnant pour diffamation publique envers un fonctionnaire, suite à des propos tenus lors d'une émission télévisée, alors que les propos dont il est question « concernaient une question de première gravité pour la santé des citoyens puisqu'ils se rapportaient à la catastrophe de Tchernobyl – l'accident nucléaire le plus grave que l'Europe a connu – et aux déficiences des autorités et de l'organisme public chargé de la communication à destination de



la population française – le Service central de Protection contre les Rayons ionisants (« SCPRI ») – et s’inscrivaient pleinement dans le cadre de son engagement politique écologiste ».

§ 20 : « Ceci étant, la Cour souligne en premier lieu que l’on se trouve en l’espèce dans un cas où l’article 10 exige à double titre un niveau élevé de protection du droit à la liberté d’expression. En effet, d’une part, les propos tenus par le requérant relevaient de sujets d’intérêt général : la protection de l’environnement et de la santé publique (voir, notamment, les arrêts *Hertel* précité, § 47, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999, CEDH 1999-III, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, du 28 juin 2001, CEDH 2001-VI, §§ 70 et 72, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, n° 57829/00, du 27 mai 2004, § 42, et *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, du 15 février 2005, n° 68416/01, CEDH 2005-II, §§ 88-89) et la manière dont les autorités françaises ont géré ces questions dans le contexte de la catastrophe de Tchernobyl ; ils s’inscrivaient d’ailleurs dans un débat public d’une extrême importance, relatif en particulier à l’insuffisance des informations que ces dernières ont données à la population quant aux niveaux de contamination auxquels elle était exposée et aux conséquences que cela a eu en termes de santé publique. D’autre part, le requérant s’exprimait sans aucun doute en sa qualité d’élu et dans le cadre de son engagement écologiste, de sorte que ses propos relevaient de l’expression politique ou « militante » (voir notamment l’arrêt *Steel et Morris* précité, §§ 88-89) ».

→ violation de l’art. 10 : « 30. Eu égard à ce qui précède, et tout particulièrement à l’extrême importance du débat d’intérêt général dans lequel les propos litigieux s’inscrivaient, la condamnation du requérant pour diffamation ne saurait passer pour proportionnée, et donc pour « nécessaire » « dans une société démocratique » au sens de l’article 10 de la Convention. Partant, il y a eu violation de cette disposition ».

- *Heremans c. Belgique*, 7 novembre 2006 (Requête no 28171/04), arrêt du 24 avril 2008 : « Le Gouvernement souligne que les infractions reprochées au requérant étaient relatives à l’environnement. La recherche de l’existence de ces infractions a nécessité la réalisation et l’examen de nombreuses analyses techniques destinées à établir la réalité et l’étendue de la pollution. Il convient également de tenir compte du nombre de personnes impliquées, de l’enchevêtrement de certaines procédures et des trois pourvois en cassation. Les différents magistrats qui ont été amenés à prendre des décisions dans l’affaire ont dû faire face, outre à des difficultés techniques, également à des difficultés juridiques liées notamment à la compatibilité de dispositions nationales avec la directive 84/631/CE, suite à l’arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes du 9 juillet 1992.

30. Selon le requérant, la question de la pollution, bien qu’importante, est très simple à résoudre en effectuant une analyse des déchets sur le site ainsi que du sol. Or, à aucun moment durant l’instruction ou devant la juridiction de première instance, une telle analyse n’a été ordonnée.

31. La Cour rappelle qu’elle a déjà jugé que la complexité d’une législation nationale ne saurait être imputée à un requérant, mais engage la responsabilité de l’Etat défendeur (*Beumer c. Pays-Bas* no 48086/99, 29 juillet 2003, § 49). Quant aux difficultés techniques auxquelles, selon le Gouvernement, les magistrats belges ont dû faire face, la Cour admet qu’une affaire pénale en matière d’environnement peut susciter des recherches et analyses complexes rendant nécessaires des expertises très pointues. Toutefois, la Cour note que ce n’est que devant la cour d’appel d’Anvers, à savoir sept ans environ après le début de la procédure, que les autorités judiciaires ont consenti à avoir recours à une expertise. L’argument du Gouvernement quant à la complexité de l’affaire perd donc en crédibilité. »

→ violation de l’article 6 § 1 de la Convention (délai raisonnable)

- *Lemke c. Turquie*, 7 juin 2007 :

«44. (...) nonobstant les garanties procédurales accordées par la législation turque ainsi que la concrétisation de ces garanties par les décisions de justice, le Conseil des ministres a autorisé le 29 mars 2002 la poursuite des activités de la mine d’or, ce sans procéder au préalable à la réalisation des enquêtes et études appropriées de manière à prévenir et évaluer à l’avance les effets de l’activité en cause.

45. Partant, sans avoir à se prononcer sur les modalités de réalisation de la nouvelle étude d’impact environnemental établie en août 2004, la Cour observe que jusqu’à la réalisation de cette étude, les autorités nationales ont privé de tout effet utile les garanties procédurales dont la requérante disposait. L’Etat défendeur a donc failli à son obligation de garantir le droit de la requérante au respect de sa vie privée et familiale, au mépris de l’article 8 de la Convention ».

« 51. La Cour constate que, le 22 mars 2006, la 8e chambre du Conseil d’État a annulé la décision du Conseil des ministres soulignant pour ce faire qu’aux termes des dispositions législatives relatives à l’environnement et à la directive sur l’étude d’impact environnemental, c’est au ministère de l’Environnement et de la Forêt qu’incombe la compétence d’autoriser l’exploitation minière et non au Conseil des ministres. Le Conseil d’État a de même conclu que cette décision du Conseil des ministres emportait méconnaissance des décisions judiciaires adoptées sur la question et les rendaient inapplicables (paragraphe 25 ci-dessus). Or, aux yeux de la Cour, une telle situation porte atteinte à l’État de droit, fondé sur la prééminence du droit et la sécurité des rapports juridiques.

52. Partant, la Cour estime que la décision du Conseil des ministres constitue un manquement des autorités nationales à leur obligation de se conformer réellement et dans un délai raisonnable au jugement rendu par le

tribunal administratif d'Izmir le 15 octobre 1997 et confirmé par le Conseil d'Etat le 1er avril 1998, privant ainsi l'article 6 § 1 de tout effet utile ».

→ violation de l'article 6 § 1 + article 8

- *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox c. France*, arrêt du 12 juin 2007 :

« comme la Cour l'a souligné dans sa décision sur la recevabilité de l'affaire, la défense devant les juridictions internes de causes telles que la protection de l'environnement fait partie du rôle important que jouent les organisations non gouvernementales dans une société démocratique. » (§15)

→ pas de violation de l'art. 6§1

- *Desjardin c. France*, arrêt du 22 novembre 2007 :

« La Cour juge ensuite que les propos tenus par le requérant relevaient à double titre d'un sujet d'intérêt général. D'une part, ses affirmations étaient relatives à la question de l'environnement et de la santé publique (*Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, p. 2330, § 47 ; *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], no 21980/93, § 63, CEDH 1999-III ; *Vides Aizsardz\_bas Klubs c. Lettonie*, no 57829/00, § 42, 27 mai 2004), d'autre part, le requérant s'exprimait sans aucun doute en sa qualité de membre d'un parti politique et dans le cadre de son engagement écologiste, de sorte que ses propos relevaient de l'expression politique (voir, notamment, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, no 68416/01, §§ 88-89, CEDH 2005-II ; *Mamère*, précité, § 20) ».

→ violation de l'art. 10

- *Hamer c. Belgique*, 27 novembre 2007, § 79 : « [l]'environnement constitue une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu ».

- *Denée c. Belgique*, arrêt du 4 décembre 2007 :

La complexité de l'affaire (données environnementales) ne saurait à elle seule expliquer la longueur de la procédure.

→ violation de l'article 6§1

- *Z.A.N.T.E. - Marathonisi A.E. c. Grèce*, arrêt du 6 décembre 2007, § 54 :

→ violation de l'article 1 du protocole n° 1 au motif qu'« il serait déraisonnable que l'Etat exige de la requérante de se conformer aux restrictions sévères à la jouissance de sa propriété dans le but de préserver la tortue "caretta-caretta", quand l'autorité compétente omet en même temps de prendre les mesures nécessaires face à des activités qui mettent en danger la matérialisation du but précité » .

#### Règlement amiable :

- *Arrondelle c. Royaume-Uni* (bruit de l'aéroport de Gatwick, décision de la Commission sur la recevabilité du 15 juillet 1980 et rapport du 13 mai 1983 constatant le règlement amiable).

- *Baggs c. Royaume-Uni* (bruit de l'aéroport d'Heathrow, décision sur la recevabilité du 16 octobre 1985 et rapport constatant le règlement amiable du 8 juillet 1987).

### **5. Comité européen des droits sociaux**

- n° 30/2005 : *Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) c. Grèce*

La réclamation, enregistrée le 4 avril 2005, porte sur l'article 11 (droit à la protection de la santé), l'article 2§4 (droit à une durée de travail réduite ou à des congés supplémentaires en cas d'occupation à des travaux dangereux ou insalubres), l'article 3§1 (prescription de règlements de sécurité et d'hygiène au travail) et l'article 3§3 (prescription de mesures de contrôle de l'application des règlements de sécurité et d'hygiène au travail) de la Charte sociale européenne. Il est allégué que dans les régions principales d'exploitation de lignite, l'Etat n'a ni suffisamment prévenu l'impact pour l'environnement, ni développé une stratégie appropriée afin de prévenir et combattre les risques pour la santé de la population. Il est aussi allégué qu'il n'existe pas un cadre juridique garantissant la sécurité et l'hygiène des personnes travaillant dans les mines de lignite et que ces dernières ne bénéficient ni d'une durée de travail réduite ni de congés supplémentaires.

Le Comité européen des Droits sociaux a déclaré la réclamation recevable le 10 octobre 2005.

Le Comité européen des Droits sociaux a conclu à la violation de l'article 2§4, 3§2 et 11§§1 à 3 et à la non-violation de l'article 3§1 de la Charte, et a transmis sa décision sur le bien fondé aux Comité des Ministres et aux parties le 6 décembre 2006.

### **6. Cour et Commission interaméricaines des droits de l'homme**

COUR

- *The Mayagna (sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 31 août 2001

([http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf))

→ Question de jouissance par des tribus autochtones de « leurs » terres ancestrales.

Recours introduit par la Commission interaméricaine : celle-ci a été saisie d'un recours présenté le 2 octobre 1995 par Jaime Castillo Felipe, « Syndic » de la Communauté, en son nom propre et en celui de la Communauté.

§ 148 : “it is the opinion of this Court that article 21 of the Convention protects the right to property in a sense which includes, among others, the rights of members of the indigenous communities within the framework of **communal property**”.

§ 149: “149. Given the characteristics of the instant case, some specifications are required on the concept of property in indigenous communities. Among indigenous peoples there is a communitarian tradition regarding a communal form of collective property of the land, in the sense that ownership of the land is not centered on an individual but rather on the group and its community. **Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival.** For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations”.

La Cour conclut:

§ 153 : “Based on the above, and taking into account the criterion of the Court with respect to applying article 29(b) of the Convention (*supra* para. 148), the Court believes that, in light of article 21 of the Convention, the State has violated the **right of the members of the Mayagna Awas Tingni Community to the use and enjoyment of their property, and that it has granted concessions to third parties to utilize the property and resources** located in an area which could correspond, fully or in part, to the lands which must be delimited, demarcated, and titled”.

Conséquences des violations constatées des art. 21 et 25 de la Convention américaine:

164. For the aforementioned reason, pursuant to article 2 of the American Convention on Human Rights, this Court considers that the State must adopt the legislative, administrative, and any other measures required to create an effective mechanism for delimitation, demarcation, and titling of the property of indigenous communities, in accordance with their customary law, values, customs and mores. Furthermore, as a consequence of the aforementioned violations of rights protected by the Convention in the instant case, the Court rules that the State must carry out the delimitation, demarcation, and titling of the corresponding lands of the members of the Awas Tingni Community, within a maximum term of 15 months, with full participation by the Community and taking into account its customary law, values, customs and mores. Until the delimitation, demarcation, and titling of the lands of the members of the Community have been carried out, Nicaragua must abstain from acts which might lead the agents of the State itself, or third parties acting with its acquiescence or its tolerance, to affect the existence, value, use or enjoyment of the property located in the geographic area where the members of the Awas Tingni Community live and carry out their activities.

COMMISSION (Inter-American Commission on Human Rights)

- *Yanomami Case*, Case 7615 (Brazil), Resolution No. 12/85, March 5, 1985. Published in the *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1984-1985* Washington, D.C. 1981. OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev.1 Oct. 1st 1985.

(recognizing the collective rights of the Yanomami people in Brazil to the delimitation and demarcation of Yanomami territory and recommending that the Brazilian government take steps to demarcate those lands together with measures of a collective nature relating to the education, health and social integration of the Yanomami people).

- *Mary and Carrie Dann v. United States*, case 11.140, report n° 75/02, december 27, 2002

(<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm>)

→ Question de jouissance par des tribus autochtones (les Shoshone) de « leurs » terres ancestrales.

Argument des plaignants :

“60. In the circumstances of the Danns in particular, the Petitioners assert that the United States is actively attempting to deprive the Danns of their traditional lands. As the Western Shoshone culture is dependent upon the land and the natural resources upon it, the Petitioners argue that the State’s actions are directly threatening the Danns’ enjoyment of Western Shoshone culture. Among the acts that are said to threaten this deprivation are the issuance of civil and criminal penalty notices to the Danns for the use of their traditional lands, threats to confiscate the Danns’ livestock, impediments to the gathering of subsistence foods, limits to their access to sacred sites, and the permission of private mining concessions and harmful military activities on

traditional Western Shoshone lands, which activities have threatened the environment and destroyed available resources”.

Commission:

“128. Perhaps most fundamentally, the Commission and other international authorities have recognized the collective aspect of indigenous rights, in the sense of rights that are realized in part or in whole through their guarantee to groups or organizations of people. And this recognition has extended to acknowledgement of a particular connection between communities of indigenous peoples and the lands and resources that they have traditionally occupied and used, the preservation of which is fundamental to the effective realization of the human rights of indigenous peoples more generally and therefore warrants special measures of protection. The Commission has observed, for example, that continued utilization of traditional collective systems for the control and use of territory are in many instances essential to the individual and collective well-being, and indeed the survival of, indigenous peoples and that control over the land refers both its capacity for providing the resources which sustain life, and to the geographic space necessary for the cultural and social reproduction of the group”.

Conclusion: “172. Based upon the foregoing analysis, the Commission hereby concludes that the State has failed to ensure the Danns’ right to property under conditions of equality contrary to Articles II, XVIII and XXIII of the American Declaration in connection with their claims to property rights in the Western Shoshone ancestral lands”.

→ American Declaration of the Rights and Duties of Man:

Article II: Right to Equality under the Law

Article XVIII: rights to judicial protection and to due process of law

Article XXIII: right to property: “Every person has a right to own such private property as meets the essential needs of decent living and helps to maintain the dignity of the individual and of the home”.

