HAL
open science

Richesses et misères des océans : Conservation, Ressources et Frontières

Patrick Chaumette, Gaëtan Balan, Serge Beslier, Carole Billet, Chahira Boutayeb, Georgios Chrysochou, Dimitrios Dalaklis, Danilo Vicente Garcia Caceres, Peter Langlais, Vytautas Lukas, et al.

To cite this version:

Patrick Chaumette, Gaëtan Balan, Serge Beslier, Carole Billet, Chahira Boutayeb, et al.. Richesses et misères des océans : Conservation, Ressources et Frontières. Programme ERC Human Sea. GOMILEX, 4ème, pp.1-428, 2018, Patrick Chaumette, 978-84-17279-02-8. hal-01984841

HAL Id: hal-01984841

https://hal.science/hal-01984841

Submitted on 17 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Patrick Chaumette
(Coordinator)

Wealth and miseries of the oceans: Conservation, Resources and Borders

Richesses et misères des océans : Conservation, Ressources et Frontières

Université de Nantes
Gomylex

WEALTH AND MISERIES OF THE OCEANS: CONSERVATION, RESOURCES AND BORDERS

RICHESSES ET MISÈRES DES OCÉANS : CONSERVATION, RESSOURCES ET FRONTIÈRES

2018

Inicio libro 4.pmd 5 04/06/2018, 20:19

The work leading to this invention has received funding from the European Research Council under the European Union's Seventh Framework Programme (FP7/2007/2013) / ERC Grant agreement No. 340770

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical or phtocopying, recording or otherwise without the prior permision of the University of Nantes.

First edition: June 2018

Copyright University of Nantes - CDMO
Property of the University of Nantes (CDMO)
Book cover by: MEDIAPILOTE, Ludovic DUFOUR, Creative Director
Depósito legal nº: BI-1056/2018
ISBN: 978-84-17279-02-8

Gomylex s.l.
Ledesma n. 22. - 48001 - Bilbao (Spain)
Tel: +34 944.240.671
Fax: +34 944.245.897
e-mail: editorial@gomylex.com
web: http://www.gomylex.com

Printed by Printhaus (Spain)

Coordinator

Patrick Chaumette

Authors

Gaëtan Balan

Serge Beslier

Carole Billet

Chahira Boutayeb

Patrick Chaumette

Georgios Chrysochou

Dimitrios Dalaklis

Danilo García-Cáceres

Peter Langlais

Vytautas Lukas

Ysaac Chavely Mbile Nguema

Federica Musso

Loïc Peyen

Racha Sallemi

Béatrice Schütte

Kristoffer Svendsen

Florian Thomas

Raphael Vianna

Pierre Volondat

Inicio libro 4.pmd 7 04/06/2018, 20:19

TABLE OF CONTENTS

Generalities, Patrick Chaumette, Professor, Center of Maritime and Oceanic Law (CDMO), Principal Investigator of European Programme ERC No. 370440, Human Sea, University of Nantes, France 13

Protection of the marine environment

CHAPTER 1 - *Sanctuariser pour préserver : les aires marines protégées en Tunisie face à une gouvernance environnementale fragmentée*, Racha Sallemi, Géographe, Chercheuse associée à l'UMR 208 PALOC – Muséum National d'Histoire Naturelle (IRD/MNHN), Paris, Maître-assistante à l'Université de la Manouba, Tunisie 57

CHAPTER 2 - *Le cadre juridique international de la protection et de la conservation de l'environnement marin,* Danilo García-Cáceres, Docteur en sciences juridiques, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France, Enseignant-chercheur, Université Centrale de l'Équateur, Chercheur postdoctoral du Programme Human Sea, Université de Nantes, France 77

CHAPTER 3 - *L'efficacité de la « politique » maritime africaine dans le contexte de l'économie bleue*, Ysaac Chavely Mbile Nguema, Doctorant en Relations Internationales, IRIC, Université de Yaoundé II, Cameroun 97

CHAPTER 4 - *L'exploitation des ressources génétiques marines au-delà des juridictions : vers un nouvel horizon ?*, Loïc Peyen, Docteur en droit, Université de La Réunion, France 117

Gaz and petrol offshore

CHAPTER 5 - *Offshore Energy Exploration Activities and the Exclusive Economic Zone Regime: A Case Study of the Eastern Mediterranean Basin*, Dr. Georgios Chrysochou, Senior Lecturer, Maritime Sciences, Hellenic Naval Academy - International Law Section Head at the Hellenic Ministry of Defense (Hellenic Navy General Staff) & Dr Dimitrios Dalaklis, Associate Professor, Maritime Safety and Security, World Maritime University, Sweden 137

Inicio libro 4.pmd 9 04/06/2018, 20:19

CHAPTER 6 - *Le défi européen de sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore*, Pierre Volondat, Master 2 Droit et Sécurité des Activités Maritimes et Océaniques, Université de Nantes, France 175

CHAPTER 7 - *Le devoir de vigilance dans le réseau d'entreprises offshore*, Florian Thomas, Docteur en Droit, Centre de droit maritime et océanique (CDMO), Université de Nantes, France 203

CHAPTER 8 - *Offshore Oil Spill and Punitive Damages in Brazil*, Raphael Vianna, Lawyer in Brazil, PhD in Law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Post PhD Human Sea Programme, University of Nantes, France 233

CHAPTER 9 - *Civil Liability for Exploration and Exploitation of Offshore Oil and Gas in the Arctic: the situation in the Barents Sea*, Kristoffer Svendsen, PhD of the Arctic University of Norway, Associate Member at the Aberdeen University Centre for Energy Law, Scotland, UK. Guest researcher of the Human Sea programme, University of Nantes, France 247

CHAPTER 10 - *Exploration and Exploitation of Offshore Oil and Gas – What Future for Civil Liability in the EU?*, Béatrice Schütte, PhD degree in Law, Aarhus University, School of Business and Social Sciences, Denmark. Guest researcher of the Human Sea programme, University of Nantes, France 269

The European dimension of maritime safety and security – Legal and operational aspects of the action at sea.

Interactions between International law and European law

CHAPTER 11 - *La gouvernance des océans et la contribution de l'Union européenne à la structuration de l'ordre juridique international,* Serge Beslier, Administrateur en chef des Affaires maritimes (R). Ancien fonctionnaire de la Commission européenne 299

Inicio libro 4.pmd 10 04/06/2018, 20:19

CHAPTER 12 - *L'action en mer de l'Union européenne et la protection des droits de l'Homme*, Danilo García-Cáceres, Docteur en sciences juridiques, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France, Enseignant-chercheur, Université Centrale de l'Équateur, Chercheur postdoctoral du Programme Human Sea, Université de Nantes, France 311

CHAPTER 13 - *L'engagement militaire de l'Union européenne dans la lutte contre le trafic de migrants en mer et le rôle du Conseil de sécurité des Nations Unies,* Federica Musso, Docteur en Droit international et de l'Union européenne, Université de Macerata, Italie. Chercheuse invitée du programme Human Sea, Université de Nantes, France 325

What challenges for a new European maritime governance?

CHAPTER 14 - *L'irrésistible construction d'un espace de sécurité maritime,* Chahira Boutayeb, Maître de conférences, HDR, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France 343

CHAPTER 15 - *L'Agence européenne pour la sécurité maritime - Entre diversification des missions et renforcement des moyens : les limites de l'intégration maritime européenne*, Peter Langlais, Docteur en droit, Université Paris 2, Panthéon-Assas. Chercheur invité du programme Human Sea, Université de Nantes, France 353

CHAPTER 16 - *Frontex role in the development of European cooperation on Coast Guard Functions*, Vytautas Lukas, Head of Coast Guard Sector a.i., European Border and Coast Guard Agency (Frontex), Warsaw, Poland 381

CHAPTER 17 - *La fonction garde-côtes au sein de l'Union européenne : une mise en œuvre inter-agences*, Gaëtan Balan, Doctorant en droit du programme Human Sea, CDMO, Université de Nantes, France 393

CHAPTER 18 - *Quelles(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex*, Carole Billet, Maître de conférences, membre de l'UMR CNRS 6297 Droit et Changement Social (DCS), Université de Nantes, France 407

Inicio libro 4.pmd 11 04/06/2018, 20:19

Overview

Professor **Patrick CHAUMETTE**
Former director of the Maritime and Oceanic Law Centre
University of Nantes
Principal Investigator ERC 2013 Advanced Grant No. 340770
Human Sea – FP7
http://www.humansea.univ-nantes.fr

The European program *Human Sea* was selected by the European Research Council in August 2013. It is an Advanced Grant 2013 No. 340770 within the Seventh Framework Programme for Research and Development (or FP7). This research programme is planned over five years from 2014 till 2019.

"Making the sea more human"

The project deems that one of the roles of the law is to civilise the use of techniques. Technological developments have allowed and will allow the extension of human activities at sea. To what extent does economic activity development at sea lead to the transformation of Maritime and Oceanic Law of the Sea? The research programme held two conferences in the framework of the Scientific Days of the University of Nantes, one on June 5 and 6, 2014 called "*Piracy: From the Sea to Cyberspace"*[1]. It addressed piracy and linked work from law historians and general historians to current research being conducted by contemporary legal practitioners and geographers regarding maritime piracy off the Horn of Africa and the Gulf of Guinea. Frantz Mynard and Frédéric Davansant organised the event. The impact the risk of violence has on underwriters and legal jurisdiction was contemplated in the follow up to *Piracy* published by *Pédone et Hart* in 2012, and coordinated by Charles Norchi and Gwenaele Proutière-Maulion[2]. Piracy became part of common language to describe the precariousness of large areas, routes, and in the world of internet, cybercrimes. Internationalisation extends beyond the national framework of States and has complicated the control

1) Colloque "Piraterie : de la mer au cyberespace", 4 and 5 June 2014, http://www.msh.univ-nantes.fr/63674436/0/fiche___actualite/

2) Prof. NORCHI C. H. et PROUTIERE-MAULION Gw. (dir.), *Piracy in comparative perspectives: Problems, Strategies, Law*, Pédone – Hart, Paris/Londres, 2012, http://www.pedone.info/piracy/piracy.html

Cap 0 libro 4.pmd 13 03/07/2018, 18:29

and enforcement of activities of businesses set up in one country but operating globally. The second conference on June 11 and 12, 2015, called "*New maritime routes: Origins, evolutions and possibilities"* organised by Odile Delfour-Samama, Gwenaele Proutière-Maulion and Cédric Leboeuf, developed a multi-disciplinary approach to this multi-faceted phenomena that is as old as maritime navigation but a real challenge of the 21st century. Maritime routes evolve, disappear and are created under the influence of external circumstances, in particular those that are political, economic and technical. Routes in use are the result of how economic, geopolitical and technical data has evolved. They are created, adapted and disappear as a result of external circumstances, in particular political and economic. Oceans remain most often deserted outside these maritime routes. Regardless the origin or transformation of the routes, these new maritime routes of communication have shaken up the global economy and relations among maritime operators. The basis of the conference was to analyse the various disciplines (historical, geographical, political and legal) and provide a comprehensive overview of the causes and effects of new routes as a result of the opening of the Poles, the straits, as well as the conventional routes which are used by more than 50,000 ships of over 500 UMS Universal Measurement System). Discussions addressed risks and threats which are inherent to routes such as pollution of areas with low human presence and maritime piracy. The melting of the polar pack has opened up two new Arctic routes, one near Russia and the other in Canada. It has also created international tensions and threats to the marine environment. These developments need to be taken into account by political and operational stakeholders, even researchers, so that they may reflect on the anthropogenic pressure and ethical nature of the development of new human-based activities at sea.[3] Have oceans been invaded by the 55,000 large merchant vessels that sail its waters? It is precisely the definition of maritime routes that explains the flow of maritime traffic towards the Strait of Malacca, the Bosporus and the Channel. There is a main longitudinal axis running west-east and east-west between 55th and 30th parallel north and narrower north-south meridians, as well as a few north-east/south-east diagonals[4]. The world's merchant fleet is not spread out on the entirety of the oceans' vastness. In fact, it is concentrated on very specific routes that link the world's most important economic regions and raw material extraction sites to consumer areas. It is thus necessary to secure ports, vessels and exchanges at the international level.

---

3) DELFOUR-SAMAMA O., LEBOEUF C. and PROUTIÈRE-MAULION Gw. dir. (2016), *Nouvelles routes maritimes - Origines, évolutions et prospectives*. Éditions A. PEDONE, Paris, 2016, 269 p. http://www.pedone.info/792/NRM.html

4) FRÉMONT A. "L'espace maritime et marchand : pour une problématique", *Espace géographique*, 1996 Volume 25, Number 3, pp. 203-213. http://www.persee.fr/doc/spgeo_0046-2497_1996_num_25_3_985 - FRÉMONT A., "Les routes maritimes : nouvel enjeu des relations internationales ?" *Revue internationale et stratégique*, 2008/1, n°69, pp. 17-30 - GRATALOUP Chr., *Géohistoire de la mondialisation - Le temps long du monde*, U Géographie, A. Colin, Paris, 2015.

Cap 0 libro 4.pmd 14 03/07/2018, 18:29

Seafarers: An International Labour Market in Perspective.

The first publication of the Human Sea European Programme *Seafarers: An International Labour Market in Perspectiv*e examines the developments that took place in the marine merchant sector. This sector was the first to be globalised in the second half of the 20th century because of the freedom given to vessel registration and the pacification of the oceans. This industry was mostly deregulated despite conventions adopted by the International Maritime Organisation, SOLAS and MARPOL. The sector was also experiencing significant growth in both international merchandise trade and the merchant navy[5]. 7.4 billion tons of merchandise was transported via maritime routes in 2006 in comparison to 550 million tons in 1950. Maritime transport has acted as a laboratory for globalisation since the 70's through free vessel registration. Ships could only be attached to flag States via the implementation of port state controls and the development of minimum standards of international law established by the IMO through the conventions SOLAS, MARPOL and STCW. The port state control was founded on an equal treatment principle and guides signatories of international conventions on how to ensure ships stopping over in their ports, independently of the vessel's flag, comply with the stipulations set forth by said conventions. The International Labour Organisation was involved in the implementation of the port state control via the 1976 Convention 147 on minimum merchant shipping standards. The Paris Memorandum of Understanding (MoU) was created in 1982 and provided robust guidelines and a common database available to all signatories to control ships. The 1974 STCW Convention, subsequently revised in 1995 and 2010, sets standards of training, certification and watch keeping for seafarers. The adoption of the Maritime Labour Convention in Geneva in 2006 and Convention 188 on Fishing in 2007 completes international law of this globalised sector. This means a globalised sector is no longer associated with deregulation. Now that flag States issue social certifications of vessels under the control of port States, it seems to have made the minimum international norms that much more effective. It will eventually be complemented by international negotiations being conducted by social partners in regards to remuneration.

The book considers the changes in work on board merchant ships. This is the first internationalized sector, due to open registry shipping, search of a skilled and competitive labour force. The 2006 ILO Maritime Labour Convention takes a universal dimension and renews the framework of this sector, including a social certification. Control of ships by the port state contributes to the effectiveness of international standards, and their regionalization. The European social law seeks to integrate the international dimension of this sector, to build a harmonized regional market and to treat shipping companies as any other company. The control of manning companies

5) CHAUMETTE P. (dir.), *Seafarers: An International Labour Market in Perspective - Gens de Mer : un Marché International du Travail,* Gomylex Editorial, Bilbao, 2016, 428 p.

Cap 0 libro 4.pmd 15 03/07/2018, 18:29

and the link of seafarers to a social protection system are two particularly complex projects, which might lead to unfair competition.

"From a wider international law perspective, the (Maritime Labour) Convention is of interest because it is one of the growing cadre of conventions that are responding to the search for 'effectiveness of international law' and reaches beyond the 'face' the State sovereignty to directly affect the behaviour of private actors. Even more unusually, The MLC, 2006 contains provisions that seek to apply its requirements to non-ratifying States? IN that sense it can be described as a convention that is 'universal' in its reach".[6] "Does this Convention and the way in which it was developed present model of workable process whereby international conventional law can be designed to be (more) effective and, in particular, in such a way as to affect the behaviour of non-State actors directly, while at the same time operating primarily at the level of State responsibility?"[7].

Research regarding seafarers was continued during a conference organised by Olga Fotinopoulou Basurko on September 13, 2016 in Bilbao within the framework of Maritime Work Watch, Sea Workers' Labour and Social Conditions International Research Network—*Studying Today's challenges and Future Amendments to the Maritime Labour Convention*. It focused on research stemming from the fishing industry and actions of the International Transport Federation (ITF) and port workers[8]. A follow-up working session will be held in Nantes on June 15 and 16, 2017.

Maritime Areas: Control and Prevention of Illegal Traffics at Sea.

The second publication of the Human Sea European Programme stems from the conference held in Nantes on October 5 and 6, 2015, titled *Maritime Areas: Control and Prevention of Illegal Traffics at Sea*[9]. The Montego Bay Convention also stipulated the creation of Exclusive Economic Zones (EEZ) to regulate fishing and protect fishery resources from excessive appropriation of marine spaces by coastal States. However, the Law of the Sea still focuses on vessels and does not include new sea-going vessels and the workers that man them[10]. Furthermore, high-sea jurisdiction is not clear because vessel registration has allowed some flag States to be complacent.

---

6) McCONNELL M.L., DEVLIN D. & DOUMBIA-HENRY Cl., *The Maritime Labour Convention, 2006 – A Legal Primer to an Emerging International Regime*, Martinus Nijhoff Publ., 2011, pp. 32-33.

7) McCONNELL M.L., DEVLIN D. & DOUMBIA-HENRY Cl., p. 569.

8) http://www.maritimeworkwatch.eu/es/que-es-mww

9) CHAUMETTE P. (dir.), *Maritime areas: control and prevention of illegal traffics at sea - Espaces marins : Surveillance et prévention des trafics illicites en mer,* Gomylex Editorial, Bilbao, 2016, 316 p.

10) MIRIBEL S., "Qu'est-ce qu'un navire ?", in *Mélanges en l'honneur de Christian SCAPEL,* C. BLOCH dir., PUAM, Aix-en-Provence, 2013, pp. 279-288.

Cap 0 libro 4.pmd 16 03/07/2018, 18:29

The link between a vessel and its flag State is more or less lax[11]. Internationally wrongful acts imputable to a ship do not make flag States liable in any way. At most, flag States are to respond "without delay" to requests made by States regarding ship registration. In the Saiga case, the International Tribunal for the Law of the Sea simply accepted Saint Vincent's claim without verifying the facts, even though the registration certificate had not been renewed when the ship had been seized by Guinea when caught illegally fishing[12]. The development of illegal activities at sea tests the competences of States and their cooperation at regional levels.

In addition to combating arms trafficking, combating human trafficking is another example of illegal activities at sea. The abolitionist movement sought to bring an end to human trafficking. In 1784, Necker believed that only international efforts would bring an end to human trafficking. England abolished human trafficking in 1807 and slavery in 1833. It took advantage of the Napoleonic Wars to seize enemy slave ships along the coast of Africa and monitor neutral ships under the pretext that it was fighting contraband of war[13]. A military court was set up in Sierra Leone to try the offenders[14]. England forced Portugal to end its slave trade with Africa in 1810, and then South America. At the 1815 Vienna Congress, the world powers signed a declaration to end the slave trade without any other actions. From 1816 to 1841, the United Kingdom increased the number of bilateral conventions, stipulating reciprocal rights of access to merchant vessel by warships, the arrest of slave ships and their diversion to Sierra Leone. The right of access came to be during wartime but was extended to periods of peace to combat illegal trafficking. It limited the freedom of the seas and that of maritime trade. Portuguese slave trafficking was tolerated south of the equator between Brazil and Angola until 1830. Spain only officially abolished slave trafficking in 1845. In 1850, the *Royal N*avy bombed and sank slave ships in Brazilian ports. The Brazilian Parliament passed a prohibition law that was much more effective than that of 1831. On December 20, 1841, the main signatories of the 1815 Vienna Congress granted the British the right to combat the slave trade from the Atlantic Ocean to the Indian Ocean. In 1842, the United States of America committed to maintaining an 80-canon fleet to combat the slave trade. On September 25, 1926, the General Assembly of the

11) KAMTO M., " La nationalité des navires en droit international ", in *La Mer et son Droit – Mélanges offerts à L. LUCCHINI et à J.P. QUÉNEUDEC*, Pédone, Paris, 2003, pp. 343-373 - Sur le pavillon des organisations internationales, HINOJO ROJAS M., "La insuficiente regulación de la cuestión del pabellón en la Convención, de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 ", in SOBRINO HEREDIA J.M., dir., *La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 79-97.

12) TIDM, arrêt du 1er juillet 1999, n° 2, demande de prompte main levée. KAMTO M., préc. p. 359.

13) PÉTRÉ-GRENOUILLEAU O., *Les traites négrières – Essai d'une histoire globale*, Gallimard, Paris, 2004, p. 263 et s. - DAGET S., *La répression de la traite des Noirs au XIXème siècle*, Paris, Karthala, 1997.

14) WARD W.E.F., *The Royal Navy and the Slavers: the Suppression of the Atlantic Slave Trade*, London, Allen & Unwin, 1969.

Cap 0 libro 4.pmd 17 03/07/2018, 18:29

United Nations rejected the proposition set forth by the British to assimilate the maritime transport of slaves to an act of piracy. Governments committed to take all the necessary measures to prevent and suppress the transport of slaves on vessels sailing under their flag. An international convention, similar to that signed on June 17, 1925 regarding the international arms trade, was signed.

Marine areas give rise to various illegal activities at sea: piracy and robbery, human trafficking and illegal immigration, drug trafficking, illegal fishing. The United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982, Montego Bay, provides various legal regimes of state intervention at sea, resulting by the establishment of cooperation mechanisms. The evolution of the threat and risk monitoring techniques questions historically interstate practices and today, call upon new players and private services. The book contemplates the fight against piracy, against drug trafficking, against human trafficking, as well as against illegal fishing through the different legal regimes.

The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) adopted in Montego Bay in 1982 still allows the high sea to be associated to an idea of freedom. However, Article 87 lists the items proposed by the Institute of International Law in Lausanne in 1927 and the 1958 Geneva Convention on the high seas. It includes freedom of navigation, freedom to fly over high seas, freedom to lay submarine cables and pipelines, freedom to construct artificial islands and other installations permitted under international law and freedom of scientific research, subject to Parts VI and XIII[15]. The article is not restrictive. However, the 1972 London Convention and the 1982 Oslo Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping from Ships and Aircrafts had significantly restricted the freedom to dump waste even without Article 210 of UNCLOS. The Brussels Convention of November 29, 1969 came into effect following the Torrey Canyon oil spill off the eastern part of the Isles of Scilly on March 18, 1967. It consisted of an international convention regarding the intervention on the high seas in cases of oil pollution causalities, affirming the right of coastal States to take measures to prevent, mitigate or eliminate grave and imminent danger of pollution of the sea by oil[16]. It represented a significant departure from the exclusivity granted by the law of the flag State in the interest of the protection of the marine environment. The Protocol of 2 November 1973 extended the right of intervention on the High Seas in cases of pollution by substances other than oil. High-sea jurisdiction is not limited to a ship's registration and the law of the flag State under which it sails. States agree to maintain public order at sea in order to combat human trafficking and the transport of slaves at sea (Article 99 UNCLOS), piracy (Article 100 to 107) and illicit trafficking of narcotic

15) LUCCHINI L. & VOELCKEL M., *Droit de la mer*, t.1*, La mer et son droit – Les espaces maritimes*, Pédone, Paris, 1990, p. 267-281 – ROTHWELL D.R. & STEPHENS D., *The International Law of the Sea*, Hart, Oxford & Portland, 2010, pp. 154-158.

16) Du PONTAVICE E., *La pollution des mers par les hydrocarbures. A propos de l'affaire du Torrey Canyon*, LGDJ, Paris, 1968 - LUCCHINI L., « La pollution des mers par les hydrocarbures : les conventions de Bruxelles de novembre 1969 », JDI 1970, p. 795.

Cap 0 libro 4.pmd 18 03/07/2018, 18:29

drugs or psychotropic substances (Article 108) and unauthorized broadcasting (Article 109). Duty to render assistance to any person found at danger at sea, as stipulated in Article 98, corresponds to an active obligation of solidarity that goes beyond a moral, natural and ancient obligation. The UN Convention is conservative in regards to terrorism at sea, the subject of the Rome Convention of 10 March 1988, following the hijacking of the Italian liner *Achille Lauro* in the eastern part of the Mediterranean Sea, which is a multilateral convention for the suppression of unlawful acts against the safety of maritime navigation and protocol for the suppression of unlawful acts against the safety of fixed platforms located on the continental shelf.

If the principle of the law of flag State is the expression at high sea of the sovereignty of States, there can be exceptions to this principle in the event of sufficiently serious infractions and threats[17]. Professor Djamchid MOMTAZ believes the legal framework relating to the prevention and suppression of unlawful acts on the high seas is inefficient because of the tension between global and zonal governance. Global governance strives to fill the gap between an integrated global economy and the continued fragmented world order. In terms of prevention, States are reluctant to allow their ships to be inspected on the high seas and even more reluctant to allow other States to intervene in their territorial waters. In terms of suppression, existing suppression powers and the reluctance of States to exercise their powers weakens global governance[18]. Therefore, only national frameworks and interstate cooperation are in place.

Human Sea–Marisk - Economic challenges and new maritime risk management: What is blue growth?

There are lawful activities being carried out at sea that require security and safety measures. The third publication of the Human Sea European Programme stems from another international conference on October 3 and 4, 2016 in conjunction with the 5th International MARISK conference. The objective of the conference was to consider the risks associated to sea-based renewable energies, oil and gas rigs and large vessels. The MARISK conferences were organized by the ENSM (the National Maritime and Naval College of France), which now encompasses the following institutions: École Nationale de la Marine Marchande, École nationale de la Sécurité et de l'Administration de la Mer (ENSAM), École des Affaires Maritimes and the Port of Nantes Saint-Nazaire. Our colleague, Professor Jean-Pierre Beurier, an expert in

17) BEURIER J.P., *Droits Maritimes*, Dalloz Action, Paris, 2006, 1ère éd., n° 115.21, 3ème éd., 2014, n° 115.21 à 115.27.

18) MOMTAZ D., "Tension entre gouvernance globale et gouvernance zonale dans la prévention et la répression des actes illicites en mer", in SOBRINO HEREDIA J.M., dir., *La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 441-453.

Cap 0 libro 4.pmd 19 03/07/2018, 18:29

the law of the sea and environmental law, was the chair of the scientific committee. It took place in 2005, after the ISPS (International Ship and Port Facility Security) Code went into effect as part of the SOLAS Convention, and subsequently in 2007, 2009 and 2012. Following further research, the final conference of the Human Sea European programme shall take place in Nantes in October 15 and 16, 2018 and it will provide an overview of the evolution of the law of the sea and of maritime law by examining tensions among technological and economic developments and the measures needed to ensure the protection of the marine environment.

Humankind will need to overcome the following challenges in order to achieve Blue Growth: the exploitation of new sea-based energies, further and further and deeper and deeper drilling sites, as well as larger and larger vessels. New economic opportunities are ready to be seized but are not exempt of new risks affecting security, safety and the marine environment. These new challenges are at the core of the Human Sea-Marisk discussions. This event brings together international experts to discuss the latest scientific and technological developments in the port and maritime sector. The maritime, ship and port industry must impose restrictions to protect the environment but it must also be protected against malicious and violent attacks. Security issues are not new but those related to safety are. Players can include public, private and international organisations; States and their administrations; regional organisations; port authorities; economic players; port and port facility management firms; insurance companies; classification societies; security experts and advisers. The participation of these players is usually complementary and non-competitive, but this conciliation should nonetheless be thought through and organised[19].

Protection of the marine environment

The biosphere is the only place in the universe where life is possible, at least based on our current knowledge. However, it is threatened by human activities. The biosphere has seen its main elements destroyed, altered and threatened; what's more is that its fundamental balances are at risk of forever being altered. Since the 1960s, humankind has become aware of these dangers and it is only normal that this awareness manifest itself at the international level. Furthermore, international law reacted by enacting several types of regulations. These include conventional regulations, non-binding instruments such as customary norms issued from either the repetition of analogue clauses in treaties or comparable provisions in national legislations[20]. As a result, we can, today, discuss not only the international protection of the environment by law but

19) CHAUMETTE P. (dir.), *Economic challenge and new maritime risks management: What blue growth? - Challenge économique et maîtrise des nouveaux risques maritimes : Quelle croissance bleue ?*", Gomylex Ed., Bilbao, 2017, 480p.

20) BEURIER J.P., *Droit international de l'environnement*, Ed. A. Pédone, Paris, 5ème éd., 2017.

Cap 0 libro 4.pmd 20 03/07/2018, 18:29

also of the rights of the environment, progressively recognized as a basic human right[21].

The Earth is first a blue planet, even if humans cannot live in or on water long term[22]. Oceans play a major role in climatic balances, fish resources and international trade. Offshore gas and oil operations gained momentum because of innovative techniques. The future is without a doubt rooted in renewable marine energy, generated by wind and oceans. Ocean floors house optical cables placed by information and mass communication firms. Humans are more and more found living on coasts and developing various types of commercial activities. Conflicts over marine area use near land have led to such specialized areas such as sea activity planning. The protection of the marine environment is vital to the survival of humankind. Earth fills its oceans. There are currently five plastic continents occupying the Pacific Ocean, known as the "The Great Pacific Garbage Patch", a gyre of marine debris particles in the North Pacific Ocean. The patch is made up of almost a million plastic fragments by km^2 and poses a significant poisonous hazard. The peaceful use of oceans is necessary to the development of maritime activities. Despite the return of violence and piracy at sea, maritime and navel tensions are generally managed peacefully. It is necessary to understand these issues and the range of topics before plunging into further research, innovation, onshore and offshore activities, and maritime activity regulation.

The Earth is round. The Earth is blue. Oceans are made up of salt and rain water. They cover 71% of the Earth's surface. That represents 361 million km^2 and 1.33 billion m^3 of water. Oceans also play a vital role in climatic balance. They absorb two-thirds of the CO_2 produced in the world, which in turn protects the ozone layer and makes Earth liveable. It cools temperatures thanks to condensation which produces rain that falls onto soil; it fills rivers; it ensures land is arable, and rain water ultimately returns to the oceans, ideally not polluted. Both salt and fresh water are essential to life. Life was first born in the oceans and then in the air thanks to the oxygen it contains during the Ice Age. Life then moved on to land approximately 360 million years ago. The first primates are estimated to have lived 55 million years ago. Oceans cannot be inhabited by humans and can be compared to a desert of salt water. This cycle is much more complex than just distinguishing land from sea when describing climate oscillations. Over 5 million years ago, the two American sub-continents joined together and separated the Pacific Ocean from the Atlantic Ocean. It led to the Gulf Stream

21) KISS A., "Environnement, Doit international, Droits fondamentaux", Cahiers du Conseil constitutionnel n°15 (Dossier : Constitution et environnement) - janvier 2004 http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/environnement-droit-international-droits-fondamentaux.52001.html - DÉJEANT-PONS M. et PALLEMAERTS M., Droits de l'homme et environnement, *Conseil de l'Europe, 2002.*

22) EUZEN A., GAILL F., LACROIX D. & CURY, PH., *L'océan à découvert*, CNRS Editions, Paris, 2017, 321 p.

Cap 0 libro 4.pmd 21 03/07/2018, 18:29

forming in the Atlantic Ocean and the Kuroshio Current in the Pacific Ocean (found between China and Japan). These currents comprised of warmer and colder water are essential to aquatic fauna, fishery resources and maritime navigation[23].

The recognition of environmental protection as a fundamental right has its origins in the Declaration adopted by the Stockholm Conference on the Human Environment in June 1972. The first principle of the declaration states:

> "Man has a fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations […]."

The content of this principle leads one to believe there is a very strong relationship between the environment and fundamental rights. Terms such as freedom, equality and dignity reflect political and civil law while terms such as adequate conditions of life and well-being reflect economic, social and cultural law.

The first time this right was articulated in an international treaty was in the African Charter of Human and Peoples Rights adopted in 1981. Article 24 states:

> "All people shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development."

Article 11 in the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, adopted in San Salvador on 17 November, 1988 provides further details. It sets forth the following:

> Article 11 - Right to a Healthy Environment:
>
> 1. Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services.
>
> 2. The States Parties shall promote the protection, preservation and improvement of the environment.

Two other international conventions stipulate State Parties have the obligation of protecting the environment, at least in certain respects. The first, Article 24 in the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 stipulates State Parties "[…] to combat disease […], taking into consideration the dangers and risks of environmental pollution". The second, Article 4 in Convention 169 of the International Labour Organization on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries

---

23) ABATE R. S. (dir.), *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law – US and International Perspectives*, Oxford University Press, 2015. ANDREONE G., CALIGURI A. & CATALDI G., *Droit de la mer et émergences environnementales – Law of the Sea and Environmental Emergencies*, Cahiers de l'Association Internationale du Droit de la Mer – Papers of the International Association of the Law of the Sea, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

Cap 0 libro 4.pmd 22 03/07/2018, 18:29

prompts governments to adopt special measures to safeguard the environment of the peoples concerned.

These two aspects of environmental law, human rights and the government's responsibility are either found stipulated jointly or separately in over a hundred national constitutions. It has been questioned if these two provisions are, in fact, not two sides of the same coin, but rather two fundamentally different provisions. The stakes are high—the right to the environment, as a human right, could be interpreted as nothing more than the direct protection of individuals against the deterioration of their environment and neglecting the protection of biological and landscape variety. Allocating responsibility to governments in this area could cover environment as a whole.

The right to the environment has also sparked other debates which could impact the evolution of this subject matter. Three trends emerged consecutively. The first, the oldest and the most generally accepted, is a procedural concept of the human right to the environment. The second seeks to insert environmental concerns in rights already protected by international instruments. The third, still in the trial and error phase, seeks to claim substantive rights that could be linked to environmental protection.

In numerous discussions where the question of if the right to the environment could be recognized as aright attributed to all individuals just like other fundamental rights, the main argument was that the environment could not be defined with sufficient precision and as such, its implementation in judicial proceedings would face substantial difficulties. The response to the first objective can be partly found in various constitutional texts that stipulate this right. It is clear that the term "environment" must be defined, and when necessary, with additional qualifiers. The latter can more or less be developed on humankind and its needs. An interesting position is that of the Peruvian Constitution of 12 July 1979 where Article 123 stipulates that all individuals "have the right to live in a healthy environment, ecologically balanced and appropriate to the development of life and the preservation of the landscape and nature". However, there does not exist a wording that is generally accepted in international law, even if the shared interest of humankind is mentioned in various treaties[24]. The international convention, adopted by the United Nations Economic Commission for Europe regarding information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters on 25 June 1998 in Aarhus (Denmark) codified and complete the regulations herein stated.

Human rights, as a whole, are proclaimed and their respect is guaranteed by a series of international conventions that are either universal or regional. Two of the most recent instruments, mentioned above, contain clauses that explicitly target the

24) BEURIER J.P., préc. n° 10, p. 29, et n° 303-321, pp. 171-179.

Cap 0 libro 4.pmd 23 03/07/2018, 18:29

protection of the right to the environment. Older instruments guarantee rights may be invoked in this respect, especially when there are institutions designated to enforcing said rights.

At the United Nations level, the Human Rights Commission, established under the International Covenant on Civil and Political Rights, can receive communications that allow them to defend guaranteed rights. Matters related to the protection of the environment brought before this institution, thus invoked provisions established by the Covenant regarding the right to life and the protection of minorities (Covenant, Article 4 and 27). The right to health, guaranteed by Article 12 in the United Nations Covenant on the Economic, Social and Cultural Rights, has often been evoked as being able to support claims regarding the protection of the environment. However, only the reports issued by the United Nations Human Rights Commission make any such references. The recognition of Human Rights at sea has made substantial progress as a result of the combat against piracy off Somalia[25].

At the European level, Article 8 (the right to respect for private and family life) and Article 10 (freedom of expression), stipulated in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; and Article 1 of its First Protocol (property protection) are the main articles that have been subject to appeals regarding environmental matters before the European Court of Human Rights[26].

Following the commitments announced by the President of the Fifth Republic of France during the 2002 presidential campaign to integrate the environment into the Constitution, a commission, steered by the Professor Yves Coppens, began working on an Environmental Charter between 2002 and 2003. The Charter was the subject of several consultations and it resulted in a constitutional bill tabled in the National Assembly on 27 June 2003. The bill was included in the preamble of the French Constitution and stipulates the rights and duties defined in the 2003 Environmental Charter, and based on the historical dismissals of the 1789 Declaration and the 1846 Preamble.

---

25) PAPANICOLOPULU I., "International Judges and the Protection of Human Rights at Sea", in *International Courts and the Dévelopment of International Law – Essays in Honour of Tulio Treves,* BOSCHIERO N. et al., Springer, 2013, pp. 535-544 - MONTAS A. , "La lutte contre la criminalité en mer à l'épreuve de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", chap. 14, in *La criminalité en mer - Crimes at sea*, K. N. TRAPP et E. PAPASTAVRIDIS (dir.), Académie de Droit international de La Haye – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2014 – "Les migrants maritimes devant la Cour européenne des droits de l'Homme", *Maritime areas: Control and prevention of illegal traffics at sea - Espaces maritimes : Surveillance et prévention des trafics illicites en mer*, CHAUMETTE P. (dir.), Gomylex, Bilbao, 2016, pp.151-160.

26) MARTIN J.-Chr. & MALJEAN-DUBOIS S., « La Cour européenne des Droits de l'Homme et le droit à un environnement sain », Séminaire UNITAR/ENM Prévention des risques et responsabilité pénale en matière de dommage environnemental : une approche internationale, européenne et nationale, 22 octobre 2008 (publié sur le site de l'UNITAR en 2011 : http://stream.unitar.org/ilp/pdf.html).
https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00734256/document

Cap 0 libro 4.pmd 24 03/07/2018, 18:29

The Environmental Charter is comprised of 10 articles and Article 1 proclaims "the right of everyone, individually or in association with others, to enjoy a healthy and ecologically balanced environment[27]".

Human activities at sea have significant adverse effects on the marine environment, rich in biodiversity but fragile. In particular, the ocean is the spillway for all human waste generated on land such as plastic and heavy metals. The five continents of plastic identified at sea, notably the "The Great Pacific Garbage Patch", made up of almost a million of plastic pieces per km^2, is hazardous, but it is not the result of human activity at sea. It rather derives from onshore discharges released by rivers[28]. Part XII in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, also called the Montego Bay Convention, addresses the protection and preservation of the marine environment. It stipulates States shall develop, individually or jointly as appropriate, integrated sustainable development management policies aimed at protecting the marine environment[29].

The 1972 United Nation Conference in Stockholm was followed by further efforts to implement a global approach. Regional conventions were developed to target specific ecosystems and taking into account region-specific hazards, allowing riparian states to impose a binding framework. There isn't one ocean but diversified seas. The Helsinki Convention on the Protection of the Baltic Sea Area of 22 March 1974 initiated this regional approach. When revised on 9 April 1992, the precautionary principle and the "polluter pays" principle were introduced. The 1992 OSPAR Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East East Atlantic established the OSPAR Commission. Since 2010, the Convention has adopted protection measures aimed at high sea biodiversity and marine areas (Mont Milne). The Barcelona Convention of 16 February 1995 for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean, a semi-closed sea, was amended on 10

---

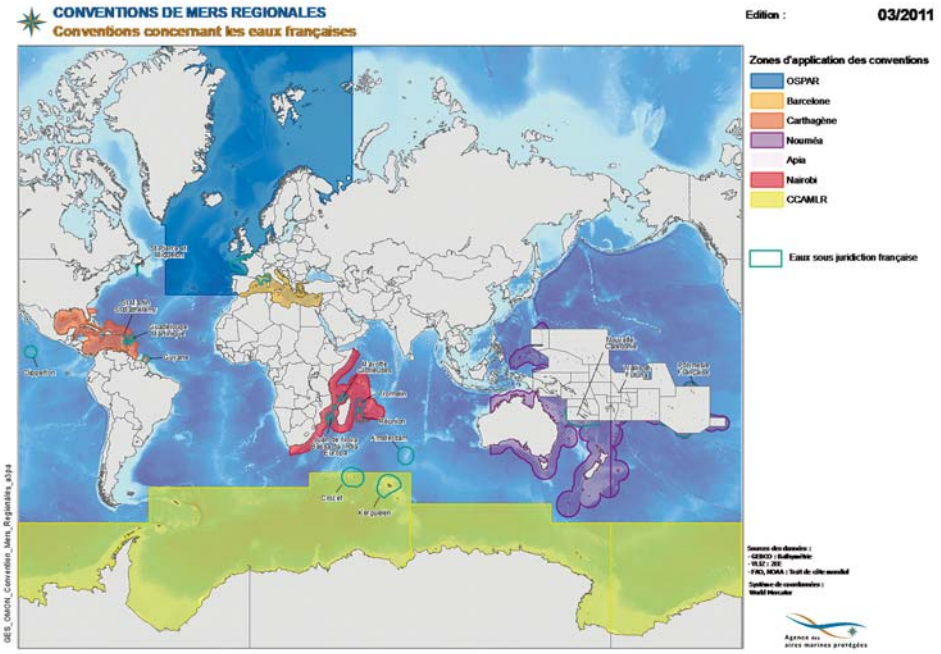
27) MATHIEU B., "Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement", Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (Dossier : Constitution et environnement) - janvier 2004 - http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/observations-sur-la-portee-normative-de-la-charte-de-l-environnement.52000.html - "Juin 2014 : La Charte de l'environnement de 2004", http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juin-2014-la-charte-de-l-environnement-de-2004.141685.html
L'arrêt d'Assemblée du 3 octobre 2008 constitue la première décision du Conseil d'Etat annulant un décret pour méconnaissance de la Charte de l'environnement de 2004. http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiques/Le-Conseil-d-Etat-consacre-la-valeur-constitutionnelle-de-la-charte-de-l-environnement

28) Sur la diversité des pollutions marines, BEURIER J.P., préc. n° 371-375, pp. 211-213.