## **7. Commission et Cour africaines des droits de l’homme et des peuples**

### **a. Commission**

- Communication 155/96, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c/ Nigeria*, 30ème session ordinaire, Banjul, Gambie (13-27 octobre 2001) :

« Le plaignant affirmait que l’administration par l’Etat d’un consortium d’exploitation de pétrole causait de graves dommages à l’environnement et, par voie de conséquence, des problèmes de santé parmi la population Ogoni. La Commission a confirmé les violations des articles 16 et 24 de la Charte et a demandé au Gouvernement d’assurer une compensation adéquate aux victimes ; de procéder au nettoyage total des terres et rivières polluées ; d’assurer à l’avenir qu’une évaluation de l’impact social et écologique des opérations pétrolières soit menée » : [[http://www.aidh.org/Biblio/Txt\\_Afr/Images/COUR\\_AF\\_FRcadre-1-2.pdf](http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Afr/Images/COUR_AF_FRcadre-1-2.pdf)].

→ Reproduit in Quinzième rapport annuel d’activités de la Commission africaine des droits de l’homme et des peuples 2001-2002, Annexe V (Décisions sur les communications présentées devant la Commission africaine, pp. 29-41 : [<http://www.lexana.org/org/cadhp/rap15.pdf>].

→ aussi reproduit : [<http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/F155-96.html>] :

Sur l’art. 24 (droit des peuples à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement) : §§ 51-55

Notamment : § 52 : « 52. Le droit à un environnement général satisfaisant tel que garanti en vertu de l’article 24 de la Charte Africaine ou le droit à un environnement sain, comme c’est bien connu, impose en conséquence des obligations claires au gouvernement. Cela requiert de l’Etat de prendre des mesures raisonnables et d’autres mesures pour prévenir la pollution et la dégradation écologique, favoriser la préservation de l’environnement et garantir un développement écologiquement durable et l’utilisation des ressources naturelles. L’Article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ICESCR) auquel le Nigeria est partie, demande aux gouvernements de prendre les mesures nécessaires en vue de l’amélioration de tous les aspects de l’hygiène environnementale et industrielle. Le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mental possible, conformément aux dispositions énoncées dans l’article 16 (1) de la Charte Africaine, ainsi que le droit à un environnement global acceptable et favorable au développement (16 (3)), droits dont il vient d’être fait mention, obligent les gouvernements à cesser de menacer directement la santé et l’environnement de leurs citoyens. L’Etat a l’obligation de respecter les droits mentionnés, et cela exige un comportement largement non-interventionniste de la part de l’Etat, par exemple, ne pas exercer, sponsoriser ou tolérer toute pratique, politique ou mesure légale violant l’intégrité de l’individu ».

« 53. Le respect par le gouvernement de l’esprit des articles 16 et 24 de la Charte Africaine doit également inclure le fait d’ordonner ou au moins de permettre la surveillance scientifique indépendante des environnements menacés, d’exiger et de publier des études sur l’impact social et environnemental avant tout développement industriel majeur ; d’entreprendre la surveillance appropriée et d’informer les communautés exposées aux activités et produits dangereux et d’offrir aux individus la possibilité d’être entendus et de participer aux décisions relatives au développement affectant leurs communautés ».

+

§ 67 : « Ces brutalités et d'autres brutalités similaires ont non seulement persécuté les individus dans Ogoniland, mais aussi la communauté ogoni dans son ensemble. Elles ont affecté la vie de la société ogoni dans son ensemble. La Commission a effectué une mission au Nigeria du 7 au 14 mars 1997 et s'est rendu compte directement de la situation déplorable réelle qui prévaut dans Ogoniland, notamment la dégradation de l'environnement ».

§ 68 : « En clair, les droits collectifs, environnementaux, économiques et sociaux sont des éléments essentiels des droits de l'homme en Afrique ».

« Par ces motifs, la Commission :

Estime que la République fédérale du Nigeria est en violation des articles 2, 4, 14, 16, 18(1), 21 et 24 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ;

Exhorte le gouvernement de la République fédérale du Nigeria à assurer la protection de l'environnement, de la santé et des moyens d'existence du peuple Ogoni (...) »

#### **b. Cour**

- Vide -

#### **8. Tribunal international du droit de la mer**

[www.itlos.org](http://www.itlos.org)

- Affaires du *Thon à nageoire bleue* (Nouvelle-Zélande c. Japon et Australie c. Japon), affaires jointes n° 3 et 4, ordonnance en prescription de mesures conservatoires du 27 août 1999.

- *Affaire concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadon dans l'océan Pacifique Sud-Est* (Chili c. Communauté européenne), affaire n° 7.

- *Affaire de l'Usine MOX* (Irlande c. Royaume-Uni), affaire n° 10, ordonnance en prescription de mesures conservatoires du 3 décembre 2001.

- *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor* (Malaisie c. Singapour), affaire n° 12, ordonnance en prescription de mesures conservatoires du 8 octobre 2003.

#### **9. GATT/OMC**

[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/envir\\_f/edis00\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/edis00_f.htm)

##### **a. GATT**

- *États-Unis – Interdiction des importations de thons et de produits du thon en provenance du Canada*, décision adoptée le 22 février 1982. Plainte déposée par le Canada.

- *Canada – Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés*, décision adoptée le 22 mars 1988. Plainte déposée par les États-Unis.

- *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, décision adoptée le 7 novembre 1990. Plainte déposée par les États-Unis.

- *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon* (affaire « thons-dauphins I »), décision non adoptée, rapport distribué le 3 septembre 1991. Plainte déposée par le Mexique, etc.

- *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, affaire "thons-dauphins II", décision non adoptée, rapport distribué le 16 juin 1994. Plainte déposée par les États-Unis.

- *États-Unis – Taxes sur les automobiles*, décision non adoptée, rapport distribué le 11 octobre 1994. Plainte déposée par l'Union européenne.

##### **b. Organe de règlement des différends de l'OMC**

- *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (WT/DS2/AB/R) : plaintes déposées par le Venezuela et Brésil. Affaires N° 2 et 4.

- Rapport du Groupe spécial : 29 janvier 1996.
- Rapport de l'Organe d'appel : 29 avril 1996.
- Décision ORD adoptée le 20 mai 1996.
- qualité de l'air.

- *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (WT/DS58/AB/R) : plaintes déposées par l'Inde, Malaisie, Pakistan et Thaïlande. Affaire N° 58 (et 61).

- Rapport du Groupe spécial du 15 mai 1998.
- Rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998.
- Décision ORD adoptée le 6 novembre 1998.
- Recours à l'article 21 :5 :
  - Rapport du Groupe spécial du 15 juin 2001.
  - Rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001.

- *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (WT/DS135/AB/R) : Plainte déposée par le Canada. Affaire N° 135.

- Rapport du Groupe spécial du 18 septembre 2000.
- Rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001.
- Décision ORD adoptée le 5 avril 2001.

- *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R) : plaintes déposées par les États-Unis, l'Argentine et le Canada. Affaires n°292, 292, 293.

Rapport du Groupe spécial du 29 septembre 2006.

## **10. ALENA**

Sites Internet de référence :

[http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index\\_f.aspx?DetailID=438](http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=438)

<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-fr.asp>

### **a. Tribunaux du chapitre 11 de l'ALENA :**

- *Ethyl c. Canada* :

Le Canada a interdit en avril 1997 le MMT (additif à base de manganèse utilisé par Ethyl dans la composition de son essence sans plomb). Ethyl a contesté cette décision au regard des obligations du Chapitre 11 de l'ALENA. Mais le litige a été réglé en dehors de ce cadre : le Canada a accepté de lever l'interdiction du MMT au Canada, d'octroyer une compensation de 19 millions de dollars US à Ethyl, et de faire des excuses publiques pour avoir laissé croire que cet additif était dangereux.

- *Metalclad c. Mexique* : 30 août 2000 :

Metalclad, entreprise américaine d'élimination des déchets, a déposé en juillet 1997 une plainte contre le Mexique, prétendant que celui-ci avait manqué à ses obligations au titre du Chapitre 11 de l'ALENA : d'une part, en ne lui accordant pas de permis municipal pour exploiter son installation de traitement des déchets dangereux et l'emplacement de la décharge ; d'autre part, en adoptant un décret déclarant zone écologique l'endroit où étaient situés l'installation et le site, après que l'entreprise ait investi un montant considérable pour son exploitation. En août 2000, le Tribunal rendait un avis en faveur de Metalclad → 16,7 millions de dollars US en compensation. Le Mexique a présenté à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une requête d'examen législatif pour rescinder la décision du Tribunal. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rescindé en partie la décision.

[http://www.economia-snci.gob.mx/sphp\\_pages/importa/sol\\_contro/consultoria/Casos\\_Mexico/Metalclad/Metalclad.htm](http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/Metalclad.htm)

- *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* : 13 novembre 2000.

La S.D. Myers Inc., société de l'Ohio spécialisée dans le traitement et l'élimination des déchets de BCP, a déposé une plainte le 30 octobre 1998, soutenant que l'interdiction du Canada sur les exportations de déchets de BCP du Canada vers les États-Unis à la fin de 1995 enfreignait les obligations du Canada au titre du Chapitre 11 de l'ALENA. Dans son jugement du 13 novembre 2000, le Tribunal a statué que les mesures du Canada

avaient enfreint deux des quatre obligations au titre du Chapitre 11 et visées par la plainte. Le Canada a déposé le 8 février 2001 une demande de révision de la décision du Tribunal devant la Cour fédérale du Canada, lequel a rejeté la demande du Canada le 13 janvier 2004.

[http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/SDM\\_archive-fr.asp](http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/SDM_archive-fr.asp)

- *Methanex Corp. v. United States of America* : 7 août 2002 :

La Methanex Corporation, entreprise canadienne de marketing et de distribution de méthanol, a déposé une plainte en juin 1999 soutenant que les États-Unis manquaient à leurs obligations au titre du Chapitre 11 de l'ALENA en raison de l'adoption, par la Californie, d'une interdiction d'utilisation ou de vente de l'additif pour essence MTBE dans cet État ; le méthanol étant un ingrédient utilisé pour fabriquer le MTBE. Le 9 août 2005, le Tribunal saisi de l'affaire Methanex rejetait toutes les allégations contre les États-Unis. → « Les États-Unis ont réussi à prouver que l'interdiction californienne n'était pas directement reliée à Methanex puisque cette compagnie ne produisait pas de MTBE, mais plutôt fournissait l'une des composantes du MTBE. Dès lors, il n'y avait pas selon le Tribunal de « lien légal significatif » (*legally significant connection*) entre les mesures en causes et l'investisseur » (Beauchamp : [http://www.er.uqam.ca/nobel/ceim/gripcdf/Cahier\\_0304\\_clausesvertes.pdf](http://www.er.uqam.ca/nobel/ceim/gripcdf/Cahier_0304_clausesvertes.pdf), p. 24).

<http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>

+ Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "*Amici curiae*" (15 janvier 2001).

#### b. Commission de coopération environnementale (CCE)

<http://www.cec.org/home/index.cfm?varlan=français>

art. 14 et 15 : constituer des **dossiers factuels** donnant suite à la soumission par une partie privée d'une allégation de non-application d'une loi environnementale dans un pays membre.

- mars 2006 : communication présentée par un citoyen d'Edmonton, en Alberta. La communication allègue que les gouvernements du Canada et de la province d'Alberta ont omis d'assurer l'application efficace de leurs lois environnementales protégeant les marécages de Big Lake, en Alberta, habitat naturel de beaucoup d'espèces de poissons et d'oiseaux migrateurs. Première fois qu'un individu ou un organisme non-gouvernemental canadien présente une communication en vertu de l'article 14 de l'Accord nord-américain de coopération à la Commission environnementale de l'ALÉNA dans le domaine de l'environnement (ANACDE)

- affaire *Methanex c. États-Unis* :

« La compagnie a d'ailleurs logé une requête auprès de la CCE afin que celle-ci prépare un rapport sur ce qu'elle perçoit comme étant l'échec de l'État californien à appliquer ses législations reliées aux réservoirs de carburant souterrains. Même si la CCE a finalement rejeté la requête de Methanex parce qu'elle avait un rapport direct avec un cas en attente de décision, il est intéressant de noter que ce ne sont pas seulement les ONG qui profitent des possibilités offertes par la CCE, mais aussi des méga-compagnies qui luttent contre l'application de certaines normes environnementales ! » (Beauchamp : [http://www.er.uqam.ca/nobel/ceim/gripcdf/Cahier\\_0304\\_clausesvertes.pdf](http://www.er.uqam.ca/nobel/ceim/gripcdf/Cahier_0304_clausesvertes.pdf), p. 23).

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **Ouvrages**

- Allard (J.), Garapon (A.), *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La République des idées, Seuil, 2005, 95 p.
- Anderson (Michael), Galizzi (Paolo), *International Environmental Law in National Courts* eds., Cambridge University Press, 2002, 246 p.
- Badinter (R.), Breyer (S.), « *Les entretiens de Provence, le juge dans la société contemporaine* », Editions Fayard, Paris, 2003, 379 p.
- Bekker (Pieter H. F.), *World Court Decisions at the Turn of the Millennium, 1997-2001*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2002.
- Belaid (Sadok), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge : Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1974, 360 p.
- Ben Achour (R.) et Laghmani (Slim) (dir.), *Justice et juridictions internationales, IVe Rencontre internationale de Tunis*, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, Pedone, 2000.
- Beurier (J.P.) et Kiss (A.), *Droit international de l'environnement*, Pedone, 2000, 424 p.
- Bodansky (Daniel), Brunnée (Jutta) and Hey (Ellen), ed., *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford University Press, 2007, 1080 p.
- Boisson de Chazournes (L.), Desgagné (R.), Mbengue (M.), Romano (C.), *Protection internationale de l'environnement*, Paris, Pedone, 2006.
- Bourrinet (Jacques) et Maljean-Dubois (Sandrine) (dir.), *Le commerce international des OGM*, Paris, La Documentation française, 2002, 383 p.
- Bowman (Michael) and Boyle (Alan) (eds), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, 2002, 360 p.
- Busch (L.), White (R.G.), Jasanoff (S.), Winickoff (D.), Wynne (B.), *Amicus Curiae Brief in the Case of EC: Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Dispute Settlement Panel, World Trade Organization, April 2004.
- C.E.D.R.E. (Centre d'Etude du Droit de l'Environnement), *Les juges et la protection de l'environnement*, Bruylant, 1998, 241p.
- Cadet (L.) (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, 1362 p.
- Canal-Forgues (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, 2<sup>ème</sup> éd., 2004, 195p.
- Charles-Le Bihan (D.), *Les instruments juridiques de l'aménagement du territoire de l'Union européenne*, 2004, Presses universitaires de Rennes, 260 p.
- Chemillier-Gendreau (M.), *Introduction générale au droit*, Eyrolles, Paris, 1990.
- Christakis (Théodore) et Lanfranchi (Marie-Pierre), *La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour internationale de Justice*, Paris, Economica, 1997, 316 p. (spécialement pp. 56-63).
- Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, 3<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 1997, 799 p.
- Conseil de l'Europe, *Manuel sur les droits de l'Homme et l'environnement - Principes tirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2006.
- Court de Fontmichel (A.), *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, 2004, Edition Panthéon Assas, 449 p.
- Daillier (P.), Pellet (A.), *Droit international public*, LGDJ, Paris, 7<sup>ème</sup> éd., 2002, 1510 p.
- De Sadeleer (N.), *Environmental Principles, from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 420 p.
- De Sadeleer (N.), *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 437 p.
- De Sadeleer (Nicolas) ed., *Implementing the precautionary principle : approaches from the Nordic countries, EU and USA*, London ; Sterling, Va. : Earthscan, 2007, 396 p.
- Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit : Tome 3 La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007, 448 p.



- Delmas-Marty (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994, 305 p.
- Delmas-Marty (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Entretien avec Ph. Petit, Coll. Textuel, Paris, 2004, 142 p.
- Delmas-Marty (Mireille), *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2006, 303 p.
- Delmas-Marty (Mireille), *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2004, 439 p.
- DeSombre (Elizabeth R.), *Domestic Sources of International Environmental Policy: Industry, Environmentalists, and U.S. Power*, Cambridge, Mass, The MIT Press, 2000, 300 p.
- De Visscher (Ch.), *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Pedone, Paris, 1966, 219 p.
- Douma (W.T.) (ed.), *European Environmental Case Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2002, 493 p.
- Dupuy (R.-J.), *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Julliard, Paris, Conférences et essais du Collège de France, 1991, 284 p.
- Dupuy (René-Jean) (dir.), *Le règlement des différends sur les nouvelles ressources naturelles*, Colloque de l'Académie de droit international de La Haye, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1983, 487 p.
- Erades (L.), *Interactions between International and Municipal Law: A Comparative Case Law Study* (Malgosia Fitzmaurice & Cees Flinterman eds., 1993\_
- Fortier (V.), *Le juge, gardien des valeurs ?* (dir.) Editions CNRS, Paris, 2007, 217 p.
- Franck (Thomas M.), Fox (Gregory H.) eds., *International Law Decisions in National Courts*, Irvington, NY, Transnational Publishers, 1995, 402 p.
- Gaillard (Emmanuel), *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, 1105 p.
- Garcia San José (D.), *La protection de l'environnement et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, 96 p.
- Guinchard (S.) et al., *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007, 1195 p.
- Hart (H.L.A.), *Le concept de droit*, 2<sup>e</sup> éd., Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2005, 344 p.
- Imperiali (Claude) (dir.), *L'effectivité du droit international de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, Paris, Economica, 1998, 291 p.
- Karen (Lee) ed., *International environmental law reports. Vol. 5, International environmental law in international tribunals*, Cambridge University Press, 2007, 695 p.
- Kiss (Alexandre) and Shelton (Dinah), ed, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 313 p.
- Kourilsky (P.) et Viney (G.), *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, éd. Odile Jacob, 2000, 405 p.
- Kramer (Ludwig), *Casebook on EU Environmental Law*, Oxford, Hart, 2002, 440 p.
- Larssen (C.) (Dir.), *Dix ans d'accès à l'information en matière d'environnement en droit international, européen et interne : bilan et perspectives*, Bruylant, 2004, 240 p.
- Larssen (C.), Pallemmaerts (M.) (dir.), *L'accès à la justice en matière d'environnement, Toegang tot de rechter in milieuzaken*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 318 p.
- Leclerc (O.), *Le juge et l'expert – Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005, 471 p.
- Lecourt (R.), *Le juge devant le marché commun*, Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales, Genève, 1970, 69 p.
- Lecucq (O.), Maljean-Dubois (S.) (dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 386 p.
- Louka (Elli), *International environmental law: fairness, effectiveness, and world order*, Cambridge University Press, 2006, 518 p.
- Luff (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, LGDJ Bruylant, 2004, 1277 p.
- Lundqvist (Lennart J.) and Biel (Anders) ed., *From Kyoto to the town hall : making international and national climate policy work at the local level*, Sterling, VA : Earthscan, London, 2007, 170 p.

- MacMillan (F.), *WTO and the Environment*, London, Sweet & Maxwell, 2001, 368 p.
- Maljean-Dubois (Sandrine) (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 531 p.
- Maljean-Dubois (Sandrine) (dir.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, Paris, La Documentation française, Monde européen et international, 2000, 308 p.
- Maljean-Dubois (Sandrine) (dir.), *Changements climatiques. Les enjeux du contrôle international*, Paris, La Documentation française, 2007, 383 p.
- Martens (P.), Hennebel (L.), Allard (J.), Delmas Marty (M.), *Le dialogue des juges*, Editions Bruylant, 2007, 166 p.
- Mavroidis (P.C.), *Dispute settlement in the World Trade Organization. Practice and procedure*, Cambridge University Press, 2ème éd. 2004, 330 p.
- Mehdi (R.), *L'avenir de la justice communautaire : enjeux et perspectives*, CERIC, La Documentation française, Monde européen et international, 1998, 1999, 142 p.
- Mensah (T.A.), *The International Tribunal and the Protection and Preservation of the Marine Environment* », *Environmental Policy and Law*, 1998, Volume 28, Number 1, p. 217.
- Oberthür (Sebastian) and Gehring (Thomas) ed., *Institutional interaction in global environmental governance : synergy and conflict among international and EU policies*, Cambridge, MIT Press, 2006, 405 p.
- Ost (F.), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, FUSL, 1990, 201 p.
- Ost (F.), van de Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Fac. Univ. Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 97.
- Palmer (Alice), A.R. Robb (Cairo) eds. *International Environmental Law in National Courts*, Cambridge University Press, 2004, 582 p.
- Paques (Michel) et Faure (Michel) dir., *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne. Acteurs, valeurs et efficacité*, Bruylant, 2003, 482 p.
- Pauwelyn (Joost), *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 554 p.
- Pavel \_turma (ed .) et al., *Implementation and Enforcement of International Environmental Law*, Prague, Facultas Juridica Universitatis Carolinae Pragensis, 2002, 120 p.
- Petit (Yves), *Le Protocole de Kyoto : mise en œuvre et implications*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2002.
- Pettenger (Mary E.) ed., *The social construction of climate change : power, knowledge, norms, discourses*, Aldershot; Burlington, Vt. : Ashgate, 2007, 255 p.
- Prieur (M.), Doumbe-Bille (S.), *Droit de l'environnement et développement durable*, PULIM 1994, 352 p.
- Prieur (M.), *Droit de l'environnement*, Dalloz, Précis, 2004, 1001 p.
- Prost (M.), *D'abord les moyens, les besoins suivront après. Commerce et environnement dans la « jurisprudence » du GATT et de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- Romi (R.), *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 2004, 585 p.
- Romi (R.) *L'Europe et la protection juridique de l'environnement* Victoires, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, 174 p.
- Rosenne (S.), *The World Court. What it is and how it works*, Martinus Nijhoff, 5<sup>ème</sup> éd., 1995.
- Rouger (Michel) dir., *Le juge saisi par le principe de précaution*, Larquier, Collection Les Entretiens de Saintes, Paris, 2005, 218 p.
- Rubin (S.J.), Alexander (D.C.) (ed.), *NAFTA and the Environment*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1996.
- Santulli (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrétien, Paris, 2005, p 97.
- Seve (René), *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, Dalloz Parution, 2007, 480 p.
- SFDE, *Le juge administratif et l'environnement*, Actes du colloque du cinquantième des tribunaux administratifs, Nantes, 30 janv. 2004, *RJE* 2004, n° spéc, 200 p.
- SFDE, *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé* *Economica*, 1992, 254 p.
- SFDI, *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 1987.
- SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003, 548

- p.
- Steinberg (R.) (ed.), *The greening of Trade Law, International Trade Organizations and environmental Issues*, Lamham, RD, Rowman & Littlefield Publishers, 2002, 324 p.
  - Sudre (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 2006, 8<sup>e</sup> édition, 790 p.
  - Sumudu Anopama (Atapattu), *Emerging principles of international environmental law*, Ardsley (NY): Transnational Publishers, 2006, 535 p.
  - Timsit (G.), *Archipel de la norme*, PUF Les voies du droit, 1997, p. 6.
  - Timsit (G.), *Figures du jugement*, PUF, Les voies du droit, Paris, 1993, p. 164.
  - Ulfstein (Geir), Marauhn (Thilo), Zimmermann (Andreas) ed., *Making Treaties Work: Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge University Press, 2007, 427 p.
  - Vial (C.), *Protection de l'environnement et libre-circulation des marchandises*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 462 p.
  - Wolfrum (R.), Stoll (P.-T.) et Kaiser (K.) (dir.), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, M. Nijhoff, Leiden, 2006, 671 p.
  - Wiers (J.), *Trade and Environment in the EC and the WTO, A Legal Analysis*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003, 502 p.

### Articles

- Abauzit (F.), « Peut-on parler de stratégie contentieuse du ministère de l'environnement ? », *RJE* 1995, numéro spécial *Le juge administratif, juge vert ?*, p. 70).
- Aguila (Yann), « Le contrôle du juge sur le classement d'un site », *AJDA* 2006, n° 6, pp. 320-327.
- Aguila (Yann), « Nouvelle annulation en tant que ne pas en matière de site », *Actualité AJDA* 2007, n°34, pp. 1882-1885.
- Alcaraz (H.), « Aspects substantiels du droit à l'environnement. La contribution du juge constitutionnel (Portugal) », In *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 97-112.
- Alemanno (A.), « Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires », *Recueil Dalloz*, 2007, vol. 22, p. 1527.
- Alland (Denis), « De l'ordre juridique international », *Droits*, n° 35, 2002.
- Amersasinghe (C.F.), "Reflections on the Judicial Function in International Law", In *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah* / ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 2007, pp. 121-130.
- Artus (Didier), « Protection de la nature réseau Natura 2000 », *Revue juridique de l'environnement* 2006, n° 3, pp. 309-322.
- Ascensio (Hervé), « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001/4, pp. 897 ss.
- Asseboni-Ogunjimi (Alida), « Le contentieux de l'environnement marin devant le tribunal international du droit de la mer », *R.E.D.E.* N°3- 2004, pp.255-265
- Barboza (Julio), "Provisional Measures", or The Dangers of Being too Exceptional", In *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah* ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 2007, pp. 143-157.
- Barral (Virginie), « La sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale », *RGDIP*, 2006-3, pp. 647-668.
- Baumüller (Heike), Oliva (Maria Julia), "Biotech Panel Report : Key Issues and Implications", In *Environmental Policy and Law*, vol. 36, afl. 6, 2006, pp. 257-264.
- Beauchamp (Alexis), « ALÉNA et environnement : Les clauses vertes font-elles le poids ? », septembre 2003, CEIM, Université du Québec à Montréal.
- Béchillon (D.), Mehdi (R.), « Le juge et la conciliation entre protection de l'environnement et exigences antinomiques. Présentation », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 191.
- Bedjaoui (M.), « L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de Justice », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité : liber amicorum Georges Abi-Saab*, 2001, p. 580.
- Bellier (S.), « La mesure poursuivant un objectif environnemental et l'expropriation indirecte

- devant le Tribunal arbitral CIRDI », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 335-350.
- Bernasconi-Osterwalder (N.), "Interpreting WTO Law and the Relevance of Multilateral Environmental Agreements in *EC-Biotech*", *CIEL*, May 2007, [http://www.ciel.org/Publications/BIICL\\_ECBiotech\\_7Jun07.pdf](http://www.ciel.org/Publications/BIICL_ECBiotech_7Jun07.pdf).
  - Bertella-Gerffroy (Marie-Odile), « Un an de droit pénal de l'environnement », *Environnement* 01/02/2008, n°2, pp. 17 -24.
  - Betlem (Gerrit), « Trail Smelter II: Transnational Application of CERCLA », in *Journal of Environmental Law*, vol. 19, afl. 3, 2007, pp. 389-397.
  - Billet (Philippe), « Autorisations en matière d'eau, recours administratif et juridictionnel et pouvoirs du juge », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)* 18/02/2008, n°8, pp. 30 -33.
  - Billet (Philippe), « Régime contentieux des autorisations relatives aux ouvrages utilisant l'énergie hydraulique », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)* 11/02/2008, n°7, pp. 30 -32.
  - Billet (Philippe), « Tierce opposition et décisions de réformation prises par le juge en matière d'installations classées », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)* 18/02/2008, n°8, pp. 34 -35.
  - Bjorklund (Andrea K.), « La participation des *amici curiae* dans les poursuites engagées en vertu des dispositions du chapitre 11 de l'ALENA », 22 mars 2002, *site Internet du Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada* : [http://www.international.gc.ca/tna-nac/participate-fr.asp#N\\_1](http://www.international.gc.ca/tna-nac/participate-fr.asp#N_1)
  - Bodansky (Daniel), Brunnee (Jutta), "The Role of National Courts in the Field of International Environmental Law", *Rev. Eur. Community & Int'l Env'tl.* N° 7, L. 11, 1998, pp. 11-20 [Entire issue of this journal devoted to IEL in National Courts].
  - Boelaert-Suominen (S.), « Iraqi War Reparations and the Laws of War: a Discussion of the Current Work of the United Nations Compensation Commission with Specific Reference to Environmental Damage During Warfare », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol.50, 1996, pp. 225-316.
  - Boisson de Chazournes (L.), "Urs THOMAS et als., The Biosafety Protocol: Regulatory Innovation and Emerging Trends", *Swiss Review of International and European Law*, n° 4, 2000, pp. 513-557.
  - Boisson de Chazournes (L.), « A propos du principe du soutien mutuel "les relations entre le Protocole de Cartagena et les accords de l'OMC" », *Revue générale de droit international public*, vol. 111, afl. 4, 2007, pp. 829-862.
  - Boisson de Chazournes (L.), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de l'environnement : enjeux et défis », *Revue générale de droit international public*, 1995, pp. 37-76.
  - Boisson de Chazournes (L.), « Mondialisation et règlement des différends : défis et réponses », *International Law Forum/Forum du droit international*, 2002, vol. 4, N° 1, pp. 26-31.
  - Boisson de Chazournes (L.), « Precaution in international law : reflection on its composite nature », in *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes, Liber amicorum judge Thomas A. Mensah*, Ndiaye and Wolfrum eds., 2007, p. 21.
  - Boisson de Chazournes (L.), Mbengue (M.), "GMO's and trade : issues at stake in the EC biotech dispute", *Review of European Community and International Environmental Law*, Volume 13 (2004-3), pp. 289-305.
  - Boisson de Chazournes (L.), Mbengue (M.), « Le rôle des organes de règlement des différends de l'OMC dans le développement du droit : à propos des OGM », in *La régulation du commerce international des OGM*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2002, S. Maljean-Dubois, J. Bourrinet (dir.).
  - Boisson de Chazournes (L.), Mbengue (M.M.), « Le système de l'OMC est-il adapté pour le règlement des différends environnementaux ? », In *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Maljean-Dubois (Sandrine) (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 379-460.
  - Boisson de Chazournes (L.), "Unilateralism and Environmental Protection : Issues of Perception and Reality of Issues", *EJIL*, vol. 11-2, 2000, pp. 315-338.
  - Borg (Starla), "Waiting For the River: The United States and European Union, Heads Up and High Stakes in the WTO - Genetically Modified Organisms in International Trade", *Washburn Law Journal*, 2004, vol. 43, pp. 681-723.
  - Bostanji (Sami), « Droit international et européen, procédure et arbitrage », *JCP G - édition générale*, N° 5, I, 110,2005, pp. 213-215.