29) GAUTIER Ph., "Les vertus pratiques des obligations générales relatives à l'environnement dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer", in *International Courts and the Dévelopment of International Law – Essays in Honour of Tulio Treves,* BOSCHIERO N. et al., Springer, 2013, pp. 365-382; Nilufer ORAL, "Implementing Part XII of the UN Law of the Sea Convention and the Role of International Courts, pp. 403-423 ; PINESCHI L., "The Duty of Environmental Impact Assement in the First ITLOS Chamber's Advisory Opinion: Toward th Supremacy of the Général Rule to Protect and Preserve the Marine Environment as a Commun Value?", pp. 425-439.

Cap 0 libro 4.pmd 25 03/07/2018, 18:29

June 1995. The Convention and its protocols constitute a system that other regional conventions strive to implement, strongly backed by the United Nations Environment Program. There are now 12 international regional conventions that cover the Persian Gulf, the Red Sea, the Aden Golf, western and central Africa, the Caribbean, the South-east Pacific Ocean, Eastern Africa, the North-west Pacific, the North-east Pacific, South Pacific, eastern Asia and the Black Sea[30].



Baltic Sea (Helsinki Convention, 22 March 1974/1992)
Mediterranean (Barcelona Convention, 16 February 1976/1995)
North East Atlantic (OSPAR 1992/2010)
Caribbean (Cartagena Convention, Colombia, 24 March 1983)
South Pacific (Noumea Convention, 24 November 1986
and Apia Convention, New Zealand, 12 June 1976)
East Africa (Nairobi Convention, June 21, 1985)
Antarctica (CCAMLR Convention of Canberra, Australia, 20 May 1980)

The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea more particularly developed the rights and the responsibilities of coastal States. It includes expanding the area of waters under their sovereignty (Article 21) and the creation of the Exclusive Economic Zone under their jurisdiction (Article 56).

30) Sur les conventions régionales de protection de l'environnement marin, v. BEURIER J.P., préc. n° 422- 455, pp. 239-256. BEURIER J.P. (dir.), *Droits Maritimes*, Dalloz Action, Paris, 3ème éd., 2014, spécialement, Livre 8 La protection de l'environnement marin, p. 1121 et s.

Cap 0 libro 4.pmd 26 03/07/2018, 18:29

The additional protocol of the 1976 Barcelona Convention, signed in Geneva on 3 April 1982 addresses specially protected areas in the Mediterranean. Areas located in zones under riparian State sovereignty, the Parties to this protocol shall maintain and/or restore animal and plant to satisfactory levels in areas of scientific, historic or cultural interest; adopt comparable regulations in terms of navigation, operation and environmental protection. It is necessary to further develop scientific research so as to gain a better understanding of the marine environment, and increase public information and cooperation among riparian States. Scientific monitoring of specially protected areas was made mandatory. This Protocol was replaced by the 10 June 1995 Protocol which governs protected marine areas in coastal and high sea waters, and wetlands[31]. When an area has a particular value, States can create "Specially Protected Areas of Mediterranean Importance (SPAMI)[32].

The notion of protected marine areas was generalized by the Convention on Biological Diversity (CDB), an international treaty adopted during the Earth Summit in Rio de Janeiro in 1992. It has three main objectives including: the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components, and the fair and equitable sharing of benefits arising from genetic resources. The convention recommends the adoption of specific measures to protect specially threatened coastal and marine areas—this is what most regional conventions on marine environment protection advocate for in the creation of such protection areas. Marine Protected Areas (MPA) are areas at sea that have been defined in order to achieve the long term conservation of nature. The Environmental Code of France recognizes fifteen (15) types of Marine Protected Areas[33]. New categories can be recognized by ministerial decree. Most Marine Protected Areas allow reconciling protection measures and sustainable development of activities. Governance methods involve users, elected officials and experts in the

31) BEURIER J.P. (dir.), *Droits Maritimes*, Dalloz Action, Paris, 3ème éd., 2014, spécialement n° 813.45, p. 1152.

32) SCOVAZZI, "Marine specially protected areas and present International Law of the Sea", in *Nouvelles technologies et droit de l'environnement marin*, Kluwer Law, 2000, p. 179 ; "Le protocole Méditerranée sur les aires spécialement protégées", *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, université de Nantes, t. XXI, 2003, p. 350 et s.

33) Au titre du code de l'environnement (article L. 334-1), la France dispose de neuf catégories d'aires marines protégées, qui répondent chacune à des objectifs propres tout en étant complémentaires. Il s'agit : des parcs nationaux, des parcs naturels régionaux, des réserves naturelles, des aires de protection de biotope, des sites Natura 2000, ayant une partie maritime, des parties du domaine public maritime confiées au Conservatoire du littoral, des parcs naturels marins, des zones de conservation halieutiques, des réserves nationales de chasse et de faune sauvage ayant une partie maritime.
C'est ainsi une diversité de concepts et régimes, très large à laquelle il faut ajouter des AMP « internationales » telles que : les réserves de biosphère (UNESCO), les Biens inscrits sur la liste du Patrimoine mondial, (UNESCO), les zones humide d'importance internationale (convention RAmsar), les aires spécialement protégées du traité de l'Antarctique, les zones marines protégées de la convention Oslo-Paris (convention OSPAR), les aires spécialement protégées d'importance méditerranéenne (convention de Barcelone), les aires spécialement protégées de la convention de Carthagène (exemple : sanctuaire Agoa), les zones marines protégées de la convention de Nairobi.

Cap 0 libro 4.pmd 27 03/07/2018, 18:29

management of a classified marine area. The French Biodiversity Agency supports MPA mangers. It is manages or co-manages certain MAPs such as natural marine parks, Natura 2000 areas, the specially protected area Agoa in the French Antilles for the protection of marine mammals as per the declaration put forward by France in 2010, and recognized by the 2012 Specially Protected Areas and Wildlife protocol and the Cartagena Protocol on specially protected areas and species, to protect the natural reserve of Belle Henriette (Vendée) between Tranche-sur-mer and Faute-sur-Mer, and the natural reserve of Iroise dans le Finistère.

Marine protected areas need to be seen as sustainable marine and coastal environment management tools. By involving all actors, these defined areas were created to achieve the long term conservation of nature, inclusive of structured economic development. As a result, management measures were defined and implemented. If the protection of species or habitats listed in documents is common to all MPAs, they each pursue a specific objective. The size of marine protected areas depends on why it was first created. The mode of governance, especially who is selected as a stakeholder in the decision-taking process, is based on the local content of the project[34].

In this publication, **Racha SALLEMI**, geographer at the University of Manouba (Tunisia), associate at the National Museum of Natural History in Paris, wishes to "Sanctuarise to preserve" and analyses "the scope of marine protected areas with regard to fragmented environmental governance".

Sanctuarist logics translating the installation of more or less complete restrictions of the access to natural resources were for a long time dominated the vision of the experts charged with politics of protection and of conservation of coastal and marine ecosystems. Also, let us meet in this context relations sometimes tightened between ecology and geography. It is to note in this respect that ecology and geography strive towards two opposite intellectual poles, the one "pessimistic and biocentristic", other "optimistic and anthropocentric" and therefore the thick relations between these two disciplines explain the weakness of the contributions of the advances of ecosystemic ecology at the level of geography. If this disciplinary divergence into the context of the institutional taking care of coastal region and of marine areas is then transposed, they find that then a surprisingly similar diagram with on the one hand the management of biodiversity which remains the prerogative of almost exclusively protectionist institutions. Across, they find "the development of coastal region", which as development policy of States, jostles positions "sanctuaristes" and procreates controversial relations between two politics exercised within the same State locating them so between the search of "biological order" and the fright of "social riot" that this

34) DELFOUR-SAMAMA O., « Les aires marines protégées, outil de conservation de la biodiversité en haute mer », *Neptunus*, revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 19, 2013/1 http://www.cdmo.univ-nantes.fr

Cap 0 libro 4.pmd 28 03/07/2018, 18:29

contribution tries to highlight across a theoretical analysis of the mechanisms of the environmental governance in Tunisia.

Danilo GARCIA-CACERES, Doctor of Judicial Science (S.J.D.), University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, lecturer and researcher at the Central University of Ecuador, presents and analyses "The international legal framework of marine environment protection and conservation". Analysing the protection and conservation of the marine environment entails clearly defining each of those terms. In fact, although indifferently mentioned in international instruments or during rounds of diplomatic negotiations leading the pace of geopolitical activities, the notions of environment protection and preservation are not provided with the same objectives. One leans towards an "eco-centric" or "conservationist" approach, while the other leans towards a more "preservationist" approach, "refocusing" the desired outcome of negotiations on environmental matters. In addition to the divergence in philosophy of law, one must add the political factor, namely active cooperation among Parties and the enforceability of the international or regional legal documents resulting from negotiations. This study analyses the current legal framework of marine environment protection and conservation, addressing in particular how various regional and international texts have and continue to focus on the protection, conservation and cooperation of States to achieve improved marine environmental management. The aim shall then to discuss the obligation of prevention, both the cause and effect in the evolution of international regulations.

The need to protect the marine environment and sustainable development gave rise to the evolution of the existing notions, in particular that of the Blue Economy, which results from the work of Gunter PAULI : "The Blue Economy respond to basic needs of all with what you have, introducing innovations inspired by nature, generating multiple benefits, including jobs and social capital, offering more with less"[35]. The first international congress on Blue Economy was held in Madrid in 2013 and advocated for an economy, emulating natural ecosystems to solve economic, social and ecological crisis. On the occasion of the 10th European Maritime Day in 2017, the European Commissioner for Environment, Maritime Affairs and Fisheries, Karmenu VELLA, introduced to blue growth (to the Commission), stipulated that Corporate Social Responsibility (CSR) is a key to ensure the sustainable ocean management. Unlocking the full potential of blue growth is dependent on the multiplication of efforts in favour of innovation. The seas and oceans can absolutely generate employment and fuel prosperity but only if they are healthy, safe and managed in a sustainable manner. In order to advance key maritime sectors, such as renewable energies, aquaculture, tourism and marine biotechnologies, the Commission states it is necessary to improve oceanic knowledge, planning and safety. It also states more support is needed and can be achieved by unblocking European funds and improving cooperation among countries, regions and firms. This logic supports the European Union's "Blue Growth"

35) http://www.theblueeconomy.org *The Blue Economy*. Paradigm Publishers, 2010,

Cap 0 libro 4.pmd 29 03/07/2018, 18:29

strategy, which combines economic growth and sustainable ecosystems in one coherent policy[36].

Ysaac Chavely MBILE NGUEMA, Doctor in international relations at the University of Yaoundé II – Soa (Cameroun), studies "The efficiency of the African maritime policy in regards to the Blue Economy".

The internationalization of the concept of the blue economy and its appropriation by African states have radically changed their perception of the sea. Today, the sea is considered as a pillar of sustainable economic growth and the well-being of African populations. The ambitions of developing the blue economy and building continental maritime integration expressed in the 2050 African Integrated Maritime Strategy (AIM 2050) and the Lomé charter, the foundations of what is referred to here as African maritime "policy", are a mark of this new era of the maritime history of the continent. The key to achieving the goals we see is the full commitment of African states to promote the blue economy. The purpose of this reflection is to show that the effectiveness of the African maritime "policy" depends on the degree of individual, collective and concrete commitment of African states to enhance the sea. They are then the masters of success or the causes of failure.

Loïc PEYEN, Doctor in law at the University of Reunion in France, explores the "explotation of marine genetic resources beyond jurisdictions towards a new horizon?"[37].

It appears today that few rules govern the exploitation of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction. This situation is clear both in the high seas and in the international seabed areas, where insufficiencies are important. This current state of law isn't acceptable for many reasons and highlights the need for a new legal status for these marine genetic resources.

The status quo, and therefore the uncertainty of the regime applicable to marine genetic resources on the high seas, was no longer acceptable or feasible. The common interest of these genetic resources must be recognized one way or another in order to limit potential appropriations and exclusive uses. Since 2006, Marie BOURREL and Alexandre LEBRUN have studied the legal framework of marine genetic resources on the high seas. It is necessary to establish the legal framework of marine genetic resources as soon as possible and the most precisely possible because, aside from intrinsic characteristics regarding the status of these resources, their extraction can

36) https://ec.europa.eu/maritimeaffairs/policy/blue_growth_fr Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comté Économique et Social Européen et au Comité des régions, *La croissance bleue: des possibilités de croissance durable dans les secteurs marin et maritime* /* COM/ 2012/0494 final */

37) PEYEN L., *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, Thèse Droit, université de La Réunion, sous la direction de E. NAIM-GESBERT, 30 mai 2017.

Cap 0 libro 4.pmd 30 03/07/2018, 18:29

affect areas both located within and outside national jurisdiction. This raises practical difficulties that law must address. The intervention of international law is equally motivated by the fact that the appropriation of living organisms cannot be effectively regulated at the international level, and much more since A.D.P.I.C came into effect, which constitutes the legal framework for the harmonization of industrial property rights. The harmonisation of intellectual property laws is the result of the opening of the world economy and the international development of companies. These companies prefer, for obvious reasons, to operate within a homogenous framework that allows keeping transaction costs low, in particular those related to legal disputes. If technologies are subject to patent law and more generally, intellectual property law, access to technology must be insured in terms that recognize and respect these rights adequately and effectively. It is recommended to ensure the protection of marine genetic resources and their habitats, while ensuring scientific research, exploration, preservation and sustainable use of genetic resources, and ensuring the sustainable use of these resources by industrialised countries equipped with the techniques and developing countries equipped with the resources. However, it is necessary to develop specific principles need in order to attain this objective. These principles would be complementary to the United Nations Law of the Sea Convention, adopted in Montego Bay, and the Biological Diversity Convention. The International Seabed Authority could adopt regulations regarding marine genetic resources, in addition to regulations regarding polymetallic nodules and mineral resources, should this authority be granted to them. In fact, it could adopt provisions on genetic resources of an Area and its waters, while ensuring bio-prospecting activities and genetic resource operation complies with general environment protection obligations.

Offshore platforms and exploitation of the continental shelf

Oil and gas exploration and exploitation at sea have undergone significant developments in the last decades. Almost a third of the oil and a fourth of natural gas are extracted from sub-sea reservoirs. The recent drop in the price of oil barrels has considerably slowed down investments. Firms are making efforts to cut costs. ENI began production at the Nooros field, discovered in July 2015, off the coast of Egypt. Zohr gas field will begin production in July 2017. The eastern part of the Mediterranean Sea looks promising for the development of sea-based energies. The following accidents showed how ecological risks can result in significant damages: Montara in Australia (2009), Deep Water Horizon in the U.S.A. (2010), Penglai in China (2011), Elgin in the United Kingdom (2012) and Kulluk in the U.S.A. (2012). These accidents revived the need for an international framework[38]. It also brought forth the gap in

38) ROCHETTE J., "Activités pétrolières et gazières en offshore et protection de l'environnement", in *Le contentieux extractif*, NGWANZA A. & LHUILLIER G. (dir.), ICC, Paris, Chambre de Commerce Internationale, 2015, pp. 125-136.

Cap 0 libro 4.pmd 31 03/07/2018, 18:29

international conventions that recognised oil tankers but not offshore facilities[39]. At the end of the 1970's, the International Maritime Committee (IMC) requested that the International Maritime Organisation (IMO) elaborate a draft convention regarding offshore mobile units. The draft was reviewed in 1990. In 1996, the Canadian Maritime Law Association published a discussion paper, which was revised in 2000. In 2004, the IMC working group identified that there is little support for this initiative. Several international agreements regarding regional seas take into account the risks generated by offshore activities and determine the prevention regulations[40].

Directive 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on safety of offshore oil and gas operations is the first regional approach[41]. The directive is applicable *ratione loci* to territorial sea, the Exclusive Economic Zone or the continental shelf of the Member State within the meaning of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Article 2 § 2). It does not include operations conducted in inland waters of Member States or those conducted at high seas. By way of prevention, Member States must oblige operators to ensure all the necessary measures have been adopted to prevent the occurrence of major accidents during gas and oil operations at sea. In the event of a mayor accident, Member States shall also ensure that operators take all suitable measures to limit its consequences on human health and the environment. In addition, offshore oil and gas operations are to be carried out on the basis of systematic risk management so that the residual risks of major accidents to persons, the environment and offshore installations are acceptable (Article 3). French Law No. 2015-1567 of 2 December 2015 modified its Mining Code as a result of Directive 2013/30/EU of 12 June 2013 on safety of offshore oil and gas operations and Directive 2004/35/EC. The Directive presents gaps in regards to safety measures imposed on operators, especially regarding decommissioning. It does not include European controls, which are left to Member States. It does not give any accountability to European operators with facilities in non-member States.

---

39) CAMERON P. (2012), "Liability for catastrophic risk in the oil and gas industry", *International Energy Law Review*, Volume 6, pp. 207-219 – SCOVAZZI T. (2012), "Maritime accidents with particular emphasis on liability and compensation for damage from the exploitation of mineral resources of the seabed", In de Guttry A. et al. (Eds), *International disaster response law*, Asser Press, The Hague (The Netherlands), 2012. pp. 287-320.

40) ROCHETTE J. & CHABASON L., "L'approche régionale de préservation du milieu marin : l'expérience des mers régionales", in *Regards sur la Terre 2011*, JACQUET P., PACHAURI R. & TUBIANA L., Armand Colin, Paris 2011, pp. 111-121 – ROCHETTE J., WEMAËRE M., CHABASON L. & CALLET S., *En finir avec le bleu pétrole : pour une meilleure régulation des activités pétrolières et gazières offshore*, Studies N° 01/2014. Iddri, Paris, 2014. 40p. "Seeing beyond the horizon for deepwater oil and gas: strengthening the international regulation of offshore exploration and exploitation", IDDRI, Study N°01/14, 36 p. http://www.iddri.org/Publications/Collections/Analyses/Study0114_JR%20et%20al_offshore_FR.pdf

41) THIEFFRY P., « Un régime « Seveso » pour les accidents majeurs liés aux opérations pétrolières et gazières en mer (Directive 2013/30 du 12 juin 2013, relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE) », Rev. Trimestrielle de Droit Européen, Dalloz, 2014 p. 553 et s. – CHAUMETTE P., « Opérations pétrolières et gazières en mer – Adaptation du code minier français au droit de l'Union européenne », https://humansea.hypotheses.org/405

Cap 0 libro 4.pmd 32 03/07/2018, 18:29

The French law No. 2017-1839 of 30 December 2017 put an end to research and hydrocarbon exploitation and stipulates several provisions regarding energy and the environment. Based on the general introduction of the bill, France's energy policy seeks to promote the development of renewable energies and reduce the consumption of fossil energy, including liquid and gaseous hydrocarbons, and contribute to the fight against climate change to keep global warming below 1.5/2°C. This policy also aims to ensure energy supply security and competitive energy prices. In order to achieve these objectives, the bulk of already-identified world hydrocarbons will need to remain underground. Today's exploration will only lead to the production of hydrocarbons in fifteen to twenty years. Therefore, a proactive energy policy, which has been in place for several years, and aims to remain in effect, will lead to a significant reduction of hydrocarbons in our energy mix by 2040-2050. Moreover, when the currently exploited deposits are depleted (decline from 5 to 10% per year[42]) and no new exploration permits are issued, it will lead to a progressive extinction of the national production of residual hydrocarbons. It is already at very low levels, representing less than 1% of our consumption. Efforts supporting energy transition also strive to reduce national production at a faster pace than the natural decline of deposits, while continuing to develop renewable energies and significantly lower fossil fuel consumption.

In this respect, it is not advisable to continue hydrocarbon exploration to discover more reserves in the decades to come. This is why it was decided to no longer issue new hydrocarbon exploration permits on national territory.

In doing so, this law constitutes a very important action, both in its adoption but also because of its exemplary scope and impetus to fight climate change—a key element in protecting the environment, human and biodiversity health, and environmental protection, as per stipulated in the Environmental Charter adopted in 2005. Global warming affects all areas of the world. Ice melts, rising sea levels, changes in precipitation patterns, more frequent extreme weather conditions impact the environment (e.g. droughts and flooding) which in turn impacts agriculture, human health and wildlife[43].

Chapter I and Chapter VII of the Law brings into force Axe 9 of the Government's Climate Plan, adopted on 6 July 2017, to leave hydrocarbons in the ground. Chapters II to V of the bill include the following provisions that aim at better protecting energy consumers:

- It authorises the government to legislate by decree provisions regarding the security of natural gas supply to French consumers, and in particular, the

42) Source : projections de production après analyse des données fournies par les opérateurs, Direction générale de l'énergie et du climat, Ministère de la Transition Ecologique et de l'Energie.

43) Les Conséquences du réchauffement climatique, site de la Commission Européenne : https://ec.europa.eu/clima/change/consequences_fr

Cap 0 libro 4.pmd 33 03/07/2018, 18:29

adoption of regulations on underground gas storage infrastructures to ensure the availability of gas during the winter season, while controlling the cost of said security for consumers.

- It defines the Energy Regulatory Commission's jurisdiction in terms of client management service remuneration collected by energy providers on behalf of distribution network managers so that this remuneration is transparently set by all suppliers and does not engage any additional costs for consumers.
- It ensures the transposition of provisions of the European Director (EU) 2015/1513 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015, amending Directive 98/70/ED relating to the quality of petrol and diesel fuels and amending Directive 2009/28/EC on the promotion of the use of energy from renewable sources which falls under the Law, and which ensures the quality of biofuels; the reduction of its carbon footprint and the adoption of sustainability criteria.

In summary, the new law is applicable to all areas that fall under the jurisdiction of the Republic of France (both on land and sea) and subject to recognized laws and powers, devolved to oversea communities by applicable regimes:

- It is applicable to oversea departments including: Saint-Pierre and Miquelon; the territory of Wallis and Futuna Islands; the French Southern and Antarctic Lands (as stipulated in Article 8); and uniquely on land in Saint Barthelemy and Saint Martin
- It is not applicable to either New Caledonia or French Polynesia, both on land and sea.

The Law of 13 December 2000 on oversea departments stipulates the transfer of specific mining powers at sea to oversea regions. Its implementation requires a decree which is currently being drafted (the government's draft decree was reviewed by the Council of State's Department of Public Works in 2017). The document, once published, will not question the adoption of this bill, once in effect.

Given the geological characteristics of oversea territory subsurfaces and the potential of hydrocarbons at sea, territories impacted by the bill include Guyana, Saint-Pierre-et-Miquelon and the Scattered Islands in the Mozambique Channel. The potential of Guyana's hydrocarbon inventory allowed demonstrating at this stage, the presence of hydrocarbons without however confirming the commercial nature of this discovery. Ongoing exploration (within the framework of the "Maritime Guinea" permit) will allow completing the inventory phase by 2019. The possibility of an offshore oil field in Guinean waters has not yet been confirmed. If we base it on the Jubilee Oil Field in Ghana (sometimes put forward as a geological model to apply to the Guinean offshore oil field), production could ascent to 80,000 to 100,000 barrels/day during a period of twelve years. This figure is just a comparison and not an assessment of the potential offshore exploitation in Guinea.

Cap 0 libro 4.pmd 34 03/07/2018, 18:29

In Saint-Pierre-et-Miquelon, hydrocarbon research is much more advanced than in Guinea and resources are not fully known. In the absence of a valid exploration permit, resource inventory would not have been pursued.

The status of the inventory of hydrocarbon resources is also in its very early stages off the Scattered Islands in the Mozambique Channel. Only one exploration permit is currently valid off Juan de Nova Islands. The stoppage of the issuance of new research permits will not allow completing the inventory of resources in this area. A specific tax on exploration, production and works in this area had been implemented by the Administration of the French Southern and Antarctic Territories. It is unclear how much revenue would have been generated in the absence of characterisation of deposits.

This law is highly symbolic. Its impact is low—there are no oil platforms on the French continental shelf, nor on the mainland, nor overseas. There are no known offshore oil reserves where operation is prohibited. French oil production is on land and barely corresponds to 1% of consumption. It is necessary to drop from 1% to 0%. Patrick Pouyanné, CEO of Total said the following regarding the bill, "If I cannot explore in France, I'll explore elsewhere".

The symbolic force of this law can therefore not be ignored. Once more, France wants to set an example and create a catalyst effect. Before France's summit celebrating the second anniversary of the Paris Agreement on 12 December 2017, over 80 economists from 20 countries demanded an end be put to investments in fossil fuels.

"*We call for an immediate end to investments in new fossil fuel production and infrastructure, and encourage a dramatic increase in investments in renewable energy,"* wrote the Americans Jeffrey Sachs and James Galbraith; the Frenchman Patrick Criqui; the British Tim Jackson (University of Surrey) and Charles Palmer (London School of Economics); the Swede, Thomas Sterner; the Japanese, Takeshi Mizuguchi and Shuzo Nishioka; and the former Minister of Finance of Greece, Yanis Varoufakis. *"The French President and other leaders have already expresses the need for a dramatic increase in financial support for climate changes, but they did not mention the other part of the equation: Financing that continues to be granted to new oil, gas, and coal infrastructure and production projects, reads the text.*

French President Emmanuel Macron organised a summit on climate change on 12 December 2017, in Paris, and invited political and business leaders. Greenhouse emissions, at the root of unprecedented climate change, are 75% of the times linked to fossil fuel emissions. According to scientific research, we would need to reduce reserve exploitation, if the world wants to remain below the critical global warming threshold of 2°C. "The investment community has the power to create the conditions necessary to make this change possible", stated the signatories and called to "build a healthy economy while protecting energy industry workers and communities, while

Cap 0 libro 4.pmd 35 03/07/2018, 18:29

taking into consideration the limitations of a ravaged planet. They went on to say it was time world economic stakeholders turn to safe renewable energies and development institutions, both in the public and private realm, have an imminent responsibility and the moral obligation to pave the way towards an inevitable transition and its corresponding opportunities[44].

The European project Human Sea held a seminar on 28 June 2017 in Nantes (France), on oil and gas offshore exploration and exploitation.

Georgios CHRYSOCHOU, Hellenic Naval Academy- International Law Section Head at the Hellenic Ministry of Defence, and **Dimitrios DALAKLIS**, associated professor at the World Maritime University (Sweden) examines "Offshore Energy Exploration Activities and the Exclusive Economic Zone Regime: A Case Study of the Eastern Mediterranean Basin".

The concept of Exclusive Economic Zone (EEZ) has been described as a "peaceful revolution" in international law and as the most significant development in the Law of the Sea, since Grotius wrote his famous work "*Mare Liberum*". With the establishment of the EEZ, the conflict between Grotius (*Mare Liberum*) and Selden (*Mare Clausum*) seems to have been won by the latter. Although this is true -and it expresses the victory of the extension of coastal jurisdiction to maritime areas at the expense of its free use and exploitation by all states- yet, what is most important is that the rational and functional use of the sea by all its users should prevail, in conformity with the 1982 Law of the Sea Convention (LOSC) provisions. This stands true since the promotion of international co-operation to achieve a more rational exploitation of the wealth of the oceans is paramount for the global community. The establishment of the EEZ has resulted in a drastic reduction of the area covered by the high seas. Thus, around 95% of world fishing areas and more than 80% of the known underwater oil reserves have come under the exclusive control of coastal states. Interestingly enough, among the rights of coastal states within their EEZs is the issue of offshore energy activities, which has traditionally created tension between neighbouring states regarding the delimitation of that zone. Consequently, a problematic relation between these energy exploration activities and the legal regime of the EEZ is identified; maritime delimitation issues between adjacent states can also negatively influence the use of certain maritime energy supply routes.

The Eastern Mediterranean Basin stands as a perfect example (case study) of the aforementioned consideration, since it holds a paramount role in the contemporary

44) http://www.lemonde.fr/planete/article/2017/12/07/l-appel-d-economistes-contre-les-energies-fossiles_5225982_3244.html Jean Jouzel (climatologue, ancien vice-président du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat) et Pierre Larrouturou (ingénieur), http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/12/06/nous-citoyens-d-europe-n-acceptons-pas-que-l-humanite-se-dirige-sans-reagir-vers-le-chaos-climatique_5225228_3232.html

Cap 0 libro 4.pmd 36 03/07/2018, 18:29

global maritime transport system. At the same time its South-eastern part has a huge geo-economic potential for Europe's energy security. Through the specific region and of course via the Aegean Sea, enormous quantities of oil are delivered from the Black Sea (Russia) and the Persian Gulf towards the Western World. However, in the light of energy rivalries and possible forms of co-operation among the respective regional and international actors, relevant issues of maritime delimitation among the neighbouring countries acquire an important security dimension. In this context, it is rather disappointing that the countries in the region, trapped in old antagonistic relations have not yet developed a comprehensive energy cooperative policy that takes into account both the region's current geopolitical posture and their economic growth as a whole. Joined energy synergies in the whole Eastern Mediterranean would certainly contribute to a peaceful future for the region and if managed in the right way, they could initiate important partnerships, which could provide a solid basis for long-term cooperation and economic development.

Therefore, the neighbouring states of the Eastern Med Sea, especially Cyprus, Israel, Greece and Turkey, should seek to maximize their role as alternative energy suppliers of the European Union. This prospect, with the expected future outcome of providing the first non-Russian gas of the so-called southern European energy corridor, imposes considerable benefits, particularly in relation to potential European funding for a pipeline construction (Eastern Med Pipeline), which will transfer to Central and Western Europe large amounts of natural gas. For the time being, it is a self-explanatory fact that the energy resources near Cyprus could be exploited for the energy security of EU as a whole. Apart from certain European countries, other important protagonists of the international arena are also part of this complex equation, with all those that participate in the on-going conflict in Syria standing out.

Nonetheless, linked to the geopolitical dimension there is one more essential parameter: the International Law of the Sea. LOSC provides the necessary framework to define the limits of maritime boundaries between adjacent states, since it is the core document of international conventional and customary law, which regulates issues related to the establishment and delimitation of EEZs. Needless to point out, there are certain obstacles to be resolved so that offshore energy activities in the South-eastern Med Sea will be harmonized with the EEZ legal regime and vice-versa. For the moment, the question of delimitation of maritime zone boundaries in South-eastern Med remains a point of friction for many of the states involved in; considering that not all the neighbouring states are signatory parties to LOSC further complicates the whole situation. The analysis taking place aims to help to better understand that under the requirements of international law, resolving the maritime delimitation issues of the area with regard to the EEZ regime will be a decisive factor, rendering Europe able to use the energy reserves of the specific region for the purpose of diversifying its energy supply sources. As it derives from the abovementioned rationale, the purpose is to highlight the problematic relation between the legal regime of the EEZ, especially its aspect of the delimitation and functional issues, and the geopolitical profile of the

Cap 0 libro 4.pmd 37 03/07/2018, 18:29

offshore energy activities over this maritime zone, through the case-study of the Eastern Mediterranean Basin.

Pierre VOLONDAT addresses the European security challenge of offshore oil and gas activities by means of the adoption and implementation of the Directive 2013/30 of 12 June 2013. Offshore oil and gas facility management and security are all the most necessary by the European oil sector and maturing neighbours. This maturity brings forward two conclusions. Firstly, aging oil deposits drive industry leaders to become less interested in deposits with lower returns. These deposits are often taken over by less wealthy firms who don't necessarily dispose of adequate pollution prevention equipment. Secondly, aging deposits cause firms to find new deposits. Since resources are exhaustible, the European oil sector must inevitably turn to deeper areas, which sometimes present extreme weather conditions. The European Union is committed to protecting the marine environment. The adoption of Offshore Directive 2013/30/EU is the result of Europe's reaction following the accident in the Gulf of Mexico in April 2010. The adoption of this directive can be seen as a testament of a new dynamic in international offshore legislation because the most recent and complete text, adopted in Europe, was the 1994 Barcelona Convention on the protection of the Mediterranean Sea. Effective prevention is the result of continuous monitoring. The question of an international convention specific to gas and oil activities is still being debated.

The Directive only establishes a prevention framework and does not outline specific prevention measures. In fact, some sponsors regret the lack of any legal scope of the stipulated provisions. The Directive's lack of scope and commitment is most notable in the absence of a full liability regime and technical prevention measures that go beyond the creation and transmission of documents. The three-year long endeavour to create the Directive produced an unspecific prevention framework that allows firms to self-regulate[45] their business activities. Self-regulation must be conscientiously conducted in order to ensure effective prevention measures are in place. In fact, industrial players also impact the effectiveness of prevention measures by collaborating with States, but also by implementing internal technical regulations.

Florian THOMAS addresses the duty of surveillance of the offshore business network[46]. Offshore oil and gas activities are defined by coastal States but are transnational because several firms, from the wider network, operate on the production site. These firms are interrelated to each other because of contractual obligations such as corporate social responsibility (CSR). The legal significance of corporate social responsibility is unclear. The duty of surveillance, developed by national laws

45) J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, N° 39, p. 43

46) Fl. THOMAS, *Les relations de travail offshore - Contribution à l'étude du pluralisme juridique*, Thèse Droit, université de Nantes, 5 février 2018.

Cap 0 libro 4.pmd 38 03/07/2018, 18:29

and corporate social responsibility regulations, is a hybrid liability instrument for operations. The main offshore oil field operator is responsible for assessing the structure put in place by subcontractors and subsidiaries to ensure it respects the initial contract agreed upon with the host State. The operator is granted the authorisation to explore and exploit the area, and as such, its activities are of general interest. It is equally an economic organisation that is disassociated, from a legal standpoint, from its subsidiaries, which entered the initial agreement, perform the activities and are legally bound to other operators for this respect. The duty of surveillance was first implemented as a corporate social responsibility tool. It was first developed within voluntary and self-governed corporate codes. We can do so by considering "legalising" corporate social responsibility by referencing traditional State structures. This means establishing a clear legal basis that would make non-binding regulations, binding. We can also consider applying a hybrid model when developing tools of accountability[47] and the duty of care would be written here. The legal duty of care structures the law of torts in the framework of transnational corporations[48]. Modern day's industrial risks have large-scale environmental impacts and as such, require the civil liability regime to be revisited. Technical advancements have already paved the way and will lead to preventive duty—not only focused on repairing already caused damage but also preventing such serious and irreversible damages, where repairing loses all meaning. This raises the question of risk accountability and assessment within the liability regime.

The law proposal aimed to establish a duty of care for firms, their subsidiaries and other business partners, who would be sanctioned by presumptive tortious liability of third parties. The law only introduces procedural and documentary duties, as such; non-compliance could engender individual corporate liability as a result of its own negligence.

Raphael Magno VIANNA GONÇALVES, Lawyer in Brazil, PhD in Law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, addresses civil liability for offshore oil spill caused by oil tankers and offshore facilities in Brazil "Offshore Oil Spill and punitive damages in Brazil". It will be analysed the legality of punitive damages awards taken by Brazilian courts in addition to compensatory damages. In the Brazilian legal system, the general regime of civil liability for environmental damages results from article 225, § 3 of the Federal Constitution: "*Behaviours and activities considered harmful to the environment shall subject offenders, individuals or legal entities, to criminal and administrative sanctions, besides the obligation to repair the damages caused*". The

47) J.Ph. ROBÉ, A. Lyon-Caen & S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge, 2016.

48) Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre - G. VINEY et A. DANIS-FATOME, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1610- T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Revue de droit du travail*, 2017, p. 380.

Cap 0 libro 4.pmd 39 03/07/2018, 18:29

civil liability for environmental damage in Brazil is governed by the National Environmental Policy Act of 1981. The goal of the 1981 Act, among other objectives, is the imposition, upon the polluter and the predator, of the obligation to compensate damages and restore the place in which environmental degradation has occurred.

It is therefore clear that the Brazilian legal system, by providing for the obligation to recover the environment or to compensate the damage caused, favours recovery instead of compensation, even if there is the possibility of coexistence between recovery and compensation. The application of punitive damages by Brazilian courts is a very complex subject, notably due to the fact that there is no legal provision authorizing this kind of condemnation. It should be noted that the Brazilian legislation does not provide for this possibility, although the jurisprudence demonstrates that Brazilian courts have been applying this type of punishment. The theory of punitive damage, based on the common law system, advocates that civil conviction, beyond repairing the damage done to the victim, must also deter the perpetrators from committing similar acts (theory of the value of discouragement) and punishes them for antisocial behaviour. The application of punitive damages in Brazil is quite contradictory, since Brazilian legal system adopts the principle of full compensation (based on the abnormally dangerous activity doctrine) to refuse the application of the limitation of liability, but dismisses this same principle to apply punitive damages.

Kristoffer SVENDSEN, PhD in Law from the University of the Arctic (Norway), discusses "Civil Liability for Exploration and Exploitation of Offshore Oil and Gas in the Arctic: the situation in the Barents Sea". This chapter shows that there is an inconsistency in the enforcement of compensation claims from Russian injured parties, injured on the Russian side of the Norwegian-Russian sea border by a Norwegian oil company on the Norwegian side of the sea border. This inconsistency puts Russian injured parties in a position where Russian injured parties cannot legally enforce compensation claims against Norwegian oil companies (harm-doers) outside of the Russian jurisdiction.

The chapter shows that there are small hurdles to jump for a Russian harmed party to get access to Norwegian courts *Lex loci damni* is the principle enacted in Chapter 7, with a unilateral extension of protection in delict law to Norwegian interests harmed in Russia, which is not extended to Russian injured parties harmed within the Russian jurisdiction, for situations where the source of harm is located on the Norwegian side of the Barents Sea. This privilege has resulted in discrimination against only Russian interests, which in some situations do not enjoy delict law protection under Chapter 7. A Russian injured party forced to pursue a legal claim against a Norwegian licensee without assets in Russia may receive no compensation, because there is no agreement about recognition and enforcement of foreign court judgments between Norway and Russia. The best of reasons argues for a legislative amendment by the Norwegian Parliament to allow also Russian injured parties to pursue compensation claims against Norwegian licensees inflicting pollution damage in Russia from oil spills on the Norwegian Continental shelf. This ability to forum shop could have preventive and

Cap 0 libro 4.pmd 40 03/07/2018, 18:29

restorative functions. Such a choice could have a positive effect on limiting cross-border pollution, from which the neighbouring country will have difficulty protecting itself.

Béatrice SCHÜTTE, PhD in Law from the University of Aarhus (Denmark), examines "Exploration and Exploitation of Offshore oil and gas - What future for civil liability in the EU". For the petroleum companies, the exploration and exploitation of offshore oil and gas remains an important business. Offshore source production is even likely to increase in the future. Despite a number of accidents causing environmental pollution and harm to people, no overarching civil liability framework is yet in force for the EU. Based on the idea that liability rules can help to increase the level of environmental protection, this paper presents and compares regulatory frameworks on pollution and liability, among them International Conventions, EU Frameworks and selected national laws of EU Member States. The result of the analysis is intended as a starting point for reflections as to what a harmonised civil liability framework could look like. Given the manifold forms of impact on the delicate marine environment, these activities must be thoroughly regulated in order to preserve the oceans for future generations.

In order to provide potential victims of pollution resulting from exploration and exploitation of offshore oil and gas with adequate protection, the rules on civil liability should be harmonised on European level. Considering the problem of transboundary pollution, it is not fair to have people in the same maritime region exposed to the same risks but they may not be able to recover the same amount of damages, depending on the law applicable according to private international law. In addition to that, a duty to establish such a framework is enacted in several international conventions. Pure economic loss should be recoverable if it is not too remote. The burden of proof concerning the economic loss should rest upon the claimant in order to not open the floodgates. For instance, a fisherman claiming the loss of his earnings as fish stocks died from pollution must prove that his fishing area is affected, and he must demonstrate his regular earnings from fisheries. One may also consider limiting the indemnification for pure economic loss to a certain period of time, for instance maximum six months or one year.

Within the framework of *Arctic Frontiers 2018 – Connecting the Arctic*[49], the Human Sea Program organised a seminar in Tromsø (Norway) on "*Liability and Compensation for Transboundary Petroleum Damage from Offshore Installations*", on 23 January, 2018, and moderated by the Professor Erik RØSÆG from the University of Oslo.

"Petroleum is a commodity that will not disappear in the distant future. This session focuses on one specific risk of exploring and producing petroleum offshore, namely a petroleum spill. Offshore petroleum spills can cause severe damage to people, property,

49) https://www.arcticfrontiers.com/

Cap 0 libro 4.pmd 41 03/07/2018, 18:29

the environment, and communities. Who pays for that? The question becomes more complicated when an oil company causes an oil spill in one country and the damage is inflicted in the neighbouring country. How is transboundary petroleum damage treated in the law and how can the situation be improved?"

The European dimension of maritime safety and security – Legal and operational aspects of the action at sea.

The Human Sea Program organised a second seminar on 26 October, 2017 in Nantes (France) on the "The European Maritime Safety and Security Approach – Operational and legal requirements at sea". The objective of this seminar was to analyse the international nature of the EU's and member States actions at sea; sovereignty and resource protection challenges, by looking at treaty obligations and actions of European maritime agencies.

In the last 25 years, almost 40,000 migrants died from either drowning or exhaustion on European borders. 6,000 of those migrants died in 2016, the deadliest year ever recorded. The refuge crisis that has rattled Europe since 2015, has highlighted political institutions inability in providing satisfactory responses to various migrant profiles. As a result of contradictory globalisations, migratory flows have increased around the world. Even though borders are closed and walls are being erected, the difference between migrant and refugee are blurred, departure countries become transit and/or host countries, and vice versa. As a result, the content of citizenship is much more diversified; the expression of the right to mobility of people has arisen around the world. "It is a real world problem, one that has a long time been forgotten—migrations transform and impact international relations, and redefine state sovereignty. They also highlight the urgent need for a new type of diplomacy that is integrated in global and regional governance"[50].

Since 2000, more than 46,000 people have crossed the Mediterranean Sea and have died at sea, trying to reach Europe. This phenomenon has only worsened in the last years. 2016 resulted in the deadliest in the Mediterranean Sea's history, 5,079 deaths were recorded of the 363,348 people who entered Europe by sea. This figure does not account for boats which disappeared without leaving a trace. Since the 2016 agreement between the European Union and Turkey, the central Mediterranean axis between Libya and Italy has become the first route migrants chose to reach Europe. It is the deadliest migratory axis in the world because of the distance needed to be covered and the dangerousness of crossing in boats that are inept for high

50) C. WIHTOL de WENDEN, *La question migratoire au XXIème siècle – Migrants, réfugiés et relations internationales*, Les Presses de Sciences PO, Paris 3ème éd., 2017 – R. MUNCK (ed.), *Globalisation and migration. New issues, New politics,* London, Routledge, 2009.

Cap 0 libro 4.pmd 42 03/07/2018, 18:29

seas. 90% of deaths recorded in the Mediterranean take place in the Strait of Sicily, off the coast of Libya[51].

Interactions between International law and European law

The European Union is not an ordinary and trivial international organisation. Its relations with international law and its place within the international community are historic and permanent.

The European Union has a broad range of jurisdiction and as a result it participates in the development and implementation of international law, claiming its presence through its behaviour[52]. The European Union is a specific subject matter of international law that inserts itself in the international legal order and develops interactions[53].

Serge BESLIER[54] suggests it is necessary to consider the development of the law of the sea by the United Nations and the relations with the European Union (EU) so that two original systems of governance —that share a common goal— may converge.

The first addresses collective management by all States in a space not appropriated in the United Nations intergovernmental logic. The second is based on a supranational system comprised of sovereign delegations, varying in size. Both are seeking a global and/or coherent management of oceans.

The United Nations and the European Union share a common element, they were both founded to replace legal relations and balance powers among nations. The United Nations has been relatively successful, while the European Union has been able to achieve lasting peace among member States. While the international society remains governed by force structures, even it does not result in the systematic use of armed

---

51) SOS Méditerranée, France, rapport d'activité 2017, http://www.sosmediterranee.fr/medias/rapport_activite_2016.pdf - P. CHAUMETTE, « Détournement de la convention SAR ? Sauvetage en mer, code italien de déontologie des ONG et garde-côtes libyens », 28 août 2017, carnet de recherche programme européen ERC Human Sea n° 340770, http://humansea.hypotheses.org/889 ; « Piraterie en Méditerranée et action médiatique ? Les dérives du navire C-Star », 25 août 2017, http://humansea.hypotheses.org/878

52) NEFRAMI E., *L'action extérieure de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2010, FENET A. (dir.), *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Litec, Paris, 2006 – LAMBLIN-GOURDIN A.S. et MONDIELLI E., *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2013 – DASHWOOD A. & MARESCEAU M (eds), *Law and Practice of EU External Relations*, University of Cambridge, 2008 – CREMONA M. & DE WITTE B. (eds), *European Union Foreign Relations Law : Constitutional Fundamentals*, Hart, 2008.

53) BENLOLO-CARABOT M., CANDSA U. & CUJO E. (dir.), *Union européenne et Droit international, en l'honneur de Patrick DAILLIER*, Ed. Pédone, 2012.

54) Serge BESLIER, Honorary Director of the European Commission and Chief, Administrator of Maritime Affairs (UE Retired).

Cap 0 libro 4.pmd 43 03/07/2018, 18:29

forms, the enactment of binding legal regulations, sometimes even to an extreme, are at the heart of the European structure.

In terms of maritime security, Philippe BOISSON, PhD in Law[55] and author of the what is considered the "bible" of maritime security, observed that the European Union's maritime security packages, founded on the Erika oil tanker disaster of December 1999 and the Prestige oil tanker disaster of November 2002, form "a coherent set of measures comprised of interdependent elements", that go beyond a mere reaction to a specific incident at sea[56]. In 2007, Philippe BOISSON reflected upon the efficiency of this regional policy and concluded that the European Union had contributed to expediting the international and national normative process, regarding member States[57]. By means of the European integration, the European Union influences international maritime law[58] and harmonises national legislation of member States. European jurisdiction requires member States to hold joint positions within international institutions. The European Union requires member States to enact implementation regulations and controls, complementary to those set out by international standards. The European Union adapts to the international competition in the field of maritime transport, more so than it does so in terms of its domestic market. Philippe BOISSON clearly demonstrates in a fully documented manner, the future of European maritime security law based on relationships with international institutions and integrated implementation[59]. On 7 December 2017, the Employment and Social Affairs Council adopted the agreement concluded among European maritime social partners on the revision of Directive 2009/13/EC regarding the implementation of the 2014 amendments made to the 2006 ILO Maritime Labour Convention. Shipowners shall provide seafarers with up to two months of financial security in the event they are abandoned in a foreign port. The Convention equally sets out shipowners are responsible for providing financial compensation in the event of the death or long-term disability of seafarers due to an occupational injury, illness or hazard[60].

---

55) La sécurité en mer, Thèse droit, Université de Lille, décembre 1979.

56) BOISSON Ph., « L'adoption du 3ème paquet ne vient pas modifier les équilibres fondamentaux du système de la sécurité maritime », *Droit Maritime Français*, 2009, n° 705, pp. 579-587.

57) BOISSON Ph., "La politique européenne de la sécurité maritime, source d'efficacité ?", in *L'Union européenne et la mer- Vers une politique de l'Union européenne ?*, A. CUDENNEC et G. GUEGUEN-HALLOUET (dir.), Pédone, 2007, pp. 329-336.

58) A. DEVOUCHE, "L'Union Européenne et le droit du travail maritime : De l'adoption à l'application de la CTM 2006", in *La mise en œuvre de la Convention du Travail Maritime de l'OIT : Espoirs et défis*, A. CHARBONNEAU (dir.), Rev. COMPTRASEC, Bordeaux, 2013, n° 2, pp. 58-64 - S. GAMBARDELLA, "L'Union Européenne et le droit international du travail des gens de mer", in *Seafarer's: An International Labour Market in Perspective / Gens de Mer : un Marché International du Travail*, P. CHAUMETTE (dir.), Gomylex Ed., Bilbao, 2016, pp. 353-392.

59) BELLOYER-ROILLE A., *Le transport maritime et les politiques de sécurité de l'Union européenne*, Apogée, Rennes, 2000 - LANGLAIS P., *Sécurité maritime et droit de l'Union européenne – Étude d'une contribution réciproque*, Thèse droit, université de Paris II Panthéon-Assas, 2016, à paraître Bruylant, *Sécurité maritime et intégration européenne*, 2018.

60) CHARBONNEAU A. & CHAUMETTE P., « Premiers amendements à la convention du travail maritime

Cap 0 libro 4.pmd 44 03/07/2018, 18:29

European directives regarding the maritime transport of passengers went beyond international requirements. The "communitarisation" of international regulations ensures the harmonisation of implementations by member States. The risk of fragmentation of international regulations remains—banning measures targeting specific ships from European ports could lead to these ships being redirected to areas that are far less coordinated. For example, in February 2006, the passenger ferry al-Salem sank in the Red Sea which resulted in over a thousand victims. The vessel was built in 1970 by an Italian company and named Boccacio. It was sold in 1998 to an Egyptian company and it sailed under Panamanian flag between Saudi Arabia and Egypt.

Serge BESLIER's contribution to the subject studies the implementation of the 1995 United Nations Law of the Sea (UNCLOS) agreement relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks[61]; the United Nations Fishing Agreement (UNFA); and the draft agreement relating to the conservation and sustainable management of biological marine resources that go beyond national jurisdictions. It is necessary to illustrate the drafting process of international agreements at the United Nations and highlighting the role the European Union plays. This comparison also allows understanding the growing influence non-governmental organisations (NGO) have on the international stage. In 2002, two NGOs, WWF and Greenpeace, launched a media campaign against deep-sea fishing. The FAO reacted slowly, mainly because of budgetary issues—NGOs wanted a more policy-driven forum, the United Nations General Assembly. Between 2004 and 2006, the European Union acted as the mediator in order to find a balance between the requested moratorium and maintaining the freedom of fishing status quo[62].

---

de l'OIT de 2006 - Garanties financières en matière d'abandon des gens de mer et de responsabilité des armateurs en cas de décès ou de lésions corporelles », *Droit social* 2014, n° 10, pp. 802-810. Pour des raisons historiques, nous sommes très attachés à ces amendements, CHAUMETTE P., « De l'abandon de marins – Vers une garantie internationale de paiement des créances salariales ? », *Dr. Social* 1999, pp. 872-877 - « Des Résolutions A 930 (22) et A 931 (22) de 2001 de l'Assemblée de l'OMI aux réformes du droit français quant aux garanties de paiement des créances salariales », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, T. XXII, Université de Nantes, 2004, pp. 239-263 - « Quelle garantie du paiement des salaires dans une activité internationale ? », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Université de Nantes, T. XXV, 2007, pp. 125-139 - CHARBONNEAU A., *Marché international du travail maritime. Un encadrement juridique en formation*, Aix-Marseille, PUAM, collection Berthold Goldman, 2009 – Denis NIFONTOV, "Seafarer Abandonment Insurance: A System of Financial Security for Seafarers", LAVELLE J., *The Maritime Labour Convention 2006 – International Labour Law Redefined*, Informa Law, Routledge, 2014, pp. 117-134 - VICENTE PALACIO A., "Control by the Port State and Flag State, and Amendments to the MLC 2006 to protect workers in cases of Abandonment", in *New Trends in Maritime Law*, O. FOTINOPOULOU BASURKO & J.M. MARTIN OSANTE (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 205-218 - FOTINOPOULOU BASURKO O., "Protecting seafarers in cases of outstanding wage claims resulting from abandonment of vessels and crews", in *New Trends in Maritime Law*, ibidem, pp. 243-280.

61) MOMTAZ D., « L'accord relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons chevauchants et de grands migrateurs », *Annuaire Français de Droit International*, 1995, vol. 41, pp. 676-699.

62) BESLIER S., « Gouvernance de la haute mer. Vers un accord d'application pour la conservation et la gestion durable de la biodiversité marine au-delà de la juridiction nationale ". *Annuaire du Droit de la Mer*,

Cap 0 libro 4.pmd 45 03/07/2018, 18:29

The resolution, adopted in June 2015 by the United Nations General Assembly, paved the way for a third agreement implementing the United Nations Convention on the Law of the Sea. This agreement completed the Convention by introducing a high seas governance model based on an integrated management of marine ecosystems and granting marine resources a legal status. The preparatory work, conducted by the informal working group and the preparatory committee, who only had met for the first time in 2016, which led to the adoption of this resolution, demonstrates that the two years granted to the committee to reach a consensus would not be too long to overcome the differences separating States participating in the negotiation. It was necessary to reach a consensus before the General Assembly could request a diplomatic conference to draft this agreement. Unable to achieve the desired moratorium, the two NGOs rallied behind the European Union's initiative on the sustainable use of marine biological diversity, and the conservation and management of living resources in the high seas. Is it necessary to specifically consider fishing in this project or should one focus on the exploitation of genetic resources?

Danilo GARCÍA-CÁCERES, Doctor of Judicial Science (S.J.D.), University of Paris 1, Panthéon-Sorbonne, lecturer & researcher at the Central University of Ecuador, examines "The European Union's actions at se*a and the protection of human rights. The international community, as a whole, and States have the legal obligation to protect and promote human rights to contribute directly in the European Union's action at sea. The European Union respects fundamental rights as general principles of law and it is visible in its humanitarian commitments. The European Union's actions at sea represent an even greater humanitarian challenge. The European refugee relocation system struggled to get implemented because several member States failed to adopt it. On 1 February 2018, the European agency, Frontex, launched Operation Themis in the Mediterranean and Adriatic seas. It follows Operation Triton*.

The European Union asserted its foreign policy and common security policy thanks to EU NAVFOR Somalia, also known as Operation Atalanta, a counter-piracy military operation off the coast of Somalia[63]. In 2012, the EU launched EUCAP Nestor, a program which contributes to the establishment and capacity building of maritime civilian law enforcement capability in the Horn of Africa and the West Indian Ocean.

Pédone, 2015, tome XX, p. 507 et s – MORIN M., « La résolution annuelle sur la pêche de l'Assemblée générale des Nations Unies », Annuaire de Droit Maritime et Océanique, université de Nantes, t. XXXIII, 2015, pp. 263-279.

63) PROUTIÈRE-MAULION Gw., « De la capacité de l'UE entant qu'acteur régional à développer une action à vocation universelle – De la lutte contre la piraterie à la lutte contre les trafiquants et passeurs dans le cadre de l'immigration clandestine », in *Maritime areas : control and prevention of illegal traffics at sea / Espaces marins : surveillance et prévention des trafics illicites en mer*, P. CHAUMETTE (dir.), Gomylex Ed., Bilbao, 2016, pp. 161-177 – GUILFOYLE D., *Modern Piracy. Legal Challenges and Responses*, Edward Edgar Publ., 2013 – NORCHI C.H. & PROUTIÈRE-MAULION Gw., *Piracy In comparative perspective: problems, strategies, law*, Pédone – Hart, 2012.

Cap 0 libro 4.pmd 46 03/07/2018, 18:29

The EU has an active role in Operation Ocean Shield, NATO's counter-piracy contribution, there are Russian and Chinese forces operating out of Djibouti as well as the armed forced of India[64]. In 2013, the EU announced the development of a new operation to reinforce security in the Gulf of Guinea (CRIMGO). Can this global-regional approach be reproduced to address the migratory movements seen since 2015, in particular via the Mediterranean Sea? The European Union faced an unprecedented crises and it let Italy and then Greece to tackle it on their own. Then, other member States closed their land borders. In June 2015, the EU finally launched EU NAVFOR MED and Operation Sofia to dismantle the network of migrant traffickers and smugglers, and prevent the loss of life at sea[65]. This military operation is supplemented by the presence of the EU in the Mediterranean Sea as part of operations conducted by the European agency FRONTEX, Triton and Poseidon. On 9 October 2015, the United Nations Security Council adopted Resolution 2240 (2015), authorising Member States to seize vessels that were confirmed as being used for migrant smuggling of human trafficking from Libya[66].

As noted by Kiara NERI[67], the United Nations collective security system is, in theory, ineffective to address illegal activities performed by private individuals.

Federica MUSSO, PhD in Law, University of Macerata (Italy), presents "The European Union's military commitment to fight migrant trafficking at sea and the United Nations Security Council's role". In order to fight against migrant smugglers in the Mediterranean, the European Union launched Operation Sophia. The mandate outlines military measures that could result in the use of force. The United Nations Security Council, exercising its power in the maintenance of international peace and security, authorised the partial implementation of the Operation and expressed itself in an

---

64) LE GOFF R., *La protection des navires soumis au risque de piraterie*, Thèse droit, université de Nantes, 2016.

65) MANIATIS A., "Maritime migrant smuggling", Annuaire de Droit Maritime et Océanique, université de Nantes, t. XXXIV, 2016, pp. 11-19 - COPPENS J., "Interception of Migrant Boats at Sea", in MORENO-LAX V., PAPASTRAVRIDIS E. (eds.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Brill-Nijhoff, 2016, p. 213 et s. - TEPHANY Y., « Sauvetage et migration maritime » Carnet de recherche Human Sea, 30 octobre 2015, http://humansea.hypotheses.org/369 - CHAUMETTE P., « Détournement de la Convention SAR ? Sauvetage en mer, code italien de déontologie des ONG et gardes-côtes libyens », Carnet de recherche Human Sea, 28 août 2017, http://humansea.hypotheses.org/889

66) Résolution 2259 (2015) du Conseil de sécurité du 23 décembre 2015, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2259(2015) - Communiqué de presse de l'ONU, https://www.un.org/press/fr/2017/cs13015.doc.htm Conseil de sécurité, Résolution 2380 du 5 octobre 2017 - BEVILACQUA G., "Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities", in ANDREONE G. (ed.) , *The Future of the Law of the Sea*, Springer, 2017, p. 165 et s. - MIRON A., "L'ordre juridique de l'UE et l'ordre juridique des NU : les résolutions du Conseil de sécurité dans l'ordre juridique de l'UE", in BENLOLO-CARABOT M., CANDSA U. & CUJO E. (dir.), *Union européenne et Droit international, en l'honneur de Patrick DAILLIER*, Ed. Pédone, 2012, pp. 689-717.

67) NERI K., *L'emploi de la force en mer*, Bruylant, 2013, p. 230 et s.

Cap 0 libro 4.pmd 47 03/07/2018, 18:29

atypical manner—migrant trafficking off the coast of Libya was not explicitly classed as a threat against international peace and the classic articulation of "all necessary measures" was replaced by "all the means resulting from specific circumstances". The Security Council's cautious approach in the determination of circumstances justifying the use of force or the authorisation of coercive powers can be explained by the situation the Council was facing, clamping down on unlawful activities, conducted at sea and involving migrants. It was necessary to find a balance between the law of the sea, human rights and collective security. The Security Council used its power to resort to military measures and used Chapter VII as the legal basis for its actions. However, it failed to perform the qualification operation in accordance with the terms set out in Article 39, stating that migrant trafficking presents a danger to human life and States must use their powers, under the law of the sea, and are authorised to resort to coercive measures, implying the use of force at high sea, in lieu of the failed state of Libya.

Federica MUSSO points out that the European Union's militarised participation to tackle the migratory crisis in the Mediterranean, preceded the activation of the United Nations collective security system, and in particular, the Security Council resolution, requesting UN member States to fight migrant trafficking, contrary to what took place with Operation Atalanta, relating to the fighting piracy in the Horn of Africa[68]. The Security Council tried to not offend Libyan authorities and destabilise the efforts to build a true state authority.

Afterwards, Italy was able to almost put an end to unlawful maritime trafficking with these powers. However, the migrant situation is catastrophic in Libya and the crossing to Spain is far from being safe[69]. The Italian Admiral, Commander of Operation Sophia, Enrico Credendino declared on 22 November 2017 that they had have arrested 119 presumed smugglers, destroyed vessels, trained 201 coastguards and had rescued almost 42,000 people at sea. He says the objective of providing coastguard training to 400 individuals is to equip Libya with the skills necessary to correctly work at sea and this is why the EU, the UNHCR and the IOM trains these team to respect human rights and international humanitarian law regulations. He also pointed out that maritime operations had become more difficult because it was not only coast guards who were patrolling the water but also militias impersonating the coast guard by dressing and using the same boats, making it difficult to set them apart.

---

68) TANCREDI A., "Di pirati e Stati falliti: il Consiglio di sicurezza autorizza il ricorso alla forza nelle acque territoriali della Somalia", *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, pp. 937-966 - TREVES T., "Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia", *European Journal of International Law*, 2009, pp. 399-414.

69) CHAUMETTE P., « Détournement de la Convention SAR ? Sauvetage en mer, code italien de déontologie des ONG et garde-côtes libyens », Carnet de recherche Human Sea, 28 août 2017, http://humansea.hypotheses.org/889

Cap 0 libro 4.pmd 48 03/07/2018, 18:29

In July 2017, the European Council renewed Operation Sophia until December 2018.

Chahira BOUTAYEB, Lecturer & HDR at the University Paris 1 Panthéon-Sorbonne, considers «The irresistible construction of a maritime safety area». As regards maritime security, EU action has increased since the 1980's and 1990's. Also its content became more dense: the safety of persons and of ships, the maritime borders of the Member States and the protection of the marine environment. The protection of the maritime borders is subjected to contemporary challenges, based on geopolitical changes and the influx of immigrants. The European Commission (EC) proposed the creation of a European body of frontier guards and coast guards, which should be provided with the right of intervention in case the respective Member State is not able to deal with the migratory pressure. In December 2015, the European Commission issued a number of proposals. The idea is to be part of a logic of significant reinforcement of the security framework. Indeed, it involves strengthening Frontex's mandate, for example by allowing it to directly acquire equipment, by substantially increasing its human and financial resources, and by developing its role in operations back. The new European Border and Coast Guard Agency will act in a supporting role for the Member States in need, as well as in a coordinating role in the overall management of Europe's external borders. The balance prevailing between the different lines of action of the EU is delicate, with the inherent risk of a change in security concerning the protection of the maritime borders.

What challenges for a new European maritime governance?

Peter LANGLAIS, PhD in Law from the University Paris 2 Panthéon-Assas, presents and analyses, "The European Maritime Security Agency: Between mission diversification and reinforcing measures, the limits of European maritime integration". The creation of a specialised Agency allows a clear identification of a European policy, by giving it institutional visibility and appropriate expertise. It results from a compromise between the impetus for integration brought by pragmatism on the one hand, and the existential reluctance of national authorities to entrust powers to new entities, which might escape their control on the other hand. EMSA is no exception; the internal institutional complexity of the national maritime administrations as well as the human, economic and environmental stakes of maritime safety issue make it a special theatre of these tensions. Its creation in response to the sinking of the *Erika*, then the expansion of its missions and the consolidation of its resources, went balanced by a strengthened control of the national authorities on its activities. With limited autonomy, the Agency appears to be an interface of cooperation between the national maritime administrations and between them and the institutions of the European Union. If EMSA could originally be seen as the spearhead of an emerging European maritime administration, this tends now to be based on a three-pole structure where Frontex may become the keystone, in response to the migratory crisis.

Cap 0 libro 4.pmd 49 03/07/2018, 18:29

Maritime security law is disaster and prevention law[70]. The sinking of the Titanic on 15 April 1912 led to the creation and the adoption of the international Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS) in 1914 by the United Kingdom, France and the U.S.A.[71]. International maritime security law is characterised by four pillars. The first tree pillars were adopted within the framework of the MLC, in London; the SOLAS Convention; the 1973 MARPOL Convention for the Prevention of Pollution from Ships, as modified by its 1978 protocol; the STCW Convention (International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers), adopted in 1978 and revised in 1995 and then in 2010. The fourth pillar of International Maritime Law is provided by the Maritime Labour Convention, adopted by 2006 by ILO in Geneva, and introduced in August 2013, ratified by 84 States in 2017, which represents 91% of the world fleet. This is an international convention of universal scope[72].

The European policy on maritime security was first deployed in 1978 to ensure the cohesion of the internal market and fair competition[73]. Following the Amoco Cadiz oil spill in March 1978, Council Recommendation 78/584/CEE of 26 June 1978 requested member States to ratify the 1974 SOLAS Convention and its 178 protocol; the 1973 MARPOL Convention and its 1978 protocol; Convention 147 of the 1976 ILO concerning minimum standards in merchant ships; and Council Recommendation 79/487/CEE of 15 May 1979 concerning the ratification of the 1978 STCW Convention by member States. The European Community did not consider unilateral measures, similarly to the 1900 Oil Pollution Act introduced by the U.S.A. following the 1989 Exxon Valdez oil spill in Alaska. This was also the case following the 1999 Erika oil spillage and the 2002 Prestige oil spillage. However, the European Union put significant pressure to eliminate single-hull oil tankers and succeeded in pushing its agenda onto International Maritime Organisation.

The 1992 Maastricht Treaty opened the qualified majority rule in the area of transportation and Community powers in environmental protection. The Council issued a Commission communication on 25 January 1993 regarding common maritime security policy. The European competence asserted itself, paving the way for the communitisation of international regulations[74]. The creation of the European Maritime

---

70) BEURIER J.P., « La sécurité maritime et la protection de l'environnement : évolutions et limites », *Droit Maritime Français*, 2004, n° 645, pp. 99-112.

71) BOISSON Ph., *Politiques et Droit de la sécurité maritime*, Bureau Veritas, Paris, 1998, pp. 32-36.

72) M. McCONNELL, D. DEVLIN & Cl. DOUMBIA-HENRY, *The Maritime Labour Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011 – McCONNELL M.L., "The Maritime Labour Convention, 2006—reflections on challenges for flag State implementation", World Maritime University, Malmoe, WMU J Marit. Affairs 2011, n° 10, pp. 127–141 - CHAUMETTE P. (coord.), *Seafarer's: An International Labour Market in Perspective / Gens de Mer : un Marché International du Travail*, Gomylex Ed., Bilbao, 2016.

73) LANGLAIS P., *Sécurité maritime et droit de l'Union européenne – Étude d'une contribution réciproque*, Thèse droit, université de Paris II Panthéon-Assas, 2016, publiée aux éditions Bruylant, *Sécurité maritime et intégration européenne*, 2018.

74) BELLOYER-ROILLE A., *Le transport maritime et les politiques de sécurité de l'Union européenne*,

Cap 0 libro 4.pmd 50 03/07/2018, 18:29

Security Agency in 2002, in Lisbon, was a major step forward, as was the European Parliament Directive 2009/21/EC of 23 April 2009 on compliance with flag State requirements[75]. When the ship social certification requirement was added to the Directive, adopted from the 2006 ILO Maritime Labour[76], some landlocked EU member states failed to develop a maritime legislation on vessel registration because they first need to put in place a competent maritime authority. These decisions support the analysis put forward by our colleague Moira McCONNELL, who believes that the ILO Convention could reduce the number of complacent number of member States[77].

Under the influence of the European integration, the EU influences international maritime law[78] and harmonises State member national legislations. European authorities require member States to maintain common positions within international institutions. The EU also requires member States to comply with complementary implementation and control regulations. The EU adapts itself to international competition in the area of maritime transport, more than it does via its domestic market. The European Maritime Security Agency has seen its powers grow in terms of maritime security and its coast guard obligations.

In **France**, CIMER (the interdepartmental committee on oceans) created the coast guard role on 8 December 2009 to implement a comprehensive body, equipped to face the maritime challenges of our century. While maintaining the expertise of existing administrations at sea, the creation of this body was the only action taken vis-à-vis the Government's priorities at sea. This body acts within the strategic national framework for oceans and seas ("*Livre Bleu*" du 8 December 2009).

Apogée, Rennes, 2000 - ZAMORA ROSELLO M.R., *La seguridad marítima – problemática y alternativas institucionales*, Thèse droit, Universidad de Málaga, 2008 – P. CHAUMETTE, *Droits Maritimes*, J.P. BEURIER (dir.), Dalloz Action, 3ème éd., 2014, chap. 214.

75) NESTEROWICZ M., « Le rôle de l'Agence européenne pour la Sécurité Maritime (EMSA) : Une perspective juridique sur l'application de la législation communautaire en matière de sécurité maritime », in *L'Union européenne et la mer- Vers une politique de l'Union européenne ?*, A. CUDENNEC et G. GUEGUEN-HALLOUET (dir.), Pédone, 2007, pp. 199-204.

76) Directive 2013/54/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à certaines responsabilités de l'État du pavillon en ce qui concerne le respect et la mise en application de la convention du travail maritime, 2006.

77) McCONNELL M., "A delicate balance: The seafarers' employment agreement, the system of the maritime Labour Convention, 2006 and the role of Flag States", in *Seafarer's: An International Labour Market in Perspective / Gens de Mer : un Marché International du Travail*, CHAUMETTE P. (coord.), Gomylex Ed., Bilbao, 2016, pp. 119-173.

78) A. DEVOUCHE, " L'Union Européenne et le droit du travail maritime : De l'adoption à l'application de la CTM 2006 ", in *La mise en œuvre de la Convention du Travail Maritime de l'OIT : Espoirs et défis*, A. CHARBONNEAU (dir.), Rev. COMPTRASEC, Bordeaux, 2013, n° 2, pp. 58-64 - S. GAMBARDELLA, " L'Union Européenne et le droit international du travail des gens de mer ", in *Seafarer's: An International Labour Market in Perspective / Gens de Mer : un Marché International du Travail*, P. CHAUMETTE (dir.), Gomylex Ed., Bilbao, 2016, pp. 353-392.

Cap 0 libro 4.pmd 51 03/07/2018, 18:29

The coast guard role ensures maritime administration actions are coherent and provides and provides more international visibility on matters of the sea, where States should not be confining themselves to their borders. The coast guard department reports into the Prime Minister and is implemented by the Secretary-General of Maritime Affairs (Decree of 22 July 2010). COFGC is the coast guard operational centre, an interdepartmental centre, which reports into the Secretary-General of Maritime Affairs. COFGC was implemented on 20 September 2010 and it is comprised of approximately fifteen agents from seven different departments: the National Marine, National Armed Forces, Coast Guard, Customs, National Police, Civil Security and Maritime Affairs. The purpose of its creation is to reinforce the interdepartmental organisation's actions and presence at sea; and improve inter-departmental coordination and performance while better positioning the body to be included in the European organization.

Its mission is to:

- Establish and maintain optimal maritime conditions, designated to inform the Prime Minister and the government by issuing the daily maritime reports (referred to BQSM in France.
- Disseminate maritime information to governmental and interdepartmental crisis management centres.
- Establish itself as the centre of reference for international and European exchanges with other maritime centres.
- Conduct analyses to strengthen and adapt the coast guard, and in turn contribute to the development of France's maritime policy.

FRONTEX (European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union), established by EC Regulation No. 2007/2004 of the European Council on 26 October 2004[79], tried to do so but it was overwhelmed by the scale of migration and the number of incoming refugees. The European Union studied the issue which lead to the overhaul of the Border Code in order to tackle the situation in a more efficient manner and aide Member States, who were directly affected by the migratory crisis such as Greece and Italy. The reform was necessary not only to address available resources but also the powers of the Code. In this respect, the European Coast Guard project, with its wider scope of powers, was presented on 15 December 2015[80] and it became Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and Council of 14 September 2016, on the European Boarder and Coast Guard**.**

79) Règlement n° CE/2007/2004 du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union Européenne.

80) Commission Européenne, 2015. Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, *Un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et une gestion efficace des frontières extérieures de l'Europe* [en ligne]. 15 décembre 2015

Cap 0 libro 4.pmd 52 03/07/2018, 18:29

It is vital for the EU to control its external borders and its maritime space[81] - "The EU and its Member States have a strategic interest in identifying and addressing security matters regarding the sea and maritime border management, pertaining to their territory but also of the wider global domain". In view of the various issues, the EU opts for a multi-agency approach in order to increase efficiency when managing maritime issues[82]. FRONTEX must intervene at sea while respecting international law, the UN Convention on the Law of the Sea, free access to high seas, flag State prerogatives, the 1979 Hamburg Convention on maritime search and rescue. The Security Council authorised Member States to intercept vessels off the coast of Libya, suspected of migrant and human trafficking[83].

The Council's decision of 26 April 2010 and the Regulation of 15 May 2014 set out the legal framework of operations in high seas by Member States and coordinated by Frontex. They are not in conflict with UNCLOS provisions because they both contain the flag State authorisation regulation, except for stateless vessels and in the event of search and rescue missions.

Operational progress is relative and monitoring efforts are reinforced. The European Border and Coast Guard Agency (Frontex) can operate on Member State borders without having been granted authorisation. Frontex oscillates between communitisation and inter-governmentability. Its powers were expanded when dealing with foreign States, thus reinforcing border control externalisation. The border and coast guards supplied by Frontex to the European Corps are either their own experts or national experts seconded by Member States. Frontex continues to fight terrorism and cross-border crimes. The logic of surveillance contributes to information sharing with other European agencies and national administrations such as Europol, Eurojust, the European Fishery Agency and the European Maritime Security Agency.

The AECP functions at the highest level of excellence and transparency with the objective of fostering the necessary trust and cooperation of all involved parties, and in turn ensure the effective and efficient development of its activities. European Union

---

81) Conseil de l'Union Européenne, 2014. *Stratégie de sûreté maritime de l'Union européenne.* 24 juin 2014.

82) G. BALAN, " Le projet d'Agence Européenne de Gardes - Côtes et l'Agence Européenne de contrôle des Pêches ", 21 avril 2016, Billet du carnet de recherche Human Sea, ERC Advanced Grant n° 340770, http://humansea.hypotheses.org/477 - " Union Européenne et frontières maritimes – Une volonté de gestion des frontières extérieures de l'UE aux multiples facettes ", 7 septembre 2016, http://humansea.hypotheses.org/627 N. FABRIZI-RACINE, " Frontex, nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes : Des données et des hommes ", *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 21 mars 2017, consulté le 19 décembre 2017. URL : http://revdh.revues.org/3037 ; DOI : 10.4000/revdh.3037

83) Communiqué de presse de l'ONU: https://www.un.org/press/fr/2017/cs13015.doc.htm Conseil de sécurité NU, Résolution 2380 du 5 octobre 2017 : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2380(2017)

Cap 0 libro 4.pmd 53 03/07/2018, 18:29

governments agreed to establish an agency within the framework of the 2002 reform which would inject a culture of respect for fishery regulations throughout Europe. In April 2005, these governments adopted Council Regulation No. 768/2005. The agency is responsible for coordinating and cooperating national control and inspection activities so that common fishery policy regulations are respected and efficiently implemented. Until 2002, the CFP had been inefficient and not tackled overfishing and control measures had not been systematically implemented by EU Member States. Fishermen felt that they were not being treated on a level-playing field when working in EU waters, and sometimes felt discriminated against. The fishing industry requested that control and execution requirements be reinforced in order to provide a level-playing field at the EU level. At the institutional level, the Commission did not have the right to perform task on the behalf of EU Member States, not did it have the means to do so. The Agency must ensure the uniform and effective enforcement of CFP regulations in collaboration with EU Member State specialised national services.

On 30 November, EFCA-AECP co-hosted in Madrid the second annual meeting of the Coast Guard Functions Implementing Group, co-chaired with the European Border and Coast Guard Agency (Frontex). During the meeting the agencies presented the activities carried out in the framework of the support to the coast guard functions. The meeting was also an important moment to discuss the projects that will be developed to provide assistance to Member States.

Vytautas LUKAS, Head of Coast Guard Sector a.i. European Border and Coast Guard Agency (FRONTEX), explores "Frontex role in the development of European cooperation on Coast Guard Functions", the evolution of Coast Guard Functions cooperation in the European Union, with particular emphasis on the efforts made by specific EU Agencies dealing with many Cost Guard issues related to maritime domain: FRONTEX, EFCA and EMSA. Mainly focusing on Frontex' involvement in this development, the paper outlines the evolution of cooperation during the implementation of a Pilot Project, which focused on four main areas: information-sharing, surveillance services, capacity building and capacity sharing. Finally, the article deals with the evolution of Multipurpose Operations as a concrete area in which Coast Guard Functions cooperation has been tested, and will inevitably be enhanced and elaborated in the future.

Gaëtan BALAN, PhD in Law (candidate) of the Human Sea Program at the University of Nantes (France) looks at the evolution of Frontex "The role of coast guards in the European Union: an interagency implementation". Different actors fulfil the role of the coast guards in Member States, ordinarily entrusted to the police force, the armed forces, Maritime Affairs or a similar agency to that of the American Coast Guard. Three buckets of missions were identified: rescue and assistance at sea, regulation of maritime activities and risk prevention at sea. This presentation studies the European reality of coast guard missions in the fight against drug trafficking by sea, IUU fisheries, migrant trafficking by sea and maritime terrorism. These risks are a reality the European Union faces today and as such, gave rise to the implementation of recent European

Cap 0 libro 4.pmd 54 03/07/2018, 18:29

reforms on coast guards in the European Union. It was jointly tasked out to Frontex—as its primary mission—, EMSA and AECP to enforce in the European maritime space. This triptych coordinates with Member States to ensure the safety and security of European Union maritime areas. This reality warrants further examination through the construction of a European legal framework and the reform of Frontex, before concretely implementing the role of coast guards by European Union agencies.

The deployment of coast guards by the European Union gave rise to the reform of interagency powers. The Fisheries Agency mandates, similarly to those of the European Maritime Security Agency's, have been expanded to specifically mention the role of coast guards and their scope of authority. The coast guard role characterises the search for a synergy, which is supported by several stakeholders. The European Coast and Border Guard Agency will need to evolve over time, just like the European Union and Member States to better protect the maritime space in light of all the challenges they face.

The evolution of Frontex's powers led **Carole BILLET**, university lecturer at the University of Nantes (France) to question "What are Frontex's responsibilities?" The transformation of Frontex as a result to Regulation (EU) No. 2016/1624 of the Parliament and the Council on 14 September 2016 allowed to assign shared responsibility of the new agency and national authorities responsible for border management[84]. Clarifying the role of this reformed agency seems to be the necessary corollary to strengthen its powers and approaches. The evolution of "accountability" provisions pertaining to Frontex was considered as part of the clarification of statuses of all EU decentralised agencies in the institutional context. The Agency's responsibilities seem to be multifaceted and the English regulation makes a distinction between the terms *accountability* and *responsibility*.

The first form of responsibility is the Agency's general responsibility policy in regards to EU institutions, which it takes on solely when accountable for the missions it takes on. This responsibility is extended in the new regulation in line with the increased powers it has. The second form is the responsibility towards individuals which is both civil and criminal. It is also shared when activities are executed in collaboration with Member States. This is a significant innovation of the regulation. Article 72 of the Regulation stipulates a complaints-handling process to address any human rights violations. The EU Court of Justice has the jurisdiction to hear cases regarding compensation for damages caused by the Agency. The conditions governing liability seem to be rigorous.

84) Celle-ci reste communément appelée « Frontex " conformément aux précisions sur ce point dans le Règlement, voir le considérant 11 du règlement (UE), 2016/1624.

Cap 0 libro 4.pmd 55 03/07/2018, 18:29

We are still searching for the key to understand the complexity of the law of the sea in the international, national and regional divisions. Maritime environment protection is now not the decorum but the engine, the condition and the matrix of this complexity. It seems clear to us in this publication, constructed in three volumes. The second volume focuses on the exploitation of offshore gas and petrol, and fossil fuels and how we need to stop using them to mitigate climate change. France can easily prohibit its search and exploit because it does not have such resources, but this is much more complicated for Eastern Mediterranean states and Norway. Can this exploitation help the transition or delay the latter? Russia and the U.S.A. seem like States that have not bypassed industrial logic. Third, we look at how regional dimensions consider maritime security, human rights at sea and the new European coast guard and border agency. The diversity of issues is as present as legal complexity.