- Bothe (Michael), « Le droit à l'environnement dans la constitution allemande », *R.J.E.*, numéro spécial, décembre 2005, pp.35-39.
- Bothe (Michael), « La construction d'un droit de l'environnement », *R.E.D.E.*, n°2/ 2000, pp. 152 et 157.
- Bouckaert (Jan), « La Cour de justice et la protection de l'environnement », in C.E.D.R.E. (Centre d'Etude du Droit de l'Environnement), *Les juges et la protection de l'environnement*, Bruylant, 1998, 241p, pp.63-110
- Boutonnet (M.), « 2007-2008, L'année de la responsabilité civile environnementale », *Revue Lamy Droit civil*, N° 48, 2008, pp.21-26.
- Boutonnet (M.), « Les prémices de la reconnaissance du préjudice environnemental », *Environnement 2008, Etude n° 2.*
- Boyle (Alan) & Freestone (David) ed., « Sustainable Development and Unstable Agreements » in *International Law and Sustainable Development. Past, Achievements and Future Challenges*, Boyle and Freestone, OUP, Oxford, 1999, p. 31.
- Boyle (Alan), "The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea", In *International Journal of Marine and Coastal Law*; vol. 22, afl. 3, 2007, pp. 369-381.
- Bridgers (M.), "Genetically Modified Organisms and the Precautionary Principle: How the Gmo Dispute Before the World Trade Organization Could Decide the Fate of International GMO Regulation", *Temple Environmental Law and Technology Journal*, Spring 2004, vol. 22, pp. 171-193.
- Brodier (H.), « Premier visa pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'arrêt de la CJCE validant la directive relative au droit au regroupement familial », *L'Europe des libertés Revue d'actualité*, Presses universitaires de Strasbourg, n° 21, 2006, p. 9 et s.
- Brondel (S.), « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'est pas incompatible avec la Charte de l'environnement, *AJDA*, 2005, p. 692.
- Brown (A. C.), « Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration », *American University International Law Review*, vol. 16, 2001, pp. 969-1025.
- Brosset (E.) et Maljean-Dubois (S.), Notes sous l'arrêt CJCE, 12 juin 2003, Eva Glawischnig et Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen, Aff. C-316/01, Recueil 2003 page I-05995, *Droit de l'environnement*, n° 111, sept. 2003, pp. 152-156.
- Brown (Ch.), « Provisional measures before the ITLOS : the MOX plant case », *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2002, vol. 17, pp. 267-288.
- Bruch (C.), « Is International Environmental Law really Law ? An analysis of Application in Domestic Courts », *Pace Environmental Law Review*, Summer, 2006, p. 423.
- Brunée (J.), « The United States and International environmental Law : living with an Elephant », *EJIL*, vol 15, 2004 p. 617-649.
- Burdeau (Geneviève), « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions », *ARSP. Archives de philosophie du droit* 01/01/2007, n°50, pp. 289 -304.
- Buys (C. G.), « The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration », *American Review of International Arbitration* vol.14, 2003, pp. 121-138
- Caballero (F.), « Le Conseil d'État, ennemi de l'environnement ? », *RJE* 1984/1, pp. 3-42.
- Canivet (G.) « The Court of Cassation : Looking into the Future », *Law Quarterly Review*, 2007, pp. 401-416.
- Canivet (G.) et Guihal (D.), « Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats », *Recueil Dalloz* 2004/38, 180, S. 2728-2731.
- Canivet (G.), « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *Arch. philo. droit*, n°50, 2006, pp. 9-31.
- Canivet (G.), « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la 'bénévolence' des juges », <http://www.ahjucaf.org/-Les-influences-croisees-entre->, consulté le 14 janvier 2008.
- Canivet (G.), Guihal (Dominique), « Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats », *Recueil Dalloz* N° 38, 2004, pp.2728-2732.
- Cans (C.), « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 2003, pp. 210-217.
- Capitani (A.), « Le droit à l'environnement, un droit fondamental ? », in T. Renoux (Dir.), *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Les notices, La documentation Française, 2007, pp. 29-30.
- Cassese (A.), « La Communauté internationale et le génocide », in *Le droit international au service*

- de la paix, de la justice et du développement*, MéL. M. Virally, Pedone, Paris, 1991, p. 186.
- Cayla (O.) and Renoux-Zagame (M-F.), « Le juge face ou pouvoir : effacement ou défiance? », *Revue International Journal for the Semiotics of Law*, Volume 17, n°1/ 2004, pp. 99-109.
  - Cazala (J.), « Principe de précaution et procédure devant le juge international », in *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Ch. Leben, J. Verhoeven (dir.), Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 89.
  - Cazala (Julien), « Le résultat manifestement absurde ou déraisonnable de l'interprétation dans l'affaire de l'apurement des comptes (Pays-Bas c. France) », *AFDI*, 2004, pp. 624-652.
  - Cazala (J.), « La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes. Etude des relations entre divers systèmes internationaux de règlement des différends », *RTDE*, 2004, p. 520.
  - Chahid-Nourai (N.), « La portée de la Charte pour le juge ordinaire », *AJDA*, 2005, n° 21, p. 1175 et s.
  - Chambault (J.F.), « Le juge administratif français et le droit international de l'environnement », *RGDIP*, 1986, n°3, pp. 597-623.
  - Chevallier (J.), « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 37.
  - Chevallier (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n° 3/1998, p. 660 ss.
  - Cheyne (Ilona), "Gateways to the Precautionary Principle in WTO Law", In *Journal of Environmental Law*, vol. 19, afl. 2, 2007, pp. 155-172.
  - Cho (Sungjoon), « The WTO Panel on the EC-Biotech Dispute Releases Its Final report », *ASIL Insight*, vol. 10, issue 28, oct. 2006.
  - Christoforou (T.), « L'expertise scientifique au service du commerce international : analyses et perspectives », in *Droit de l'OMC et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2003.
  - Churchill (Robin) et Scott (Joanne), « The Mox Plant litigation : the first half-life », *ICLQ*, 2004, vol. 53, pp. 643-676.
  - CIEL et IISD, « Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address State Arbitration », février 2007, <[http://www.iisd.org/pdf/2007/investment\\_revising\\_uncitral\\_arbitration.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf)>, consulté le 6 mai 2008.
  - Claus (Johannes S.A.), "The European Union's Efforts to Sidestep the WTO through its Ban on GMOs: a Response to Sarah Lively's Paper, "The ABCs and NTBs of GMOs", *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2003, pp. 173-198.
  - Cohendet (M.-A.), « Les effets de la réforme », *RJE*, 2003, n° spécial, p. 65-66.
  - Cohendet (Marie-Anne) et MATHIEU (Bertrand), « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue », *R.J.E.*, numéro spécial, décembre 2005, pp. 107-136.
  - R. Colavitti, « L'accès au juge en matière d'environnement. La délicate question de l'intérêt à agir », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 45-60.
  - Combacau (Jean), « Le droit international, bric à brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, 1986, pp. 88-105.
  - Commission du Codex Alimentarius, *Manuel de procédure (15<sup>ème</sup> édition)*, « Définition des termes relatifs à l'innocuité des aliments », 2005, p. 47, disponible sur : [ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual\\_15f.pdf](ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_15f.pdf).
  - Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », 2001, p. 345.
  - Commission du droit international, Rapport du Groupe d'étude, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, établi sous sa forme définitive par M. Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13.04.2006, p. 31.
  - D'Argent (P.), « Du commerce à l'emploi de la force : l'aff. des plates-formes pétrolières (Arrêt sur le fond) », *AFDI*, 2003, p. 273.
  - De Fontbressin (Patrick), « De l'effectivité du droit à l'environnement sain à l'effectivité du droit à un logement décent ? » (En marge de l'arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004), *RTDH*, n°65/2006.
  - De Lanversin (J.), « Contribution du juge au développement du droit de l'environnement », In *Mélanges à Marcel WALINE, Le juge et le droit public*, 1974, LGDJ, pp. 519-530.
  - de Mestral (A.), « The North American Free Trade Agreement : a Comparative Analysis », *RCADI*,

1998, vol 275, p. 371-383.

- De Sadeleer (N.), "The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law, *ELJ*, 2006, n° 12, pp. 139-172.
- De Sadeleer (N.), « Le principe de précaution, un nouveau principe général de droit », *JTDE*, mai 2003, p. 129.
- Deguegue (Maryse), « Les avancées du principe de précaution en droit administratif français », *Revue internationale de droit comparé* 01/06/2006, n°2, pp. 621 -641.
- Dejeant-Pons (Maguelonne), « L'insertion du droit de l'Homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme », *Revue universelle des droits de l'Homme*, vol. 3, n° 11, novembre 1991, pp. 461-470.
- Dejeant-Pons (Maguelonne), « Le droit de l'Homme à l'environnement, droit fondamental au niveau européen dans le cadre du Conseil de l'Europe et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », *Revue juridique de l'environnement*, 1994, n° 4, pp. 373-419.
- Dejeant-Pons (Maguelonne), « Le droit de l'Homme à l'environnement et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, pp. 79-115.
- Déjeant-Pons (Maguelonne), « Les droits de l'homme à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe », *RTDH*, n°60/2004.
- Delamarre (Manuel), « A propos de l'arrêt Ministre de l'écologie et du développement durable et Société Valnor de la CAA de Douais du 30 novembre 2006 », *Revue française de droit administratif*, N° 1, 2007, pp.166-169.
- Delaunay (B.), « De la loi du 17 juillet 1978 au droit à l'information en matière d'environnement », *AJDA* 2003, p. 1322.
- Delgado Piqueras (Francisco), « Regimen juridico del derecho constitucional al medio ambiente », *Revista espanola de derecho constitucional*, n° 38, 1993, p.49.
- Delhoste (M.-F.), note sous CE, 10 juillet 2006, « Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix et autres », *RFDA*, 2006, p. 991-999.
- Delhoste (Marie-France), « Rapport ministériel critique sur l'expertise scientifique : les juges administratifs ferment les yeux », *Environnement* N° 10, étude n° 11, 2007 PAGE 12-16.
- Delhoste (Marie-France), « Rapport ministériel critique sur l'expertise scientifique : les juges administratifs ferment les yeux », *Environnement* 01/10/2007, n°10, pp. 12 -16.
- Demenina (Ilona M.), "Genetically Modified Foods in the International Arena: Trade Conflicts, Labeling Controversy, and the Importance of Informed Consumer Choice", *Brigham Young University International Law & Management Review*, 2006, vol. 2, pp. 311-345.
- Deumier (Pascale), « Constitution et droit communautaire dérivé : la voix du Conseil d'État dans le dialogue des juges », *Recueil Dalloz Sirey* 08/11/2007 n°39, pp. 2742 -2748.
- Dias Varella (M.), « Différences d'interprétation sur un même sujet : le principe de précaution, la CIJ, l'OMC et la CJCE », *REDE*, 2004, n° 1, pp. 19-29.
- Dias Varella (M.), « La complexité croissante du système juridique international : certains problèmes de cohérence systémique », *Revue belge de droit international*, 2003/2, pp. 331-376.
- Doherty (M.), "The judicial use of the principles of EC environmental policy", *ELR*, 2000, n° 2, pp. 251-263.
- Dougherty (Kara), "Methanex v. United States : the Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation", In *Northwestern Journal of International Law and Business*; vol. 27, afl. 3, 2007, p. 735.
- Doumbé-Billé (S.), « La Charte et le droit international », *RJE*, 2005, numéro spécial, p. 191 et s.
- Dreifuss (Muriel), « Quand une ordonnance du juge du référé "spécial environnement" conduit à une suspension d'une déclaration d'utilité publique », *AJDA* 2007, n°27, pp. 1473 -1476.
- Dresden (Cynthia), "Biotechnology in the Balance of International Trade: Scientific Uncertainty and Legal Response", *International Trade Law Journal*, 2003, pp. 44-52.
- Drobenko (B.), « La Convention d'Aarhus et le droit français », *RJE*, n° spécial 1999, p. 36.
- Dufour (Olivia), « Il faut enfin réconcilier le politique et le judiciaire », *Les Petites Affiches* 29/01/2008, n°21, pp. 3 -4.
- Dumoulin (L.), « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit et société*, 2000, pp. 199-223.
- Dupuy (Pierre-Marie), « À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États

- dans ses rapports avec la protection de l'environnement », in Prieur (M.) (dir.), *Les hommes et l'environnement*, En hommage à A. Kiss, Frison Roche, Paris, 1998, pp. 269-282.
- Dupuy (Pierre-Marie), « Le maintien ou la disparition de l'unité du système juridique international », in Ben Achour (R.) et Laghmani (S.) (dir.), *Harmonie et contradictions en droit international*, Pedone, 1996, pp. 17-54.
  - Dupuy (Pierre-Marie), « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, 1997/4, pp. 873-903.
  - Dupuy (Pierre-Marie), « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002, vol. 297, p. 456.
  - Dupuy (Pierre-Marie), « Le principe de précaution et le droit international de la mer », in *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003, pp. 205-220.
  - Dupuy (Pierre-Marie), « Unité d'Application du Droit International à l'Echelle Globale et Responsabilité des Juges », *EJLS*, vol. 1, n°2, 2007, <<http://www.ejls.eu/>> consulté le 13 mars 2008
  - Echols (Marsha), "The WTO Biotechnology Dispute (Bioethics Symposium : « National and Global Implications of Genetically-Modified Organisms: Law », *Ethics & Science* », *Cumberland Law Review*, 2003-2004, vol. 34, pp. 445-464.
  - Economides (C.P.), Kolliopoulos (A.G.), « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *RGDIP*, 2006-2, pp. 273 ss.
  - Eisemann (Pierre-Michel), « L'environnement entre terre et mer. Observations sur l'instrumentalisation tactique du Tribunal de Hambourg », in *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003, pp. 221-238. Usine MOX
  - Encinas de Munagorri (Rafael), Deumier (Pascale), « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ)* 01/01/2005, n°1, pp. 83 -88.
  - Epiney (A.), „Zur Bindungswirkung der gemeinschaftsrechtlichen ‘Umweltprinzipien’ für die Mitgliedstaaten“, in: GAITANIDES (C.), KADELBACH (S.), RODRÍGUEZ IGLESIAS (G.C.) (Hrsg.), *Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg*, Baden-Baden, 1. Aufl. 2005, pp. 633-649.
  - Favoreu (L.), « Participation à la table ronde sur « le risque environnemental anticipation, réparation et coût : que peut apporter la Charte de l'environnement » », in *Enjeux scientifiques et juridiques*, Paris, 13 mars 2003.
  - Favret (Jean-Marc), « Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel », *Recueil Dalloz Sirey* 06/12/2001, n°43, pp. 3462 -3469.
  - Février (Jean-Marc), « A propos de l'arrêt Société de Cons récupération de la CAA de Bordeaux du 8 février 2007 », *Environnement* 2007 N° 5, com. 108, p. 31.
  - Février (Jean-Marc), « Note sous Conseil d'État, sixième et première sous-sections réunies, 13 juillet 2007, Yves et Rémi C., requête numéro 290963 », *Environnement* 01/10/2007, n°10, pp. 22 -23.
  - Février (Jean-Marc), « Remarques critiques sur la notion de développement durable », *Environnement* 01/02/2007, n°2, pp. 11 -13.
  - Février (Jean-Marc), « La conciliation dans la pratique du juge », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 235-238.
  - Fitoussi (Florence), « Le processus de communication des citoyens de la Commission de coopération environnementale : nouvel outil de participation publique des citoyens nord-américains ? », janvier 2003, CEIM, Université de Québec à Montréal : [http://www.er.uqam.ca/nobel/oda/pdf/Chro\\_enviro1.pdf](http://www.er.uqam.ca/nobel/oda/pdf/Chro_enviro1.pdf)
  - Fitzmaurice (Malgosia), "The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Human Right to a Clean Environment: the English Perspective", In *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah* / ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 2007, pp. 53-96.
  - Fitzmaurice (Malgosia), "International Responsibility and Liability", In *The Oxford Handbook of International Environmental Law* ed. by Daniel Bodansky, Jutta Brunée and Ellen Hey, 2007.
  - 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 *Mélanges M. Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1263-1276.
  - Fohrer-Dedeurwaerder (Estelle), « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 11 juillet 2006, République du Cameroun contre société Winslow, pourvoi numéro 01-02.593 », *Journal du droit*



*international (Clunet)* 01/04/2007, n°2007-2, pp. 554 -564.