Cap 0 libro 4.pmd 56 03/07/2018, 18:29

CHAPTER 1
Sanctuariser pour préserver : les aires marines et côtières protégées en Tunisie face à une gouvernance environnementale fragmentée

Racha SALLEMI

Géographe – Chercheuse associée à l'UMR 208 PALOC – Muséum National d'Histoire Naturelle (IRD/MNHN), Paris, France
Maître-assistante à l'Université de la Manouba – UR BiCADE, Tunisie*

Abstract: *For a long time, a sanctuarist approach, whereby different levels of restrictions are placed on access to natural resources, dominated the vision of the experts charged with protection and conservation policies for coastal and marine ecosystems. In this context, it is important to also consider the sometimes close relationship between ecology and geography. It is worth noting, in this respect, that ecology and geography strive towards two opposite intellectual poles, the one «pessimistic and biocentric», other «optimistic and anthropocentric», and therefore the close relationship between these two disciplines can explain the weakness of the contributions of advances in ecosystemic ecology at the level of geography. If this disciplinary divergence is then transposed into the context of institutional custodianship of coastal regions and marine areas, we find a surprisingly similar pattern with, on the one hand, biodiversity management, which remains the prerogative of almost exclusively protectionist institutions. On the other hand, we find «the development of coastal regions» which, as a state development policy, jostles for position with «sanctuarists», producing a contentious relationship between two policies implemented within the same state. This tension between the search for «biological order» and the fear of «social riot» is what this paper aims to highlight across a theoretical analysis of the mechanisms of environmental governance in Tunisia.*

*E-mail : racha.sallemi@ird.fr

Cap I libro 4.pmd 57 28/06/2018, 17:45

Résumé *: Les logiques sanctuaristes traduisant la mise en place de restrictions plus ou moins complètes de l'accès aux ressources naturelles ont pendant longtemps dominé la vision des experts chargés des politiques de protection et de conservation des écosystèmes littoraux et marins. Aussi retrouvons-nous dans ce contexte les relations parfois tendues entre l'écologie et la géographie. Il est à noter à ce propos qu'écologie et géographie tendent vers deux pôles intellectuels contraires, l'un « pessimiste et biocentrique », l'autre « optimiste et anthropocentrique » et que les relations ténues entre ces deux disciplines expliquent la faiblesse des apports des avancées de l'écologie écosystémique au niveau de la géographie. Si on transpose alors cette divergence disciplinaire dans le contexte de la prise en charge institutionnelle du littoral et des espaces marins, on retrouve alors un schéma étonnamment similaire avec d'un côté la gestion de la biodiversité qui reste l'apanage d'institutions presque exclusivement protectionnistes. De l'autre côté, on retrouve « l'aménagement du littoral » qui, en tant que politique de développement des États, bouscule les positions « sanctuaristes » et engendre des relations conflictuelles entre deux politiques exercées au sein d'un même État, les situant ainsi entre la quête de « l'ordre biologique » et la peur du « désordre social » que cette contribution tente de mettre en évidence à travers une analyse théorique des mécanismes de la gouvernance environnementale en Tunisie.*

Cap I libro 4.pmd 58 28/06/2018, 17:45

I. INTRODUCTION

La Commission mondiale des aires protégées (CMAP), organisme sous la tutelle de l'Union mondiale pour la nature (UICN), définit l'aire protégée comme étant une aire terrestre et/ou marine dédiée à la protection et à la conservation de la diversité biologique et de ses ressources naturelles et culturelles associées, et gérée à travers des instruments juridiques ou d'autres moyens appropriés. Dans le même ordre d'idées, l'aire marine protégée est définie comme tout espace intertidal ou infratidal, ainsi que ses eaux sus-jacentes et sa flore, sa faune et ses caractéristiques historiques et culturelles, que la loi ou d'autres moyens efficaces ont mis en réserve pour protéger tout ou partie du milieu ainsi délimité (UICN, 2005). En reprenant les termes utilisés par A. Phillips (2000), les aires protégées constitueraient un symbole de l'idéal humain à son plus haut niveau ; elles sont ainsi le reflet d'une vision à long terme et d'un sens extraordinaire des responsabilités de l'homme et de la nature. À ce titre, une Aire Marine Protégée (AMP) est une zone exclusivement ou majoritairement marine. Cette nuance en termes de spatialisation est précisée par Froger et Galletti (2007) qui affirment qu'une aire marine inclut certes le milieu marin, mais peut également comprendre des îles, des portions d'aires terrestres, ou des portions de littoral remontant jusque sur les bassins versants comme dans le cas des mangroves au Sénégal ou en Thaïlande. Au sein de ces espaces, des mesures particulières de gestion sont mises en œuvre dans un objectif de protection des zones marines et côtières particulièrement menacées, et ce par la création de tels périmètres qui vise la protection durable de la grande diversité spécifique de la mer. Dans ce contexte, la mise en place de cet outil de conservation revêt le plus souvent l'aspect d'une sanctuarisation à outrance des espaces à protéger et laisse le politique devant les perspectives de conflit et de conciliation pour des usagers qui auront perdu l'accès à un espace-ressource.

Cette contribution tente alors de jeter la lumière sur la dualité entre la quête de l'ordre biologique symbolisé par le sanctuarisme écologique et la réaction du désordre anthropique symbolisé par les usages des populations, à travers lesquels le politique se positionne de plus en plus comme un arbitre que comme un réel décideur. La compréhension de la gestion des littoraux implique alors l'étude des différents acteurs intervenant dans la gestion ou ayant la jouissance d'un territoire et demeure visualisable à travers le prisme des rapports de pouvoir ainsi que les conséquences sur la dynamique et l'évolution des milieux naturels. Selon Guerin (2001), poser cette problématique en termes de stratégies d'acteurs est relativement nouveau et cela ne pose pas de problème fondamental, mais demeure néanmoins l'ambiguïté sémantique de ce concept face à des termes plus habituellement employés comme tactique ou politique (Guerin, 2001). Cette démarche permet donc l'introduction d'un autre type d'acteur : l'acteur-gestionnaire par opposition à celui d'acteur-usager.

Cap I libro 4.pmd 59 28/06/2018, 17:45

II. LA PORTÉE DES AIRES MARINES PROTÉGÉES DANS LA GESTION INTÉGRÉE DES LITTORAUX ET DES ESPACES INSULAIRES

II.1. Positionnement théorique et opérationnel des AMP

Les aires marines protégées constituent ainsi un outil essentiel de lutte contre toutes sortes de menaces à l'encontre de la biodiversité marine, par la réglementation stricte des activités qui y sont menées et la protection des écosystèmes et habitats naturels, dans une double perspective d'équilibre écologique et de développement durable (Kelleher, 1999). L'établissement des aires marines et côtières protégées est régi en droit international par un ensemble d'instruments juridiques.

La Convention sur la diversité biologique (CDB) a joué un rôle majeur dans la consécration des aires marines et côtières protégées comme mécanisme de conservation du vivant biologique. Elle prescrit aux États, en son article 8(a), d'établir un système de zones protégées ou de zones où des mesures spéciales doivent être prises pour conserver la biodiversité. Ces zones sont déclinées en deux niveaux de gestion : celles au sein desquelles les menaces sur l'environnement sont gérées et des prélèvements autorisés dans une perspective d'utilisation durable, et celles où les activités anthropiques sont contrôlées, voire interdites dans un souci de maintien ou de restauration de l'intégrité des écosystèmes. À cet égard, le programme de travail mis en place par la CDB vise à mettre en place et conserver des aires marines et côtières protégées, adéquatement gérées et viables du point de vue écologique. Il s'agit également de contribuer à un réseau mondial d'aires marines et côtières protégées. Ce dernier serait établi à partir des réseaux nationaux et régionaux et soumis à différents niveaux de protection, au sein duquel les activités humaines seront gérées conformément aux lois nationales, aux politiques et programmes régionaux, aux pratiques traditionnelles et culturelles et aux accords internationaux. La finalité de ce type d'action sera de maintenir la structure et le fonctionnement de toute la gamme des écosystèmes marins et côtiers, au profit des générations actuelles et futures (Chape *et al.*, 2003).

Sur un plan scientifique, les aires marines protégées sont reconnues comme plus aptes à protéger les espèces menacées qu'un statut réglementaire standardisé et couvrant plusieurs espaces protégés, dans la mesure où elles protègent l'ensemble des écosystèmes et biotopes dont dépendent les espèces menacées et où elles permettent une surveillance renforcée et efficace. Toutefois, si elles concrétisent les impératifs de la conservation de la biodiversité face aux menaces sur les écosystèmes et au manque d'efficacité du contrôle des pêches (Chaboud *et al.*, 2008), les AMP demeurent néanmoins un champ d'expérimentation de la gestion intégrée des zones côtières (David, 1998b) dans le sens où ces dernières ont connu de fréquents échecs et ont généré des conflits conséquents à leur mise en place sous une forme sanctuarisée (Cormier-Salem, 2006). De même, les logiques d'intégration des

Cap I libro 4.pmd 60 28/06/2018, 17:45

populations locales ainsi que les approches participatives ont également montré leurs limites.

Nous assistons dès lors à un « repli biologique » orchestré par des ONG internationales (Aubertin *et al.*, 2008) face aux complications suscitées par la multiplicité des acteurs et donc des usages ainsi que le poids des « jeux d'acteurs » (Crozier et Friedberg, 1977). Par ailleurs, la CDB et les approches globales de la conservation ont intégré dans leurs objectifs la préservation des pratiques et des savoirs locaux, ce qui en soi correspond à une reconnaissance de leur valeur patrimoniale (Cormier-Salem et Roussel, 2005). Par rapport aux deux courants de la conservation cités plus haut, la place des savoirs locaux en tant que patrimoine se situe en deçà des préoccupations à la base des aires protégées et s'en retrouvent souvent négligés par une polarisation soit vers des enjeux économiques soit vers ceux relatifs à la conservation de la biodiversité.

Ainsi, par rapport à des AMP assimilées à des outils de conservation, les savoirs locaux ne constitueraient-ils pas une « porte d'entrée » à l'élément social au sein des démarches de la conservation ? Peut-on considérer les traditions intrinsèques aux usages marins comme un « alibi » justifiant un usage qui ne serait pas menacé par des limites d'accès à la ressource qui seraient figées ? Les travaux de Berkes (1999) ainsi que ceux de Cormier-Salem et de Roussel (2000, 2002, 2005) tendent à confirmer ces hypothèses par rapport à un zonage des espaces basé sur une gradation des règles d'accès et d'usage. Cela laisserait ainsi une certaine marge à des usages marins traditionnels respectueux des écosystèmes marins. Ce type de protection graduelle reflète une modification progressive des perceptions des scientifiques et des gestionnaires vis-à-vis de ce patrimoine culturel marquant un passage du dénigrement vers une logique de promotion environnementale et/ou commerciale (Yildiz, 2013).

Dans cette perspective, croiser les niveaux de savoirs théoriques et empiriques forme une ossature de plus en plus reconnue et appréciée pour tout projet de conservation. L'intervention des sciences humaines et sociales se traduit alors par une relativisation de la distance entre les savoirs scientifiques et les savoirs profanes (Barthélémy, 2005), mais également entre recherche d'un côté et expertise de l'autre. Le chercheur en sciences sociales, et particulièrement la Géographie, devient alors une sorte de catalyseur du « co-management » (Olsson *et al.*, 2004) de l'espace car il tient compte des interactions entre l'élément social, les enjeux économiques et les risques sur le milieu naturel. Toutefois, la concrétisation effective de cette approche du co-management tarde à se mettre en pratique en raison des conflits entre expert et usagers locaux sur les mesures de protection, mais également en raison de l'absence de mécanismes d'« assimilation » des savoirs locaux au sein de la démarche de la recherche scientifique. On assiste ainsi à l'apparition de solutions intermédiaires tentant de concilier le triptyque cité plus haut et qui favorise l'émergence de « territoires négociés ». Ces derniers se traduisent au niveau des espaces sensibles par ce que l'on qualifie alors d'« espaces de conservation graduelle ». Toutefois, ces niveaux

Cap I libro 4.pmd 61 28/06/2018, 17:45

intermédiaires de gestion trouvent un faible écho en Tunisie de par la dominance des logiques verticales et sanctuaristes dans le système de gouvernance environnementale.

II.2. Le poids des logiques sanctuaristes en Tunisie et la faible pénétration du concept de « co-management »

II.2.1. La question de la gouvernance environnementale soulevée par les AMP en Tunisie

De manière encore plus frontale, on peut dire que les écologistes les plus exigeants voient dans la gestion locale communautaire un moyen de contourner des pouvoirs en place généralement perçus comme défavorables à leurs vues et/ou inefficaces ; tandis que leurs adversaires y trouvent une occasion d'ériger les populations locales en victimes de l'État régulateur, des urbains et/ou de « l'ingérence écologique » des Occidentaux (Rossi, 2001).

Toutefois, notre contexte local ne se présente pas sous la forme d'un schéma classique dans lequel l'État est défaillant et où ce dernier est accompagné jusqu'à une régulation forcée de son territoire marin. Les appréhensions et les résistances locales face à ce que Hufty *et al* (1995) ont qualifié de « néo-colonialisme vert » auraient certainement mis en échec tout projet n'étant pas porté par l'État. En effet, le paradoxe de la gestion environnementale en Tunisie fait que l'État se « légitimise » de mener une politique environnementale, alors qu'en réalité il ne fait que récupérer les initiatives, relatives aux conventions internationales qu'il a signées, aux lobbyistes environnementaux chargés du volet exécutif de ces conventions. Cette « récupération » se traduit alors par un contrôle à la fois des objectifs et des résultats des initiatives environnementales au moyen d'un « encadrement serré » par ses propres structures de gestion. Toutefois, si cet encadrement pourrait facilement être perçu comme un « chaperonnage environnemental local », il n'en demeure pas moins qu'il permet à l'État d'acquérir un savoir-faire technique et conceptuel en matière de protection des écosystèmes, mais également d'affirmer sa propre maîtrise du territoire et de se faire valoir ainsi comme le garant de la protection de l'Environnement.

Si la volonté de mettre en place une politique environnementale était plus tournée vers le consensus avec les impératifs économiques, il est à signaler que les institutions en charge des programmes environnementaux étaient « réellement » concernées par les questions environnementales mais elles souffraient (et souffrent encore) d'un manque de moyens matériels, de l'absence d'une assise juridique claire et, plus important, d'une volonté politique capable de porter ces projets environnementaux face aux acteurs économiques. Ce déficit en matière de moyens et de volonté politique les pousse vers la quête de coopération internationale, en instiguant indirectement un lobbying environnemental international auprès des politiques locaux, et à chercher également des programmes à financement extérieur afin de pallier les longues

Cap I libro 4.pmd 62 28/06/2018, 17:45

démarches pour l'inscription des projets environnementaux au budget de l'État. Auquel cas, ces institutions visent dans leurs actions protectrices des espaces éloignés des populations afin d'éviter les conflits potentiels avec les populations locales, source de « délégitimisation » de l'État et auxquels les décideurs politiques sont assez sensibles.

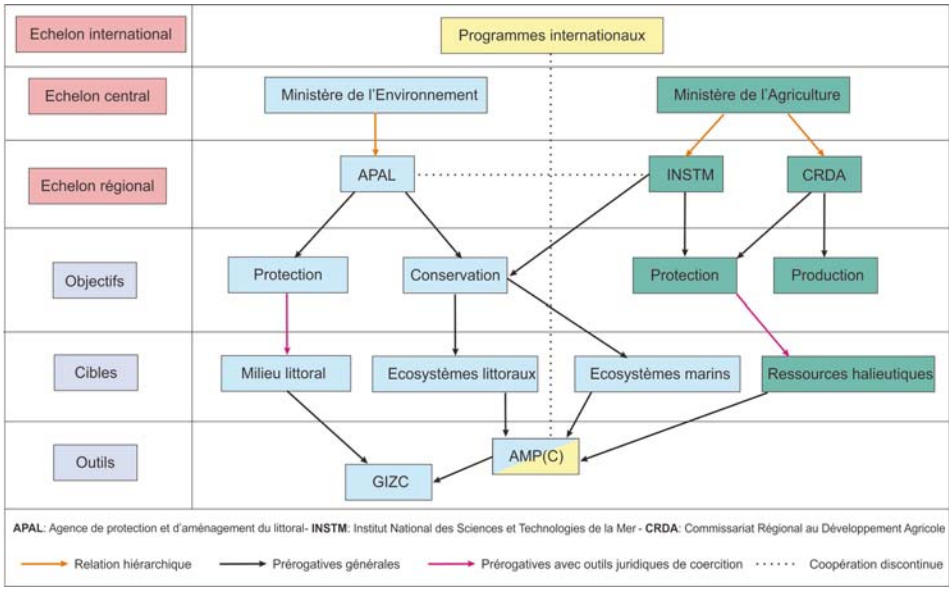
Selon Dahou et Weigel (2005), les recommandations des forums internationaux sur l'environnement mettent de plus en plus l'accent sur la nécessaire association de tous les « porteurs d'enjeux » et notamment les populations démunies. Par rapport à ces recommandations, l'État tunisien accorde peu de crédit à cette démarche dans sa politique environnementale, n'ayant ni la volonté politique ni les moyens juridiques de la concrétiser. Plus que toute autre chose, le niveau institutionnel tend à être réticent face à l'implication d'autres acteurs dans la gestion environnementale, fussent-ils également institutionnels. La responsabilité de la prise de décision et des actions entreprises en matière de conservation ne pourrait, selon eux, être partagée. De ce fait, les modalités techniques et les choix opérationnels relatifs aux mesures de conservation doivent dans une large mesure être les choix propres de l'administration en charge, ceci afin d'éviter tout dérapage à la fois dans l'élaboration du « projet environnemental » et dans sa gestion ultérieure. Il faut savoir que ce mécanisme de gouvernance « à responsabilité technico-politique limitée » est caractéristique de l'héritage du système politique en vigueur en Tunisie depuis plus d'un demi-siècle. L'autoritarisme politique a laissé en effet des empreintes au niveau de la gouvernance telles que le nouveau pouvoir démocratique et la société civile devront fournir beaucoup d'efforts afin de faire évoluer les pratiques de l'administration publique ; ces pratiques étant fortement marquées par le centralisme et l'indépendance opérationnelle. Cette indépendance opérationnelle ainsi que l'absence d'une volonté de coopération entre les institutions de l'État (tous les échelons confondus) sont dues en grande partie à la diversité des politiques publiques. Entre les enjeux environnementaux et les enjeux économiques (tourisme, pêche, industrie), celles-ci tendent en effet à s'inscrire dans des contextes socio-politiques et à s'appuyer sur des stratégies divergentes. La cause de ces divergences est que l'État, dans sa politique de développement régional, envisage généralement ses actions de manière sectorielle et accorde peu d'importance à l'aménagement du territoire (et du littoral) en tant qu'outil de « coordination du développement » et encore moins à une approche du type « gouvernance environnementale ».

Dans le cas des aires marines protégées, les politiques sont alors orientées tantôt par des légitimités concurrentes, tantôt par un modèle hiérarchique, tantôt par le principe de concession communautaire (Dahou et Weigel, 2005). À ce propos, les légitimités concurrentes marquées par des « stratégies de coopétition » (Le Roy et Yami, 2007) relèvent dans notre cas de « visions de la conservation » émanant de structures institutionnelles certes différentes mais qui s'inscrivent dans une partie des objectifs de la Gestion Intégrée des Zones Côtières (GIZC) en général et des AMP en particulier (cf. fig. 1). Sur ce dernier point, le principe de concession communautaire au niveau des AMP, s'il existe, s'apparente dans le cas des projets environnementaux en Tunisie à une réalisation dudit projet puis à un « laisser-faire »

Cap I libro 4.pmd 63 28/06/2018, 17:45

ultérieur par rapport aux règles d'usage, d'autant que les instruments de coercition spécifiques à l'AMP n'ont pas encore été décrétés. On en déduit ainsi l'importance de l'enjeu légitimiste qui se cristallise alors selon deux dimensions bien distinctes. La première dimension concerne une légitimation vis-à-vis des instances internationales et des conventions signées par l'État au moyen d'une « législation environnementale de façade » tandis que la deuxième dimension concerne, comme nous l'avons signalé, un laisser-faire par rapport à cette législation. À cela s'ajoute l'éclatement des compétences territoriales en matière de gestion de la biodiversité marine qui affaiblit en somme l'appropriation institutionnelle des projets environnementaux.

Fig. 1. Schéma des relations et des objectifs institutionnels en rapport avec les enjeux environnementaux de la GIZC en Tunisie (Sallemi, 2014)



Nous retrouvons d'un côté, l'Agence de protection et d'aménagement du littoral (APAL), institution sous tutelle du ministère de l'Environnement chargée de l'élaboration et la gestion des AMP. Les actions de cette agence sont motivées par la conservation de la biodiversité et la protection des zones littorales contre tous types de dégradations. De l'autre côté, le Commissariat régional au développement agricole (CRDA) et l'Institut national des sciences et technologies de la mer (INSTM) qui sont sous la tutelle du ministère de l'Agriculture et qui sont chargés d'évaluer la richesse halieutique et de la protéger dans un souci de maintien de la production à des niveaux suffisants pour alimenter le marché national.

Il transparaît alors une association d'objectifs émanant de structures certes indépendantes, mais comptant parmi les buts recherchés à travers l'instauration des AMP. Cette instauration qui résulte dans notre cas d'initiatives publiques mais qui

Cap I libro 4.pmd 64 28/06/2018, 17:45

sont induites par des organismes internationaux au moyen de conventions créatrices de patrimoines naturels (Cormier-Salem, 2006). Par rapport au processus de coopération entre ces diverses institutions, il apparaît donc que les programmes internationaux de conservation de la biodiversité marine semblent jouer le rôle d'un catalyseur pour créer des liens de coopération à travers des projets liés aux champs de compétences de chaque institution. On citera à titre d'exemple le réseau des gestionnaires d'AMP en Méditerranée (MEDPAN), le Plan d'action pour la Méditerranée relatif à la convention de Barcelone (UNEP-MAP), le Programme méditerranéen d'assistance technique environnementale (METAP) et le Centre d'activités régionales pour les aires spécialement protégées (CAR/ASP).

Considérant les mécanismes de création des AMP, ces liens se traduisent concrètement par la mise en commun de programmes de recherches sur les espèces marines (faune et flore), leurs potentialités et leurs niveaux de dégradation. Les résultats de ces recherches faites généralement par l'INSTM (associé parfois à l'IFREMER) sont communiqués à l'observatoire du littoral qui traite ces données, les synthétise et à partir desquels des plans d'action sont envisagés. Toutefois, selon nos entretiens avec des responsables appartenant à ces institutions, ce mécanisme de coopération, s'il existe, n'est utilisé que dans le cas de projets ponctuels et ne s'inscrit pas dans une optique de gestion continue qu'exige un projet du type AMP. Cette dernière émane alors d'une initiative de programmes internationaux que l'APAL est chargée de concrétiser en vertu des conventions signées par l'État.

Il est à noter également que ce projet de protection ne concerne pas seulement l'espace marin mais aussi les îles en tant qu'espace insulaire à protéger, d'où l'emploi par les structures de l'État chargées de la protection de l'environnement et du littoral du terme AMCP (Aire Marine et Côtière Protégée)[1]. L'usage même du terme « AMCP » est dû principalement au champ territorial de compétence de l'APAL qui comprend à la fois les zones côtières et les espaces insulaires. Nous voyons alors l'État, en tant que gestionnaire environnemental, s'accrocher à la composante terrestre et hésiter à s'engager sur un espace marin sur lequel, juridiquement, il n'a que peu d'éléments d'emprise. Ceci est dû en grande partie à une méconnaissance des enjeux mais également à un déficit en matière d'articulation entre les compétences. Ces compétences sont alors nécessairement multiples eu égard à la complexité d'une gestion en tandem des composantes terrestres et maritimes des espaces littoraux et insulaires.

1) Les textes juridiques ainsi que l'administration publique emploient tantôt le terme d'AMP et tantôt celui d'AMCP. Toutefois, la notion d' « espace insulaire » n'est ni mentionnée au niveau des textes juridiques ni même dans le discours officiel.

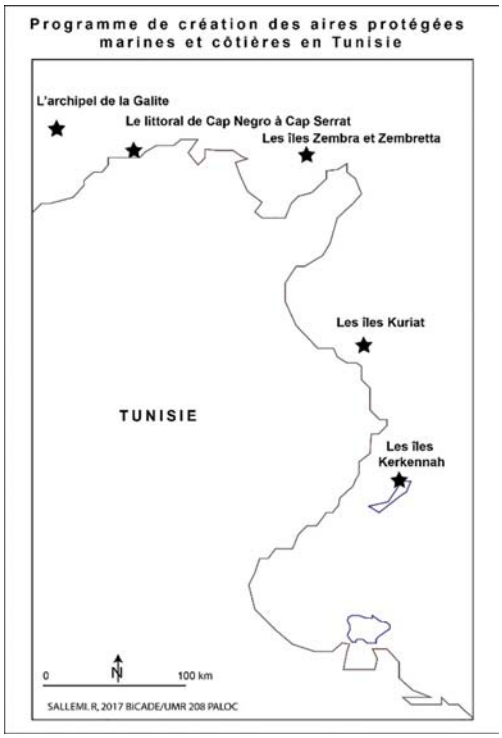
Cap I libro 4.pmd 65 28/06/2018, 17:45

II.2.2. L'importance du poids des acteurs par rapport aux enjeux de l'AMP

Il est à signaler que la loi n° 2009-49 du 20 juillet 2009, relative aux aires marines et côtières protégées, est demeurée « lettre morte ». En effet, il était ainsi prévu de développer une nouvelle réglementation d'application sur la création des Aires Marines Protégées au niveau des sites sensibles définis par l'APAL (.cf. fig. 2) et qui devait être adoptée en 2014. Or il n'y a eu qu'un seul décret promulgué qui concerne les infractions (décret n° 2014-1845 du 19/05/2014) et aucune Aire Marine et Côtière Protégée n'a été instaurée par un texte de loi qui délimite son emprise. À ce propos, le retard dans la promulgation des décrets d'application de ladite loi était dû principalement aux nombreuses réticences des pouvoirs publics à se confronter au syndicat des pêcheurs et aux promoteurs touristiques.

À cet égard et à titre d'exemple, le projet d'AMP aux îles Kuriat connaît une vive résistance des opérateurs touristiques étant donné que ces dernières constituent une attraction de choix pour les touristes résidant au sein de la zone touristique de Monastir. Une fois l'AMP décrétée, l'accès aux îles sera très réglementé et soumis à autorisation. D'après nos entretiens avec les responsables de l'APAL, l'accès ne sera autorisé qu'à des fins de recherches scientifiques.

Fig. 2. Sites identifiés par l'APAL faisant l'objet de projets d'AMCP



Cap I libro 4.pmd 66 28/06/2018, 17:45

En outre, nos entretiens avec des responsables au sein du ministère de l'Environnement ont révélé que les décrets d'application relatifs à la loi sur les aires marines protégées[2] ont été « retardés », officiellement, pour cause de révolution et de changement institutionnels. Toutefois, officieusement et comme nous l'avons signalé plus haut, ce sont des pressions exercées par les acteurs locaux depuis 2009[3] qui ont bloqué toute prise de décision vis-à-vis des projets de décrets. Selon nos entretiens, ces acteurs locaux (syndicat et grands pêcheurs) possèdent un accès à l'information et sont bien introduits au niveau central. Cela leur permet alors d'influer sur le processus décisionnel « central » à partir de l'échelon régional. Cet état de fait témoigne des enjeux financiers importants qui caractérisent la zone et l'exploitation halieutique. À titre d'exemple, le projet d'AMP aux îles Kuriat rencontre une opposition de près de 52 % des pêcheurs enquêtés contre 38 % favorables et 10 % s'estimant non concernés (Sallemi, 2014). Toutefois, l'établissement d'une AMP aux îles Kuriat rencontre un accueil plutôt favorable chez les pêcheurs pratiquant la « pêche artisanale » qui, conscients que la zone est le principal lieu de frayage de la baie, s'accordent sur les bénéfices qu'ils pourraient avoir si on y interdisait la pêche mais seulement si cette interdiction était appliquée à tous et sans passe-droit comme ce fut la pratique ces dernières années.

D'une manière générale, en Tunisie, l'intensité de la « communautarisation territoriale » est le fruit de la confrontation d'une stratégie d'acteurs initiée du niveau central vers un échelon local peu réceptif étant donné l'absence de mécanismes participatifs. Selon David *et al* (1999), cette attitude « négative » a trois explications.

La première porte sur la faible adhésion des communautés locales à la stratégie des acteurs supralocaux et supranationaux[4] qui s'articulent entre eux selon une relation de « lobbying environnemental » dans le but d'encourager l'État à mettre en place des AMP. Cette dernière est considérée comme génératrice de contraintes nouvelles qui sont imposées (à brève échéance) aux groupes locaux et qui ne peuvent être compensées à court terme par les bénéfices futurs de l'effet de « réserve » (la reconstitution des stocks halieutiques). En effet, ces bénéfices ne sont perceptibles qu'à moyen terme (au minimum 5 ans) et concerneraient uniquement les petits pêcheurs. Ces derniers qui, de leurs propres aveux, n'ont « plus rien à perdre » car étant difficilement capables d'augmenter leur effort de pêche. Quant aux pêcheurs mieux équipés, il apparaît que ce sont eux les principaux responsables de la surexploitation des stocks. Ces derniers, percevant leurs propres prélèvements sur la ressource comme étant minimes, ils considèrent l'AMP comme une menace et militent au sein des syndicats locaux (UTAP) pour annuler les projets.

2) Loi n°2009-49 du 20 juillet 2009.

3) Soit deux années avant la révolution du 14 janvier 2011.

4) Cf. Initiative pour les Petites îles de Méditerranée (PIM).

Cap I libro 4.pmd 67 28/06/2018, 17:45

Dans un contexte de difficultés économiques de la pêche côtière en Tunisie, les projets d'AMP pourraient pourtant s'avérer une stratégie gagnante permettant d'assurer la co-viabilité du milieu naturel et des groupes sociaux qui l'exploitent. Or, selon les pouvoirs publics et les décideurs en général : *« pour être acteur économique, il faut exploiter la ressource et alimenter des filières économiques »* (David et Thomassin, 2007). On est là dans un schéma de stricte relation prédateur/proie, duquel est exclu le territoire. Dans ce schéma, les pêcheurs et tout pratiquant de la mer conçoivent leur relation à la ressource comme une relation territoriale : *« cette ressource est à moi, car elle est sur le territoire que je revendique comme étant le mien, même si je ne l'exploite que de manière anarchique »* (David *et al.*, 1999).

Dans ce contexte, il apparaît ainsi clairement que contraindre les usagers à accéder à l'espace halieutique demeure bien plus problématique que de les contraindre à accéder à la ressource : c'est cette « contrainte territoriale » qui catalyse en partie leur passage de « simples usagers » au statut d'acteurs du territoire. Ce statut acquis, s'il est considéré par l'État comme une menace à ses prérogatives et à son mode de fonctionnement, comporte des facettes intéressantes comme celle de l'autorégulation de la pêche illégale.

La seconde explication porte sur le sentiment des pêcheurs qui, en tant que citoyens/acteurs et parties prenantes, ne sont pas reconnus dans le processus d'aménagement que constitue le projet de la création des AMP aux îles Kuriat. Selon David et Thomassin (2007), ce processus relève à la fois du politique, matérialisé par le territoire de la règle, et de l'économique, matérialisé par le territoire de développement, mais oublie l'identitaire si ce n'est à travers des équilibres de pouvoir local qui sont pris en compte, officieusement, quand il s'agira de définir des règles d'usage.

En fait, c'est le devenir même des îles et des zones côtières, de leurs usagers et d'une large partie de la communauté de la baie qui se joue actuellement. Ce questionnement ne fait pas encore l'objet de débat public en raison des enjeux importants relatifs aux différents usages. Toutefois, si ce débat ne semble pas intéresser les populations riveraines pour lesquelles les îles sont trop éloignées de leur réalité quotidienne, il n'en demeure pas moins intense auprès des usagers de par l'action d'acteurs invisibles qui contribuent à le retarder voire même l'éviter. De plus, outre le fait de l'opposition de ces derniers à la création de l'AMP, la question soulevée par nos enquêtes est telle que les pêcheurs locaux affirment que ce sont des pêcheurs étrangers à leurs régions respectives qui constituent le plus de risque de destruction des écosystèmes. Cette mise en défense justifie d'autant leur propriété sur le territoire que ces derniers suggèrent qu'eux seuls auraient le « droit d'usage » de la future AMP. Ainsi, pour avoir le droit d'accéder à la ressource halieutique, il faut intégrer la communauté territorialement et historiquement liée aux îles à travers l'activité de pêche. Cette territorialité identitaire qui s'exprime au travers des revendications d'accès libre à la ressource que le projet d'AMP est censé contraindre ne porte donc pas uniquement sur l'espace marin des îles mais aussi sur l'ensemble du territoire

Cap I libro 4.pmd 68 28/06/2018, 17:45

(David *et al.*, 2006). Il s'agit dès lors pour les pêcheurs locaux de protéger la communauté en « communautarisant » l'espace marin. Il est à noter que ce repli communautaire des pêcheurs concernés par la classification des sites sensibles est relativement récent et répond aux menaces communes que constituent l'aquaculture, les chalutiers étrangers et les projets d'AMP.

III. LES LIMITES SOCIALES DE LA QUÊTE D'UN ORDRE BIOLOGIQUE ABSOLU

III.1. Quelles perspectives pour une acceptabilité sociale des projets d'AMP ?

Dans ce contexte, les projets d'AMP cristallisent leurs angoisses communes quant au manque de perspectives favorables que réserve l'avenir et deviennent l'objet symbolique de la crispation identitaire d'une partie de la population. Cette population pour qui l'État est incapable de soumettre toutes les parties aux règles d'usage et de protéger donc cet espace ressource pendant suffisamment longtemps pour que les bénéfices soient perceptibles. Existe-t-il alors un moyen de réduire les risques de conflit (avec l'État) ? Probablement oui, si les pouvoirs publics et les élus locaux entament une réflexion sur l'avenir des îles Kuriat qui associerait les principales parties prenantes. On ferait alors appel à des intermédiaires ou managers qui serviront de négociateurs et d'interface entre ces deux groupes. Selon Ramirez (1999), il s'agit en fait de comités de gestion mandatés à la fois par l'administration et les populations locales. Ces comités incluent alors des représentants des différentes « factions » qui négocieront les droits d'usage(s) qui seront fixés sur un futur plan de gestion. L'expertise intervient à ce titre non comme partie prenante fixatrice de lignes rouges mais comme conseiller. Enfin, les principes qui guideront ces négociations tourneront principalement autour de l'équité dans la distribution des bénéfices et des concessions. Ces négociations déboucheraient en fin de compte sur des actions concrètes dans le but de préserver le patrimoine local (Cormier-Salem et Roussel, 2002). Ce patrimoine local qui associe dans notre cas à la fois le mode de vie d'une partie de la population littorale (aspects socio-culturels et socio-économiques) et les impératifs de la gestion de la biodiversité.

C'est vers cette conception que convergent les réflexions sur les AMP, car il devient impératif d'améliorer l'acceptabilité sociale des aires protégées et de parer ainsi aux critiques selon lesquelles au bout de cinq à dix ans de fonctionnement de l'AMP : *« on aura protégé les poissons mais on aura oublié les hommes vivant sur les îles voisines »* (David et Thomassin, 2007, 11). De ce fait, cela revient à dire que la protection de la biodiversité se sera faite au détriment des populations locales. En effet, il s'agit d'un principe de réalité, si on veut que les règles de gestion durable soient respectées et que les AMP ne soient pas des « AMP de papier ».

Cap I libro 4.pmd 69 28/06/2018, 17:45

Toutefois, le rôle des élus locaux et plus généralement celui du « local » est à envisager avec précaution lorsque l'on opère dans des pays, comme la Tunisie, marqués par un fort centralisme politico-administratif. Selon Rodary et Castellanet (2003), l'idée selon laquelle l'approche « localo-libérale » serait la forme parfaite de gestion des ressources naturelles et la meilleure organisation politique régissant les usages des espaces naturels est plus que discutable. En effet, par rapport au contexte tunisien, cette approche se trouve confrontée à des réalités politico-historiques du territoire telles qu'elles relèguent cette derrière à une simple construction théorique plus qu'à un mode de gouvernance (Aubertin *et al.*, 2008). Si les questions relatives aux montages institutionnels et aux mécanismes sous-jacents à la création de l'AMP sont déjà très complexes et constituent un défi aux approches envisagées jusque-là, celles relatives à la gestion de « l'après-AMP » le sont davantage. Face aux recompositions du « territoire des usages » (David *et al.*, 2006) induites par l'AMP, les modes de fonctionnement actuels de l'État le pousseront immanquablement vers une légitimisation de son action en mettant en valeur les « gagnants effectifs » et en occultant les revendications locales des « perdants effectifs » dont les usages auront disparu. Ainsi, au vu des récents développements en Tunisie après la révolution, les futurs conflits seront principalement concentrés non pas au niveau du « territoire de la règle » mais bien autour de la question des compensations. En effet, bien que les revendications locales soient connues au niveau central, les modalités techniques de l'AMP ont d'ores et déjà été fixées et tendent vers une logique sanctuariste en l'absence de mécanismes d'intégration de ces revendications.

Selon David et Thomassin (2007), les usagers gagnants qui profitent de la création de l'AMP vont développer une territorialité économique accrue lorsque la nouvelle économie émanant de l'AMP renforce l'attractivité du territoire. En revanche, les perdants potentiels et les perdants effectifs, ou du moins les usagers qui se sentent perdants et dépossédés de leur territoire des usages, vont développer une territorialité identitaire qui en s'exacerbant peut aller jusqu'à la « crispation identitaire » (David et Thomassin, 2007) qui pourrait menacer le cas échéant, si le poids politique communautaire est important, tout projet d'aire marine protégée et engendrer des relations conflictuelles « durables » entre communautés et institutions.

Dans ce contexte, le cas des AMP en Tunisie est assez révélateur des limites de l'intervention des institutions représentatives des populations locales dans les différentes étapes relatives à leur création. Toutefois, avant de détailler ce problème de représentativité locale, il est à signaler qu'en termes de compétence territoriale et de découpage administratif du territoire, les îles et les zones littorales concernées appartiennent à l'ensemble de la région. En effet, bien que les îles appartiennent aux gouvernorats, ces dernières n'appartiennent à aucune commune de ces derniers d'où la primauté du pouvoir du gouverneur dans tout ce qui se rapporte à ce territoire insulaire. Partant du principe que c'est aux élus locaux qu'il incombe de représenter les populations concernées par ce projet, les projets d'AMP devront composer au moins avec les élus des communes littorales territorialement compétentes. Les

Cap I libro 4.pmd 70 28/06/2018, 17:45

héritages locaux en matière de hiérarchie sociale ont fait que ces élus représentent presque exclusivement les voix des notables (dont les intérêts ne convergent pas toujours). En effet, nos entretiens et nos observations ont révélé que l'intérêt des pêcheurs locaux est rarement pris en considération par des élus locaux qui attachent plus d'importance aux préoccupations ainsi qu'aux acteurs « terrestres ». Pour ces raisons, et comme nous l'avons déjà montré, l'aboutissement des projets d'aménagement de grande envergure comme les AMP se basent alors sur une autorité régionale, non élue, qui négocie directement avec les parties prenantes institutionnelles sans que les élus locaux puissent jouer pleinement leur rôle tel que les principes de co-management ou encore tel que la gestion intégrée des zones côtières le définissent.

Il apparaît donc que les logiques de pouvoir et de contre-pouvoir, spécialement dans les pays en voie de développement, sont d'autant importantes que les enjeux dépassent dans de nombreux cas l'aspect économique formel. Ainsi, dans les pays en voie de développement, ces logiques de résistances suivent des chemins sinueux en matière de revendications sociales et politiques. Cela est dû en grande partie à l'absence d'une vision prospective par rapport aux espaces à protéger ainsi que d'une gouvernance environnementale dont les mécanismes associeraient les parties prenantes au processus de conception des AMP et à la prise de décision.

III.2. L'optique du « no man's land » et ses limites : l'alibi sécuritaire comme alternative pour la sanctuarisation ?

Les procédures de gestion des AMP en question qui sont proposées s'inspirent essentiellement des orientations nationales en matière de protection du littoral et de la biodiversité et aussi des plans de gestion des autres réserves naturelles. Ces derniers visent à traduire spatialement les objectifs de la préservation des richesses terrestres et marines. Toutefois, la gestion des aires protégées en milieu marin actuellement en Tunisie est caractérisée par le fait que les sites insulaires protégés comme les îles Zembra[5] sont des zones militaires[6] et, par conséquent, interdites d'accès aux usagers sauf à des fins scientifiques (après autorisation du ministère de la Défense nationale).

Il est à noter à ce propos que restreindre l'accès à une portion du territoire en Tunisie se fait généralement pour des motifs sécuritaires et concerne des zones éloignées des activités humaines (zones frontalières, îles, zones désertiques). Cette situation a permis d'éviter tous les problèmes de zonage et les éventuels conflits inhérents à des

5) Décret n°77-340 du 1ér avril 1977 portant création d'un parc national des iles Zembra et Zembretta comprenant les dites iles qui sont situées au large du golfe de Tunis.

6) Les îles Zembra et Zembretta servent de zones d'entraînement aux unités des commandos (section 51) de la marine nationale tunisienne.

Cap I libro 4.pmd 71 28/06/2018, 17:45

usages d'exploitation car, selon la loi d'orientation sur les AMP[7], même le mouillage à proximité des îles est interdit. Ainsi, dans le cas des AMP, cette approche du *« no man's land »* est loin de pouvoir constituer une démarche opérationnelle réalisable au vu de la proximité de certains sites sensibles avec les centres de population et du fait qu'elles soient une zone de passage obligatoire pour les pêcheurs vers la haute mer.

De plus, la fréquentation touristique de certaines îles comme les Kuriates et la Galite fait que les militaires chargés du fonctionnement des phares installés sur ces dernières ne peuvent s'opposer à l'afflux massif des usagers et ne peuvent que leur interdire d'y passer la nuit car ne disposant pas d'une juridiction limitant l'accès. En revanche, la réglementation en matière de construction en bordure de zones militaires est plus explicite.

En effet, les phares sont considérés par l'État comme étant des « installations militaires » et nécessitent à ce titre une zone de servitude minimale de 150 mètres à partir des limites de la zone militaire. La réglementation stipule également que tout projet qui concerne l'espace limitrophe doit recevoir la « non-objection » des autorités militaires. À partir de cette analyse, il apparaît évident que certains sites sensibles sont soustraits à la fois aux enjeux et aux débats locaux en termes d'usage et de fréquentation grâce à cette protection de la réglementation militaire.

Fig. 3. Manœuvres militaires conjointes tuniso-américaines sur le pont d'un croiseur Aegis au large de l'île de Zembra

7) Loi no 2009-49 du 20/07/2009.

Cap I libro 4.pmd 72 28/06/2018, 17:45

Cette situation nous renseigne alors sur l'importance de l'écho que puisse trouver cette alternative pour la sanctuarisation chez les tenants d'une logique conservationniste étant donné la faiblesse du cadre juridique. Elle renseigne également sur le fait que l'État, et particulièrement après la révolution, se réfugie derrière l'argument sécuritaire (ou de Défense Nationale) afin de se soustraire au débat public, avec lequel il est peu habitué.

IV. CONCLUSION

La question de la gestion environnementale en Tunisie est avant tout d'ordre institutionnel. En effet, la multiplication des intervenants et les enjeux politiques sous-jacents aux zones requérant une protection ont relégué les actions d'aménagement et de gestion au rang de « simples orientations » en occultant l'aspect opérationnel de ces mesures. De plus, l'inadéquation entre ces mesures et les réalités du terrain ont rapidement découragé les instances politiques locales à soutenir et à adopter ces actions. Ces mesures pourraient d'un point de vue technique contribuer à l'amélioration de la situation précaire des espaces dits « sensibles », mais les mécanismes qui ont contribué à leur réalisation ainsi qu'à leur application dans le futur constituent le principal élément de leur blocage. En effet, l'étude des acteurs et des mécanismes régissant la gestion de l'espace marin, au même titre que les autres dimensions ayant trait aux usages, ont révélé plusieurs enjeux intervenant dans les divers projets d'AMP en Tunisie et dont les orientations sanctuaristes tendent à occulter les revendications « maritimes » des acteurs locaux. Ces derniers se sont en effet approprié l'espace marin au moyen d'un processus de construction territoriale basé sur la littoralisation communautaire et l'activité de pêche. L'absence de débat public et transparent quant au projet des AMP favorise l'émergence de réseaux d'acteurs invisibles, pour lesquels la quête de leur intérêt économique et financier est absolue. Il en résulte alors l'émergence d'un système politique local, basé sur l'échelon régional, qui a trouvé son équilibre de fonctionnement par rapport aux contraintes locales en occultant le rôle des élus locaux et en axant son fonctionnement sur des médiations occultes entre les parties prenantes les plus influentes concernées par ces projets d'AMP. Toutefois, la question des compensations, du partage des bénéfices et des négociations sur les droits d'usages de ces espaces sensibles ont pris une tout autre dimension après la révolution du 14 janvier. Ainsi, si cette dimension pose de nouvelles bases plus en rapport avec la gestion intégrée, il est certain qu'elle générera également de nouvelles contraintes pour des institutions « environnementales » peu réceptives à ce type de gouvernance.

Cap I libro 4.pmd 73 28/06/2018, 17:45

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

AUBERTIN C., PINTON F., RODARY E. (2008). « Introduction : le développement durable, nouvel âge de la conservation ». Dans C. Aubertin, E. Rodary, *Aires protégées : espaces durables ?* (p. 17-27). Marseille : IRD.

BARTHÉLÉMY C. (2005). « Les savoirs locaux : entre connaissances et reconnaissance », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], *6*(1), http://vertigo.revues.org/2997.

BERKES F. (1999). *Sacred Ecology: Traditional Ecological Knowledge and Resource Management.* Philadelphia: TAYLOR & FRANCIS. 209 p.

CHABOUD C., GALLETTI F., DAVID G., BRENIER A., MÉRAL P., ANDRIAMAHEFAZAFY F., FERRARIS J. (2008). « Aires marines protégées et gouvernance : contributions des disciplines et évolution pluridisciplinaire ». Dans C. Aubertin, E. Rodary, *Aires protégées : espaces durables ?* (p. 55-81). Marseille : IRD.

CHAPE S., BLYTH S., FISH L., FOX P., SPALDING, M. (2003). *United Nations List of Protected Areas.* Cambridge: UICN. 44 p.

CORMIER-SALEM M.-C. (2006). Vers de nouveaux territoires de la conservation. Exemple des littoraux ouest-africains. *Annales de Géographie, 115*(651), 597-617.

CORMIER-SALEM M.-C., ROUSSEL B. (2000). Patrimoines naturels : la surenchère. *La Recherche* (333), 106-110.

CORMIER-SALEM M.-C., ROUSSEL B. (2002). « Patrimoines et savoirs naturalistes locaux ». Dans J.-Y. Martin, G. Leroy, *Développement durable ? Doctrines, pratiques, évaluations* (p. 125-142). Paris : IRD Éditions.

CORMIER-SALEM M.-C., ROUSSEL B. (2005). « Conclusion. De la reconnaissance de patrimoines naturels à la valorisation des savoirs locaux: Premier bilan et perspectives de recherches dans les pays du Sud ». Dans M.-C. Cormier-Salem *et al., Patrimoines naturels au Sud. Territoires, identités et stratégies locales* (p. 515-528). Paris : IRD Éditions.

CROZIER M., FRIEDBERG, E. (1977). *L'acteur et le système.* Paris : Éditions du Seuil. 500 p.

DAHOU T., WEIGEL J.-Y. (2005). « La gouvernance environnementale au miroir des politiques publiques. Le cas des aires marines protégées ouest-africaines ». *Afrique contemporaine, 1*(213), 217-231.

DAVID G. (1998). « Les aires protégées, laboratoires de la gestion intégrée des zones côtières : l'exemple des pays membres de la Commission de l'océan Indien. Dans *Dynamiques sociales et environnement : pour un dialogue entre chercheurs, opérateurs et bailleurs de fonds* (p. 343-360). Talence : Maison des Suds.

Cap I libro 4.pmd 74 28/06/2018, 17:45

DAVID G., THOMASSIN A. (2007). « Les aires marines protégées, petit voyage autour d'un territoire en mal de reconnaissance ». *1er colloque national sur les aires marines protégées. Quelle stratégie pour quels objectifs ?* Boulogne-sur-Mer : UICN. 15 p.

DAVID G., GUILLAUD D., PILLON P. (1999). « La loi du nombre (introduction) ». Dans G. David, D. Guillaud et P. Pillon, *La Nouvelle-Calédonie à la croisée des chemins* (p. 15-36). Paris : IRD Éditions.

DAVID G., MIRAULT E., QUOD J. THOMASSIN, A. (2006). « Les concordances territoriales au cœur de la gestion intégrée des zones côtières : l'exemple de La Réunion ». Colloque *Interactions Nature-Société, analyse et modèles* (http://letg.univ-nantes.fr/colloque/actes.htm). La Baule : Univ Nantes.

FROGER G., GALLETTI F. (2007). Introduction. *Mondes en développement, 2*(138), 7-10.

GUERIN J.-P. (2001). « Patrimoine, patrimonialisation, enjeux géographiques ». Dans J.-M. Fournier, *Faire la géographie sociale aujourd'hui* (p. 41-48 – Actes du colloque de géographie sociale des 18 et 19 novembre 1999). Caen : Presses universitaires, Les Documents de la Maison de la Recherche en Sciences Humaines de Caen.

HUFTY M., RAZAKAMANANTSOA A., CHOLLET M. (1995). « Néocolonialisme vert à Madagascar ? ». Dans F. Sabelli, *Écologie contre nature* (p. 143-148). Paris : IUED-PUF, Les Nouveaux Cahiers de l'IUED.

KELLEHER G. (1999). *Guidelines for Marine Protected Areas.* Cambridge: UICN. 107 p.

Le Roy F., Yami S. (2007). « Les stratégies de coopétition ». *Revue française de gestion, 7*(176), www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2007-7-page-83.htm.

OLSSON P., FOLKE C., HAHN T. (2004). «Social-ecological transformation for ecosystem management: the development of adaptive co-management of a wetland landscape in southern Sweden». *Ecology and Society*, http://www.ecologyandsociety.org/vol9/iss4/art2/ .

PHILLIPS A. (2000). *Aires protégées Avantages sans frontières.* Londres: JM Partners / The Yale Press. 141 p.

RAMIREZ R. (1999). «Stakeholder analysis and conflict management». Dans D. Buckles, *Cultivating peace: conflict and collaboration in natural resource management* (p. 101-128). Ottawa: International Development Research Centre.

RODARY E., CASTELLANET C. (2003). « L'avenir de la conservation : du libéralisme local aux régulations transcalaires ». Dans E. Rodary, C. Castellanet, G. Rossi, *Conservation de la nature et développement. L'intégration impossible ?* (p. 285-302). Paris : Karthala-GRET.

ROSSI G. (2001). *L'ingérence écologique.* Paris : CNRS Éditions, coll. Espaces et milieux. 250 p.

Cap I libro 4.pmd 75 28/06/2018, 17:45

SALLEMI R. (2014). *Stratégies spatiales et gestion de la biodiversité marine : le cas de l'Aire Marine Protégée et Côtière des îles Kuriat en Tunisie.* Thèse de Doctorat de Géographie. Paris : MNHN/IRD. 410 p.

UICN. (2005). *Combien d'Aires Marines Protégées dans l'ouest du bassin méditerranéen ?* Marion Broquère. 13 p.

YILDIZ A.-T. (2013). « Savoirs locaux et biodiversité : interactions sociétés et aires protégées. Études comparatives ». Dans D. Juhé-Beaulaton, M.-C. Cormier-Salem, P. de Robert, B. Roussel, *Effervescence patrimoniale au sud. Entre nature et société* (p. 55-76). Marseille : IRD Éditions.

Cap I libro 4.pmd 76 28/06/2018, 17:45

CHAPTER 2
Le cadre juridique international de la protection et de la conservation de l'environnement marin

Danilo GARCÍA-CÁCERES
Docteur en Sciences juridiques, Université Paris 1, Panthéon - Sorbonne
Enseignant-chercheur à l'Université Centrale de l'Équateur
Avocat-fonctionnaire du Comité d'éthique de l'Université Centrale de l'Équateur
Chercheur postdoctoral du programme *Human Sea*[1], Université de Nantes, France

Abstract: *Analysing the protection and conservation of the marine environment implies the clear definition of both terms. Actually, in international instruments as well as in diplomatic negotiation rounds leading the pace of geopolitical activities, they are far from being simple synonyms. On the one hand, there is a "preservationist" approach to nature, and on the other hand an "eco-centred" approach, i.e. the conservationist one, refocusing the debate on environmental negotiations.To this philosophic difference, a political element is added, namely the active cooperation between the Parties and the outcome of either an international or regional legal document.*

The present study proceeds towards the analysis of the legal framework of the protection and conservation of the marine environment, considering how the different international and regional texts focused and still keep focusing on the protection, the conservation and the cooperation of states aiming at a better management of the marine environment. Then, one must examine the obligation to prevent being at the same time cause and consequence of this international normative evolution.

---

1) Human Sea Program at the University of Nantes: The development of human activities at sea - What legal framework? «For a new maritime Law», ERC (European Research Council) 2013 Advanced Grant, SP2-Ideas, FP7 (Seventh Framework Programme) of the European Union (2007-2013) Agreement No. 340770.

Cap II libro 4.pmd 77 10/07/2018, 17:08

Résumé : *Analyser la protection et la conservation de l'environnement marin suppose de clairement définir chacun de ces termes. En effet, bien qu'indifféremment évoqués dans les instruments internationaux ou lors des rondes de négociations diplomatiques menant le rythme des activités géopolitiques, les notions de protection et de conservation de l'environnement ne recouvrent pas les mêmes objectifs. L'une tendra vers une approche plus « préservationniste » de la nature ; tandis que l'autre explore une dimension « éco-centrée », ou « conservationniste », recentrant l'issue recherchée aux négociations en matière environnementale. À cette différence de philosophie s'ajoute un élément politique : à savoir la coopération active entre les Parties et la force du document juridique international ou régional résultant des négociations.*

La présente étude procède ainsi à l'analyse du cadre juridique actuel de la protection et de la conservation de l'environnement marin, abordant notamment comment les différents textes internationaux et régionaux ont mis et mettent toujours l'accent sur la protection, la conservation et la coopération des États en vue d'une meilleure gestion de l'environnement marin. Il s'agira ensuite de s'interroger sur l'obligation de prévention, à la fois cause et conséquence de cette évolution normative internationale.

Cap II libro 4.pmd 78 10/07/2018, 17:08

Introduction

La prise de conscience internationale en matière de protection et de conservation de l'environnement marin est relativement récente ; toutefois, depuis les années 1950, le monde contemporain a été le témoin de l'importance grandissante de ce sujet. Divers évènements dramatiques pour l'environnement tels que le Torrey Canyon en mars 1967 ou l'Amoco Cadiz en mars 1978 ont alors incité le monde juridique à réfléchir au défi protectionniste de l'environnement marin.

Citons par ailleurs le chiffre avancé par l'Organisation maritime internationale selon laquelle « *90 % du commerce mondial est effectué par voie maritime* »[2]. Les océans, agissant donc en tant que vecteurs de diversité, de transport et de communication en permettant par exemple le rapprochement des populations, en favorisant la coopération internationale, fournissent aussi une partie des moyens de subsistance nécessaires à notre survie[3].

Alors, cette présence permanente de l'homme en mer témoigne de l'importance d'une analyse holistique de la conservation de l'environnement marin, c'est-à-dire dépassant la vision purement protectionniste et intégrant l'homme dans la réflexion.

De même, il s'agira de s'interroger sur la nécessité de dépasser le stade protectionniste de l'environnement pour aller à l'encontre d'une approche « éco-centrée », c'est-à-dire une approche « conservationniste » de l'environnement marin.

Pour cela, la présente étude portera dans un premier temps sur l'émergence et l'analyse du cadre juridique actuel de la protection et de la conservation de l'environnement marin (I), pour ensuite s'intéresser à l'obligation de prévention et la responsabilité environnementale, à la fois cause et conséquence de l'évolution normative internationale (II).

I. Le cadre juridique universel de la protection et de la conservation de l'environnement marin

Les dernières décennies du XXème siècle ont été marquées par la prise de conscience de la dégradation continue de l'état de l'environnement marin, notamment grâce aux nouvelles technologies permettant d'accéder à des informations toujours plus précises et circonstanciées, dégradation allant jusqu'à craindre l'irréversibilité des dommages.

---

2) Organisation maritime internationale (OMI). Site : http://www.imo.org/about/Pages/Default.aspx (consulté le 20 mars 2017).

3) Ban KI-MOON, (ancien Secrétaire général des Nations Unies), Présentation du projet « L'océan avenir de la planète » en collaboration avec TARA-Expédition, 2013.

Cap II libro 4.pmd 79 10/07/2018, 17:08

Devant cette gravité inédite dans l'histoire de l'humanité, une vague socio-juridique et politique a émergé au fil des ans pour promouvoir la conservation des océans.

Plusieurs auteurs ont par exemple fait allusion à une phase de « frénésie normative »[4] à partir des années 1970[5], et ce car les réflexions relatives à la dégradation environnementale marine avaient mis en évidence un manque flagrant de moyens juridiques effectifs, c'est-à-dire tant en théorie du droit que dans la mise en œuvre de ce dernier, constituant au passage la naissance d'une « diplomatie scientifique ».

Cette nouvelle ère dite de « diplomatie scientifique » fut marquée par des relations internationales mettant en exergue des discussions conservationnistes à l'encontre des modèles explorateurs de ressources.

C'est précisément durant cette période que le droit international a érigé les prémisses d'une garantie internationale de conservation de l'environnement marin, notamment par le biais de l'évolution du droit conventionnel, tant à un niveau international avec la CNUDM (A), qu'à un niveau régional (B). En illustrent par exemple les Conventions régionales sur les mers engageant la France[6], ou plus largement la recherche contemporaine d'efficience à donner aux principes du droit de l'environnement[7] lors de discussions internationales puis au sein des États (dont la France[8]).

A. Le droit conventionnel international pour la conservation de l'environnement marin

« Si l'on met en parallèle l'impressionnant développement du droit international de l'environnement et l'aggravation rapide des problèmes environnementaux dont font état régulièrement les rapports sur l'environnement, force est de constater que le

4) Durant cette phase, il s'agissait de construire un corps de règles et où peu d'attention était portée à la mise en œuvre, le constat d'une relative ineffectivité des instruments adoptés a été dressé. Source : Maljean-Dubois Sandrine et Richard Vanessa, *Mécanismes internationaux de suivi et mise en œuvre des conventions internationales de protection de l'environnement*. IDDRI, nº 09, 2004, p. 4.

5) Prenons notamment comme référence les grands sommets qui ont précédé la Convention des Nations Unies sur le Droit de la mer de Montego Bay de 1982, ainsi que le premier sommet de la terre, la Conférence de Stockholm de 1972.

6) La Convention de Barcelone de 1976 pour la Méditerranée, la Convention OSPAR de 1998 sur l'Atlantique du Nord, la Convention de Carthagène de 1983 pour la Caraïbe, la Convention de Nairobi de 1985 pour l'océan Indien, les Conventions de Nouméa et d'Apia de 1986 et 1993 pour le Pacifique Sud.

7) Il y a 4 principes d'action environnementale : principe de prévention / d'information et de participation des citoyens / pollueur-payeur / de précaution, et un principe en étude dont la doctrine évoque son importance, le principe de non-régression. Voir : PRIEUR M., SOZZO G., *La non-régression en droit de l'environnement*, éditions Bruylant, Bruxelles, 2012.

8) Les Principes Généraux du Droit de l'environnement ont été posés par la loi Barnier du 2 février 1995, et codifiés à l'article L110-1 du Code de l'environnement français.

Cap II libro 4.pmd 80 10/07/2018, 17:08

foisonnement des règles n'a pas produit les effets escomptés »[9], déclarait le Professeur Sandrine Maljean-Dubois.

En effet, compte tenu de l'aggravation des menaces environnementales, force est de constater que le renforcement de l'effectivité du droit international de l'environnement constitue aujourd'hui un enjeu majeur pour l'avenir. En illustrent notamment les mesures énoncées dans le quatrième Programme pour le développement et l'examen périodique du droit de l'environnement en cours d'adoption par le PNUE.

Des zones de protection ont été mises en place ; de même que la Convention sur la diversité biologique (CDB) de 1992 a reconnu, pour la première fois, la conservation de la biodiversité comme étant une « préoccupation commune à l'humanité »[10] mais aussi rappelé aux États que leur responsabilité est différenciée[11]. La construction juridique de cette notion de « préoccupation commune à l'humanité » s'est réalisée à travers l'appréhension de la fragilité de l'écosystème planétaire, des menaces croissantes pesant sur lui et son rapport direct avec l'homme, qui font redécouvrir et pénétrer dans le langage international la vieille notion aristotélicienne et thomiste du « bien commun »[12].

Cette évolution quantitative et qualitative[13] du droit international en général et du droit de l'environnement en particulier au XXème siècle a cependant été caractérisée par des lacunes juridiques.

Toutefois, de cet ensemble se distinguent la Convention des Nations Unies sur la conservation de la diversité biologique pour une protection globale[14] et, d'une manière spécifique, la CNUDM ainsi que les instruments internationaux relatifs à la gestion des aires marines protégées ou encore l'accès et l'exploitation des ressources génétiques marines.

---

9) Déclaration de Johannesburg sur le développement durable, A/CONF.199/L.6/Rev.2, 4 sept. 2002, § 13.

10) Bien que ce concept soit analogue à celui de *« patrimoine mondial de l'humanité »*, il ne possède pas la *« consistance juridique »* de ce dernier.

11) Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 1992. Préambule, alinéa 3.

12) BADIE B., SMOUTS M.-C., *Le retournement du mond*e, Paris, Presses de la FNSP-Dalloz. 1992, p. 215.

13) DUPUY P.-M., « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, 1997, p. 873-903.

14) DOUMBÉ-BILLÉ S., « L'apport du droit international à la protection de la nature : la Convention des Nations Unies sur la conservation de la diversité biologique », *in 20 ans de protection de la nature. En hommage à M. Despax*, Limoges, PULIM, 1998, p. 179 et s.

Cap II libro 4.pmd 81 10/07/2018, 17:08

- **La protection de l'environnement marin par la CNUDM**

Trente-cinq ans après la signature en décembre 1982 à Montego Bay (Jamaïque) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[15] (CNUDM), les droits des États riverains sur les espaces maritimes, l'expiration des ressources traditionnelles et l'exploitation de nouvelles ressources pétrolières et gazières offshore et des ressources halieutiques sont devenues des enjeux diplomatiques majeurs, de même que toute activité humaine en mer donne le rythme à la danse de la géopolitique actuelle.

Pour rappel, alors que le droit de la mer, d'origine coutumière, se limitait principalement au principe de la liberté des mers[16], la CNUDM a quant à elle défini juridiquement les espaces maritimes et consacré les devoirs des États dans ces espaces, particulièrement en matière de navigation, d'exploitation des ressources et de protection de l'environnement marin.

La route vers la ratification de la CNUDM par certains pays, dont les États-Unis[17], a mis en évidence la problématique actuelle liée aux engagements collectifs de protection de l'environnement marin. Certes, la CNUDM dédie toute sa partie XII à ce sujet en contraignant les États « à protéger et préserver le milieu marin »[18], mais elle leur octroie parallèlement « le droit souverain d'exploiter leurs ressources naturelles selon leur politique en matière d'environnement »[19] (bien entendu sous réserve de leur obligation de protéger et de préserver ce même milieu marin).

Ainsi, la CNUDM marque l'engagement des États, et éventuellement leurs responsabilités, en vue de *la conservation des ressources biologiques et la préservation du milieu marin*[20]*, de même qu'ils doivent* veiller à l'accomplissement de leurs obligations internationales relatives à la protection et la préservation de ce milieu. Ils sont responsables conformément au droit international[21]. La CNUDM établit à ce propos que « les États coopèrent pour assurer l'application et le développement du

15) Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1833, nº 31363.

16) Mare liberum.

17) À défaut d'une majorité au Sénat en faveur de la ratification de la CNUDM, les États-Unis figurent parmi les États n'ayant pas ratifié la CNUDM, et ce en dépit d'une contribution importante à son élaboration et sa signature par le Président Bill Clinton en 1994. Voir : Yann-Huei Song and N. Elias Blood-Patterson, «Likelihood of U.S. Becoming a Party to the Law of the Sea Convention During the 112th Congress», Journal of Maritime Law & Commerce, vol. 43, nº 4, octobre 2012, p. 457.

18) CNUDM, Article 192. Obligation d'ordre général – les États ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin.

19) CNUDM, Article 193. Droit souverain des États d'exploiter leurs ressources naturelles. Les États ont le droit souverain d'exploiter leurs ressources naturelles selon leur politique en matière d'environnement et conformément à leur obligation de protéger et de préserver le milieu marin.

20) CNUDM, Article 235.

21) CNUDM, Article 235, nº 1.

Cap II libro 4.pmd 82 10/07/2018, 17:08

droit international de la responsabilité en ce qui concerne l'évaluation et l'indemnisation des dommages et le règlement des différends en la matière, ainsi que, le cas échéant, l'élaboration de critères et de procédures pour le paiement d'indemnités adéquates, prévoyant par exemple une assurance obligatoire ou des fonds d'indemnisation »[22].

Enfin, illustrant l'actualité de la CNUDM, nous pourrions relever que grâce à l'évolution de la recherche scientifique et à l'explosion des nouvelles technologies, on a pu assister à une croissance exponentielle des informations disponibles sur les ressources biologiques, sur les êtres non vivants marins, sur leur potentialité énergétique, sur la gestion des stocks marins, etc.

Indice d'une prise en considération de la richesse de l'espace maritime mais aussi de sa vulnérabilité, le 8 juin est devenu depuis 2009 la « Journée mondiale de l'océan »[23]. Cette réalité est l'exemple de l'importance de la recherche scientifique pour la conservation de l'environnement marin à partir de sa connaissance.

Ainsi, l'article 243 de la CNUDM[24] est le meilleur pilier juridique qui fonde la base d'une garantie de la recherche maritime soutenue dans la coopération des États et qui donne l'ouverture de discussions dans les scenarii géopolitiques et diplomatiques.

B. Le droit conventionnel régional

Les conventions régionales sur les mers reprennent généralement des dispositions du Droit international, tout en adaptant ces dernières aux spécificités et contextes régionaux. Toutefois, en matière de protection et de conservation du milieu marin, ces normes à adapter doivent être plus largement le reflet de réalités à adapter, c'est-à-dire qu'elles doivent répondre aux exigences particulières d'un contexte régional donné.

> « Les Conventions Régionales sur les mers prolongent les engagements pris par les États dans le cadre de la Convention sur le droit de la mer. Elles créent un cadre géopolitique de coopération technique et scientifique. Elles sont une réponse aux recommandations du chapitre 17 de l'Agenda 21 de Rio. Elles permettent d'adopter des mesures spécifiques régionales par les protocoles et annexes, mettant en œuvre des programmes et des plans d'action régionaux de protection de la mer »[25].

---

22) CNUDM, Article 235, nº 3.

23) Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/63/111 du 5 décembre 2008.

24) Article 243 de la CNUDM « Instauration de conditions favorables. Les États et les organisations internationales compétentes coopèrent, par la conclusion d'accords bilatéraux et multilatéraux, pour créer des conditions favorables à la conduite de la recherche scientifique marine dans le milieu marin et unir les efforts des chercheurs qui étudient la nature des phénomènes et processus dont il est le lieu et leurs interactions ».

25) LEFEBVRE Christophe. Protection et préservation du milieu marin : « Les apports des Conventions

Cap II libro 4.pmd 83 10/07/2018, 17:08

Concernant l'appréhension de la question environnementale par le droit de l'Union européenne, notons tout d'abord que cette dernière dispose aujourd'hui de la compétence pour prendre des mesures ayant pour objet principal la protection de l'environnement ou qui sont relatives à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur en matière de protection de l'environnement. Dans sa rédaction originelle, le Traité de Rome ne permettait l'adoption de mesures environnementales que de manière indirecte. Cependant, la Cour de justice décida que *« faute de rapprochement des dispositions nationales en la matière, la concurrence pourrait être sensiblement faussée »*[26] ; puis, à l'occasion de l'affaire *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, que *« la protection de l'environnement est un des objectifs essentiels de la Communauté »*[27]. Le droit communautaire de l'environnement commença à se renforcer, surtout à compter de l'Acte unique européen signé en 1986 qui procéda à l'introduction d'une base légale spécifique à l'article 130 S du Traité CE (devenu art. 192 TFUE) et à son article 100 A (devenu art. 114 TFUE) visant l'adoption de mesures d'harmonisation législative « en matière de protection de l'environnement ». Aujourd'hui, des mesures environnementales sont adoptées sur le fondement de la politique agricole commune, de la politique commerciale ou encore de la politique des transports et conformément à l'article 11 TFUE (*ex* art. 6 CE) qui prescrit en toutes matières de prendre en compte les exigences de sa protection. Le traité prévoit également qu'« en matière de protection de l'environnement » des mesures ayant pour objet principal l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur soient adoptées (art. 114, § 3 TFUE – *ex* art. 95, § 3 CE).

Dans le cadre de la présente étude, seront alors évoquées les conventions régionales sur les mers engageant la France, afin de souligner le caractère plus strict des dispositions de ces conventions face à celles de la CNUDM en matière de protection, de préservation et de conservation du milieu marin.

Globalement, une différence de perception liée à la place de l'homme doit être relevée dans le cadre de la prévention et de la conservation des milieux marins entre les textes internationaux et les textes régionaux : alors que les textes internationaux incluent l'homme dans l'environnement marin, faisant de ce dernier un des « éléments » le composant, les textes régionaux envisagent quant à eux les océans comme espace de développement de l'activité de l'homme (et non comme son habitat). En illustrent les textes suivants :

- **Convention de Barcelone de 1976 pour la Méditerranée** : cette convention et ses 9 protocoles couvrent un vaste champ d'applicabilité : pollutions,

Régionales sur les mers aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ». Revue électronique en sciences de l'environnement VERTIGO, publié le 8 octobre 2010.

26) CJCE, 18 mars 1980, aff. 91/79 et 92/79, *Commission c/ Italie*, Rec. CJCE 1980, p. 1099.

27) CJCE, 7 févr. 1985, aff. 240/83, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, Rec. CJCE 1985, p. 531.

Cap II libro 4.pmd 84 10/07/2018, 17:08

protection de la biodiversité, ou encore création des aires marines protégées[28]. Parmi ses principaux objectifs, la Convention de Barcelone met en exergue la protection du milieu marin et des zones côtières par des actions visant à prévenir et réduire la pollution et, dans la mesure du possible, éliminer celle-ci, qu'elle soit due à des activités menées à terre ou en mer[29].

La Convention de Barcelone de1976 dispose aussi d'un Plan d'action pour la Méditerranée[30], ainsi que de centres d'activités régionaux, comme celui de Tunis, pour les aires protégées (CAR/ASP). Plus récemment, la convention s'est dotée d'un nouveau protocole sur la mise en œuvre de la GIZC[31].

- **La Convention OSPAR**[32] sur l'Atlantique du Nord-Est[33] : cette convention dispose de 5 annexes[34], dont la seconde est consacrée à la « prévention » et la cinquième à la « conservation », en allant au-delà de la protection de l'environnement et promouvant la conservation des écosystèmes et de la diversité biologique de la zone maritime. Les objectifs de la Convention OSPAR sont, en parallèle, de conserver les écosystèmes marins, de protéger la santé humaine dans ces zones en prévenant et en éliminant la pollution, et de protéger l'environnement marin.
- **La Convention de Carthagène de 1983**[35] : elle s'applique à la grande région Caraïbe (insérez ici une note en bas de page avec le texte suivant : « milieu

28) Voir : GARCÍA CÁCERES D., Perspectiva jurídica internacional para la conservación de las áreas marinas protegidas del mar Mediterráneo en España, éd. Tirant lo Blanch, España, 2018.

29) L'Unité de coordination du Programme des Nations Unies pour l'environnement et l'Unité de coordination du Plan d'action pour la Méditerranée PNUE/PAM, Convention pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée et ses protocoles. Grèce, 2012.

30) « Sous l'égide du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), le Plan d'action pour la Méditerranée (PAM) vise à mener une politique de lutte contre la pollution du milieu marin, au niveau méditerranéen ». Voir : UICN, Plan d'action pour la Méditerranée, publié le 29 de juin 2012.

31) Le Protocole de Madrid à la Convention de Barcelone relatif à la gestion intégrée des zones côtières de la Méditerranée, du 21 janvier 2008 et en vigueur en novembre 2010, est le premier instrument international consacré à la gestion intégrée de cette zone fragile et convoitée. Voir : Prieur Michel, Le Protocole de Madrid à la Convention de Barcelone relatif à la gestion intégrée des zones côtières de la Méditerranée, La revue électronique en sciences de l'environnement VERTIGO, publiée en juillet 2011.

32) Source : 98/249/CE : Décision du Conseil du 7 octobre 1997 relative à la conclusion de la convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est.

33) La Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (« Convention OSPAR ») a été ouverte à la signature lors de la réunion ministérielle des Commissions d'Oslo et de Paris, le 22 septembre 1992 à Paris et entrée en vigueur le 25 mars 1998. Elle a été adoptée avec une déclaration finale et un plan d'action.

34) Les 5 annexes de la Convention OSPAR sont : Annexe I sur la prévention et la suppression de la pollution provenant de sources telluriques, Annexe II sur la prévention et la suppression de la pollution par les opérations d'immersion ou d'incinération, Annexe III sur la prévention et la suppression de la pollution provenant de sources offshore, Annexe IV sur l'évaluation de la qualité du milieu marin , et Annexe V sur la protection et la conservation des écosystèmes et de la diversité biologique de la zone maritime.

35) La Convention pour la protection et le développement de l'environnement marin dans la région des

Cap II libro 4.pmd 85 10/07/2018, 17:08

marin du golfe du Mexique, de la mer des Caraïbes et des zones de l'océan Atlantique qui lui sont adjacentes ».). Elle dispose de 2 protocoles ainsi que d'un programme pour l'environnement des Caraïbes.

L'un des protocoles susvisés est consacré aux zones et à la vie sauvage spécialement protégées ; son secrétariat est basé en Guadeloupe (CAR-SPAW).

Bien qu'érigeant les objectifs de protection de l'environnement, dont la protection du milieu marin de la région des Caraïbes, ainsi que de son développement, son texte invite les Parties contractantes à la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux, y compris des accords régionaux ou sous-régionaux, en vue d'assurer ses objectifs[36].

- **La Convention de Nairobi de1985**[37] : entrée en vigueur le 30 mai 1996, cette convention dispose de 2 protocoles, dont l'un est dédié à la gestion des récifs coralliens et des écosystèmes associés. Les objectifs principaux de cette convention tendent à la protection et la gestion du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique de l'Est.

  Dans son texte, d'une manière similaire que les textes internationaux précédemment analysés, cette convention met l'accent sur la « prévention et la coopération », en établissant notamment que les Parties conviennent de prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir, réduire et combattre la pollution de la zone de la Convention[38], en particulier la pollution par les navires[39], l'exploration et l'exploitation des fonds marins[40]. Aussi, outre le fait que les Parties s'engagent donc avec cette Convention à protéger et préserver les écosystèmes rares ou fragiles ainsi que l'habitat des espèces appauvries, menacées ou en danger, les mêmes Parties à la Convention de Nairobi s'engagent à « coopérer » en cas d'urgence de pollution(s) dans la zone de la Convention[41].

  Enfin, en comparaison avec l'article 243 de la CNUDM précédemment évoqué, il importe de relever que la Convention de Nairobi invite également les États parties à coopérer en matière de recherche scientifique et d'échange de données collectées[42].

Caraïbes (Wider Caribbean Region - WCR), dite Convention de Carthagène, du 24 mars 1983 est entrée en vigueur lors de la 9ème ratification, le 11 octobre 1986.

36) Convention de Carthagène, du 24 mars 1983. Article 3.

37) Convention pour la protection, la gestion et la mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique orientale. Source : IUCN (ID: TRE-000823), basé sur le Registre des traités internationaux et autres accords dans le domaine de l'environnement du PNUE, 1996.

38) Convention de Nairobi de 1985, Article 4.

39) Convention de Nairobi de 1985, Article 5.

40) Convention de Nairobi de 1985, Article 8.

41) Convention de Nairobi de 1985, Article 11.

42) Convention de Nairobi de 1985, Article 14.

Cap II libro 4.pmd 86 10/07/2018, 17:08

- **La Convention d'Apia de 1976 pour le Pacifique Sud**[43] : par application des principes de la Déclaration de Stockholm de 1972, cette convention a pour objectif d'agir pour la « conservation », l'utilisation et le développement des ressources naturelles de la région du Pacifique Sud[44], ainsi que pour encourager la création de zones protégées tout en respectant les coutumes indigènes[45].

  La Convention prévoit la coopération entre les Parties, notamment en matière de recherche, d'échange d'informations, de formation des personnels, d'harmonisation des objectifs et d'éducation[46].

- **La Convention de Nouméa de 1986 :** cette convention sert les objectifs principaux suivants : « prévenir », réduire et contrôler la pollution quelle qu'en soit la source, assurer une gestion respectueuse de l'environnement et une exploitation raisonnée des ressources naturelles[47].

  Par le biais de cette convention, chaque Partie doit notamment veiller à ce que les activités exercées dans les limites de sa juridiction ou sous son contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement d'autres États ou dans les zones situées au-delà des limites de sa juridiction nationale[48].

  En conclusion, l'énumération ci-dessus permet d'illustrer ce que M. André BOYER, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées, qualifiait à l'occasion de l'étude du projet de loi autorisant l'approbation du protocole relatif aux zones et à la vie sauvage spécialement protégées à la convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin de la région des Caraïbes[49] d'« évolution juridique des outils internationaux de protection ».

  En effet, alors que la Convention de Barcelone de 1976, ayant pour champ territorial la mer Méditerranée, témoignait d'une vision de « protection / conservation » et coopération des États pour la prévention de la pollution et des nuisances à l'environnement marin, « les conventions et protocoles signés ultérieurement pour les Caraïbes et l'Afrique orientale (Convention de Nairobi du 21 juin 1985) sont plus complets et visent non seulement la préservation des zones maritimes

---

43) Convention sur la protection de la nature dans le Pacifique Sud. Du 12 juillet 1976.

44) Source : UICN ELC, 08.2005, basé sur le Registre des traités internationaux et autres accords dans le domaine de l'environnement du PNUE, 1996.

45) La Convention d'Apia de 1976, Article 2.

46) FADERON Jean-Yves, Les Conventions d'Apia de 1976 et de Nouméa de 1986. Revue juridique de l'Environnement, Année 1993, p. 21.

47) La Convention pour la protection des ressources naturelles et de l'environnement dans la région du Pacifique sud, dite Convention de Nouméa, ou Convention SPREP, a été signée à Nouméa (Nouvelle-Calédonie) le 24 novembre 1986 et entrée en vigueur le 22 août 1990.

48) Convention de Nouméa de 1986, Article 6.

49) Sénat de la République Française. Projet de loi nº 161, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 décembre 2000.

Cap II libro 4.pmd 87 10/07/2018, 17:08

et côtières mais également la protection de la biodiversité des espèces animales et végétales sauvages », amenant alors les Parties auxdites conventions vers un système de responsabilité collective pour la protection de la biodiversité marine.

II. L'obligation de prévention et la responsabilité environnementale

L'analyse juridique sur la conservation de l'environnement repose sur la base des principes du droit international de l'environnement, parmi lesquels figure notamment le principe de prévention. À la différence du principe de précaution[50], le principe de prévention en droit international de l'environnement se réfère à la situation dans laquelle les risques sont identifiés et il n'y a pas ou plus d'incertitude scientifique quant à leur existence.

En droit international, ce principe est énoncé dans l'article 130-R-2[51] du traité de Maastricht, plus particulièrement en son titre XVI, aujourd'hui devenu l'article 191-2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)[52].