- Fonbaustier (L.), « Chronique de jurisprudence relative à la Charte de l'environnement », *Environnement*, décembre 2006, décembre 2007, pp. 8-9.
- Fonbaustier (L.), « Environnement et pacte écologique, remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à », in *La Constitution et l'environnement, Les cahiers du Conseil constitutionnel* n° 15, 2003, p. 142.
- Fonbaustier (L.), « Le contrôle de légalité à la française comme mode de traitement du principe de précaution », *Recueil Dalloz*, 2007, vol. 22, p. 1523.
- Fonbaustier (L.), « Note sous Loi constitutionnelle numéro 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement », *Environnement* 2006, n°1, pp. 15 -18.
- Fonbaustier (Laurent), « Invocations sans conséquences », *Environnement*, 2006 n° 12, pp. 8 -9.
- Fonbaustier (Laurent), « Le contrôle de légalité à la française comme mode de traitement du principe de précaution », *Recueil Dalloz Sirey* 07/06/2007, n°22, pp. 1523 -1526.
- Forster (Malcolm J. C.), « The *Mox Plant Case* – Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea », *Leiden Journal of International Law*, 16, 2003, pp. 611–619.
- Fortier (L. Yves), “Entre l'arbre et l'écorce (Between a Rock and a Hard Place) : can International Commercial Arbitration deliver on Environmental Disputes?”, In *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah* ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 200, pp. 159-176.
- Foster (Caroline E.), “Social Science Experts and *Amicus Curiae* Briefs in International courts and Tribunals : The WTO Biotech Case, Social Science Experts in the EC-Biotech Case 433”, *Netherlands International Law Review*, 2005, LII, pp. 433-459.
- Foucher (Karine), « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement », *AJDA* 2006, n° 42, pp. 2316 -2321.
- L. Franken (L.), Burchardi (J.E.), « Assessing the WTO panel report in EC-Biotech », *JEEPL*, n°1/2007, Vol. 4, p. 51.
- French (Duncan), “The Changing nature of ‘environmental protection’: recent developments regarding trade and the environment in the European Union and the World Trade Organization”, in: *NILR*, 2000, pp. 1-26.
- French (Duncan), “ Environmental Dispute Settlement : the First (Hesitant) Signs of Spring?”, In *Hague Yearbook of International Law*, vol. 19, 2007, pp. 3-32.
- Frumer (Ph.), « Protection de l'environnement et droits procéduraux de l'homme : des relations tumultueuses ? », *RTDH*, 1998, p. 819.
- Gabdin (D.), « Principe de précaution et pouvoir discrétionnaire », *Liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Apogée, Rennes, 2006, p. 307.
- Gabolde (C.), « Le contrôle des pollutions industrielles par le juge administratif », in *Le contrôle des pollutions industrielles*, 4<sup>e</sup> colloque de la Société française pour le droit de l'environnement, 4-6 décembre 1979, *SFDE*, 1980, p. 113)
- Gagné (G.), « Le règlement des différends », in D. Brunelle et C. Deblock (dir.), *L'ALENA : le libre-échange en défaut*, Fides, 2004, p. 301-323.
- Gare (Thierry), « A propos de l'arrêt de la Cour de Cassation Chambre criminelle du 13 mars 2007 », *Recueil Dalloz* N° 36, 2007, pp.2590-2592.
- Gattini (Andrea), « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP*, 2006-2, pp. 303-335.
- Gautier (Philippe), “Environmental Damage and the United Nations Claims Commission : New Directions for Future International Environmental Cases?”, In *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah* ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 2007, pp. 172-214.
- Gautier (Philippe), « Le Tribunal International du Droit de la Mer, le règlement des différends relatifs à la Convention des Nations Unies de 1982 et la protection de l'environnement », *L'Observateur des Nations Unies*, N° 16 - Printemps-Eté 2004, p. 45-66.
- Geisinger (Elliott) et Lévy (Laurent), « La litispendance dans l'arbitrage commercial international », *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, 01/12/2003, pp. 55-73.
- Gherari (Habib), « Le conflit sur les produits biotechnologiques tranché à l'OMC », *RMCUE*, n° 503, déc. 2006, pp. 654-661.
- Gilliaux (Pascal), « Contribution des juges belges à l'application du droit communautaire en matière de protection de l'environnement », in C.E.D.R.E. (Centre d'Etude du Droit de l'Environnement),

*Les juges et la protection de l'environnement*, Bruylant, 1998, 241p, pp.111-131.

- Gillig (David), « A propos du jugement Société Peduzzi du TA de Nancy du 29 décembre 2006 », *Environnement* 2007 N° 4. com.74, pp. 28-30.
- Gillig (David), « Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 26 juin 2007, Monsieur Jean X, arrêt numéro 05 BX 00840 », *Environnement* 01/10/2007, n°10, pp. 25 -26.
- Gillig (David), « Quand le juge administratif inflige une sanction administrative à l'exploitant d'une installation classée qui fonctionne dans des conditions irrégulières ; Note sous Cour administrative d'appel de Nancy, 9 janvier 2006, Duval », *Environnement* 2006, n°6, pp. 25 -26.
- Gillig (David), « Renforcement du contrôle du juge sur le contenu de l'étude d'impact ; Note sous Conseil d'État, 12 novembre 2007, Société Vicat SA, requête numéro 295347 », *Environnement* 01/02/2008, n°2, pp. 36 -36.
- Gillroy (J.M.), « Adjudication Norms, Dispute Settlement Regimes and International Tribunals : the Status of 'Environmental Sustainability' in International Jurisprudence », *Stanford Journal of International Law*, Winter 2006 p. 1.
- Godard (O.), « Stratégies industrielles et conventions d'environnement : de l'univers stabilisé aux univers controversés », *Environnement, Économie*, INSEE méthodes, n° 39-40, pp. 145-174.
- Gomes Canotilho (J. J.), « Jurisdicização da ecologia ou ecologização do Direito », in *Revista jurídica do urbanismo e do ambiente*, Décembre 1995, n° 4, p. 73.
- Gonzalez (Carmen G.), " Genetically Modified Organisms and Justice : the International Environmental Justice Implications of Biotechnology", In *The Georgetown International Environmental Law Review*; vol. 19, afl. 4, 2007, pp. 583-642.
- Gossement (Arnaud), « Note sous Tribunal correctionnel d'Orléans, 9 décembre 2005, Société Monsanto contre Dufour et autres », *Environnement* 2006, n°1, pp. 9 -14.
- Goy (R.), « Le bruit des aéronefs devant la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Jur. Environnement*, 1987, pp. 475-484.
- Gradoni (Lorenzo), Ruiz Fabri (Hélène), « Droit de l'OMC et précaution à la lumière de l'affaire des "OGM" », *Recueil Dalloz Sirey* 07/06/2007, n°22, pp. 1532 -1536.
- Gray (Kevin R.), "Transboundary Environmental Disputes Along the Canada-US Frontier : Revisiting the Efficacy of Applying the Rules of State Responsibility", In *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 43, 2006, pp. 333-391.
- Gros (Manuel), « L'appréciation par le juge du principe de précaution et du principe de prévention », *Droit de l'environnement* 01/12/2006, n°144, pp. 365 -367.
- Grosko (Brett), "Genetic Engineering and International Law: Conflict or Harmony? An Analysis of the Biosafety Protocol, GATT, and the WTO Sanitary and Phytosanitary Agreement", *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 20, pp. 295-327.
- Guillot (Philippe), « Chronique de jurisprudence de la CEDH », *Journal du droit international*, 2000, pp. 105-107. arrêt *Chassagnou c. France* de la CEDH.
- Hardenbrook (Andrew), "The Equator Principles : the Private Financial Sector's Attempt at Environmental Responsibility", In *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 40, afl. 1, 2007, pp. 197-232.
- Haumont (Francis), « Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain : Etat de la jurisprudence », *R.J.E*, numéro spécial décembre 2005, pp. 41-52
- Herczegh (Géza), « La protection de l'environnement naturel et le droit humanitaire », *Mélanges Pictet*, CICR-Martinus Nijhoff, 1984, pp. 725-733.
- Herve-Fournereau (Nathalie), « L'Union européenne et la promotion d'un développement régional durable », in *La Bretagne à l'heure de la mondialisation*, (dir. M. Humbert), PUR, Rennes, 2002, 305 p., p. 243-259.
- Herve-Fournereau (Nathalie), « Le « principe » d'intégration des exigences de la protection de l'environnement : Essai de clarification juridique » in *Liber Amicorum Jean Raux* « L'Europe en principes », Editions Apogée, 2006, p 647-690.
- Herve-Fournereau (Nathalie), « Vers la reconnaissance d'un droit à l'environnement dans le cadre de l'Union Européenne ? », in *Mélanges Michel Prieur*, Editions Dalloz, 2007, p 527-564.
- Herve-Fournereau (Nathalie), « Le juge communautaire et le principe d'intégration : une jurisprudence empreinte de paradoxes ou les paradoxes de la prudence du juge », In *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 209-235.
- Hinde (S.M.), « The International Environmental Court : its Broad Jurisdiction as a Possible Fatal

Flaw », *Hofstra Law Review*, Winter 2003, p. 727.

- Huglo (Christian), « Le juge, l'environnement et l'urgence », *Environnement* 2006, n°11, p.1.
- Huglo (Christian), « Libres propos, la réparation des dommages écologiques, entre discussions de principe, transposition incomplète du droit communautaire et apport constant de la jurisprudence », *Gazette du Palais* 21 et 22 décembre 2007, pp.5-15.
- Hutchison (Cameron), "Coming in from the Shadow of the Law: the Use of Law by States to Negotiate International Environmental Disputes in Good Faith", In *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 43, 2006, pp. 101-143.
- Hutten (N.), Cohendet (M.-A.), « La Charte de l'environnement deux ans après : le Conseil d'État hésite, les autres juridictions tranchent », *RJE* n° 4/2007, pp. 283-286.
- Hutin (Nicolas), Cohendet (Marie-Anne), « La charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal », *Revue juridique de l'environnement* 01/09/2007, n°3, pp. 277 -294.
- Jacobs (F.), "The role of the European Court of Justice in the protection of the environment", *Journal of Environmental Law*, 2006, vol. 18, n° 2, pp. 185-205.
- Jasanoff (S.), "Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings", *American Journal of Public Health* 95.S1 (2005): S49-S58.
- Jasanoff (S.), *The Epistemic Discretion of Judges and Daubert's Legacy, Science, Law and the Courts in Europe*, Ed. Amedeo Santosuosso, et al. Pavia: Collegio Ghisleri, 2004, pp. 37-53.
- Jegouzo (Y.), « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », *AJDA*, 2005, spéc. p. 1166 à 1167.
- Jegouzo (Y.), « Le juge administratif et l'ordonnancement du droit administratif de l'environnement », *RJE*, n° spécial, 2004, pp.19-30.
- Jégouzo (Y.), Loloum (F.), « La portée juridique de la Charte de l'environnement », *Dr. adm.*, 2004, n° 3, p. 6.
- Jouannet (E.), «La notion de jurisprudence internationale en question», in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003, p. 368.
- Kamto (Maurice), « Regard sur la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer depuis son entrée en fonctionnement (1997-2004) », *RGDIP*, 2005/4, pp. 793-828 (et particulièrement pp. 821 sqq.).
- Karagiannis (S.), «La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ?», in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, p. 92.
- Kawano (Mariko), « L'affaire du *Thon à nageoire bleue* et les chevauchements de juridictions internationales », *AFDI*, 2003, pp. 516-541.
- Keesen (Andrea), "Reducing the Judicial Deficit in Multilevel Environmental Regulation: the Example of Plant Protection Products", In *European Environmental Law Review*, vol. 16, afl. 2, 2007, pp. 26-36.
- Kennedy (Kevin C.), "Why Multilateralism Matters in Resolving Trade-Environment Disputes", *Widener Law Symposium Journal*, 2001, pp. 31-70.
- Kerbrat (Yann) et Maddalon (Philippe), «L'affaire de l'Usine MOX devant la CJCE : commentaire de l'arrêt *Commission contre Irlande* du 30 mai 2006», *RTDE*, à paraître, 2008.
- Kerbrat (Yann), « Le différend relatif à l'usine MOX de Sellafeld (Irlande/Royaume-Uni) : connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale », *AFDI*, 2004, pp. 607-623.
- Kiss (A.), « Le droit à la conservation de l'environnement », *RUDH*, 1990, Vol 2 n° 12, pp. 445 et s.
- Kiss (A.), « Les origines du droit à l'environnement : le droit international », *RJE*, n° spécial, 2003, pp. 13-14.
- Kiss (A.), « Un aspect du droit de vivre, le droit à l'environnement », in *Mélanges Kushalani*, Bruylant 1988, p. 65.
- Kiss (Alexandre), « Les protocoles additionnels aux conventions de Genève de 1977 et la protection des biens de l'environnement », *Mélanges Pictet*, CICR-Martinus Nijhoff, 1984, pp. 181-192.
- Klabbers (J.), « Compliance Procedures », in D. Bodansky, J. Brunée & E. Huey, *The Oxford Handbook International Environmental Law*, Oxford university Press, 2007, p. 995-1009.
- Knox (John H.), "The Judicial Resolution of Conflicts Between Trade and The Environment", *Harvard Environmental Law Review*, 2004, vol. 28, pp. 1-78.
- Koester (V.), « Le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus : un