Ce principe de prévention en droit international a pour conséquence deux axes d'obligations : l'obligation de prévention de comportement ainsi que l'obligation de prévention de résultat (A). Certes, il convient de mettre en œuvre la prévention, mais

50) Parmi les principales différences entre les principes de précaution et de prévention, il convient notamment de souligner que le principe de précaution est mis en œuvre en cas d'incertitude scientifique ; le principe de prévention en cas de risque déjà identifié.

51) Art. 130-R-2 du traité de Maastricht : « La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et sur le principe du pollueur-payeur. Les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté.
Dans ce contexte, les mesures d'harmonisation répondant à de telles exigences comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour des motifs environnementaux non économiques, des mesures provisoires soumises à une procédure communautaire de contrôle ».

52) Art. 191-2 du TFUE : « La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur.
Dans ce contexte, les mesures d'harmonisation répondant aux exigences en matière de protection de l'environnement comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour des motifs environnementaux non économiques, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union ». Source : *Journal officiel nº C 326 du 26/10/2012 p. 0001 – 0390.*

Cap II libro 4.pmd 88 10/07/2018, 17:08

lorsqu'il arrive une atteinte à l'environnement, une pollution ou des nuisances, la réparation des dommages environnementaux est essentielle, en appliquant le principe du « pollueur-payeur » conformément au principe du développement durable. Ces sujets concernent donc la responsabilité environnementale (B). Dans ce prolongement, soulignons dès à présent que, lorsque doit être établi un régime de responsabilité internationale d'un État, la dualité de ces obligations liées à la prévention emporte des conséquences distinctes.

A. L'obligation de prévention de comportement et l'obligation de prévention de résultat

En droit international, l'obligation de prévention emporte une obligation de comportement, par exemple illustrée à travers l'adoption par les États de mesures diligentes de surveillance et de contrôle. À défaut, la non-prise en compte de cette obligation est susceptible d'entraîner la responsabilité dudit État en raison de sa conduite illicite ou sa négligence[53].

Par ailleurs, la prévention associée à l'obligation de résultat permet de rendre effectif ce concept en permettant que le régime de responsabilité adopté soit le plus proche possible d'une responsabilité absolue[54]. À titre d'exemple, le droit établit une obligation de ne pas causer un dommage transfrontalier.

Ce principe de précaution figure en droit français depuis la loi dite Barnier du 2 février 1995 et sa codification à l'article L 110-1-II du code de l'environnement, complété par la mention suivante : « à un coût économiquement acceptable ». Cette mention, limitant alors drastiquement la portée de ce principe, conduit à s'interroger sur l'équilibre entre monétarisation des ressources marines et services maritimes avec la prévention des risques.

De la même façon, ce principe de prévention figure à l'article 3 de la Charte de l'environnement de 2004 : « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ».

Enfin, la prévention consiste également à empêcher la survenance d'atteintes à l'environnement par des mesures appropriées dites préventives avant l'élaboration d'un plan ou la réalisation d'un ouvrage ou d'une activité[55]. Par opposition aux mesures

---

53) ESTRELA BORGES L., *Les obligations de prévention dans le droit international de l'environnement et ses conséquences dans la responsabilité internationale des États*, Paris, éditions L'Harmattan, collection Logiques Juridiques, 2016, p. 95.

54) ESTRELA BORGES L., *Ibidem*.

55) Art. L110-1 II 2° du Code de l'environnement : définit le principe de prévention : « Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures

Cap II libro 4.pmd 89 10/07/2018, 17:08

a posteriori dites de réparation, elles constituent l'ensemble d'actions par anticipation ou *a priori*.

Cependant, d'une manière indépendante aux mécanismes de prévention et de précaution, lorsqu'il y a une atteinte à l'environnement, nous arrivons sur le champ d'étude de la responsabilité environnementale. C'est-à-dire dès la prévention et la précaution vers l'application du principe pollueur-payeur[56].

B. La responsabilité environnementale

La responsabilité environnementale est définie comme l'instrument par lequel celui qui occasionne une atteinte à l'environnement (le pollueur) est amené à payer pour remédier aux dommages qu'il a causés. La responsabilité n'est efficace que lorsqu'il est possible d'identifier le pollueur[57], de quantifier les dommages et d'établir un lien de causalité[58].

Un système de responsabilité communautaire est établi dans les différents mécanismes d'intégration communautaire, tels que la Communauté européenne ou la Communauté andine en Amérique du Sud. De tels systèmes témoignent de la volonté d'une adaptation du droit international de l'environnement au rang communautaire d'un côté, mais aussi d'une application effective des principes environnementaux fondamentaux[59], dont le principe de prévention, de précaution et de pollueur-payeur, de l'autre côté.

En droit communautaire, la prévention et la réparation des dommages environnementaux sont couvertes par la Directive sur la responsabilité environnementale[60]. En effet, l'Union européenne s'est saisie du problème en élaborant

---

techniques disponibles à un coût économiquement acceptable ».

56) « Le principe pollueur-payeur est en réalité issu de la science économique et fut énoncé pour la première fois par l'OCDE, en tant que principe économique et moyen le plus efficace d'imputer le coût des mesures de prévention et de lutte contre la pollution » Voir : Cassotta Pertoldi Bianchi, Sandra. La Directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale : affinement des concepts et enjeux économiques. Revue du droit de l'Union européenne 2012. Source : Annuaire de la Commission du droit international, « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », Document A/CN.4.471, 1995, p. 88.

57) C'est pourquoi la responsabilité environnementale n'est pas appropriée en cas de pollution diffuse issue de nombreuses sources.

58) Commission européenne. Livre blanc sur la responsabilité environnementale, Lexis360, p. 3.

59) « Les principes du droit international de l'environnement ne doivent pas être confondus avec les principes généraux de droit, lesquels constituent une source formelle autonome du droit international, indépendamment de toute reconnaissance coutumière ou conventionnelle ». Voir : BOISSON DE CHAZOURNES L., MALJEAN-DUBOIS S., Principes du droit international de l'environnement. JurisClasseur Droit international. Fasc. 146-15 du 15 février 2016, p. 1.

60) Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

Cap II libro 4.pmd 90 10/07/2018, 17:08

une directive poursuivant l'objectif suivant : transformer le principe de pollueur-payeur en réalité juridique. À ce titre, la Directive tend à définir et identifier les pollueurs, ainsi que les conditions nécessaires pour amener ces derniers à réparer[61].

Enfin, notons que, du fait du caractère particulièrement vaste des sujets de prévention et réparation des dommages environnementaux, la Directive 2004/35/CE qui vise à prévenir et à réparer les dommages environnementaux n'intervient pas à titre exclusif. En effet, elle ne saurait affecter les droits à indemnisation pour les dommages traditionnels accordés au titre des accords internationaux pertinents réglementant la responsabilité civile.

Conclusion

Au fil de la présente étude, nous avons vu que l'évolution du droit conventionnel international pour la conservation de l'environnement marin a été marquée par le passage de la protection de l'environnement marin vers la conservation de cet environnement, caractérisant alors une réussite compte tenu de la présence de l'homme en mer et des nouveaux défis juridiques soulevés par les activités humaines en mer.

Le « droit international de l'environnement » peut être défini comme *« un corps de règles de droit international ayant pour objectif d'assurer la préservation de l'environnement mondial »*[62] ; cependant il manifeste aussi l'expression d'intérêts publics et privés liés à des enjeux géopolitiques globaux.

Il importe de souligner que les différents instruments de droit international public, tels que la Convention OSPAR de 1992 ou les protocoles de la Convention de Barcelone de 1976, appellent l'application des notions de « prévention » et « conservation » du milieu marin. Toutefois, à l'instar de la Convention de Carthagène de 1983, apparaît la notion de « coopération entre États », lorsqu'il s'agit de promouvoir une « protection » du milieu marin.

De fait, quel que soit le cas susvisé, « inclure l'homme » parmi l'ensemble des « éléments » de l'environnement marin, soit de manière individuelle dans le cadre de la conservation, soit de manière collective pour servir la coopération entre les États, apparaît comme prérequis indispensable à la protection et la conservation de l'environnement marin.

Journal officiel n° L 143 du 30/04/2004, p. 56-75.

61) Voir : FUCHS O., *Pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale : comment appliquer le principe pollueur-payeur ?*, Paris, L'Harmattan, 2003.

62) KISS A. *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 1ère éd., 1989, p. 6 – BEURIER J.-P., *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 5ème éd., 2017, p. 628.

Cap II libro 4.pmd 91 10/07/2018, 17:08

Dès lors, ne convient-il pas de réfléchir sur la philosophie qu'aurait à suivre la communauté internationale lors de ses rassemblements en vue de combattre les dangers menaçant les océans ; de même que sur la manière la plus efficace pour permettre à une géopolitique environnementale fondée sur la lutte contre les facteurs polluants et nuisibles portant atteinte aux milieux marins d'éclore.

Finalement, suffirait-il d'élaborer des politiques publiques et scénarii de construction juridique basés sur une approche « éco-centrée », c'est-à-dire « conservationniste », plutôt que « préservationniste » de la nature ? Alors, il ne s'agirait pas d'étudier la question de la protection ou de la préservation des milieux marins, mais celle de la conservation des milieux marins, telle qu'elle est envisagée en droit international et en droit de l'Union européenne[63]. Pour comprendre l'importance de cette distinction, il convient de faire référence à l'usage scientifique des termes. « Le *préservationnisme désigne depuis la fin du XIX*ème *siècle une approche stricte dans laquelle la nature est digne d'être protégée pour elle-même selon un principe dichotomique et biocentré d'une nature en dehors de l'homme* »[64]. En réaction à ce mouvement, le « conservationnisme » a au contraire proposé de ne pas exclure l'homme des politiques de protection de la nature : *« La conservation promeut une gestion raisonnée de la nature, en conscience de l'équilibre et des rythmes de renouvellement des milieux, selon un usage raisonnable des ressources. C'est donc une nature protégée avec l'homme »*[65].

Bibliographie :

- BADIE B., SMOUTS M.-C., *Le retournement du mond*e, Paris, éditions Presses de la FNSP-Dalloz, 1992.
- BEURIER J.-P., *Droit internationl de l'environnement*, Paris, Pedone, 5ème éd, 2017.

63) La dénomination « droit de l'Union européenne » est pertinente depuis le traité de Lisbonne. Nous réservons la qualification « droit européen » pour faire référence au droit de l'UE et au droit de la CESDH ensemble.

64) L'un des porteurs de cette vision, souvent cité en exemple, est John Muir (1838-1914). Une sélection des extraits de toutes ses œuvres majeures, y compris *Voyages en Alaska* et *Mon premier été dans la Sierra* de 1901, ont été réimprimés en 1954 par Edwin Way, en 1982 par Nellie D. Teale et sont consultables dans la dernière édition de l'ouvrage : MUIR J., *The Wilderness World*, New York, Houghton Mifflin Harcourt, 2001, p. 332.

65) DEPRAZ S., « Notion à la une : protéger, préserver ou conserver la nature ? », article publié le 25 avril 2013 sur le site de Géoconfluences, intégré au dispositif national de formation « Sites experts des Écoles normales supérieures ». Proposé par la Dgesco et l'ENS de Lyon. En ligne : http://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/a-la-une/notion-a-la-une/notion-a-la-une-proteger-preserver-ou-conserver-la-nature#ftn2 (consulté le 5 janvier 2018).

Cap II libro 4.pmd 92 10/07/2018, 17:08

- DOUMBÉ-BILLÉ S., « L'apport du droit international à la protection de la nature : la Convention des Nations Unies sur la conservation de la diversité biologique », *in 20 ans de protection de la nature. En hommage à M. Despax*, Limoges, éditions PULIM, 1998.
- DUPUY P.-M., « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, 1997.
- DEPRAZ S., « Notion à la une : protéger, préserver ou conserver la nature ? », Géoconfluences. Proposé par la Dgesco et l'ENS de Lyon, 2013.
- ESTRELA BORGES L., *Les obligations de prévention dans le droit international de l'environnement et ses conséquences dans la responsabilité internationale des États*, éditions L'Harmattan, collection Logiques Juridiques, 2016.
- FADERON J-Y., *Les Conventions d'Apia de 1976 et de Nouméa de 1986*. Revue juridique de l'Environnement, Année 1993.
- GARCÍA D., *Perspectiva jurídica internacional para la conservación de las áreas marinas protegidas del mar Mediterráneo en España*, éditions Tirant lo Blanch, España, 2018.
- KISS A., *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 1ère éd., 1989.
- KI-MOON Ban, Présentation du projet « L'océan avenir de la planète » en collaboration avec TARA-Expédition, 2013.
- LEFEBVRE Ch., Protection et préservation du milieu marin : « Les apports des Conventions Régionales sur les mers aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ». Revue électronique en sciences de l'environnement VERTIGO, publié le 8 octobre 2010.
- MALJEAN-DUBOIS S., RICHARD V., *Mécanismes internationaux de suivi et mise en œuvre des conventions internationales de protection de l'environnement*. IDDRI, nº 09, 2004.
- MUIR J., *The Wilderness World*, New York, Houghton Mifflin Harcourt, 2001.
- PRIEUR M., SOZZO G., *La non-régression en droit de l'environnement*, éditions Bruylant, Bruxelles, 2012.
- PRIEUR M., *Le Protocole de Madrid à la Convention de Barcelone relatif à la gestion intégrée des zones côtières de la Méditerranée*, La revue électronique en sciences de l'environnement VERTIGO, 2011.
- Programme des Nations Unies pour l'environnement et l'Unité de coordination du Plan d'action pour la Méditerranée PNUE/PAM (différents auteurs), *Convention pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée et ses protocoles*. Grèce, 2012.

Cap II libro 4.pmd 93 10/07/2018, 17:08

- SONG Y-H., BLOOD-PATTERSON N. E., «Likelihood of U.S. Becoming a Party to the Law of the Sea Convention During the 112th Congress», Journal of Maritime Law & Commerce, vol. 43, nº 4, octobre 2012.

Textes du Droit international Public et du Droit Français :

- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1833, nº 31363.
- Convention de Barcelone de 1976 pour la Méditerranée.
- Convention de Carthagène de 1983 pour la Caraïbe.
- Convention des Nations Unies sur le Droit de la mer de Montego Bay de 1982.
- Convention de Nairobi pour l'océan Indien de1985.
- Conventions de Nouméa et d'Apia pour le Pacifique Sud.
- Conférence de Stockholm de 1972.
- Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (« Convention OSPAR »).
- Convention pour la protection et le développement de l'environnement marin dans la région des Caraïbes (Wider Caribbean Region - WCR), dite Convention de Carthagène, du 24 mars 1983.
- Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 1992.
- Convention pour la protection des ressources naturelles et de l'environnement dans la région du Pacifique sud, dite Convention de Nouméa ou Convention SPREP, du 24 novembre 1986 et entrée en vigueur le 22 août 1990.
- Convention pour la protection, la gestion et la mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique orientale, du 21 juin 1985 et entrée en vigueur le 30 mai 1996.
- Convention sur la protection de la nature dans le Pacifique Sud, du 12 juillet 1976, (Convention d'Apia).
- Code français de l'environnement.
- Décision du Conseil européen nº 249/CE du 7 octobre 1997 relative à la conclusion de la convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est.
- Déclaration de Johannesburg sur le développement durable.
- Loi Barnier du 2 février 1995.
- Organisation maritime internationale (OMI). *Document d'étude sur les pollutions maritimes*, 2010.

Cap II libro 4.pmd 94 10/07/2018, 17:08

- Protocole de Madrid à la Convention de Barcelone relatif à la gestion intégrée des zones côtières de la Méditerranée, du 21 janvier 2008.
- Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/63/111 du 5 décembre 2008.
- Sénat de la République Française. Projet de loi nº 161, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 décembre 2000.
- UICN, *Plan d'action pour la Méditerranée*, UINC, Suisse, 2012.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Journal officiel nº C 326 du 26/10/2012 p. 0001 – 0390.*
- Traité de Maastricht de 1992.

Jurisprudence :

- CJCE, 18 mars 1980, aff. 91/79 et 92/79, *Commission c/ Italie*, Rec. CJCE 1980, p. 1099.
- CJCE, 7 févr. 1985, aff. 240/83, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, Rec. CJCE 1985, p. 531.

Cap II libro 4.pmd 95 10/07/2018, 17:08

CHAPTER 3
L'efficacité de la « politique » maritime africaine dans le contexte de l'économie bleue

Ysaac Chavely MBILE NGUEMA
Doctorant en Relations Internationales
Institut des Relations Internationales du Cameroun (IRIC),
Université de Yaoundé II, Cameroun

Abstract: *The appropriation of the concept of the «blue economy» by African states has radically change their perception of the sea. Today, the sea is considered as a pillar of sustainable economic growth and of the well-being of African populations. The ambitions of developing the blue economy and building continental maritime integration expressed in the 2050 African Integrated Maritime Strategy (AIM 2050) and the Lomé charter, the foundations of what is referred to here as African maritime «policy», are a mark of this new era of the continent's maritime history. The key to achieving the goals is the full commitment of African states to promoting the blue economy. The purpose of this reflection is to show that the effectiveness of the African maritime «policy» depends on the degree of African states' individual, collective and concrete commitment to enhancing the sea. They are then the masters of success or the causes of failure.*

Résumé : *L'appropriation du concept de l'économie bleue par les États africains a radicalement changé leur perception de la mer. Aujourd'hui, la mer est considérée comme un pilier de la croissance économique durable et du bien-être des populations africaines. Les ambitions de développement de l'économie bleue et de construction de l'intégration maritime continentale exprimées dans la Stratégie africaine intégrée pour les mers et les océans à l'horizon 2050 (Stratégie AIM 2050) et la charte de Lomé, fondements de ce qui est désigné ici sous le nom de « politique » maritime africaine, sont une marque de cette nouvelle ère de l'histoire maritime du continent. La clé pour la réalisation des objectifs fixés est, nous semble-t-il, le plein engagement des États africains à promouvoir l'économie bleue. L'objectif de cette réflexion est de montrer que l'efficacité de la « politique » maritime africaine est tributaire du degré d'engagement individuel, collectif et concret des États africains à valoriser la mer. Ils en sont alors les maîtres de la réussite ou les causes de l'échec.*

Cap III libro 4.pmd 97 28/06/2018, 17:49

Introduction

L'analyse de l'efficacité de la « politique » maritime africaine nécessite un éclairage du concept d'efficacité. La notion d'efficacité est à la fois simple et complexe à définir. Simple dans la mesure où elle désigne usuellement le caractère de ce qui est efficace, de ce qui produit l'effet attendu[1]. Complexe en ce sens qu'elle est appréhendée diversement par les disciplines des sciences sociales et surtout qu'elle entretient des relations avec deux autres notions : l'efficience et l'effectivité. Les approches définitionnelles de l'efficacité par les disciplines, bien qu'allant quasiment dans le même sens, présentent des spécificités. Selon les Sciences Politiques, notamment l'Analyse des Politiques Publiques (APP), l'efficacité renvoie au degré d'atteinte des résultats poursuivis initialement par une politique publique[2]. Selon le droit, l'efficacité d'une norme est *« la capacité d'une mesure à atteindre les objectifs visés »*[3].Ainsi, il est impossible de parler de l'efficacité sans objectifs préalablement définis ou établis. Trois choses fondamentales caractérisent l'efficacité : un résultat souhaité, un résultat obtenu et l'écart entre les deux[4].

La complexité du concept d'efficacité est aussi liée aux relations parfois mal comprises qu'il entretient avec les notions d'efficience et d'effectivité. L'efficience est définie sous la forme d'un rapport entre les résultats obtenus et les ressources utilisées[5]. Pour les économistes et analystes des politiques publiques, l'efficience est un critère d'efficacité. L'effectivité d'une norme s'entend du *« caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement »*[6]. Elle constitue *« une condition nécessaire de son efficacité »*[7].

Ces approches de la notion d'efficacité se limiteraient de prime abord à l'évaluation et donc aux études évaluatives[8]. Or, *« évaluer c'est savoir si la politique publique est un échec ou une réussite »*[9]. Analyser la question de la politique maritime africaine sous

---

1) Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, nº 138, 2007, p. 85.

2) David AUBIN, Christian de VISSCHER, Alain TROSCH, « Des objectifs communs, mais une démarche spécifique : l'évaluation par rapport aux autres outils de contrôle » *in* Luc ALBARELLO, Béatrice VAN HAEPEREN, David AUBIN, Catherine FALLON (dir), *Penser l'évaluation des politiques publiques*, De Boeck Supérieur, 2016, p. 21.

3) Alexandre FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 86.

4) Plus l'écart entre les deux est grand, moins la performance est jugée satisfaisante ; plus l'écart est petit, plus la performance est jugée satisfaisante.

5) Selon les sciences administratives, une organisation est dite efficiente quand le résultat obtenu est au maximum et les ressources utilisées sont minimales. Pour l'APP, le droit et les sciences économiques, l'efficience est liée au rapport coût/prix ou coût/effectivité.

9) Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2012, p. 384.

7) Alexandre FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 86.

8) En Politiques publiques, la notion est omniprésente dans l'évaluation des politiques publiques.

9) David AUBIN, Christian DE VISSCHER, Alain TROSCH, *op. cit.*, p. 20.

Cap III libro 4.pmd 99 28/06/2018, 17:49

cet angle apparaît ainsi prématuré. Raison pour laquelle la notion est abordée autrement dans cette analyse, permettant ainsi d'examiner sans évaluer la politique maritime africaine. Cette étude s'inscrit dans une démarche démonstrative et non évaluative du lien fondamental qui existe entre l'efficacité de la politique maritime africaine et le degré d'engagement des États africains.

Historiquement, l'Afrique n'a jamais connu de stratégie ou de politique maritime continentale intégrée. C'est une nouveauté sur le continent dont l'instrument fondateur est la Stratégie AIM 2050. Elle marque le début d'une nouvelle page dans le rapport des États africains avec la mer. Ce rapport a connu *« une maturation progressive »*[10]. Trois moments permettent d'en rendre compte.

Dans le premier moment allant des indépendances à 1980, l'attitude des États africains vis-à-vis de la mer est revendicatrice. Elle s'inscrit dans la position globale des pays du tiers-monde de mettre fin au principe de liberté de pêche qui leur était défavorable. C'est d'ailleurs le Kenya, un État africain qui fit des propositions aux Nations Unies en 1971 pour la création d'une zone économiue exclusive (ZEE) dans laquelle l'État côtier a des droits exclusifs de pêche[11]. Dans le deuxième moment allant de 1980 à 1990, l'attitude des États africains est celle d'appropriation des espaces maritimes restée toutefois embryonnaire. Ils mettent sur pied des institutions et mécanismes spécialisés. Contrairement aux précédents, le troisième moment qui va de 1990 à 2013 est fortement mouvementé. La montée de la mondialisation a entraîné une maritimisation de l'économie qui a eu un double impact en Afrique. D'une part, la flambée du transport maritime, la découverte des hydrocarbures off-shore, la convoitise des ressources halieutiques africaines et, d'autre part, la montée de l'insécurité maritime ou de la criminalité maritime : piraterie maritime, terrorisme maritime, pêche illicite, non déclarée et non réglementée (INN) qui accompagnent ce processus de mondialisation. Dans cette optique, l'enjeu principal est alors devenu la sécurisation de la mer.

L'émergence du nouveau contexte de l'économie bleue[12] a favorisé une rupture dans le rapport des États africains à la mer. Selon la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA/ONU), l'économie bleue dans le contexte africain *« concerne à la fois le milieu marin et les eaux douces. Elle comprend les océans et les mers, les rivages et les berges, les lacs, les cours d'eau et les nappes souterraines. Elle embrasse un éventail d'activités, directes ou dérivées, qui vont de la pêche à l'exploitation minière sous-marine en passant par l'aquaculture, le tourisme, les*

10) André VIGARIÉ, « Les États et la mer une bien longue histoire », *Bulletin d'étude de la Marine*, juin 2005, p. 1.

11) La paternité de cette notion revient ainsi au Professeur Frank NJENGA, représentant du Kenya à cette occasion. Pour l'historique et le débat sur la ZEE, lire le chapitre 8 de l'ouvrage de Philippe VINCENT, *Droit de la mer*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2008.

12) Le concept de l'économie bleue tel que forgé par l'entrepreneur belge Gunter Pauli a été importé dans le domaine du monde bleu avec de légères nuances.

Cap III libro 4.pmd 100 28/06/2018, 17:49

transports, la construction navale, l'énergie ou la bioprospection »[13]. Les acteurs reconnaissent en elle une source d'opportunités dont le rôle dans le développement durable du continent[14] est fondamental dans le contexte actuel des Objectifs de Développement Durable[15] au niveau international et de l'agenda 2063 à l'échelle continentale. Les États africains la définissent comme étant *« le développement économique durable axé sur les mers et qui utilise les techniques telles que l'aménagement du territoire pour intégrer l'utilisation des mers et des océans, des côtes, des lacs, des cours d'eau et des nappes souterraines à des fins économiques, y compris mais sans s'y limiter, la pêche, l'extraction minière, la production d'énergie, l'aquaculture et les transports maritimes, avec la protection de la mer en vue d'améliorer le bien-être social* »[16]. Une nouvelle logique guide désormais ce rapport : le développement de l'économie bleue. C'est une nouvelle phase dans le rapport des États africains à la mer qui répond aux vœux d'hier de *« la considération autrement »* de la mer par ces derniers[17]. La stratégie maritime africaine qui est désignée ici de « politique » maritime africaine (PMA) est neuve, innovante et originale. Il sera question d'examiner le lien étroit entre l'efficacité de cette politique ambitieuse et le degré d'engagement des États africains. Autrement dit, quel lien existe-t-il entre l'efficacité de la PMA et le degré d'engagement des États ? En quoi et pourquoi l'atteinte des résultats souhaités par la PMA dépend-elle du degré d'engagement des États africains ? La réalisation des ambitions affichées dans les deux instruments de la PMA que sont la stratégie AIM 2050 et la Charte de Lomé (I) est indissociable du degré d'engagement concret des États africains (II).

I. LES AMBITIONS AFFICHÉES DE LA « POLITIQUE » MARITIME AFRICAINE

La stratégie AIM 2050 et la charte de Lomé sont les fondements juridiques de la politique maritime africaine (PMA). Les différents objectifs poursuivis à travers ces deux instruments par les États africains permettent de constater l'ambition du développement de l'économie bleue (A) et celle de l'intégration maritime continentale (B).

---

13) CEA/ONU, *L'économie bleue en Afrique : guide pratique*, Addis-Abeba, mars 2016, p. 1. Dans ce travail, il sera question d'un seul domaine de l'économie bleue : les eaux marines.

14) Carlos LOPES, « L'économie bleue en Afrique », *Diplomatie*, Octobre 2016, p. 17.

15) La croissance bleue est l'objectif 14 de l'agenda 2030 de l'ONU. Elle consiste à conserver et exploiter de manière durable les océans, les mers et les ressources marines aux fins du développement durable.

16) Article 1 de la Charte de Lomé sur la sécurité et la sûreté maritimes et le développement en Afrique.

17) Albert-Didier OGOULAT, « Les États de la façade atlantique de l'Afrique et la mer aujourd'hui, quelques aspects géopolitiques et géostratégiques », *Norois*, nº 180, octobre-décembre 1998, p. 596.

Cap III libro 4.pmd 101 28/06/2018, 17:49

A) Le développement de l'économie bleue

L'engagement des États africains en vue de promouvoir l'économie bleue s'est exprimé depuis l'adoption par la Conférence des Chefs d'États de l'UA de la stratégie AIM 2050 en 2014 et s'est renforcé successivement avec l'adoption des Objectifs de Développement Durable (ODD) et de la Charte de Lomé. Cet intérêt porté sur la mer marque une nouvelle vision, celle faisant de la mer un pilier et un « pivot » du développement économique et social en Afrique. Le but principal de la PMA est de *« favoriser la création d'une plus grande richesse des océans et des mers d'Afrique en développant une économie bleue florissante, durable, sécurisée et respectueuse de l'environnement »*[18]. Par conséquent, le fondement de la nouvelle vision maritime africaine est la recherche du développement durable.

Dans cette perspective, la sécurité des espaces maritimes s'inscrit désormais dans le continuum sécurité/développement. La sécurité maritime n'est plus un but mais un moyen pour atteindre le but de l'économie bleue[19]. En effet, les initiatives nationales et régionales visant la sécurité maritime étaient jusqu'alors destinées à combattre la criminalité maritime dans l'optique de la « protection » des routes navigables et des exploitations pétrolières et non du développement national des opportunités qu'offre la mer. D'où la faiblesse du lien observé entre la sécurité maritime et le développement ayant caractérisé les initiatives pré-Lomé. En effet, *« bien que ces diverses propositions semblent importantes (…) elles ne brillent pas par leur appréciation du lien entre sécurité et développement »*[20]. Michel Luntumbue renchérit à la veille du Sommet de Lomé en estimant que : *« actuellement, toutes les initiatives sont uniquement orientées vers la détection et la répression de ces actes »*[21].

Lomé est la rupture de cette faiblesse du lien entre sécurité maritime et développement en Afrique. Cette ville a été le lieu de mise en relief du *« lien étroit entre sécurité maritime et développement durable »*[22] de la *« théorisation de l'économie bleue »*[23]. L'intitulé de la charte est l'expression même de cette nouvelle orientation. Cependant, ce lien remonte à l'élaboration et à l'adoption de la stratégie AIM 2050. Virginie Saliou confirme cette interdépendance entre la sécurité maritime et la croissance économique

---

18) Union africaine, *Stratégie AIM 2050*, p. 10.

19) Chris TRELAWNY, « Soutenir la sécurité maritime en Afrique », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 45-49.

20) Charles UKEJE, Wullson MVOMO ELA, *Approche africaine de la sécurité maritime : cas du golfe de Guinée*, Abuja, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013, p. 36.

21) Michel LUNTUMBUE, « La longue marche de l'architecture africaine de sûreté et sécurité maritimes dans le golfe de Guinée », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 87.

22) Léon KOUNGOU, *op. cit.*, p. 4.

23) Léon KOUNGOU, « De Yaoundé à Lomé : méandres de la mobilisation africaine contre l'insécurité maritime dans le golfe de Guinée » (Tribune nº 881), *Revue Défense Nationale,* p. 4. Voir aussi SEM Faure ESSOZIMNA GNASSINGBÉ, « Sécurité maritime et développement en Afrique », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 6.

Cap III libro 4.pmd 102 28/06/2018, 17:49

durable[24]. C'est donc en vue d'instaurer une économie bleue durable permettant de lutter contre le chômage, la pauvreté et d'améliorer le bien-être des citoyens africains tout en réduisant les risques environnementaux marins, ainsi que la dégradation de l'écosystème et de la biodiversité[25] que les initiatives de sécurité et de gouvernance maritimes devraient en principe naître, se consolider et se développer. Le but poursuivi par la sécurité maritime en Afrique est désormais le développement de l'économie bleue.

Le développement de l'économie bleue est synonyme de développement des activités maritimes comme la pêche maritime, le tourisme maritime, le transport maritime etc. Les richesses maritimes sont perçues dans ce contexte comme des *« opportunités de développement durable »*[26]. Si l'on prend le cas de la pêche maritime dans le golfe de Guinée, l'on peut se rendre compte que l'« or bleu » est à la fois un atout dans la recherche de l'autosuffisance alimentaire et un secteur économique d'avenir[27]. Le développement national de la pêche maritime est un axe fondamental du développement de l'économie bleue, et ce d'autant plus que la pêche INN avec ses effets socio-économiques néfastes, notamment la compromission des emplois dans la pêche maritime artisanale, est une menace sérieuse dans la région[28]. En Afrique

---

24) Virginie SALIOU, « »L'Afrique bleue» : l'ambition d'un continent pour un développement sûr et harmonieux », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 94-97. Pour mettre en évidence ce lien, elle prend l'exemple du Togo. *« Le Togo, dont le port de Lomé dessert aujourd'hui une large partie de la sous-région – Mali, Niger, Burkina-Faso, Ghana – connaît ce lien intrinsèque entre sécurisation des espaces maritimes et développement économique. En 2012, il fut l'un des pays d'Afrique de l'Ouest et centrale les plus touchés par la piraterie. La sécurisation rapide du port et l'application effective du code ISPS ont permis une hausse du trafic de 7,7 millions de tonnes de marchandises transportées en 2012 à 9,2 millions en 2014, l'augmentation se poursuivant. »* (p. 95).

25) Union africaine, *Stratégie AIM 2050*, p. 10.

26) Léon KOUNGOU, *op. cit.*, p. 4.

27) Guy-Serge BIGNOUMBA, « La politique maritime du Gabon à l'aube du troisième millénaire : l'indispensable ouverture sur la mer », *Cahiers d'Outre-Mer*, nº 208, octobre-novembre 1999, p. 363.

28) Pour la situation de la pêche INN en Afrique de l'Ouest, voir : Daniel PAULY, « La pêche illégale le long de la côte ouest-africaine », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 68-71 ; Pauline GUIBBAUD, « Pêche illicite : quel avenir pour l'Afrique de l'Ouest ? », note d'analyse du GRIP, version électronique postée le 4 août 2014, consultée sur www.grip.org le 27 octobre 2014 ; Malick NDIAYE TAFSIR, « La pêche illicite, non déclarée et non réglementée en Afrique de l'Ouest », Dakar le 21 novembre 2010, version électronique consultée sur le site www.aprapam.org le 25 septembre 2014 ; Fatou DIOUF, *Les aspects juridiques de la lutte contre la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (INN) au Sénégal*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2015 ; Céline Yolande KOFFIE-BIKPO, « La pêche maritime en Côte d'Ivoire face à la piraterie halieutique », *Les Cahiers d'Outre-mer*, nº 251, juillet-septembre 2010, p. 321-346 ; INTERPOL, *Étude sur la pêche illégale au large des côtes de l'Afrique de l'Ouest*, Sous-direction de la Sécurité environnementale, septembre 2014 ; Greenpeace Africa, *Arnaque sur les côtes africaines : la face cachée de la pêche chinoise et des sociétés mixtes au Sénégal, en Guinée-Bissau et en Guinée*, Dakar, mai 2015.
Pour la situation de la pêche INN en Afrique Centrale, voir : Ysaac Chavely MBILE NGUEMA, *Organisations régionales africaines et lutte contre la pêche illicite, non déclarée et non réglementée. Le cas de la Commission Régionale des Pêches du Golfe de Guinée (COREP),* Sarrebruck, Éditions Universitaires Européennes, 2015 ; Cyrille Serge ATONFACK GUEMO, « La gestion concertée des ressources

Cap III libro 4.pmd 103 28/06/2018, 17:49

centrale maritime, la pêche artisanale emploie 55 137 personnes contre 2 866 dans la pêche industrielle[29]. L'or bleu étant *« renouvelable et peut-être inépuisable si les conditions d'exploitation permettent d'en assurer la pérennité »*[30], il est approprié pour les États côtiers du golfe de Guinée de développer ce secteur dont dépend fortement la population côtière qui, en 2050, s'élèverait à 591 572 habitants[31]. D'autres secteurs comme le tourisme maritime ou le transport maritime offrent des opportunités de développement pour les pays africains.

Raison pour laquelle la stratégie AIM 2050 dans ses neuf (9) actions stratégiques prévoit entre autres le développement du secteur de la pêche et de l'aquaculture, la mise sur pied d'une stratégie intégrée en matière de tourisme et de loisirs maritimes pour l'Afrique, les aquariums géants africains[32]. De même, une batterie de mesures innovantes a été adoptée dans la charte de Lomé pour promouvoir les secteurs de l'économie bleue. Il en ressort donc que la PMA poursuit le développement de l'économie bleue, nouveau paradigme qui guide les relations entre les États africains et la mer.

B) La construction de l'intégration maritime continentale

L'idée de l'intégration régionale est originellement rattachée à l'espace terrestre. Les différentes théories économiques et théories des relations internationales y relatives confirment cet état de choses. En Afrique, l'intégration régionale a toujours été vue, traitée et construite sous le prisme de l'espace terrestre. Si certains auteurs ont évoqué l'idée de *« maritimisation communautaire »*[33] ou d'*« intégration régionale maritime »*[34],

---

halieutiques dans la CEEAC «Zone D» : état des lieux et perspectives » *in* Joseph Vincent NTUDA EBODE (dir.), *La gestion coopérative des ressources transfrontalières en Afrique centrale : quelques leçons pour l'intégration régionale*, Yaoundé, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2011, p. 61-98 ; Guy-Serge BIGNOUMBA, « Les pêches maritimes en Afrique centrale : les préalables à une exploitation durable des ressources », *Norois*, nº 205, 2010, p. 47-56 ; Aline-Joëlle LEMBE, Pêches maritimes et développement durable dans les États côtiers d'Afrique centrale : des dysfonctionnements à l'exploitation durable des ressources halieutiques, Thèse de doctorat en géographie, Université de Nantes, 6 juin 2014.

29) Aline-Joëlle LEMBE, *op. cit.*, p. 92. La répartition par pays donne : Cameroun : 36 680 pêche artisanale contre 740 pêche industrielle ; Sao Tomé-et-Principe : 4 480 pêche artisanale, aucune mention sur la pêche industrielle ; Gabon : 5 250 dans la pêche artisanale contre 1 062 ; Congo : 4 200 dans la pêche artisanale contre 1 030 ; RDC : 4 527 dans la pêche artisanale contre 34. Aucune indication n'est donnée pour la Guinée équatoriale. Ces chiffres concernent les pêcheurs, mareyeurs, transformateurs et autres. Pour plus de détails, lire la page 97.

30) Guy-Serge BIGNOUMBA, *op. cit.*, p. 363.

31) Aline-Joëlle LEMBE, *op. cit.*, p. 53. En 1970 la population côtière était de 106 593 et en 2010 de 316 859.

32) Pour la liste complète des 9 actions stratégiques et les détails y afférents, lire stratégie AIM 2050, p. 16-32.

33) Albert-Didier OGOULAT, *op. cit.*, p. 596.

34) Abdelhak BASSOU, « La mer du Golfe de Guinée. Richesses, conflits et insécurité », *Paix et Sécurité internationales, Revue maroco-espagnole de droit international et relations internationales*, nº 2, –janvier-

Cap III libro 4.pmd 104 28/06/2018, 17:49

encore faudrait-il opérer un distinguo entre l'intégration et la coopération. Alors que l'intégration selon Ernst Haas est *« un processus par lequel des acteurs politiques de nationalités différentes sont amenés à transférer leurs allégeances, attentes et activités politiques vers un centre nouveau dont les institutions ont, ou cherchent à avoir, compétence sur les États nationaux pré-existants* [35], la coopération est un mode de relations interétatiques qui ne remet pas en cause l'indépendance des unités concernées[36]. L'intégration suppose la fusion tandis que la coopération est synonyme d'addition. L'intégration commence par la coopération mais la coopération ne vise pas nécessairement l'intégration[37]. À partir de ces éclairages conceptuels, parler d'intégration régionale maritime avant la PMA est discutable. La PMA déclenche le processus nouveau d'intégration maritime continentale notamment à travers l'objectif de création de la Zone exclusive maritime commune de l'Afrique (CEMZA) et de la mise en place des politiques sectorielles communes.

La zone exclusive maritime commune de l'Afrique est cet espace maritime africain sans barrières qui comprendra les *« ZEE des États membres de l'UA, couvrant 13 millions de km2 de mer, et, vraisemblablement, les mers territoriales des États »*[38]. Sa création a pour but de stimuler la croissance du commerce intra-africain[39]. La mise en place de la CEMZA nécessite l'élimination ou la simplification des barrières administratives dans le transport maritime au sein de l'Union africaine. Or l'élimination progressive, relative ou totale des barrières douanières ou non douanières[40] constituent l'élément clé de toute intégration régionale. Il ne serait donc pas exagéré de reconnaître qu'il s'agit bel et bien d'un processus d'intégration maritime continentale.

---

décembre 2014, p. 152. L'auteur se demande si la création de la Commission du Golfe de Guinée en 1999 déclenche le processus de l'intégration régionale maritime dans la région étudiée.

35) Dario BATTISTELLA, *Théories des relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2012, p. 425.

36) Pierre-François GONIDEC cité par Togba ZOGBELEMOU, *Droit des organisations d'intégration économique en Afrique (CEDEAO-CEMAC-UEMOA-ZMAO)*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 24.