- panorama des procédures et de la jurisprudence », *RJE*, 2007, pp. 251-276.
- Iynedjian (M.), *L'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires. Une analyse juridique*, LGDJ, Paris, 2002, p. 2.
  - Lagasse (Dominique), « Le Conseil d'Etat et la protection de l'environnement », in C.E.D.R.E. (Centre d'Etude du Droit de l'Environnement), *Les juges et la protection de l'environnement*, Bruylant, 1998, 241p, pp.159-187.
  - Laly-Chevalier (C.), « Activité du Tribunal international du droit de la mer », *AFDI*, 2002, pp. 373-380.
  - Lanfranchi (M.P.), « L'affaire *Communautés européennes-produits biotechnologiques* : éléments du débat judiciaire », *REDE*, 2008, n° 2.
  - Lanfranchi (M.P.), « Le principe de non discrimination entre produits similaires », in Maljean-Dubois ed., *Droit de l'OMC et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 76-107.
  - Lanfranchi (M.P.), Truilhe-Marengo (E.), « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », Fascicule 2300 du *jurisclasseur de droit l'environnement*, 2007.
  - Lanfranchi (M.P.), « La conciliation commerce / environnement devant l'ORD de l'OMC et la CJCE : analyse comparée de l'application de l'article XX du GATT et de l'article 30 TCE », In *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 287.
  - Laurent (Catherine), « Un droit à la vie en matière environnementale reconnu et conforté par une interprétation évolutive du droit des biens pour les habitants de bidonvilles », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n° 53, janvier 2003, pp. 279-297.
  - Lavranos (Nikolaos), « The *MOX Plant and IJzeren Rijn* Disputes: Which Court Is the Supreme Arbiter? », *Leiden Journal of International Law*, 19, 2006, pp. 223-246.
  - Lavranos (Nikolaos), « The *Mox Plant* judgment of the ECJ : How exclusive is the jurisdiction of the ECJ? », *European Environmental Law Review*, 2006, pp. 291-296.
  - Lazareff (Serge), « Paris, place du droit de l'arbitrage », *Gazette du Palais* 13 décembre 2006, pp.3-5.
  - Le Bot (O.), « Le juge administratif et la sanction des atteintes à l'environnement », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 271-288.
  - Le Louarn (P.), « Les armes émoussées du juge administratif contre les atteintes à l'environnement », *RJE* 2004, numéro spécial *Le juge administratif et l'environnement*, p. 152-153.
  - Le Louarn (Patrick), « Le juge administratif, sanctionnateur des atteintes à l'environnement : les armes émoussées du juge administratif contre les atteintes à l'environnement, numéro spécial, *R.J.E.*, 2004, pp.151-155.
  - Leathley (C.), « An institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: has the ILC Missed an Opportunity? », *New York University Journal of International Law and Politics*, Fall 2007, p. 259.
  - Lee (Michael K.), "The Uruguay Paper Pulp Mill Dispute : Highlighting the Growing Importance of NGOs and Public Protest in the Enforcement of International Environmental Law", In *Sustainable Development Law and Policy*, vol. 7, afl. 1, 2006, pp. 71-73.
  - Lefevre (Pascal), « L'environnement, la convention européenne et l'avenir de l'Europe », *R.E.D.E.*, 2004/4, pp.384 -390.
  - Lenica (Frédéric), « A propos de l'arrêt Association de défense contre les nuisances aériennes (Advocnar) et de l'arrêt Collectif inter-associatif du refus des nuisances aériennes (Cirena) du Conseil d'Etat du 26 octobre 2007, Une approche équilibrée de la gestion du bruit pour l'aéroport de Roissy-Charles-De-Gaulle », *AJDAN*° 2, 2008, pp. 95-101.
  - Littman-Martin (M.J.), « Les infractions relatives à l'environnement et la remise en état des lieux ordonnée par le juge pénal », In *Frison Roche*, 1998, pp. 431-450
  - Lopez Ramon (Fernando), « L'environnement dans la constitution espagnole », *R.J.E.*, numéro spécial, décembre 2005, pp. 53-62.
  - Low (L.) and Hodgkinson (D.), « Compensation for Wartime Environmental Damage: Challenges to International Law After the Gulf War », *Virginia J.I.L.*, Vol 35, No.2, Winter 1995, pp. 405-483.
  - Lowe (Vaughan), "The Interplay between Negotiation and Litigation in International Dispute Settlement", In *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah* ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 2007, pp. 235-247.

- Luff (D.), *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce. Analyse critique*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2004, pp. 832-834 et 898-899 et
- Macmillan (Fiona), Blakeney (Michael), "Genetically Modified Organisms and the World Trade Organization", *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, 2001, vol. 3, pp. 93-116.
- Maddalon (Ph.), « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC », *AFDI*, 2005, p. 612.
- Male (Jesse), "The State of Genetically Engineered Crops in the European Union Following Monsanto v. Italy and the Adoption of a New Regulatory Framework for Genetically Modified Food and Feed", *Drake Journal of Agricultural Law*, 2004, vol. 9, pp. 439-459.
- Maljean-Dubois (S.), « Le projet de Charte française de l'environnement au regard du droit européen et international », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2003, p. 410 et s.
- Maljean-Dubois (S.), « Le spectre de l'isolation clinique : quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux? », à paraître *Revue européenne de droit de l'environnement*, n° 1/2008.
- Maljean-Dubois (S.), « Procédures de non-respect des conventions internationales de protection de l'environnement », *Juris-Classeur Environnement*, Fasc. 4930, 5, 2007.
- Maljean-Dubois (S.), « Relations entre normes techniques et normes juridiques : illustrations à partir de l'exemple du commerce international des produits biotechnologiques », in : Brosset, Truilhé-Marengo, *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, la dF, Paris, 2006, pp. 199-231.
- Maljean-Dubois (S.), « À propos de l'arrêt rendu par la CEDH le 19 février 1988 en l'affaire *Anna Maria Guerra et 39 autres contre Italie* », Arrêt du 19 février 1998, Recueil 1998-I. *RGDIP* 1998, p. 1018.
- Maljean-Dubois (S.), « L'accès à l'information et la reconnaissance d'un droit à l'information environnementale, le nouveau contexte juridique » in S. Maljean-Dubois, *L'effectivité du droit européen de l'environnement. Contrôle de la mise en oeuvre et sanction du non-respect*, La Documentation française, 2000, p. 46.
- Maljean-Dubois (Sandrine) et Martin (Jean-Christophe), « L'affaire de l'*Usine Mox* devant les tribunaux internationaux », *JDI*, 2007, pp. 437-471.
- Maljean-Dubois (Sandrine), « Biodiversité, biotechnologies, biosécurité : le droit international désarticulé », *JDI*, 2000/4, pp. 948-996.
- Maljean-Dubois (Sandrine), « Environnement, développement durable et droit international. De Rio à Johannesburg : et au-delà ? », *AFDI*, 2002, 592-623.
- Maljean-Dubois (Sandrine), « L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c./ Slovaquie) », *AFDI*, 1997, pp. 286-332.
- Maljean-Dubois (Sandrine), « L'effectivité du droit international de l'environnement », *Les notes de l'IDDRI*, octobre 2003, n° 4.
- Mann (Howard), « Review of the Decision on Jurisdiction of the Methanex Tribunal », Institut international du développement durable, site Internet <http://www.iisd.org/>
- Marceau (G.), Trachtman (J.P.), « The technical barriers to trade agreement agreement, the sanitary and phytosanitary measures agreement, and the general agreement on tariffs and trade – A map of the WTO of domestic regulation of goods », *JWT*, 36(5), 2002, n° 811, notamment pp. 876-877.
- Marguénaud (J.-P.), « Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des Droits de l'Homme », *RJE*, 2003, n° spécial, p. 15-21.
- Marguénaud (J.-P.), « Inventaire raisonné des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à l'environnement », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, 1, p. 13.
- Marguénaud (J.-P.), « La charte constitutionnelle de l'environnement face au droit de la Cour européenne des droits de l'homme », *RJE*, n° spécial: *La Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur*, 2005, pp. 202-203.
- Martin (J.-C.), « La confidentialité du règlement des différends à l'OMC », *Les Annales de droit*, 2008, n°2 (à paraître).
- Martin (G.), « Le concept de risque et la protection de l'environnement : évolution parallèle ou fertilisation croisée », in *Les Hommes et l'environnement*, En hommage à A. Kiss, M. Prieur, ed., Frison Roche, Paris, 1998, p. 458.
- Martinez Garcia (Graciela), « L'environnement dans la constitution espagnole de 1978- l'article 45 », *R.E.D.E.* p.274 et s.

- Mason (Michael), "Citizenship Entitlements Beyond Borders? : Identifying Mechanisms of Access and Redress for Affected Publics in International Environmental Law", In *Global Governance*, vol. 12, 2006, pp. 283-303.
- Mathieu (B.), « La bioéthique, ou comment déroger au droit commun des droits de l'homme », in *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, Pedone, Paris, 2006, p. 85.
- Mathieu (B.), « La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue », *RJE*, n° spécial, 2005, p. 131.
- Mathieu (B.), « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », in *La Constitution et l'environnement, Les cahiers du Conseil constitutionnel* n° 15, 2003, p. 148.
- Mayrand (K.) et Paquin (M.), « l'ALENA et l'environnement : succès et limites d'un modèle novateur », in D. Brunelle et C. Deblock (dir.), *L'ALENA : le libre-échange en défaut*, Fides, p. 299.
- Mayrand (Karel) et Paquin (Marc), « L'ALÉNA et l'environnement : succès et limites d'un modèle novateur », novembre 2003, Centre International Unisfera, Montréal, site Internet : [http://www.unisfera.org/IMG/pdf/Mayrand-Paquin - ALENA - Nov 2003.pdf](http://www.unisfera.org/IMG/pdf/Mayrand-Paquin_-_ALENA_-_Nov_2003.pdf)
- Mbengue (Makane), Thomas (Urs), « Le Codex Alimentarius, le Protocole de Cartagena et l'OMC : Une relation triangulaire en émergence? » Hunyadi (dir.), *Revue européenne des sciences sociales*, 2004, XLII (No. 130), Genève: Droz, 229-248.
- McDonald (Michelle K.), "International Trade Law and the U.S.-Eu Gmo Debate: Can Africa Weather This Storm?", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2004, vol. 32, pp. 501-537.
- Mehdi (Rostane), « Le droit européen de l'environnement devant le juge administratif français, in *L'effectivité du droit européen de l'environnement*, 2000, 308 p., pp.127-150.
- Mehdi (Rostane), « La preuve devant les juridictions communautaires », in *La preuve devant les juridictions internationales*, H. Ruiz Fabri & J.-M. Sorel (dir.), Pedone, 2007, p. 167.
- Mehdi (Rostane), « Le juge et la conciliation entre protection de l'environnement et exigences antinomiques. Présentation », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, In O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 191-194.
- Melin-Soucramanien (F.) et Pini (J.), « Constitution et droit de l'environnement », *Juris-classeur environnement*, 1997, Fascicule 152, pp. 4 et ss.
- Merino (Muriel), « Protection de l'individu contre les nuisances environnementales ... De la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au système juridictionnel de protection national », *RTDH*, n°65/2006, pp. 55 -86.
- Michel (Geoffroy), « La jurisprudence de la CJCE sur les plans et programmes en matière d'environnement », *R.E.D.E.*, p.2003/1, p.3 et 23.
- Milanova (A.), « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atouts discrets d'une hégémonie », *JDI*, 2003, p. 87-100
- Momtaz (Djamchid), « Le recours à l'arme nucléaire et la protection de l'environnement : l'apport de la CIJ », in Boisson de Chazournes (Laurence) et Sands (Philippe), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999, pp. 355-374.
- Monédiaire (G.), « L'accès à la justice communautaire en matière d'environnement au miroir de la Convention d'Aarhus », *RJE* 1999, n° spéc., p. 63 s.
- Morand-Deville (J.), « La Constitution et l'environnement », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 121.
- Murphy (S.D.), « Does the World Need a New International Environmental Court ? », *George Washington Journal of International Law and Economics*, 2000, p. 333.
- Ndiaye (T.M.), « Provisional Measures Before the International Tribunal for the Law of the Sea », in M.H. Nordquist, J.N. Moore (eds.), *Current Marine Environmental Issues and the International Tribunal for the Law of the Sea*, The Hague/London/New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 395 p., pp. 95-101).
- Ndiaye (Tafsir Malick), "La recevabilité devant les juridictions internationales" In *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah*, ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 2007, pp. 249-295.
- Nesi (Françoise), Guihal (Dominique), « Le nouveau dispositif de responsabilité environnementale et le droit commun », *Droit de l'environnement* 01/09/2007, n°151, pp. 230 -234.
- Neyret (Laurent), « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *Recueil Dalloz Sirey* 17/01/2008, n°3, pp. 170 -176.

- Nikopoulos (T.) et Haidarlis (M.), « La constitution, la jurisprudence et la protection de l'environnement en Grèce », *R.J.E.*, numéro spécial, décembre 2005, pp. 63-73.
- Noiville (C.), « La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution », *Recueil Dalloz*, n° 22/7295 (2007), pp. 1515-1517.
- Noiville (C.), « Principe de précaution et OMC – Le cas du commerce alimentaire », *JDI* 2000, p. 272
- Notaro (N.), “The New Generation Case Law on Trade and Environment”, *ELR*, 2000, n° 5, pp. 467-491.
- Notaro (N.), « The EC and the WTO and the environmental case law », in A. Dashwood, J. Spencer, A. Ward, C. Hillion, (ed), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2000, vol. 3, p. 327
- Nouzha (Christophe), « L'affaire de l'usine MOX (Irlande c/ Royaume-Uni) devant le Tribunal international du droit de la mer : quelles mesures conservatoires pour la protection de l'environnement ? », *Actualité et droit international* (www.ridi.org/adi), mars 2002.
- Oliva (Maria Julia), “On Biosafety and the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: What will Decisions Regarding GMOs have to be Based on?”, *International Legal Perspectives*, 2002, vol. 13, pp. 22-31.
- Oraison (André), « Réflexions générales sur quelques stratégies globales autorisées de la Cour Internationale de Justice », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif* N° 1, 2002, pp. 477-507.
- Orellana (Marcos A.), “The Role of Science in Investment Arbitrations Concerning Public Health and the Environment”, In *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 17, 2006, pp. 48-72.
- Orellana (Marcos A.), « Criminal Punishment for Environmental Damage: Individual and State Responsibility at a Crossroad », *Georgetown International Environmental Law Review*, Summer 2005 :
- Orrego Vicuña (Francisco), “New Issues in the Settlement of Disputes of International Investments : the Global Reach of the Role of Dispute Settlement”, In *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah* ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 2007.
- Ortega (J.J.), « L'ingérence de la vie privée et familiale comme protection de l'environnement dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission des droits de l'homme », in *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, 1999, pp.243-252.
- Ost (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. Bouretz (Dir.), *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, Éditions esprit, Collection philosophie, Paris, 2001, pp. 241-272.
- Ostrovsky (Aaron A.), “The European Commission's Regulations for Genetically Modified Organisms and the Current WTO Dispute--Human Health or Environmental Measures? Why the Deliberate Release Directive is More Appropriately Adjudicated in the WTO Under the TBT Agreement”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 2004, vol. 15, pp. 209-24.
- Pallemmaerts (M.), « Le droit de l'homme à un environnement sain en tant que droit matériel », in M. Déjeant-Pons et M. Pallemmaerts (dir.) *Droits de l'homme et environnement*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2002, p. 9 et s.
- Papapolychroniou (S.), « Aspects substantiels du droit à l'environnement. La contribution du juge constitutionnel (Grèce) », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 113-140.
- Papaspyrou (N.), “A farewell to judicial passivity: The environmental jurisprudence of the Greek Council of State”, *Journal of Modern Greek Studies*, 1999, p. 63-84.
- Pauwelyn (J.), “The use of experts in WTO dispute settlements”, *ICLQ*, Vol. 51, avril 2002, pp. 325-364.
- Pauwelyn (J.), “The WTP Agreement on sanitary and phytosanitary (SPS) measures as applied in the first three SPS disputes”, *JIEL*, 1999, pp. 643-644.
- Pauwelyn (J.), “The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ?”, *AJIL*, 2001, p. 577.
- Pech (Laurent), « Le remède au « gouvernement des juges » : le judicial self-restraint ? », (Government by Judiciary and Judicial Self-Restraint in France and in the US), in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie* (Paris, Presses universitaires de la Sorbonne, 2001), p. 63-113.
- Peel (J.), « A GMO by any other name..might be an SPS risk ! : implications of expanding the scope of the WTO sanitary and phytosanitary measures agreement, *European journal of international law*,

Nov 2006, p. 1015.