37) Pour la distinction entre organisation de coopération et organisation d'intégration, notamment pour le cas de l'Union africaine, Voir : Guy MVELLE, *L'Union africaine : fondements, organes, programmes et actions,* Paris, L'Harmattan, 2007, p. 94-97.

38) Andrea CALIGIURI, « L'établissement de la zone exclusive maritime commune de l'Afrique (CEMZA) et ses implications sur le régime juridique de la ZEE » *in* A. Del Vecchio, F. Marrella (eds.), *International Law and Maritime Governance. Current Issues and Challenges for Regional Economic Integration Organizations / Droit international et gouvernance maritime. Défis actuels pour les Organisations internationales d'intégration économique / Diritto internazionale e governance marittima. Problemi attuali e sfide per le organizzazioni di integrazione economica regionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 289.

39) Union africaine, *op. cit.*, p. 17.

40) Andrea Caligiuri, en analysant les problèmes que peut poser l'établissement de la CEMZA, s'interroge sur la conformité de la CEMZA comme zone douanière commune avec la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Il montre que la CNUDM *« ne prévoit pas la possibilité d'établir une zone douanière dans la ZEE »* et donc le conflit est probable avec la CNUDM. Il espère que l'UA inclurait dans son territoire douanier seulement les mers territoriales et les eaux intérieures. Voir Andrea CALIGIURI, *op. cit.*, p. 295-296.

Cap III libro 4.pmd 105 28/06/2018, 17:49

L'établissement de la CEMZA est un objectif à moyen terme de la stratégie AIM 2050 dont la réalisation est prévue en 2030. La CEMZA pose le problème de la disparition ou non des frontières maritimes sur le continent. Par analogie, si la création de la Zone de libre-échange continentale (ZLEC) dans l'espace terrestre ne signifie pas la fin des frontières, il est permis de penser que la CEMZA ne mettra certainement pas fin aux frontières maritimes dans l'absolu. Elle contribuerait à l'intégration du marché intérieur pour les échanges et les services maritimes intra-UA[41].

Sans doute, le processus d'intégration maritime continentale est-il une ambition affichée de la PMA. Bien que n'étant pas de même nature, la stratégie AIM 2050 programme l'intégration maritime de même que le traité d'Abuja l'a fait pour l'intégration continentale dans l'espace terrestre. En effet, le plan de mise en œuvre de la stratégie permet de distinguer trois étapes dans la réalisation des objectifs :

- La première étape qui va de 2013 à 2018 correspond aux objectifs à court terme,
- La deuxième étape qui va de 2019 à 2030 correspond aux objectifs à moyen terme,
- La troisième étape qui va de 2031 à 2050 correspond aux objectifs à long terme.

Même si la formule diffère de celle du traité d'Abuja, l'élément commun est la présence d'un calendrier ou d'un programme qui permet de déduire qu'il s'agit d'une « politique »[42].

La mise en place des politiques sectorielles communes dans le domaine maritime prévue par la stratégie AIM 2050 renforce cette idée d'intégration maritime continentale. Entre autres, l'élaboration et la mise en place de la politique commune de pêche est prévue après la création de la CEMZA. L'objectif sera la conservation, la gestion et l'exploitation des stocks de poissons conformément à l'approche écosystémique et au principe de précaution[43]. Par ailleurs, d'autres politiques sectorielles communes

41) Union africaine, *op. cit.*, p. 17.

42) Dans l'annexe B, point ii) de la Stratégie, il est prévu que la politique maritime commune africaine serait élaborée et mise en œuvre après la création de la CEMZA. Andrea *Caligiuri* a tout à fait raison de parler de la *« future politique maritime africaine »* dans son article « La Charte de Lomé comme instrument pour une nouvelle gouvernance maritime en Afrique ». Le mot « politique » ici signifie des actions spécifiques menées de manière officielle dans le cadre de la stratégie AIM 2050. La charte est perçue par Joseph Vincent NTUDA EBODE comme un instrument juridique du multilatéralisme de la sécurité maritime dans le golfe de Guinée. Voir Joseph Vincent NTUDA EBODE, « Quelle dynamique de construction du multilatéralisme sécuritaire dans le golfe de Guinée », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 78. La Charte de Lomé est d'ailleurs un instrument de la Stratégie AIM 2050. Si une politique se décompose en programmes, lesquels se décomposent à leur tour en projets, on peut utiliser ici le mot « politique » sans estimer que la politique maritime africaine telle qu'elle est attendue soit déjà là.

43) Union africaine, *op. cit.*, p. 18.

Cap III libro 4.pmd 106 28/06/2018, 17:49

seront mises en place, notamment la stratégie intégrée en matière de tourisme et de loisirs maritimes et la stratégie africaine intégrée en matière de développement des ressources humaines qui consistera à fédérer les différents programmes de développement des ressources humaines des États membres et à explorer les possibilités de croissance, les opportunités de création d'emploi et beaucoup plus dans le domaine du transport maritime[44].

À l'initiative de la Commission de l'UA, les États africains ont exprimé leurs ambitions dans le domaine maritime. On peut voir une certaine cohérence, du moins du point de vue théorique, dans la PMA. Mais la réalisation des résultats attendus de la PMA dépend du degré d'engagement des États africains.

II. LA DÉPENDANCE DE L'ATTEINTE DES AMBITIONS EXPRIMÉES DE LA PMA DU DEGRÉ D'ENGAGEMENT DES ÉTATS AFRICAINS

La condition principale pour que les effets attendus ou souhaités de la PMA soient observés dans la réalité du terrain local est le plein engagement des États africains à mener des actions concrètes pour le développement de l'économie bleue (A) et la construction de l'intégration maritime continentale (B).

A) La dépendance du développement de l'économie bleue des actions concrètes et volontaristes des États côtiers et insulaires africains.

La sécurité maritime est un *« préalable »* pour le développement de l'économie bleue[45]. Dans le golfe de Guinée, le potentiel de l'économie bleue est fortement menacé. Les ressources halieutiques, bases de la sécurité alimentaire, du bien-être économique des populations côtières et des États, sont menacées par la pêche INN et la pollution marine[46]. Elles ont un impact négatif sur les stocks, à tel point que certains observateurs estiment que *« dans quarante ans, les stocks de poisson seront décimés, alors que pendant cette même période, la population du continent va doubler »*[47]. Il est donc

44) Union africaine, *op. cit.*, p. 22.

45) Virginie SALIOU, *op. cit.*, p. 97. Elle est également selon l'auteure une conséquence, mais elle est d'abord un préalable.

46) En 2011, au large du Gabon, s'étendait une nappe d'hydrocarbures de 107 km de long compromettant ainsi les activités halieutiques. Dans le golfe de Guinée, la quantité d'hydrocarbures déversée dans la mer représente chaque année près de 3 000 tonnes : 710 sont liées à l'exploitation pétrolière et 2 100 tonnes sont rejetées de manière accidentelle (voir Virginie SALIOU, *op. cit.*, p. 95). À ce rythme, la préservation des ressources halieutiques est en face d'un grand défi.

47) Joseph NGUENE NTEPPE, « La pollution maritime en Afrique : quelles conséquences ? », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 75.

Cap III libro 4.pmd 107 28/06/2018, 17:49

évident que les États devraient agir proportionnellement à la nature des menaces, sinon « *la conjugaison de l'épuisement des ressources halieutiques et de la croissance démographique se traduira par une augmentation de l'insécurité alimentaire pour les populations, ce qui aura un impact sur la sécurité des États* »[48]. La mise en œuvre des mesures socio-économiques est à portée de main des États du golfe de Guinée. Il est prouvé aujourd'hui que la faiblesse des sanctions et amendes est un facteur propice à la pêche INN[49]. Réviser les législations nationales pour dissuader la pêche INN afin de mieux développer le secteur relève de la compétence des États. Le Sénégal est un exemple à suivre dans ce sens[50]. Le développement du secteur de la pêche dépend des États du golfe de Guinée.

Le tourisme et les loisirs maritimes sont un secteur important de l'économie bleue. Ils sont triplement menacés. D'abord, l'industrie du tourisme maritime est l'objet d'attaques terroristes dans certains pays africains[51]. Ces actes découragent la venue des touristes et ont de ce fait un impact négatif sur le secteur. L'attaque du 13 mars 2016 sur la plage de Grand-Bassam en Côte d'Ivoire, orchestrée par Al-Qaïda au Maghreb islamique (AQMI) et ayant causé la mort de 19 personnes, en est un exemple. En Tunisie, l'attaque de l'hôtel Riu Imperial Marhaba le 26 juin 2015 ayant fait 28 morts et 36 blessés « *a déclenché le départ précipité des touristes étrangers… Depuis, les hôtels sont vides* »[52]. Ensuite, la pollution marine, qu'elle soit océanique ou tellurique[53], a un impact négatif pour le tourisme. En effet, la souillure des mers et des plages complique sinon rend « *impossible les activités récréatives ou touristiques causant un manque à gagner pour de nombreux opérateurs économiques (hôteliers, commerçants), les collectivités publiques et les populations côtières* »[54]. Enfin, la montée des océans ou du niveau de la mer est une menace pour les infrastructures touristiques des zones côtières en Afrique et même des villes côtières[55]. À Casablanca par exemple, les inondations des installations dans le quartier récréatif sont régulières[56]. À long terme, cela est un risque pour le développement du tourisme et des loisirs maritimes et une source potentielle de migrations. Il apparaît ainsi que la sauvegarde et le développement souhaité de ce secteur sont liés à la lutte contre le terrorisme

48) Joseph NGUENE NTEPPE, *op. cit.*, p. 75.

49) OCDE, *La certification dans les secteurs halieutique et aquacole*, OCDE publishing, 2012, p. 69.

50) Le Sénégal a révisé son code de pêche en 2015. Les sanctions sont élevées et de nature à dissuader les pratiquants de la pêche INN. Les amendes vont de 500 millions au minimum à un milliard de FCFA.

51) Hugues EUDELINE, « Terrorisme maritime en Afrique : quels risques pour l'Afrique ? », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 25.

52) Ibid., p. 26.

53) Joseph NGUENE NTEPPE, *op. cit.*, p. 73.

54) Ibid., p. 74.

55) Daria MOKHNACHEVA, « L'Afrique face à la montée des océans : quelles conséquences ? », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 61.

56) Ibid.

Cap III libro 4.pmd 108 28/06/2018, 17:49

maritime, la pollution marine, l'adoption et l'implémentation des mesures d'adaptation face au changement climatique. Les États sont principalement interpellés.

Le commerce maritime est quant à lui menacé dans le golfe de Guinée par la piraterie maritime et le *« pétroterrorisme »*[57]. Tandis qu'elle n'est plus qu'une « *menace résiduelle »*[58] dans le golfe d'Aden, notamment en Somalie, la piraterie prend de l'ampleur dans le golfe de Guinée. Il est même devenu *« le nouvel épicentre de la piraterie mondiale »*[59]. Le mode opératoire préféré des bandits marins, pour la plupart nigérians, depuis la baisse du prix du pétrole est l'enlèvement des marins pour obtenir une rançon. Au total, 44 kidnappings ont été recensés au premier semestre de 2016, dont 24 au large du Nigéria, contre 10 dans la même période en 2015[60]. Le pétroterrorisme a des conséquences négatives pour les États. Le Nigéria est le plus touché et le plus concerné[61]. Ainsi, la sécurité maritime est un préalable pour le développement de l'économie bleue en Afrique en général et dans le golfe de Guinée en particulier. Or, il revient aux États de se doter de capacités et de mutualiser leurs moyens.

D'un autre coté, les États côtiers africains sont à la fois les cibles directes de la charte de Lomé et les acteurs principaux d'implémentation des mesures incitatives au développement de l'économie bleue contenues dans la charte de Lomé.

Dans un premier temps, les mesures de la charte de Lomé prônent un changement de comportement des États africains vis-à-vis de la mer. Elles amènent les États africains à fixer le cap de leur politique maritime nationale vers le développement de l'économie bleue. Entités souveraines, la soumission des États africains à ce changement de comportement souhaité par la charte de Lomé relève de la volonté politique. Elle peut se définir comme *« l'engagement des parties prenantes à mener des actions dans le but d'atteindre une série d'objectifs (ici, le développement de*

---

57) Hugues EUDELINE, *op. cit.*, p. 27. Ce néologisme marque le fait que le terrorisme maritime qui se déroule dans le delta du Niger ne résulte pas des mouvements djihadistes. Le Mouvement pour l'Émancipation du Delta du Niger (MEND) a été le premier groupe à poser des actes de terrorisme maritime dans le golfe de Guinée. Depuis 2016, un nouveau groupe a vu le jour : les Niger Delta Avengers.

58) Marianne PÉRON-DOISE, « La piraterie somalienne : un état des lieux en demi-teinte », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 40. Au 1er semestre de 2016, aucun acte de piraterie n'a été enregistré en Somalie. On se souvient encore qu'en 2011, la piraterie somalienne avait atteint son apogée avec 176 attaques.

59) Olivier MÉLENNEC, « Golfe de Guinée : le nouvel épicentre de la piraterie mondiale », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 35-39.

60) Ibid., p. 35. Les attaques de navires ou de cargaisons d'hydrocarbures n'ont cependant pas cessé. Selon l'ONG Oceans Beyond Piracy, 54 attaques de navires ont été enregistrées en 2015, dont 29 se sont produites dans les eaux intérieures. Pour saisir les similitudes et les différences entre la piraterie maritime dans le golfe d'Aden et le golfe de Guinée, lire Thierry VIRCOULON, « La piraterie en Afrique : une inflation de solutions à côté du problème ? », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 28-33.

61) De premier exportateur de pétrole, le Nigéria est devenu en 2016 le deuxième exportateur de pétrole après l'Angola en raison du pétroterrorisme.

Cap III libro 4.pmd 109 28/06/2018, 17:49

l'économie bleue et l'intégration maritime continentale) et à fournir des moyens nécessaires à la mise en œuvre de ces actions dans le temps »[62]. L'on peut donc distinguer deux degrés de volonté politique : la volonté politique exprimée (engagements écrits ou oraux) et la volonté politique manifestée (actions concrètes). Si la volonté politique exprimée a favorisé l'adoption de la charte de Lomé, son effectivité dépend de la volonté politique manifestée des États.

En droit, l'effectivité *« indique pour sa part le degré de congruence entre les objectifs visés et le comportement effectif des groupes cibles »*[63] tandis qu'en politiques publiques elle *« consiste à savoir si les mesures prises ont opéré le changement de comportement escompté »*[64]*.* Les deux perceptions se rejoignent sur l'impact des mesures sur le changement de comportement des cibles. En tant que cibles principales de la charte de Lomé, l'effectivité des mesures de la charte de Lomé dépend de la volonté manifestée des États africains à se laisser infléchir dans leur attitude vis-à-vis de la mer. Or, l'effectivité constitue un élément important de l'efficacité. Il serait donc difficile que la charte de Lomé atteigne les résultats escomptés sans un plein engagement des États côtiers africains.

Dans un deuxième temps, la charte de Lomé attribue la responsabilité principale de développement de l'économie bleue aux États pris individuellement ou collectivement. L'étape préalable pour l'application des mesures de la charte est l'entrée en vigueur de la charte. Étant un traité multilatéral, son entrée en vigueur est subordonnée à l'atteinte du seuil de ratification. Du fait que cette procédure est un processus discrétionnaire propre à chaque État, l'on peut dire que le degré de célérité dans le processus de ratification de la charte de Lomé n'est ou ne sera que le reflet de la volonté manifestée des États côtiers africains[65].

Quand bien même la charte entrerait en vigueur, elle attribue la responsabilité principale de développement des secteurs de l'économie bleue aux États africains[66]. Ils sont les dépositaires de l'effet réel des mesures de la charte auprès des bénéficiaires finaux que sont les populations. L'amélioration de la situation des professionnels, des citoyens africains désirée et souhaitée par la charte de Lomé ne peut devenir une réalité que si les États manifestent une volonté politique accrue en adhérant pleinement à ladite charte. Outre la responsabilité individuelle dans le développement national de l'économie bleue, les États ont une responsabilité collective. Le Comité des États Parties chargé de surveiller la mise en œuvre de la charte et de recommander les

---

62) Derick BRINKERHOFF, « Clarifier le concept de volonté politique pour lutter contre la corruption », *U4 Brief*, Notes de synthèse, avril 2011, nº 5, p. 1-2. Consulté en ligne sur www.rti.org le 16 août 2016.

63) Alexandre FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 85.

64) David AUBIN, Christian de VISSCHER, Alain TROSCH, *op. cit.*, p. 21.

65) Dans le golfe de Guinée, les mesures de développement de l'économie bleue dépendent de la ratification et de l'intériorisation des mesures de la Charte de Lomé par les États côtiers.

66) Andrea CALIGIURI, « La charte de Lomé… », p. 7.

Cap III libro 4.pmd 110 28/06/2018, 17:49

actions pour son suivi est un organe interétatique composé de quinze membres élus tous les trois ans[67]. Le défi du dépassement des intérêts nationaux égoïstes au profit de l'intérêt commun se posera alors à ces derniers. Par conséquent, l'efficacité de la charte de Lomé dépendra du niveau d'engagement des États à appliquer ladite charte.

B) Le degré d'implication attendue des États africains dans la construction de l'intégration maritime continentale

Dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie AIM 2050, les États sont à la fois coresponsables et responsables exclusifs. Le degré d'implication dépend alors des objectifs.

Tout d'abord, les États sont en grande partie coresponsables dans la réalisation des objectifs à court terme (2013-2018). La Commission de l'Union africaine a la responsabilité principale dans la réalisation des actions prévues dans les cinq programmes[68] de cette phase. Le degré d'implication des États qui en ressort est le suivant :

- P1 : sur 10 actions prévues, les États sont coresponsables dans deux actions seulement[69] ;
- P2 : sur 12 actions réparties en sept (7) objectifs[70], les États sont coresponsables dans quatre (4) actions[71] et responsables exclusifs dans la réalisation de l'objectif nº 5[72] ;
- P3 : sur sept (7) actions comprises dans trois objectifs[73], les États ne sont pas directement coresponsables, peut-être le sont-ils par le biais de CER qui sont avec l'UA les responsables mentionnés ;

---

67) Andrea CALIGIURI, *op. cit.*, p. 10.

68) Le programme de « Gestion de la Stratégie AIM 2050 » que nous désignons (P1), le programme « Élaborer un programme de gouvernance maritime » (P2), le programme de création des richesses (P3), le programme de développement de la recherche et des ressources humaines (P4) et le programme de formation des apprentis marins et des élèves côtiers (P5).

69) Dans la formulation d'une stratégie maritime régionale et la mobilisation des ressources de mise en œuvre.

70) L'objectif nº 1 : 5 actions ; l'objectif nº 2 : une action ; l'objectif nº 3 : 2 actions ; l'objectif nº 4 : une action ; l'objectif nº 5 : une action ; l'objectif nº 6 : une action ; l'objectif nº 7 : 2 actions.

71) Objectif nº 1 : action nº 2 « Renforcer les capacités de contrôle par l'État du pavillon et l'État du port (y compris l'accession au MoU d'Abuja, des océans Indien et Méditerranéen, et le code de conduite de Djibouti) », action nº 2 : « Appui aux États membres pour l'adoption et la ratification des Traités maritimes internationaux », Action nº 3 : « Promouvoir et encourager la mise en œuvre de la charte africaine des transports maritimes », action nº 4 : Promouvoir la coopération avec les pays non-UA, les régions ou blocs, sur l'échange d'information et la condamnation des actes illégaux contre les navires ».

72) Le renforcement de capacités en matière de protection de l'environnement marin.

73) Objectif nº 1 : une action ; objectif nº 2 : 3 actions ; objectif nº 3 : 2 actions.

Cap III libro 4.pmd 111 28/06/2018, 17:49

- P4 : sur six actions comprises dans trois objectifs[74], les États ne sont pas coresponsables ;
- P5 : les États sont coresponsables dans l'accomplissement de l'unique objectif d'accroître le nombre des gens en mer en assurant une formation à bord.

Ce faible degré d'implication des États dans la réalisation des objectifs à court terme repose essentiellement sur le type de résultats attendus qui relèvent du travail classique des organisations internationales, entendues ici l'UA et les CER : l'élaboration des programmes, des plans, la réalisation des études, etc.

Ensuite, dans le cadre de la réalisation des objectifs à moyen terme (2019-2030), l'on note une certaine augmentation du degré d'implication attendue des États africains. Il s'agit en fait de la phase de concrétisation des objectifs et surtout le début de la construction effective de l'intégration maritime continentale. Ainsi, l'état suivant permet de constater cet état de fait :

- P1 : sur sept (7) actions contenues dans trois objectifs, les États sont coresponsables dans la première action de l'objectif nº 1[75] et l'unique action de l'objectif nº 2[76] ;
- P2 : sur cinq actions comprises dans l'unique objectif d'assurer la sécurité et la sureté maritime des systèmes de transport maritime, les États sont coresponsables dans les actions nºs 3 et 4[77] et responsables exclusifs dans l'action nº 2[78] ;
- P3 : sur 7 actions comprises dans l'objectif nº 1 (6 actions), l'unique action de l'objectif nº 2, les États sont coresponsables dans les actions nºs 1, 2 et 3 de l'objectif nº 1 et responsables exclusifs dans l'objectif nº 2 ;
- P4 : les États ne sont pas coresponsables dans les trois objectifs poursuivis.

Les États africains sont l'unique partenaire et le partenaire central dans l'établissement de la CEMZA. S'il revient à la Commission de l'UA de proposer un cadre juridique, l'effectivité de la CEMZA relèvera de la volonté des États à coopérer. La CEMZA ne pourrait porter du fruit que si les querelles interétatiques sur les frontières maritimes

74) Objectif nº 1 : une action ; objectif nº 2 : 3 actions ; objectif nº 3 : 2 actions.

75) Objectif nº 1 : Réaliser une synergie entre les États. Action nº 1 : mettre en œuvre la stratégie maritime régionale/nationale.

76) Objectif nº 2 : mise en œuvre du plan à moyen terme. Action : mettre en œuvre la stratégie maritime régionale/nationale.

77) Action nº 3 : « Mettre en œuvre un plan de gouvernance maritime africain (sur la base des études menées) », action nº 4 : « Mettre en œuvre une stratégie approuvée de la sécurité maritime en Afrique ».

78) Mise en œuvre par les États des MoU et des traités.

Cap III libro 4.pmd 112 28/06/2018, 17:49

diminuent sur le continent[79]. La volonté politique manifestée des États africains est encore au cœur de la mise en œuvre de la CEMZA, sans laquelle il n'y aurait pas de politique commune de pêche. D'ailleurs, la politique commune de pêche nécessitera le transfert de compétences à l'UA[80]. Or, c'est une procédure qui relève de la volonté des États, l'UA n'ayant aucun pouvoir d'imposition sur ses membres.

Enfin, dans le cadre des objectifs à long terme (2031-2050), les États ont la responsabilité exclusive dans le programme de création de richesses, notamment dans les actions 5, 6, 7 : développement du tourisme et des loisirs maritimes ; développement des infrastructures maritimes ; mise en œuvre du plan d'exploitation des ressources marines. Ils sont coresponsables dans les actions n°s 1 et 3, la Commission de l'UA a la responsabilité de créer trois (3) aquariums géants. Cependant, même si l'UA et les CER ont une part de responsabilité dans la mise en œuvre de la stratégie AIM 2050, *« elles ne sont pas en mesure d'allouer les ressources suffisantes au secteur maritime tant que leurs États membres ne fournissent pas l'impulsion et les moyens nécessaires »*[81].

Au regard de ce qui précède, il nous semble que le débat sur la considération de la mer par les États africains est aujourd'hui clos. Les ambitions affichées illustrent le changement radical de paradigme. Il reste pour les États africains à manifester par des actions concrètes leur engagement à développer l'économie bleue et à mettre en œuvre la PMA. Atteindre les résultats désirés et exprimés est d'abord une question de volonté avant d'être une affaire de capacités. L'efficacité future de la PMA est alors largement tributaire du degré d'engagement des États africains même si le rôle de la Commission de l'UA et des autres partenaires n'est pas à sous-estimer. Les défis de la rationalisation et de coordination des multiples initiatives maritimes sur le continent sont à relever. Au-delà des contingences, la réussite ou l'échec à venir de la PMA dépendra de l'Afrique elle-même.

---

79) Pour les querelles sur les frontières maritimes, lire Samuel Sylvin NDUTUMU, *Géopolitique maritime du Golfe de Guinée au XXIe siècle*, Paris, L'Harmattan, p. 61-68.

80) Andrea CALIGIURI, « L'établissement… », p. 292.

81) Chris TRELAWNY, *op. cit.*, p. 49.

Cap III libro 4.pmd 113 28/06/2018, 17:49

BIBLIOGRAPHIE

ADENIYI ADJIMI Osinowo, « La lutte contre la piraterie maritime dans le golfe de Guinée », *Bulletin de la sécurité africaine*, nº 30, février 2015, 10 pages.

AFANG NDONG Zita, « Construction de l'identité géopolitique maritime de la façade afro-atlantique : une esquisse historique » *in* Rachid EL HOUDAÏGUI (dir.), *La façade atlantique de l'Afrique : un espace géopolitique en construction*, OCP Police Center, p. 16-37.

ANNEXE C de la Stratégie AIM 2050, *Plan de mise en œuvre*, 16 pages.

ATONFACK GUEMO Serge Cyrille, « la gestion concertée des ressources halieutiques dans la CEEAC « Zone D » : État des lieux et perspectives » *in* Joseph Vincent NTUDA EBODE (dir.), *La gestion coopérative des ressources transfrontalières en Afrique centrale : quelques leçons pour l'intégration régionale*, Yaoundé, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2011, p. 61-98.

BASSOU Abdelhak, « La mer du Golfe de Guinée. Richesses, conflits et insécurité *», Paix et sécurité internationales, Revue maroco-espagnole de droit international et relations internationales*, nº 2, janvier-décembre 2014, p. 151-163.

BIGNOUMBA Guy-Serge, « Politique maritime du Gabon à l'aube du troisième millénaire : l'indispensable ouverture sur la mer », *Cahiers d'Outre-Mer*, nº 208, 52ème année, octobre-novembre 1999, p. 359-372.

« Les pêches maritimes en Afrique centrale : les préalables à une exploitation durable des ressources », *Norois*, nº 205, 2010, p. 47-56.

CALIGIURI Andrea, « L'établissement de la zone exclusive maritime commune de l'Afrique (CEMZA) et ses implications sur le régime juridique de la ZEE » *in* A. Del Vecchio, F. Marrella (eds.), *International Law and Maritime Governance. Current Issues and Challenges for Regional Economic Integration Organizations / Droit international et gouvernance maritime. Défis actuels pour les Organisations internationales d'intégration économique / Diritto internazionale e governance marittima. Problemi attuali e sfide per le organizzazioni di integrazione economica regionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 287-296.

« La Charte de Lomé comme instrument pour une nouvelle gouvernance maritime en Afrique », *Paix et Sécurité Européenne et Internationale* (PSEI), nº 6, mis en ligne le 06 mars 2017, URL : http://revel.unice.fr/psei/index.html?id=1454.

Conférence de l'Union africaine (Vingt-deuxième Session ordinaire), *Décision sur l'adoption et la mise en œuvre de la stratégie africaine intégrée pour les mers et les océans à l'horizon 2050 (Stratégie AIM 2050) - Doc. Assembly/AU/16(XXII)Add.1*, 30-31 janvier 2014, Addis-Abeba (Éthiopie), Assembly/AU/Dec.496(XXII).

Cap III libro 4.pmd 114 28/06/2018, 17:49

Conférence des Ministres africains en charge des affaires liées à la mer (deuxième conférence), *Déclaration d'Addis-Abeba sur la stratégie africaine intégrée pour les mers et les océans Horizon 2050 (Stratégie AIM 2050)*, DECL/M/II/CAMRMRA/2012, Addis-Abeba, 6 décembre 2012.

Charte africaine sur la sécurité et la sûreté maritimes et le développement en Afrique.

DIOUF Fatou, *Les aspects juridiques de la lutte contre la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (INN) au Sénégal*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2015.

EUDELINE Hugues, « Terrorisme maritime : quels risques pour l'Afrique ? », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 22-27.

« Terrorisme maritime et piraterie aujourd'hui : les risques d'une collusion contre-nature », *EchoGéo*, septembre-novembre 2009, p. 1-15.

ESSOZIMNA GNASSINGBÉ Faure, « Sécurité maritime et développement en Afrique », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 6-9.

GALLETTI Florence, « Le droit de la mer, régulateur des crises pour le contrôle des espaces et des ressources : quel poids pour des États en développement ? », *Mondes en développement*, n° 154, Vol. 39, 2011, p. 121-136.

GUIBBAUD Pauline, « Pêche illicite : quel avenir pour l'Afrique de l'Ouest ? », note d'analyse du GRIP, version électronique postée le 4 août 2014, consultée sur www.grip.org le 27 octobre 2017.

KOUNGOU Léon, « De Yaoundé à Lomé : méandres de la mobilisation africaine contre l'insécurité maritime dans le golfe de Guinée » (Tribune n° 881), *Revue Défense Nationale*, 14 avril 2017, 6 pages.

LOPES Carlos, « L'économie bleue en Afrique », *Diplomatie,* Octobre 2016, p. 16-18.

LUNTUMBUE Michel, « La longue marche de l'architecture africaine de sûreté et sécurité maritimes dans le golfe de Guinée », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 84-88.

« Piraterie et insécurité dans le golfe de Guinée : défis et enjeux d'une gouvernance maritime régionale », note d'analyse du GRIP, 30 octobre 2012, p. 12.

MBILE NGUEMA Ysaac Chavely, *Organisations régionales africaines et lutte contre la pêche illicite, non déclarée et non réglementée. Le cas de la Commission Régionale des Pêches du Golfe de Guinée (COREP),* Sarrebruck, Éditions Universitaires Européennes, 2015.

MOKHNACHEVA Daria, « L'Afrique face à la montée des océans : quelles conséquences ? », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 58-62.

MÉLENNEC Olivier, « Golfe de Guinée : le nouvel épicentre de la piraterie mondiale », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 35-39.

Cap III libro 4.pmd 115 28/06/2018, 17:49

NDOUTOUMOU NGOME Sylvain, « Le Golfe de Guinée au centre des convoitises mondiales », *Diplomatie*, nº 56, mai-juin 2012, p. 72-74.

NGUENE NTEPPE Joseph, « La pollution marine en Afrique : quelles conséquences ? » *Diplomatie*, octobre 2016, p. 72-75.

NTUDA EBODE Joseph Vincent, « Quelle dynamique de construction du multilatéralisme sécuritaire dans le golfe de Guinée ? », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 78-83.

OGOULAT Albert-Didier, « Les États de la façade atlantique de l'Afrique et la mer aujourd'hui, quelques aspects géopolitiques et géostratégiques », *Norois*, nº 180, octobre-décembre 1998, p. 587-607.

« Les richesses maritimes du golfe de Guinée : ressources d'un espace stratégique et polémogène », *Enjeux*, nº 12, juillet-septembre 2002, p. 26-28.

PAULY Daniel, « La pêche illégale le long de la côte ouest-africaine », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 68-71.

TRELAWNY Chris, « Soutenir la sécurité maritime en Afrique », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 45-49.

SALIOU Virginie, « »L'Afrique bleue» : l'ambition d'un continent pour un développement sûr et harmonieux », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 94-97.

UNION AFRICAINE, *Stratégie africaine intégrée pour les mers et les océans (Stratégie AIM 2050)*, 2012.

VIRCOULON Thierry, « La piraterie en Afrique : une inflation de solutions à côté du problème ? », *Diplomatie*, octobre 2016, p. 28-33.

UKEJE Charles, MVOMO ELA Wullson, *Approche africaine de la sécurité maritime : cas du golfe de Guinée*, Abuja, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013.

PFLIMLIN Édouard, BORER Louis-Arthur, « La piraterie maritime : quelles tendances ? «Basculement» d'un golfe à l'autre en Afrique, et persistance en Asie du Sud-Est ». Disponible sur https://www.diploweb.com/La-piraterie-maritime-quelles.html, p. 11.

Cap III libro 4.pmd 116 28/06/2018, 17:49

CHAPTER 4
L'exploitation des ressources génétiques marines au-delà des juridictions : vers un nouvel horizon ?

Loïc PEYEN
Docteur en droit, Université de La Réunion,
Saint-Denis, France

Abstract: *It appears today that few rules govern the exploitation of marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction. This situation is clear both in the high seas and in the international seabed areas, where there are significant insufficiencies. This current state of law unacceptable for many reasons and it highlights the need for a new legal status for these marine genetic resources.*

Résumé : *L'exploitation des ressources génétiques marines se trouvant dans les espaces au-delà des juridictions nationales est assez peu encadrée à l'heure actuelle. Qu'il s'agisse de la haute mer ou de la zone internationale des fonds marins, les incertitudes sont notables et les insuffisances profondes. Cette situation est inacceptable au regard de bon nombre de considérations et exige une consolidation du statut juridique de ces ressources génétiques.*

« La mer est tout ! (…)
C'est l'immense désert où l'homme n'est jamais seul,
car il sent frémir la vie à ses côtés.
La mer n'est que le véhicule d'une surnaturelle et prodigieuse existence ;
elle n'est que mouvement et amour ;
c'est l'infini vivant (…). »
Jules Vernes, *Vingt mille lieues sous les mers*, 1870

Cap IV libro 4.pmd 117 28/06/2018, 17:52

1. *Thermococcus litoralis*, *Lyngbya majuscula*, *Conus geographus*, *Pseudopterogorgia elizabethae*. Que de noms peu connus, voire inconnus. Bon nombre de ces êtres vivants pourtant, issus du milieu marin, sont à l'origine de grands biens pour l'humanité. Aujourd'hui, en effet, il n'y a plus de doute sur leur utilité dans de multiples domaines, qu'il soit question de la science ou de la santé par exemple, et la probabilité qu'ils soient les seuls à disposer de telles utilités est quasi-nulle. Ces maigres acquis ne sauraient cependant masquer les innombrables potentialités des ressources génétiques marines et le manque de connaissance à ce sujet[1]. Ce constat se retrouve également dans les discussions récentes sur la scène internationale sur le statut juridique de ces ressources : « les ressources génétiques marines fournissent à l'humanité d'importants biens et services liés aux écosystèmes. (…) L'importance de promouvoir la recherche scientifique marine sur les ressources génétiques marines a été reconnue étant donné ses avantages pour l'élargissement des connaissances sur la biodiversité des océans et la découverte de nouvelles substances utiles aux modes de subsistance et au bien-être de l'humanité »[2].

2. Les « ressources génétiques marines » ne sont pas très difficiles à identifier en droit puisque la Convention sur la diversité biologique[3] fournit une définition grandement reprise : la « ressource génétique » désigne « le matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle », le matériel génétique étant « le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité » (art. 2)[4]. L'épithète « marine » quant à lui renvoie au milieu marin et permet de circonscrire les ressources dont il sera ici question.

3. Il est vrai que les interrogations relatives au statut juridique de ces ressources et des activités afférentes ne sont pas tout à fait neuves[5]. Toutefois, elles ne cessent de se renouveler et de se présenter sous des jours nouveaux. Les regards se portent présentement sur une activité aux enjeux considérables et qui ne cesse de croître : l'exploitation des ressources génétiques marines. L'« exploitation » désignant

---

1) Pour un état des lieux, v. *Les océans et le droit de la mer*. Rapport du secrétaire général, 12 mars 2007, doc. A/62/66, § 126 et s.

2) « Déclaration commune des Coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale », en annexe de la *Lettre datée du 15 mai 2008, adressée au Président de l'Assemblée générale par les Coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale*, 16 mai 2008, doc. A/63/79, § 32-33.

3) Rio de Janeiro, 5 juin 1992, *RTNU*, vol. 1760, p. 79, n° 30619.

4) À noter que ces éléments de définition ont été repris et adaptés par le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (Rome, 3 novembre 2001, *RTNU*, vol. 2400, p. 303, n° 43345) à son article 2.

5) V. notamment Ch. Noiville, *Ressources génétiques et droit. Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*, Paris, Pedone, 1997.

Cap IV libro 4.pmd 119 28/06/2018, 17:52

communément l'« action de mettre en valeur quelque chose en vue d'en tirer un profit », il est ici question de l'ensemble des activités tendant à valoriser lesdites ressources. D'un point de vue juridique hélas, les règles applicables en la matière sont relativement incertaines, et il importe de distinguer selon que les ressources se trouvent dans des espaces sous juridiction nationale ou non.

4. Cette distinction renvoie pour notre sujet aux règles juridiques établies par la Convention sur le droit de la mer[7] (ci-après « CMB ») qui distingue ces deux types d'espaces maritimes. Les espaces sous juridiction sont ceux sur lesquels les États exercent une pleine souveraineté (mers intérieures (art. 8), mer territoriale (CMB, art. 2) et eaux archipélagiques (CMB, art. 46)) ou quelques droits souverains uniquement (zone contiguë (CMB, art. 33), zone économique exclusive (CMB, art. 55) et plateau continental (CMB, art. 76)). À l'inverse, les espaces hors juridiction sont ceux sur lesquels aucun État n'a de droit particulier, ce qui renvoie à la haute mer, qui désigne « toutes les parties de la mer qui ne sont comprises ni dans la zone économique exclusive, la mer territoriale ou les eaux intérieures d'un État, ni dans les eaux archipélagiques d'un État archipel » (CMB, art. 86), et à la zone internationale des fonds marins (ci-après « la Zone »), qui concerne « les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale » (CMB, art. 1er, 1, (1)). Comme le montre le caractère résiduel de ces définitions, ces espaces se situent « au-delà » des juridictions nationales, et c'est précisément cette spécificité qui justifie l'intérêt particulier que suscitent, du point de vue du droit, les ressources génétiques s'y trouvant.

5. Et pour cause, lorsque les ressources génétiques marines se trouvent sous juridiction, leur statut juridique ainsi que celui de leur exploitation sont relativement clairs[8]. La Convention sur la diversité biologique et son protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation[9], s'appuyant sur les droits souverains des États sur leurs ressources naturelles (Convention sur la diversité biologique, art. 3 ; Protocole de Nagoya, art. 6), instituent un mécanisme de contrôle de l'accès et de l'utilisation de ces ressources, dit « d'accès et de partage des avantages » (« APA », ou *access*

---

6) Dictionnaire Larousse, en ligne (www.larousse.fr), entrée « exploitation ».

7) Montego Bay, 10 décembre 1982, *RTNU*, vol. 1834, p. 3, nº 31363.

8) La modération se justifie par le fait que la problématique est pour le moins récente dans certains ordres juridiques internes, où la question reste encore floue parfois. En France par exemple, la question n'a été traitée que très récemment par l'adoption de la loi nº 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (*JORF* nº 0184 du 9 août 2016, texte nº 2) : A. Van Lang, « La loi biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée. Le droit nouveau : la course à l'armement (1ère Partie) », *AJDA*, nº 42, 2016, p. 2381- 2390 ; J.-C. Zarka, « La loi «biodiversité» », *LPA*, nº 173, 30 août 2016 ; H. Gaumont-Prat, « Réflexions sur la loi nº 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », *Propriété industrielle*, nº 10, octobre 2016, alerte 66.

9) Nagoya, 29 octobre 2010 (tiré des *Décisions adoptées par la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, X/1*, 27 octobre 2011, doc. UNEP/CBD/COP/DEC/X/1).

Cap IV libro 4.pmd 120 28/06/2018, 17:52

and benefit-sharing, *« ABS »*). Il fonctionne comme suit : l'accès et l'utilisation de la ressource dépendent de son fournisseur qui en détermine les conditions de possibilités et de limite, de telle sorte que l'utilisateur ne peut unilatéralement se l'approprier[10]. La souveraineté y occupe une place centrale. Dès lors, si ce mécanisme n'était pas respecté, il y aurait une atteinte aux droits portant sur ces ressources, ce qui serait constitutif d'un acte de biopiraterie, qui désigne l'appropriation illégitime par un sujet, notamment par voie de propriété intellectuelle, parfois de façon illicite, de ressources naturelles, et/ou éventuellement de ressources culturelles en lien avec elles, au détriment d'un autre sujet[11]. Or, puisqu'en haute mer et dans la Zone aucun droit souverain ne trouve à s'appliquer, la situation est indubitablement différente.