- Pelisson (F.), Notes sous l'arrêt, CJCE, 17 juin 1998, *Mecklenburg c. Kreis Pinneberg-Der Landrat e. a.*, aff.C-321/96, *Rec. p. I-03809, REDE*, n° 4/1998, p. 471.
- Peri (A.), « La Charte de l'environnement : reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental ? », *LPA* 24 février 2005, n° 39, p. 8 et s.
- Peroz (Hélène), « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, Masson contre Ottow, pourvoi numéro 04-14.646 et Cour de cassation, première Chambre civile, Société Union Discount Limited contre Casamata, pourvoi numéro 04-19.031 », *Journal du droit international (Clunet)* 01/04/2007, n°2007-2, pp. 543 -554.
- Petersmann (E.-U.), « Multilevel Judicial Governance of International Trade Requires a Common Conception of Rule of Law and Justice », *Journal of International Economic Law*, September, 2007, p. 529.
- Petersmann (E.-U.), « Why Rational Choice Theory Requires a Multilevel Constitutional Approach to International Economic Law: a Response to the Case Against Reforming the WTO Enforcement Mechanism », *University of Illinois Law Review*, 2008, 2008 Symposium: Public International Law and Economics, p. 359.
- Petersmann (E.-U.), "Prevention and Settlement of International Trade Disputes Between the European Union and the United States", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2000, vol. 8, pp. 233-260.
- Petit (Françoise), « La légitimité du juge est à construire sans cesse », *Les Petites Affiches* 13/01/2004, n°9, pp. 3 -7.
- Philips (Peter W.B.), Kerr (William A.), "The WTO Versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms", *Journal of World trade*, n°4, 2000, pp. 63-75.
- Picod (F.), « Charte de l'environnement et droit communautaire », *RJE*, 2005, numéro spécial, p. 210.
- Pitea (Cesare), "The Legal Status of NGOs in Environmental Non-Compliance Procedures : an Assessment of Law and Practice", In *NGOs in International Law : Efficiency in Flexibility?* ed. by Pierre-Marie Dupuy, Luisa Vierucci, 2008, pp. 181-203.
- Plessix (Benoît), « Le marché des quotas d'émission de gaz à effet de serre à l'épreuve de la communautarisation du droit constitutionnel », *Revue Juridique de l'Economie Publique*, n° 645, 2007, pp. 298 -305.
- Prieur (M.) (dir.), « La Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur », Actes du colloque des 20-21 juin 2005, *RJE* 2005, n° spéc.
- Prieur (M.), « Droit de l'homme à l'environnement et développement durable », communication au colloque de Ouagadougou de juin 2004 sur « Développement durable : leçons et perspectives » : [<http://www.francophonie-durable.org/documents/colloque-ouaga-a5-prieur.pdf>].
- Prieur (M.), « Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement », *Environnement*, n° 4/2005, p 7.
- Prieur (M.), « La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », *RJE*, 1999, pp. 9-29.
- Prieur (M.), « Les nouveaux droits », *AJDA*, 2005, p. 1159-1160.
- Prieur (M.), « Vers un droit de l'environnement renouvelé », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 15, 2003, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc15/env2.htm>.
- Provost (R.), « Judging in Splendid Isolation », *American Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 56, p. 125.
- Puigelier (Catherine), « Temps et création jurisprudentielle », *ARSP. Archives de philosophie du droit* 01/01/2007, n°50, pp. 89 -147.
- Ragosta (J. A.), « Unmasking the WTO - Access to the DSB System: Can the WTO DSB Live Up to the Moniker "World Trade Court"? », *Law and Policy in International Business*, 2000, pp. 739-768
- Ranjeva (Raymond), « Les potentialités des modes juridictionnels internationaux de règlement des différends », In *L'effectivité du droit international de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, Imperiali (Claude) (dir.), Paris, Economica, 1998, pp. 271-275.
- Ranjeva (Raymond), « L'environnement, la Cour internationale de Justice et sa chambre spéciale pour les questions d'environnement », *AFDI*, 1994, vol. XL, pp. 433 et ss.
- Rao (Pemmaraju Sreenivasa), « Multiple International Judicial Forums: A Reflection Of The Growing Strength Of International Law Or Its Fragmentation? », *25 Mich. J. Int'l L.*, 2004, pp. 929-961.



- Rehbinder (Eckard), « L'action en justice des associations et l'action populaire pour la protection de l'environnement », *R.E.D.E.*, 1997/1, p.16 et s.
- Rémond-Gouilloud (M.), « À la recherche du futur. La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, n°1/1992, not. pp. 6-11.
- Remy (D.), « Le contentieux des installations jugées classées administratives et l'environnement », *RJE* 2004, In "Le juge administratif et l'environnement", pp. 133-140.
- Renard-Payen (Olivier), « A propos de l'arrêt Fare Sud et autres contre Société Evere de la Cour de cassation chambre civile du 17 octobre 2007 », *JCP A - édition Administrations et collectivités territoriales*, N° 52, 2344, 2007, pp.34-36.
- Renard-Payen (Olivier), « Etendue de la compétence du juge judiciaire en matière d'installations classées », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)* 24/12/2007, n°52, pp. 34 -35.
- Renucci (J.F.), « Convention européenne des droits de l'homme et environnement », *JurisClasseur Environnement*, Fasc. 2080, mars 2007.
- Robb (Cairo A.R.), "International environmental law reports Vol. 5: International environmental law" in *international tribunals*, Cambridge University Press, 2007
- Röben (Volker), « The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant at Sellafeld : How much Jurisdictional Subsidiarity? », *Nordic Journal of International Law*, 2004, vol. 73, afl. 2, pp. 223-245.
- Robert (Jacques-Henri), « Le juge qui ne voulait pas être jardinier de la nature », *Droit pénal* 01/01/2008, n°1, pp. 24 -25.
- Roch (F.), « Le Chapitre 11 : bilan et perspectives », in D. Brunelle et C. Deblock (dir.), *L'ALENA : le libre-échange en défaut*, Fides, 2004, p. 327-344
- Rodriguez-Iglesias (G.C.), Riechenberg (K.), „Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofes zum Schutz der Umwelt“, in: GAITANIDES (C.), KADELBACH (S.), RODRÍGUEZ IGLESIAS (G.C.) (Hrsg.), *Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg*, Nomos, Baden-Baden, 1. Aufl. 2005, 681 p.
- Rodriguez-Rivera (L.E.), « Is Human Right to Environment Recognized under International Law ? », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Winter 2001, p. 1.
- Roggen (Françoise), « Le juge pénal et la protection de l'environnement », in C.E.D.R.E. (Centre d'Etude du Droit de l'Environnement), *Les juges et la protection de l'environnement*, Bruylant, 1998, 241p, pp.189-223.
- Romano (C.), « The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication : Elements for a Theory of Consent », *New York University Journal of International Law and Politics*, Summer 2007, p. 791.
- Romano (C.P.R.), « International Dispute Settlement » in D. Bodansky, J. Brunée & E. Huey, *The Oxford Handbook International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, p. 1036-1056.
- Rouyère (Aude), « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques », *Recueil Dalloz Sirey* 07/06/2007, n°22, pp. 1537 -1541.
- Ruiz Fabri (Hélène), « Concurrence ou complémentarité entre les mécanismes de règlement des différends du Protocole de Cartagena et ceux de l'OMC ? » In *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, sous la direction de Jacques Bourrinet et Sandrine Maljean-Dubois, pp.149-176.
- Ruiz Fabri (Hélène), « 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 *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Maljean-Dubois (Sandrine) (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 345-378.
- Ruiz Fabri (Hélène), « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *JDI*, 2000, pp. 605-645.
- Ruiz Fabri (Hélène), « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006/1, pp. 39-83.
- Ruiz Fabri (Hélène), Sorel (Jean-Marc), « Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de justice 2005 : Introduction », *Journal du droit international (Clunet)* 01/07/2006, n°3, pp. 1176 -1179.
- Ruiz Fabri (Hélène), « Le règlement des différends à l'OMC. La procédure et la jurisprudence », *Les Notes bleues de Bercy*, <[http://www.minefi.gouv.fr/notes\\_bleues/nbb/nbb186/proce.htm](http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/proce.htm)>, consulté le 10 avril 2008.
- Ruiz Fabri (Hélène), « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends (2000) », *Journal du droit international*, n°3/2001, p. 903-904.

- Ruiz Fabri (Hélène), « OMC - Chronique du règlement des différends 2006-2007 », *JDI* 2007 (3), p. 1036.
- Ruiz Fabri (Hélène), « OMC - Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *JDI*, 2006-3, pp. 1258-1259.
- Russo (Carlo), « Le droit de l'environnement dans les décisions de la Commission des droits de l'Homme et dans la jurisprudence de la Cour européenne », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 635-645.
- Sacerdoti (G.), « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *RGDIP*, 2006-4, p. 780.
- Safrin (S.), « Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements », *American Journal of International Law*, vol.96, July, 2002, pp. 606-628.
- Salas (D.), « Juge (Aujourd'hui) », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials dir., Lamy/PUF, Paris, p. 863.
- Salmon (J.), « Les notions à contenu variable en droit international », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 251.
- Sands (Ph.), « International Environmental Litigation and its Future », *University of Richmond Law Review*, January, 1999, « Allen Chair Symposium 1998: Resolving International Environmental Disputes in the 1990s and Beyond », p. 1619.
- Sands (Philippe), « Litigating Environmental Disputes : Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law », In *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah* ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 2007, p. 313-325.
- Sands (Philippe), « L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zélande c. France) : contribution de l'instance au droit international de l'environnement », *RGDIP*, 1997, pp. 447-474.
- Sands (Philippe), « La Cour internationale de Justice, la Cour de Justice des Communautés européennes et la protection de l'environnement », in *Les hommes et l'environnement, Mélanges Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, pp. 323-344.
- Sands (Philippe), « Non-compliance and Dispute Settlement », in Beyerlin (Ulrich), Stoll (Peter-Tobias), Wolfrum (Rüdiger) (dir.), *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements. A Dialogue between Practitioners and Academia*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 353-358.
- Sands (Philippe), « Les cours internationales et le principe de précaution », <<http://www.environmenthouse.ch/docspublications/reportsRoundtables/Precaution%20Report%20f.pdf>> consulté le 1<sup>er</sup> avril 2008
- Santa-Croce (Muriel), « Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international », *La Gazette du Palais* 01/03/2000, n°61, pp. 3 -14.
- Santulli (Carlo), « Les juridictions de l'ordre international : essai d'identification », *AFDI*, 2001, pp. 45-61.
- Savadogo (L.), « Le recours des juridictions internationales à des experts », *AFDI*, 2004, pp. 231-258.
- Scheuing (D.H.), „Das europäische Umweltverfassungsrecht als Maßstab gerichtlicher Kontrolle. Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH“, in: SCHEUING (D.H.), MÜLLER-GRAF (P.C.), RITZER (C.) (Hrsg.), *Europäisches öffentliches Recht*, 1. Aufl. 2006, pp. 427-464.
- Schmied (Frédéric), « L'accès des particuliers au juge de la légalité - L'apport de l'arrêt Unibet », *Journal des Tribunaux Droit européen (Larcier)* 01/06/2007 n°140, pp. 166 -170.
- Schneider (Olivier), « Contentieux », *Revue juridique de l'environnement* 2006, n° 2, pp. 222 -230.
- Schneider (Raphaël), « Installations classées », *Revue juridique de l'environnement* 2006, n°3, pp. 337 -352.
- Schneider (Raphaël), « Sanction », *Revue juridique de l'environnement* 2006, n°2, pp. 214 -219.
- Scott (J.), Sturm (S.P.), « Courts as Catalysts : Rethinking the Judicial Role in New Governance », *Columbia Journal of European Law*, Vol. 13, No. 3, 2007.
- Shamsey (J.), « ITLOS vs. Goliath : The International Tribunal for the Law of the Sea Stands Tall with the Appellate Body in the Chilean-EU Swordfish Dispute », *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2002, Volume 12, p. 539.
- Shany (Yuval), « The First MOX Plant Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures », *Leiden Journal of International Law*, 17, 2004, pp. 815-827.
- Shelton (Dinah), “Human Rights and the Environment : Problems and Possibilities”, In:

- Environmental Policy and Law*; vol. 38, afl. 1-2, 2008, pp. 40-49.
- Shelton (Dinah), « The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings », *AJIL*, vol. 88 (1994), pp. 611-642.
  - Sioutis (G.), « Le développement durable et le droit constitutionnel hellénique », in *Mélanges Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 363-378.
  - Skouris (V.), « L'intégration de la dimension environnementale dans les différentes politiques communautaires, illustré par des exemples tirés de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in : COLNERIC (N.), EDWARD (D.), PUISSOCHET (J.-P.), RUIZ-JARABO COLOMER (D.) (Hrsg.), *Une Communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV, 2003, pp. 497-508.
  - Smets (H.), « Une charte des droits fondamentaux sans droit à l'environnement », *Revue européenne de droit de l'environnement*, n° 4, 2001.
  - Smitherman (Charles W.), "World Trade Organization Adjudication of the European Union - United States Dispute Over the Moratorium on the Introduction of New Genetically Modified Foods to the European Common Market: A Hypothetical Opinion of the Dispute Panel", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2002, vol. 30, pp. 475-504.
  - Sohnle (J.), « Irruption du droit international de l'environnement dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice : l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros », *RGDIP*, 1998, pp. 86-119.
  - Staub (Materne), « A propos de l'arrêt Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire (Crilan) et Association « Le Réseau sortir du nucléaire » du Conseil d'Etat du 4 août 2006 », *LPA*, 14 mars 2007, n° 53, pp. 15-22.
  - Staub (Materne), « Arrêtés OGM : élargissement de la compétence du Conseil d'État », *Droit administratif* 01/11/2007, n°11, pp. 33 -34.
  - Stephens (Tim), "Multiple International Courts and the "Fragmentation" of International Environmental Law", In *Australian Year Book of International Law*, vol. 25, 2006, pp. 227-271.
  - Stern (Brigitte), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003/2, pp. 257-303.
  - Stokes (E.), « The Role of Risk Assessments in Precautionary Intervention : A Comparison of Judicial Trends in the EC and WTO », *JEEPL* 6/2007, p. 455.
  - Sturn (S.), Scoot (J.), « Courts as Catalysts : Re-thinking the Judicial Role in New Governance », *Columbia Journal of European Law*, Summer, 2007, p. 565.
  - Tanaka (Maki), « Lessons from the protracted MOX plant dispute : a proposed protocol on marine environmental impact assessment to the United Nations Convention on the Law of the Sea », *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, afl. 2, pp. 337-428.
  - Tanzi (Attila), "Controversial Developments in the Field of Public Participation in the International Environmental Law Process", In *NGOs in International Law : Efficiency in Flexibility?* ed. by Pierre-Marie Dupuy, Luisa Vierucci, 2008, pp. 135-152.
  - Tavernier (Paul), « Chronique de jurisprudence de la CEDH », *Journal du droit international*, 1991, pp. 774-778. arrêt *Powell et Rayner* de la CEDH.
  - Tavernier (Paul), « Chronique de jurisprudence de la CEDH », *Journal du droit international*, 1995, pp. 798-800. arrêt *Lopez-Ostra* de la CEDH.
  - Tavernier (Paul), « Chronique de jurisprudence de la CEDH », *Journal du droit international*, 1999, pp. 218-219. arrêt *Guerra et autres c. Italie* de la CEDH.
  - Tavernier (Paul), « Chronique de jurisprudence de la CEDH », *Journal du droit international*, 2002, pp.303-305. arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* de la CEDH.
  - Tavernier (Paul), « Chronique de jurisprudence de la CEDH », *Journal du droit international*, 2003, n° 2, pp. 541-544. arrêt *Öneryildiz c. Turquie* de la CEDH.
  - Tavernier (Paul), « La Cour européenne des droits de l'homme et la mise en œuvre du droit international de l'environnement », *Actualité et droit international* (www.ridi.org/adi), juin 2003 : <http://www.ridi.org/adi/articles/2003/200306tav.pdf>.
  - Taylor (C. O'Neal), "Impossible Cases: Lessons From the First Decade of WTO Dispute Settlement", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2007, vol. 28, pp. 309-444.
  - Terre (François), « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *ARSP. Archives de philosophie du droit* 01/01/2007, n°50, pp. 305 -311.
  - Thibierge (C.), « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2003/3 p ; 599-627.

- Thieffry (G.), « Égalité, environnement et dialogue des juges », *AJDA*, 2007 p. 449.
- Thomison (A.), “A new and controversial mandate for the SPS agreement : the WTO panel’s interim report in the EC-Biotech dispute”, *Columbia Journal of Environmental Law*, n° 287, 2007, p. 305.
- Thouvenin (Jean-Marc), « La descente de la Cour sur les lieux dans l’affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros », *AFDI*, 1997, pp. 333-340.
- Tisne (Ph.), « The ICJ and Municipal Law: the Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in US Courts », *Fordham International Law Journal*, April, 2006, p. 865.
- Torre-Schaub (Marta), « Le rôle des incertitudes dans la prise de décision aux États-Unis. Le réchauffement climatique au prétoire », *Revue internationale de droit comparé* 01/09/2007 n°3, pp. 685 - 713.
- Train (François-Xavier), « Note sous arrêt de la Cour de cassation, première Chambre civile, 25 octobre 2005, société Omenex contre X, pourvoi numéro 02-13.252 », *Journal du droit international (Clunet)* 01/07/2006, n°3 , pp. 996 -1012.
- Truilhé-Marengo (E.), « Les règles relatives à la preuve :quelle place pour l’incertitude scientifique ? », in *Droit de l’OMC et protection de l’environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2003.
- Tudela (H.), « La protection du milieu marin et la pratique de la pêche devant le Tribunal international du droit de la mer », In *Le rôle du juge dans le développement du droit de l’environnement*, O. Lecucq & S. Maljean-Dubois (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 351-370.
- Tulkens (François), « La Cour d’arbitrage et la protection de l’environnement », in C.E.D.R.E. (Centre d’Etude du Droit de l’Environnement), *Les juges et la protection de l’environnement*, Bruylant, 1998, 241p, pp.133-157.
- Ulfstein (Geir), “Dispute Resolution, Compliance Control and Enforcement in International Environmental Law”, In *Making Treaties Work : Human Rights, Environment and Arms Control* ed. by Geir Ulfstein, 2007.
- Untermaier (J.), « Droit de l’homme à l’environnement et libertés publiques », *Revue juridique de l’environnement*, n° 4/1978, p. 329.
- Untermaier (Jean), « Vive les cavaliers », *Revue juridique de l’environnement*, n° 2/1989, p. 119.
- Van Lang (A.), « La directive « responsabilité environnementale » et le droit administratif : influences prévisibles et paradoxales », *Dr. adm.* 2005, Etude n° 12, § 23.
- Verdier (Laurent), « OGM et droit à l’information », *Droit de l’environnement* 01/07/2007, n°150, pp. 186 -188.
- Verpeaux (M.), « La Charte de l’environnement, texte constitutionnel en dehors de la Constitution », *Environnement*, 2005, n° 4, p. 16.
- Viney (G.), « Principe de précaution et responsabilité des personnes privées », *Recueil Dalloz*, 2007, vol. 22, p. 1542.
- Virally (M.), « Le rôle des ‘principes’ dans le développement du droit international », *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, 1968, Genève, Tribune, p. 534.
- Volbeda (M. Bruce), “The MOX Plant Case : the Question of "Supplemental Jurisdiction" for International Environmental Claims Under UNCLOS”, In: *Texas International Law Journal*, vol. 42, afl. 1, 2006, pp. 211-240.
- Waincymer (J.), « Transparency of Dispute Settlement Within the World Trade Organization », *Melbourne University Law Review*, décembre 2000, pp. 797-838.
- Wang (X.), Wisner (G.), « The Implementation and Compliance Regimes under the Climate Change Convention and its Kyoto Protocol », *Review of European Community and International Environmental Law*, 2002/2.
- Ward (A.), “Judicial Review of Environmental Misconduct in the European Community : Problems, Prospects, and Strategies”, in : SOMSEN (H.), SEVENSTER (H.), McCAHERY (J.), KRÄMER (L.), *Yearbook of European Environmental law*, vol. 1, 2000, Oxford University Press, pp. 137-159.
- Weckel (Philippe), « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2002, pp. 196-206.
- Weckel (Philippe), « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2005, pp. 715-723.
- Weckel (Philippe), « Les premières applications de l’article 290 de la Convention sur le droit de la mer relatif à la prescription de mesures conservatoires », *RGDIP*, 2005, pp. 829-855.
- Weil (P.), «Vers une normativité relative en droit international ?», *RGDIP*, 1982, vol. 86, pp. 5 et ss.
- Willems (John), Mouraviova (Olga), « Mode de règlement des différends internationaux : clause

d'arbitrage ou clause attributive de juridiction, que choisir ? », *Décideurs Juridiques et Financiers* 01/03/2007, n°83, pp. 58 -59.

- Winisdoerffer (Y.), « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement », *RJE*, 2003, n° 2, p. 216.

- Wolfrum (Rüdiger), "Taking and Assessing Evidence in International Adjudication", *In Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah* ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 2007, pp. 341-356.

- Wood (Michael), "The Selection of Candidates for International Judicial Office : Recent Practice" *In Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes : liber amicorum Judge Thomas A. Mensah* ed. by Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum ; Chie Kojima (assistant ed.), 2007, pp. 357-368.

- Wüger (Daniel), « Biotech Products WTO Panel Report », *ASIL Insight*, March 8, 2006, Vol. 10, Issue 5: [<http://www.asil.org/insights/2006/03/insights060308.html>].

- Young (M. A.), "The WTO's use of relevant rules of international law : an analysis of the Biotech Case", *ICLQ*, Vol. 56, oct. 07, p. 921.

- Zedalis (Rex), "The United States/European Communities "Biotech Products" case : opportunity for World Trade Organization consideration of whether internally applied non-tax measures fall within the scope of the General Agreement on Tariffs and Trade Article XI(1)'s reference to "other Measures"', *Journal of World Trade*, Volume 38 (2004-4) , pp. 647-659.

- Ziegler (A.R.), "Trade and environmental law in the EC", *Clarendon press*, 1996, p. 160

## Autres

- Aguila (Yann), *Rapport général, Séminaire de l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne*, Bruxelles, le 28 janvier 2008, « Le juge administratif et le droit communautaire de l'environnement. L'information et la participation du public en matière d'environnement », <[http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/discours\\_vp/Yann%20Aguila%20rapport-bruxelles%2028012008.pdf](http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/discours_vp/Yann%20Aguila%20rapport-bruxelles%2028012008.pdf)>, consulté le 13 mars 2008.

- Barral (V.), *Le développement durable en droit international : essai sur les incidences juridiques d'un concept évolutif*, Thèse European University Institute, mai 2007.

- Brown (P.), *Huge radioactive leak closes Thorp nuclear plant*, *The Guardian*, 9.05.05

- CEDHA, *Botnia Directors Skip Court Date in Criminal Complaint*, mars 2008, <[http://www.cedha.org.ar/en/more\\_information/botnia\\_directors.php](http://www.cedha.org.ar/en/more_information/botnia_directors.php)> consulté le 24 avril 2008.

- Comité de l'investissement de l'OCDE, *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, Déclaration de juin 2005*, <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/32/35085008.pdf>>, consulté le 6 mai 2008, § 19.

- Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie, *Déclaration d'octobre 2003*, <<http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/Nondisputing-fr.pdf>>, consulté le 6 mai 2008.

- Cour des comptes, *Rapport, Le démantèlement des installations nucléaires et la gestion des déchets radioactifs*, janvier 2005, [<http://www.ccomptes.fr/Cour-des-comptes/publications/rapports/nucleaire/integral.pdf>], consulté le 21.11.06.

- Dupont (Gaëlle), Hopquin (Benoît) et Robert (Pascale), *Le 'préjudice écologique' fait son entrée dans le droit français*, *Le Monde* 18 janvier 2008, p. 1.

- Elie (M.-P.), *L'environnement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne*, Université du Sud-Toulon-Var, thèse dactylographiée, Toulon, 2003.

- Gallois (D.), Kempf (H.), *Le britannique BNFL engage une profonde réforme sur son site de retraitement de Sellafield*, *Le Monde*, 26.04.00

- Hermon (Carole), *Le juge administratif et l'environnement : recherche sur le traitement juridictionnel des atteintes à l'environnement*, Thèse de doctorat en droit, Université de Nantes 1995, 711 p.

- Huglo (Christian), *Le juge, la prévention et la résolution des litiges en matière d'environnement*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas - Paris 2, 1994, 3 vol.

- Kempf (H.), *La plupart des pays industriels ont tourné le dos à la technique du "moxage"*, *Le*

Monde, 21.07.99.

- Kempf (H.), *L'Irlande exige de la Grande-Bretagne la fermeture d'une usine de retraitement*, Le Monde, 2.12.01.
- Langellier (J.-P.), *M. Blair confie au secteur privé le démantèlement de ses vieilles centrales nucléaires*, Le Monde, 01.04.06.
- Maljean-Dubois (Sandrine), Richard (Vanessa), *Mécanismes internationaux de suivi et de mise en œuvre des conventions internationales de protection de l'environnement / Mechanisms for Monitoring and Implementation of International Environmental Protection Agreements*. Etude bilingue (anglais et français) pour l'IDDRI, avec le soutien du Ministère de l'écologie, dans le but de fournir des éléments de réflexion au groupe de travail sur la création d'une ONU de l'environnement créée à l'initiative de la France, novembre 2004.
- Morin (H.), *Un rapport critique l'utilisation du plutonium dans les réacteurs à eau*, Le Monde, 27.11.97.
- Pons (P.), *La nouvelle bataille de Greenpeace contre l'envoi de Mox au Japon*, Le Monde, 21.07.99.
- Ricard (P.), *La Commission exige plus de transparence sur le site de Sellafield*, Le Monde, 1.04.04, p. 5.
- Vatna (Loïc), *La justice internationale à l'épreuve de la question environnementale : contribution à l'étude de l'adaptation du contentieux international aux mutations de l'ordre international*, Thèse de doctorat en droit, Université Robert Schuman (Strasbourg), 2007, 584 p.

## *TABLE DES MATIERES*

<b>Sommaire.....</b>	<b>1</b>
<b>Présentation de la recherche.....</b>	<b>2</b>
• Composition de l'équipe.....	2
• Élaboration des supports bibliographiques.....	3
• Organisation de séminaires et journées d'étude .....	4
• Publications.....	6
<b>Rapport de recherche.....</b>	<b>7</b>
<b>Index des sigles, acronymes et abréviations .....</b>	<b>8</b>
<b>Introduction.....</b>	<b>9</b>
<b>Chapitre 1. Le (non) système juridictionnel international est-il adapté au règlement des différends environnementaux ? .....</b>	<b>11</b>
Section 1. L'adaptation du cadre procédural .....	11
I. La participation au procès international .....	11
1. Les titulaires du droit d'action.....	11
a. Cour internationale de Justice et Tribunal international du droit de la mer .....	11
.....	11
b. Arbitrage.....	15
L'arbitrage CIRDI.....	16
c. L'Organe de règlement des différends de l'OMC .....	18
d. La Cour européenne des droits de l'homme.....	18
2. L'intervention .....	21
II. L'appréciation des aspects technico-scientifiques .....	26
1. La preuve.....	26
a. Cour internationale de Justice, Tribunal international du droit de la mer, arbitrage .....	26
b. Organe de règlement des différends de l'OMC.....	29
c. CIRDI.....	35
d. CNUDCI.....	36
e. Cour européenne des droits de l'homme .....	36
2. L'expertise.....	37
a. La Cour internationale de Justice.....	37
b. Le Tribunal international du droit de la mer .....	38
c. L'arbitrage .....	38
d. L'Organe de règlement des différends de l'OMC .....	39
e. La Cour européenne des droits de l'homme .....	42
III. La faculté d'indiquer des mesures conservatoires.....	42
Section 2. La (dés)articulation entre les juridictions .....	49
I. La concurrence potentielle entre les juridictions .....	49
1. L'affaire de l'Espadon .....	49
2. L'affaire de l'Usine Mox.....	49
3. L'affaire des Usines de pâte à papier.....	51
a. Le Tribunal arbitral ad hoc du Mercosur.....	51
b. La Commission interaméricaine des droits de l'homme.....	52
c. Les Principes directeurs à l'intention des multinationales de l'OCDE....	52
d. Les Principes d'Équateur.....	53
e. Les mécanismes juridictionnels et non-juridictionnels nationaux .....	53
II. Faut-il créer un Tribunal international de l'environnement ? .....	54
<b>Chapitre 2. Quelle contribution des juridictions à l'internationalisation du droit ? .....</b>	<b>56</b>

Section 1. Une position nouvelle dans un contexte de développement et d'internationalisation du droit de l'environnement .....	57
I. Développement du droit de l'environnement et sollicitation croissante du juge .....	57
1. Un contentieux croissant en volume .....	57
2. Une marge d'appréciation croissante ? .....	58
II. Internationalisation du droit de l'environnement et cosmopolitisme accru des juridictions .....	60
Section 2. Une contribution majeure au développement d'un droit de l'environnement « global » ? .....	62
I. De Jupiter à Hercule, d'un juge transcripteur à un juge co-déterminateur .....	62
1. Dresser les fondations .....	62
2. Construire l'édifice .....	64
II. Hermès, juge « intermédiaire » .....	67
1. Jurisprudence et cohérence interne des ordres juridiques .....	67
2. Jurisprudence et cohérence externe entre les ordres juridiques .....	68
<b>Conclusion.</b> .....	<b>71</b>
<b>Annexes</b> .....	<b>72</b>
1. Sandrine Maljean-Dubois & Jean-Christophe Martin, « L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux », <i>Journal du Droit International</i> , vol. 134, n°2/2007, pp. 437-472 .....	73
2. Dossier spécial sur L'affaire Produits biotechnologiques à l'OMC, à paraître à la <i>Revue européenne de droit de l'environnement</i> , n°2/2008 .....	95
3. Jean-Christophe Martin, « La confidentialité du règlement des différends à l'OMC », <i>Les Annales de Droit</i> , N° 2, 2008, pp. 159-180. ....	122
4. Recensement de la jurisprudence internationale relative à l'environnement .....	133
<b>Bibliographie</b> .....	<b>151</b>
Ouvrages .....	151
Articles .....	154
Autres .....	172