6. Même si la Convention sur la diversité biologique invite à la coopération en ces lieux (Convention sur la diversité biologique, art. 5), le mécanisme d'APA ne peut être transposé faute de droit souverain, ce qui mène à une impasse. Plus largement même, « étant donné que les Parties contractantes n'ont aucune souveraineté ou juridiction sur les ressources situées dans des zones en dehors des limites de leur juridiction nationale, elles n'ont aucune obligation directe à l'égard de la conservation et de l'utilisation durable d'éléments spécifiques de la diversité biologique dans ces zones »[12]. La Convention sur le droit de la mer, même si elle « constitue un tout »[13], n'en demeure pas moins imparfaite puisqu'elle ne contient aucune référence aux ressources génétiques marines[14]. Pour l'Assemblée générale des Nations unies, il ne fait aucun doute qu'elle « s'applique à toutes les utilisations et à toutes les ressources des océans »[15]. C'est pourquoi, « bien que le terme « ressources génétiques » n'apparaisse pas dans le texte de la Convention, les activités liées aux ressources génétiques marines sont régies par les principes généraux applicables de la Convention et doivent être exécutées dans le cadre juridique qu'elle définit »[16]. Il importe aujourd'hui d'identifier clairement le statut juridique des ressources génétiques marines au-delà des juridictions.

7. Sur la scène internationale, les réflexions relatives à la conservation et à l'utilisation durable des éléments environnementaux se trouvant au-delà des juridictions sont relativement jeunes. C'est en 2004 que l'Assemblée générale des Nations unies

---

10) L. Peyen, *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, thèse droit, Université de La Réunion, 2017, p. 246.

11) Ibid., p. 7-16.

12) Les océans et le droit de la mer. Rapport du secrétaire général, 12 mars 2007, doc. A/59/62/Add.1, § 254-260.

13) Ainsi que le rappelle de façon incessante l'Assemblée générale des Nations unies (ci-après « AGNU »), comme dans sa résolution 48/263 du 28 juillet 1994, « Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 ».

14) Elle ne se préoccupe que des « ressources biologiques » (v. par ex. CMB, art. 61 et 62).

15) V. par exemple sa résolution 40/63 du 18 novembre 1987, « Droit de la mer », préambule, al. 14.

16) Les océans et le droit de la mer. Rapport du secrétaire général, 12 mars 2007, doc. A/62/66, § 188.

Cap IV libro 4.pmd 121 28/06/2018, 17:52

se saisit de la problématique. Elle décida de créer un groupe de travail officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale[17], et sollicita à cette fin l'aide du Secrétaire général[18]. Ce dernier rendit un rapport mettant en lumière les enjeux conséquents des ressources génétiques[19], et, sur cette base, le groupe créé en 2004 rendit ses premières conclusions sur les difficultés d'identification du statut juridique de ces ressources[20]. Confirmant sa première volonté, l'Assemblée générale exigea des approches plus ciblées[21] se focalisant sur les « ressources génétiques marines »[22] ou, de façon plus particulière, sur les « ressources génétiques situées au-delà des zones relevant de la juridiction nationale »[23]. Les discussions menées jusqu'alors laissent transparaître de profondes divergences sur le sujet. Cela ne saurait surprendre.

8. Il appert que l'exploitation des ressources génétiques marines au-delà des juridictions est peu encadrée aujourd'hui, ce qui est source d'un certain nombre d'incertitudes (**I**). Pis encore, ces règles *de lege lata* sont pleinement décevantes, et cette situation appelle une réforme profonde de son statut juridique (**II**).

I. L'évidence d'un statut incertain

9. En l'état du droit positif, l'exploitation des ressources génétiques marines au-delà des juridictions est assez peu encadrée, tant s'en faut : il n'existe aucune règle juridique dédiée à cette activité, pas même d'ailleurs qu'il n'est de règles concernant spécifiquement les ressources génétiques à proprement parler. Cette situation alimente le flou en la matière et, au vu des règles propres régissant ces espaces (v. notamment CMB, art. 135), il est opportun de distinguer le cas de la haute mer (**A**) de celui de la Zone (**B**).

---

17) Résolution 59/24 du 17 novembre 2004, « Les océans et le droit de la mer », point 73.

18) Ibid., point 74.

19) Les océans et le droit de la mer. Rapport du secrétaire général, 15 juillet 2005, doc. A/60/63/Add.1.

20) Rapport du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale, 20 mars 2006, doc. A/61/65. Dans le même temps, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique pointait du doigt cette problématique lors de sa huitième réunion, tenue à Curitiba au Brésil du 20 au 31 mars 2006, au travers de sa décision VIII/21, « Diversité biologique et côtière : conservation et utilisation durable des ressources génétiques des grands fonds marins ne relevant d'aucune juridiction nationale », doc. UNEP/CBD/COP/DC/VIII/21.

21) Résolution 61/222 du 20 décembre 2006, « Les océans et le droit de la mer », points 91, d et 123.

22) V. par ex. le document pionnier : *Les océans et le droit de la mer.* Rapport du secrétaire général, 12 mars 2007, doc. A/62/66, Partie X, § 126 et s.

23) V. par ex. *Les océans et le droit de la mer.* Rapport du secrétaire général, 12 mars 2007, doc. A/62/66/Add.2, Partie V, § 187 et s.

Cap IV libro 4.pmd 122 28/06/2018, 17:52

A. Le cas de la haute mer

10. En haute mer, point de règle : tout est liberté. Juridiquement, c'est la principale liberté de la haute mer qui détermine l'ensemble des règles juridiques ayant vocation à s'y appliquer[24]. La Convention sur le droit de la mer ne laisse aucun doute à ce sujet puisqu'elle stipule que « la haute mer est ouverte à tous les États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral », ce qui emporte pour eux un certain nombre de libertés parmi lesquelles figurent « notamment » la liberté de navigation, la liberté de survol, la liberté de poser des câbles et des pipelines sous-marins, la liberté de construire des îles artificielles et autres installations autorisées par le droit international, la liberté de la pêche ainsi que la liberté de la recherche scientifique (CMB, art. 87). La haute mer n'est donc pas appréhendée comme un espace de contraintes. Cela tient au fait que, contrairement aux zones auxquelles se rattachent les droits souverains des États, la haute mer est pensée comme un *espace commun*, c'est-à-dire affecté à la satisfaction de l'intérêt de la communauté des États dans son ensemble. Son régime s'inspire, en quelque sorte, de celui des *res communis*.

11. Cette considération est ancienne. Déjà en droit romain, il était professé l'idée selon laquelle « il y a des choses qui sont communes à tous les hommes par la loi de la nature : l'air, l'eau qui coule, la mer, et ses rivages »[25]. De ce fait, la haute mer est le support d'une « communauté indivise et indivisible de la jouissance »[26] qu'exprime en droit positif le principe de liberté qui s'y déploie. Il ressort de cela qu'il n'est pas possible de détacher le régime juridique de la haute mer de son caractère commun. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation selon laquelle « aucun État ne peut légitimement prétendre soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté » (CMB, art. 89) : destinée à la communauté, nul sujet, quel qu'il soit, ne peut prétendre à un quelconque privilège sur elle. Par conséquent, tous les États se trouvent sur un pied d'égalité et disposent des mêmes droits que leurs pairs. Il s'agit là d'une application de la « justice », qui « oblige à maintenir la communauté de toutes les choses que la nature a faites pour le commun usage des hommes, tout en observant ce qui est prescrit par les lois et déterminé par le droit civil »[27]. La liberté de la haute mer est donc un *construit* – elle est le fruit d'une « œuvre de volonté artificielle »[28] – qui procède naturellement d'un *donné* – c'est-à-dire qu'elle « ressort de la nature des choses »[29], ce qui n'est pas sans rappeler que « la communauté est l'expression d'un phénomène naturel, fondé sur l'interdépendance objective telle qu'elle

---

24) L. Lucchini, M. Vœlckel, *Droit de la mer*, t. 1, Paris, A. Pedone, 1990, p. 267 et s.

25) Justinien, *Institutes*, II, I, 1 ; Marcien, *Digeste*, I, VIII, 2, § 2, 1.

26) R. Von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 4, Paris, A. Marescq Aîné, 2e éd., 1880, p. 347.

27) Cicéron, *De officiis*, I, XVI.

28) F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Paris, Recueil Sirey, 1914, p. 97.

29) Ibid.

Cap IV libro 4.pmd 123 28/06/2018, 17:52

résulte, au plan international, de l'exiguïté nouvelle du monde (...) »[30]. Ces éléments sont déterminants dans l'identification du statut juridique des ressources génétiques s'y trouvant.

12. Comme toute autre ressource de cet espace, elles sont régies par la liberté de la haute mer. Partant, leur statut juridique est marqué par le sceau de la permissivité : elles sont à disposition de la communauté et de ses membres et, pour le dire autrement, sont des choses sans maître, des *res nullius*. Cette idée se rattache encore au droit romain qui, sur le fondement de la raison naturelle (*ratione naturali*)[31], considérait comme telles « tous les animaux sauvages, les poissons, les oiseaux, et tous les animaux dans la mer, le ciel et la terre »[32]. La liberté de la haute mer ne postule rien d'autre en se ramifiant en liberté de pêche, laquelle permet d'accéder au support physique de ces ressources génétiques, et en liberté de la recherche scientifique, qui permet d'accéder à la dimension immatérielle de ces ressources[33]. Accessibles au premier venu, les ressources génétiques de la haute mer sont à disposition de tous et appropriables par chacun : en d'autres termes, elles peuvent être exploitées librement. Ce régime libéral, il convient de le souligner, s'applique à la ressource génétique dans son intégralité.

13. En effet, les ressources génétiques recouvrent deux dimensions : elles sont des ressources physiques, support d'une information, et sont également des ressources non physiques, en ce qu'elles sont *per se* une information. Ces deux dimensions sont à disposition de tous : l'appropriation par occupation vaut aussi bien à l'égard de la dimension matérielle que de la dimension immatérielle de la ressource, ce qui signifie que la liberté de la haute mer permet une appropriation de la ressource génétique « physique » et une appropriation de l'information qu'elle contient, et donc de ses utilités. Par exemple, si les activités menées sur ces ressources aboutissaient à une invention au sens de l'article 27 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après « AADPIC »)[34], alors

---

30) Contrairement à la « société » qui n'est pas « un fait spontané, mais le fruit d'un vouloir délibéré, rationalisé et définissant un ordre légal » : R.-J. Dupuy, *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Paris, Julliard, 1991, p. 98-99.

31) Gaius, *Digeste*, XLI, I, 3.

32) Justinien, *Institutes*, II, I, 12 ; Gaius, *Institutes*, II, 66 et 67 ; Gaius, *Digeste*, XLI, I, 1 ; 3 ; 5.

33) Ainsi, le Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale expliquait que « la recherche commençait avec la collecte en mer, suivie par des analyses à bord de navires ou dans des laboratoires terrestres » (*Ateliers intersessions visant à mieux comprendre les problèmes et à préciser des questions clefs afin de contribuer aux travaux du Groupe de travail conformément au mandat annexé à la résolution 67/78 de l'Assemblée générale.* Résumé des délibérations établi par les coprésidents du Groupe de travail, 10 juin 2013, doc. A/AC.276/6, point 11).

34) Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867, p. 3, nº 31874), annexe 1c.

Cap IV libro 4.pmd 124 28/06/2018, 17:52

lesdites ressources génétiques seraient susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, exclusif par nature. L'ensemble de ces éléments indique en conséquence que l'exploitation des ressources génétiques est totalement libre, même si certaines dispositions existantes peuvent influer sur ses conditions de réalisation.

14. La liberté de la haute mer doit être exercée par les États « en tenant dûment compte de l'intérêt que présente l'exercice de la liberté de la haute mer pour les autres États, ainsi que des droits reconnus par la Convention concernant les activités menées dans la Zone » (CMB, art. 87, 2). Aussi ont-ils l'obligation de « prendre les mesures, applicables à leurs ressortissants, qui peuvent être nécessaires pour assurer la conservation des ressources biologiques de la haute mer ou de coopérer avec d'autres États à la prise de telles mesures » (CMB, art. 117 ; plus largement, CMB, art. 116 et s.). Ces obligations générales, bien qu'applicables aux ressources génétiques, ne leur sont pas spécifiquement consacrées.

15. En définitive, l'exploitation des ressources génétiques de la haute mer est soumise à bien peu de règles. Au contraire même, la liberté paraît être la règle qui gouverne l'ensemble de ses dimensions. La situation est à peu près similaire dans la Zone où la question ne se pose pas dans les mêmes termes.

B. Le cas de la Zone

16. Le régime juridique de la Zone est assez singulier en droit international et se distingue manifestement de celui de la haute mer. La raison en est simple : à l'instar de la Lune et de ses ressources naturelles[35], la Zone fait l'objet d'une « internationalisation positive ». La Convention sur le droit de la mer l'affirme sans ambages : « la Zone et ses ressources sont le patrimoine commun de l'humanité » (CMB, art. 136). À ce titre, du fait de cette traduction moderne du concept de *res communis*, elle peut être considérée comme un « bien commun »[36], ce qui permet d'aborder l'interrogation relative à l'exploitation des ressources génétiques marines au-delà des juridictions sous un angle nouveau.

17. Ce statut emporte plusieurs conséquences d'un point de vue juridique : libre accès aux ressources, non-appropriation exclusive, utilisation à des fins pacifiques uniquement, gestion dans l'intérêt de l'humanité tout entière, utilisation rationnelle préservant les intérêts des générations futures, libre recherche scientifique, partage

35) Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes (New York, 5 décembre 1979, *RTNU*, vol. 1363, p. 3, nº 23002), art. 11, 1.

36) A. Oraison, « Réflexions générales sur le concept de «patrimoine commun de l'humanité» en droit international de la mer (Le régime juridique de la Zone internationale des fonds marins) », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 83, nº 3, septembre-décembre 2005, p. 249-282.

Cap IV libro 4.pmd 125 28/06/2018, 17:52

des avantages découlant de leur utilisation[37]. La Convention sur le droit de la mer le rappelle lorsqu'elle énonce qu'« aucune revendication, aucun exercice de souveraineté ou de droits souverains ni aucun acte d'appropriation n'est reconnu [sur la Zone ou ses ressources] » (CMB, art. 137, 1), à moins que cela ne procède de l'application de ses dispositions (CMB, art. 137, 3). Chemin faisant, le statut des « ressources » de la Zone s'écarte radicalement de celles de la haute mer : elles ne sont pas *res nullius* mais *res communis* : « l'humanité tout entière (…) est investie de tous les droits sur les ressources de la Zone » (CMB, art. 137, 2). La perspective est résolument solidariste.

18. Appliqué aux ressources génétiques s'y trouvant, un tel statut juridique ne peut que susciter l'enthousiasme, mais une telle conclusion serait rapide et erronée. Ce statut ne leur profite pas : il ne concerne que les ressources minérales – non vivantes – de la Zone. Le texte ne laisse pas de place à d'autres interprétations. Le terme de « ressources » renvoie exclusivement à « toutes les ressources minérales solides, liquides ou gazeuses *in situ* qui, dans la Zone, se trouvent sur les fonds marins ou dans leur sous-sol, y compris les nodules polymétalliques » (CMB, art. 133, a), celles-ci étant dénommées, une fois extraites, « minéraux » (CMB, art. 133, b). De même, l'affirmation selon laquelle « les activités menées dans la Zone le sont, (…) dans l'intérêt de l'humanité tout entière » (CMB, art. 140, 1) peut induire en erreur : l'exploitation des ressources génétiques ne relève pas de la notion juridique « d'activités menées dans la Zone ». L'expression désigne « toutes les activités d'exploration et d'exploitation des ressources de la Zone » (CMB, art. 1, 1, (3)), ce qui, par voie de conséquence, fait immanquablement écho à la notion de « ressources », qui n'inclut pas elle-même les ressources génétiques. Cela implique que toutes les obligations qui découlent de la qualification de « patrimoine commun de l'humanité », telles que celle de partage équitable des avantages tirés de ces activités et assurée par l'Autorité des fonds marins (CMB, art. 140, 2 et 150 et s.), ne se limitent qu'aux ressources minérales.

19. Cette situation s'explique par le fait que les ressources génétiques ne figuraient pas au titre des préoccupations ayant présidé à l'élaboration de la Convention sur le droit de la mer. L'état des connaissances scientifiques ne permettait pas à ce moment-là d'imaginer les potentialités de ces profondeurs, ce qui rend compte d'une chose : « en fait, la Convention sur le droit de la mer, comme tout autre instrument juridique, est arrimée à la période où elle a été négociée et adoptée »[38]. Or, lors de la gestation

37) A.-Ch. Kiss, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, vol. 175, 1982, p. 103-256, spéc. p. 135 et s.

38) T. Scovazzi, «Is the UN Convention on the Law of the Sea the Legal Framework for All Activities in the Sea ? The Case of Bioprospecting», *in Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation. IUU Fishing, Oil Pollution, Bioprospecting, Outer Continental Shelf*, D. Vidas (dir.), Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 309-317, spéc. p. 316.

Cap IV libro 4.pmd 126 28/06/2018, 17:52

du texte, l'exploitation des ressources minérales était l'une des inquiétudes majeures des pays émergents qui ne souhaitaient pas voir les plus développés s'approprier de façon exclusive ces ressources. Le recours au concept de patrimoine commun de l'humanité n'avait d'ailleurs qu'une finalité instrumentale. En tout état de cause, sans conscience des ressources génétiques, leur internationalisation ne pouvait être envisagée. Il en ressort que les ressources génétiques de la Zone ne sont pas prises en compte par la Convention : elles se trouvent dans un vide juridique, ou presque.

20. Là aussi, quelques règles générales relatives à la protection du milieu marin trouvent à s'appliquer à l'activité d'exploitation de ces ressources (CMB, art. 145) puisque toute norme intéressant la protection de la faune et de la flore marines intéresse directement les ressources génétiques dont elles sont porteuses : « étant donné la symbiose entre les ressources naturelles, notamment les ressources génétiques marines, et leur milieu, la protection et la préservation du milieu marin et les activités concernant les ressources génétiques marines sont inextricablement liées »[39]. Hors cette hypothèse, aucune règle ne vient encadrer spécifiquement l'exploitation des ressources génétiques de la Zone. L'accès et l'utilisation de ces ressources sont libres et inconditionnés. Au fond, le résultat est le même que celui qui découle de l'application de la liberté de la haute mer : accessibilité, utilisation et appropriation libres des ressources, si ce n'est, peut-être, qu'ici les États n'ont aucunement l'obligation de prendre en compte l'intérêt des autres États dans l'exercice de cette liberté existant *de facto* (en référence à l'article 87, 2 de la CMB). Ces éléments n'étant pas connus du temps de son élaboration, il est assez logique que la Convention ne s'en préoccupe pas davantage.

21. C'est par ailleurs ce qui justifie également l'insuffisance du concept de « recherche scientifique marine » que l'on rencontre souvent dans la Convention sur le droit de la mer. Cette qualification n'est pas dénuée d'intérêt au vu de quelques éléments de son régime juridique : érigée en droit reconnu à tous les États (CMB, art. 238), elle doit être favorisée (CMB, art. 239), ne peut gêner « de façon injustifiable les autres utilisations légitimes de la mer compatibles avec la Convention » et doit être dûment prise en compte lors de ces utilisations (CMB, art. 240, c), ne peut servir de fondement juridique pour quelque revendication sur une partie du milieu marin ou de ses ressources (CMB, art. 241) et, s'agissant spécifiquement de la Zone, elle doit être menée dans l'intérêt de l'humanité tout entière et ses résultats doivent faire l'objet d'un partage (CMB, art. 143 ; hors de la Zone : art. 242 et 244). Hélas, cette qualification embrasse assez maladroitement l'activité d'exploitation des ressources génétiques marines et il n'est pas possible de considérer, à moins de faire quelques regrettables raccourcis, qu'elle l'englobe[40].

---

39) V. par ex. *Les océans et le droit de la mer.* Rapport du secrétaire général, 12 mars 2007, doc. A/62/66, § 229. V. aussi § 183 et s.

40) Sur les liens entre exploitation des ressources génétiques marines et cette notion de « recherche

Cap IV libro 4.pmd 127 28/06/2018, 17:52

22. Par suite, il s'avère que l'exploitation des ressources génétiques se trouvant au-delà des juridictions nationales fait l'objet de peu d'encadrement. Les lacunes sont évidentes. Plus encore, en s'interrogeant sur l'acceptabilité de cet état du droit, l'on se rend compte que les carences sont criantes : une réforme profonde doit intervenir.

II. L'exigence d'une réforme profonde

23. La situation dans laquelle se trouvent les ressources génétiques de la haute mer et de la Zone n'est pas réellement satisfaisante. Si l'on considère entièrement ces espaces, elle est même problématique (**A**), ce qui invite à réfléchir à des pistes de réforme (**B**).

A. Les données du problème

24. Il est amplement justifié que les ressources génétiques marines sous juridiction et celles hors juridiction relèvent de deux régimes juridiques distincts, tantôt marqués par l'exercice des droits souverains, tantôt marqués par quelques libertés. Néanmoins, il est utile de rappeler que le statut juridique contemporain des ressources naturelles *lato sensu*, sous juridiction ou non, a initialement été pensé dans un contexte de remise en cause du système de répartition des richesses qui existait jusqu'alors et qui était source de biopiraterie[41]. À cette époque, l'idée était de rétablir un équilibre sur la scène internationale en assurant une égalité des chances de développement entre les États[42]. Le stratagème était bien construit : « ce qu'il ne peut nationaliser, le Tiers-Monde veut l'internationaliser, c'est-à-dire le soustraire encore à la libre disposition des puissants, États ou entreprises transnationales »[43]. La Convention sur le droit de la mer, comme la Convention sur la diversité biologique au demeurant, l'exprime clairement. Elle ambitionnait de rétablir « compte dûment tenu de la souveraineté de tous les États, un ordre juridique pour les mers et les océans qui facilite les communications internationales et favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans, *l'utilisation équitable et efficace de leurs ressources* (…) » (CMB,

scientifique marine » : L. Peyen, *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, *op. cit.*, p. 392 et s.

41) Ibid., p. 133 et s.

42) Ainsi que cela a été rappelé plus récemment durant les débats actuels. V. le « Résumé des débats du groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale, établi par les Coprésidents », en annexe de la *Lettre datée du 5 mai 2014, adressée au Président de l'Assemblée générale par les Coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée*, 5 mai 2014, doc. A/69/82, § 20.

43) R.-J. Dupuy, *La clôture du système international. La cité terrestre*, Paris, PUF, 1989, p. 36.

Cap IV libro 4.pmd 128 28/06/2018, 17:52

préambule, al. 4, nous soulignons), ces objectifs devant contribuer « à la mise en place d'un ordre économique international juste et équitable dans lequel il serait tenu compte des intérêts et besoins de l'humanité tout entière et, en particulier, des intérêts et besoins spécifiques des pays en développement, qu'ils soient côtiers ou sans littoral » (CMB, préambule, al. 5). Elle fait référence encore, s'il est besoin de le mentionner, « aux principes de justice et d'égalité des droits », et ce pour favoriser « le progrès économique et social de tous les peuples du monde » (CMB, préambule, al. 7). De façon moins souple, c'est ce qui justifie l'égale liberté des États en haute mer (CMB, art. 87 et s.) et l'affectation de la Zone et de ses « ressources » à l'intérêt de l'humanité (CMB, art. 140). L'idée de communauté n'était alors qu'un prétexte pour permettre la réalisation de la solidarité, ce qui prévaut toujours d'une certaine façon aujourd'hui.

25. Dans un tel contexte, au vu de l'affectation solidariste de ses espaces, est-il admissible que l'exploitation des ressources génétiques marines puisse conduire à limiter les droits de tous au profit de quelques-uns seulement ? L'hypothèse est loin d'être un cas d'école. La forme la plus redoutable de la biopiraterie, le biopiratage – c'est-à-dire lorsqu'elle se réalise par la voie de la propriété intellectuelle –[44] le démontre. Dans ce cas, si l'utilisation des ressources conduit à une invention brevetable au sens de l'article 27 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, un droit exclusif d'exploitation peut être octroyé au titulaire du brevet (AADPIC, art. 28), et ce pendant une durée de vingt ans (AADPIC, art. 33)[45]. La conséquence est grave : se produirait alors un effet de « réservation » du vivant, de sorte que seul le breveté pourrait tirer des bénéfices exclusifs de l'exploitation des ressources génétiques en question. Il y aurait corrélativement une limitation du droit de l'ensemble des membres de la communauté d'exploiter librement ces ressources : dans ce cas, l'appropriation se réaliserait au détriment de la communauté dans son ensemble. L'antinomie entre l'individualisme du droit de la propriété intellectuelle et le régime des zones hors juridiction est frappante[46], au point qu'il est possible de dénoncer une sorte de privatisation des « bien[s] collectif[s] »[47]. Pareille

44) Sur la différence entre les deux notions : L. Peyen, *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, *op. cit.*, p. 3 et s. et p. 187 et s.

45) En 2006 par exemple, 37 brevets avaient pu être octroyés sur le fondement de l'exploitation des ressources génétiques marines au-delà des juridictions : K. M. Gjerde, *Ecosystems and Biodiversity in Deep Waters and High Seas*, UNEP, 2006, p. 31. En 2011, il avait pu être relevé que « 10 États représentent 90 % environ des brevets concernant des ressources génétiques marines » (*Les océans et le droit de la mer.* Rapport du Secrétaire général, 29 août 2011, doc. A/66/70/Add.2, point 168).

46) R. J. McLaughlin, «Exploiting Marine Genetic Resources beyond National Jurisdiction and the International Protection of Intellectual Property Rights: Can They Coexist ?», *in Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation. IUU Fishing, Oil Pollution, Bioprospecting, Outer Continental Shelf*, D. Vidas (dir.), Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 371-382 ; S. Arico, «Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction and Intellectual Property Rights», *in Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation. IUU Fishing, Oil Pollution, Bioprospecting, Outer Continental Shelf*, D. Vidas (dir.), Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 383-396.

47) À propos des pêches en haute mer : J.-P. Beurier, « Ressources communes et exploitation économique :

Cap IV libro 4.pmd 129 28/06/2018, 17:52

situation, déjà critiquée pour les ressources génétiques sous juridiction – en ce qu'elle lèse les États qui disposent de droits sur ces ressources – est également discutable pour les ressources hors juridiction. Pis encore, elle est inacceptable.

26. Il est nécessaire, pour le comprendre, de garder à l'esprit que l'égalité dans l'ordre juridique international n'est que formelle ; en substance, il y a des écarts flagrants de développement et de capacité entre les États. Or, au vu des investissements conséquents que l'exploitation de ces ressources génétiques requiert, seuls quelques-uns disposent des moyens suffisants pour mener à bien ces activités[48]. Prôner le maintien du statu quo revient donc à défendre une situation contribuant à creuser les inégalités entre les « puissants » et les autres, ce qui s'écarte des intentions modernes tendant à intégrer les inégalités de développement (comme l'expriment notamment les principes de responsabilités communes mais différenciées[49] et de partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques). Il y a là un dévoiement notable de la dimension commune des ressources qui, au lieu de satisfaire l'ensemble de la communauté, l'appauvrit au profit de quelques-uns. C'est la raison pour laquelle les discussions actuelles mentionnent cette nécessité de renforcer la capacité des pays en développement en la matière et de les associer à la réalisation de telles activités[50]. Cette exploitation par un petit nombre, « contraire à certains principes généraux du droit international et notamment aux principes d'équité »[51], interviendrait au risque, sinon, de « graves conséquences économiques et sociales au niveau mondial » [52].

---

la rupture (L'exemple des pêches en haute mer) », *in Les hommes et l'environnement. En hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 529-539, spéc. p. 539.

48) C'est ce que note l'Organe subsidiaire chargé de fournir des avis scientifiques, techniques et technologiques de la Convention sur la diversité biologique, qui lie le peu de connaissances scientifiques existantes en la matière au « coût considérable de la recherche sur les grands fonds marins et aux technologies complexes et onéreuses nécessaires pour assurer l'accès à leurs environnements extrêmes, le maintien en vie des organismes prélevés et leur culture » : *Diversité biologique marine et côtière. Situation et dangers auxquels sont exposées les ressources génétiques des fonds des mers situés hors des limites de la juridiction nationale et identification des options techniques pour leur conservation et leur utilisation durable*, 22 juillet 2005, doc. UNEP/CBD/SBSTTA/11/11, point 12. Le document précise qu'« à ce jour, ces technologies sont accessibles seulement à un très petit nombre de pays » (point 13).

49) V. par ex. la Convention-cadre sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992, *RTNU*, vol. 1771, p. 107, nº 30822), préambule, al. 6.

50) « Déclaration commune des Coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale », *op. cit.*, doc. A/63/79, § 35.

51) V. le « Rapport du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale et résumé des débats établi par les Coprésidents », en annexe de la *Lettre datée du 8 juin 2012, adressée au Président de l'Assemblée générale par les Coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée*, 13 juin 2012, doc. A/67/95, § 16.

52) V. l' « Examen des aspects scientifiques, techniques, économiques, juridiques, environnementaux, socioéconomiques et autres de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique marine

Cap IV libro 4.pmd 130 28/06/2018, 17:52

27. Sans doute est-il encore possible de nuancer selon qu'il soit question des ressources génétiques de la Zone ou des ressources génétiques de la haute mer. La Convention sur le droit de la mer prévoit que les activités menées dans la Zone – et l'idée générale reste valable pour les activités non concernées *stricto sensu* par cette expression – doivent l'être « de manière à favoriser le développement harmonieux de l'économie mondiale et l'expansion équilibrée du commerce international, à promouvoir la coopération internationale aux fins du développement général de tous les pays, et spécialement les États en développement (…) » (CMB, art. 150). La dimension solidariste étant plus poussée ici qu'en haute mer, il est possible d'affirmer que l'idée de communauté y est bien plus formalisée : selon nous, il y a là une différence de degré de solidarité entre ces deux zones, la biopiraterie étant plus grave dans la zone où cette solidarité est la plus prégnante[53]. Sur la scène internationale, certaines délégations ne manquèrent pas de rappeler d'ailleurs que « les activités dans la Zone devaient être menées pour le bien de l'humanité dans son ensemble, en tenant particulièrement compte des intérêts et des besoins des pays en développement. Le partage juste et équitable des avantages, le renforcement des capacités et le transfert de la technologie marine étaient donc des éléments importants des débats »[54].

28. Enfin, *last but not least*, d'un point de vue strictement environnemental, il est nécessaire de conférer un statut juridique à ces ressources génétiques pour éviter une « tragédie »[55] : les ressources communes en libre accès étant « nécessairement » vouées à être altérées, voire disparaître, une telle situation n'est pas viable et souligne le besoin urgent d'une réforme. Certains l'ont d'ailleurs relevé, soulignant que « le principe «premier arrivé, premier servi» appliqué en haute mer était contre-productif et préjudiciable à une exploitation durable »[56]. La Cour internationale de justice

---

dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale, y compris les activités des organismes des Nations Unies et d'autres organisations internationales concernées, et poursuite de l'examen de la question du régime juridique à appliquer aux ressources génétiques marines dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale conformément à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, compte tenu des vues des États au sujet des parties VII et XI de la Convention ; zones marines protégées : les procédures d'évaluation d'impact sur l'environnement », en annexe de la *Lettre datée du 30 juin 2011, adressée au Président de l'Assemblée générale par les Coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée*, 30 juin 2011, doc. A/66/119, § 15.

53) L. Peyen, *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, *op. cit.*, p. 386 et s.

54) V. le « Rapport du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale et résumé des débats établi par les Coprésidents », en annexe de la *Lettre datée du 23 septembre 2013, adressée au Président de l'Assemblée générale par les Coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée*, 23 septembre 2013, doc. A/68/399, § 27.

55) G. Hardin, «The Tragedy of Commons», *Science*, vol. 162, nº 3859, 13 décembre 1968, p. 1243-1248.

56) V. l'« Examen des aspects scientifiques, techniques, économiques, juridiques, environnementaux, socioéconomiques et autres de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale, y compris les activités des organismes des

Cap IV libro 4.pmd 131 28/06/2018, 17:52

mentionne elle-même les « impératifs de la conservation [des ressources biologiques de la haute mer] dans l'intérêt de tous »[57].

29. Le problème est donc complexe sous plusieurs de ses aspects, et l'ensemble de ces considérations invite à une réforme profonde du statut des ressources génétiques marines hors juridiction. Il est impératif de dépasser la liberté de la haute mer et de consolider le statut juridique de la Zone car si « les riches trésors de la mer sont ouverts à toute l'humanité »[58], la liberté est une « formule insuffisante quand il s'agit de l'usage de choses dont tous peuvent se servir »[59].

B. Les pistes de réforme

30. En dépit de ces éléments précédemment évoqués, il convient d'emblée de préciser que l'exigence même d'une réforme ne fait pas l'unanimité sur la scène internationale. À vrai dire, plusieurs points de vue se confrontent en la matière[60]. Certains considèrent qu'il n'y a pas, actuellement, de vide juridique en matière d'exploitation des ressources génétiques, brandissant l'étendard de la liberté de la haute mer pour l'ensemble des ressources génétiques hors juridiction ; pour ceux-là, aucun régime juridique nouveau n'est nécessaire, d'autant qu'une telle démarche risquerait d'entraver les processus de recherche et d'innovation. Les ressources génétiques devraient donc rester libres d'accès et leur exploitation se faire sans contrainte. Cette position est loin de susciter l'adhésion de la majorité. Nombreux sont ceux qui reconnaissent les carences en la matière, s'agissant particulièrement de la question du partage des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques[61]. Dans un contexte d'inégale capacité de développement, l'on voyait aisément poindre une telle proposition[62], seule à même de rétablir un équilibre précaire

Nations Unies et d'autres organisations internationales concernées, et poursuite de l'examen de la question du régime juridique à appliquer aux ressources génétiques marines dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale, conformément à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, compte tenu des vues des États au sujet des parties VII et XI de la Convention ; zones marines protégées : les procédures d'évaluation d'impact sur l'environnement », *op. cit.*, doc. A/66/119, § 17.

57) Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande), arrêt du 25 juillet 1974, *CIJ Recueil 1974*, p. 3, spéc. p. 31, § 72.

58) J. C. Bluntschli, *Le droit international codifié*, Paris, Guillaumin et Cie, 5e éd., 1895, p. 188-189.

59) Ch. Dupuis, « Liberté des voies de communication. Relations internationales », *RCADI*, vol. 2, 1924, p. 125-446, spéc. p. 137.

60) Sur ces débats, v. le *Rapport du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale*, 20 mars 2006, doc. A/61/65, § 27-31.

61) « Résumé des débats du groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale, établi par les Coprésidents », *op. cit.*, doc. A/69/82, § 17.

62) B. Fedder, *Marine Genetic Resources, Access and Benefit Sharing. Legal and Biological Perspectives*, London-New York, Routledge, 2013 ; A. Proelss, «ABS in Relation to Marine GRs», *in Genetic Resources,*

Cap IV libro 4.pmd 132 28/06/2018, 17:52

entre les sujets de la scène internationale. Cela étant, bon nombre d'autres éléments méritent encore d'être abordés.

31. Tout d'abord, il est impératif de déterminer si, dans la réforme à venir, il ne sera question que d'un seul et unique régime juridique pour les ressources génétiques de la Zone et de la haute mer ou si, au contraire, il faudra les distinguer. Par exemple, certaines délégations souhaitent l'extension de la qualification de patrimoine commun de l'humanité, soit aux seules ressources de la Zone – au motif, notamment, que celles-ci sont indissociables des ressources non organiques[63] –, soit aux ressources de la Zone et celles de la haute mer. Adoptant une approche peut-être plus constructive, et plus nuancée peut-être, d'autres la rejettent, mais affirment être « disposées à examiner des mesures concrètes de partage des avantages »[64]. Il faut comprendre que l'enjeu est de taille et que cette qualification de « patrimoine commun de l'humanité » peut effrayer. En effet, elle peut être perçue, si elle venait à être trop contraignante, comme étant un frein à la recherche et au progrès « dont l'humanité bénéficierait dans son ensemble »[65]. Cet équilibre entre partage des avantages et promotion de la recherche doit être recherché dans l'édification d'un nouveau régime. Quoi qu'il en soit, c'est aujourd'hui la voie d'un régime unique qui se profile. Une telle position est satisfaisante, car elle présente l'avantage de la lisibilité et de la simplicité, même si l'on comprend les différences de statuts existants entre la Zone et la haute mer. Cela est d'autant plus vrai dans le cas où une ressource génétique relèverait à la fois de la Zone et à la fois de la haute mer[66]. Par ailleurs, si la qualification de patrimoine commun de l'humanité présente de réels atouts, il n'est pas certain que la compétence de l'Autorité mérite d'être autant élargie dans l'hypothèse d'un régime unique, notamment en raison des carences qui découlent de son fonctionnement en pratique. D'autant qu'aligner le régime juridique des ressources génétiques marines sur celui des ressources minérales « ne serait sûrement pas approprié. Parce que les ressources biologiques sont différentes des ressources minérales, un régime qui gouvernerait la prospection biologique devrait être élaboré spécifiquement afin de

---

Traditional Knowledge and the Law. Solutions for Access and Benefit Sharing, E. C. Kamau, G. Winter (dir.), London-Sterling, Earthscan, 2009, p. 57-73.

63) V. notamment la « Synthèse des discussions établie par les Coprésidents », en annexe de la *Lettre datée du 16 mars 2010, adressée au Président de l'Assemblée générale par les Coprésidents du groupes de travail spécial informel à composition non limitée*, 17 mars 2010, doc. A/65/68, § 71.

64) « Résumé des débats du groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale, établi par les Coprésidents », *op. cit.,* doc. A/69/82, § 50.

65) « Synthèse des discussions établie par les Coprésidents », *op. cit.*, doc. A/65/68, § 75.

66) A. Broggiato *et al.*, «Fair and Equitable Sharing of Benefits from the Utilization of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Bridging the Gaps between Science and Policy», *Marine Policy*, vol. 29, novembre 2014, p. 176-185; T. Scovazzi, «Negotiating Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in Areas beyond National Jurisdiction: Prospects and Challenges», *Italian Yearbook of International Law*, vol. 24, nº 1, 2014, p. 63-93, spéc. p. 86-93.

Cap IV libro 4.pmd 133 28/06/2018, 17:52

prendre en compte leur nature d'être vivant et leur vulnérabilité au changement et aux perturbations »[67]. C'est pour cela que certains suggèrent la création d'une instance internationale à part entière chargée de la gestion de la conservation de ces ressources[68]. Cela va sans dire, l'application du concept de patrimoine commun de l'humanité n'est pas la seule solution, et il est tout à fait possible et même souhaitable d'envisager un statut *sui generis* pour ces ressources. Plusieurs interrogations se présentent alors.

32. En premier lieu, les modalités d'accès aux ressources génétiques doivent être définies précisément : accès libre ? Accès encadré ? Dans le cas des ressources sous juridiction, point de difficulté : le titulaire des droits sur elles détermine les conditions d'accès aux ressources. Or, dans la haute mer et la Zone, en l'absence de tels droits, le raisonnement n'est pas transposable. Même si la création d'un organe international serait intéressante, il n'est pas certain que sa légitimité pour déterminer les conditions d'accès à ces ressources fasse l'unanimité. En outre, les critères à prendre en compte pour accorder ou non l'accès aux ressources font appel à des considérations qu'il n'est pas aisé de définir *a priori*. De même, au vu des incertitudes entourant les activités d'exploitation des ressources génétiques, notamment sur les « avantages » susceptibles d'en découler, ne serait-il pas préférable que les accédants s'acquittent de droits d'accès initiaux, quitte à prévoir une part variable en fonction des avantages ultérieurs ? Alors, ne faudrait-il pas distinguer selon que la finalité de l'exploitation soit commerciale ou non[69], alors même qu'une telle distinction est bien souvent illusoire ? Si c'est la voie d'un accès libre qui venait à être préférée, l'institution d'une obligation d'information serait d'une utilité certaine pour garantir l'effectivité d'un tel mécanisme, notamment dans sa dimension « partage ». Le réalisme impose néanmoins de préciser que, en l'absence d'obligation générale de divulgation de l'origine des ressources pour le moment en droit de la propriété intellectuelle[70], pareil

67) L. A. de La Fayette, «A New Regime for the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity and Genetic Resources beyond the Limits of National Jurisdiction», *The International Journal of Marine and Coastal Law,* vol. 24, 2009, p. 221-280, spéc. p. 270-271. *Contra* : G. Juchs, « Quel avenir pour les ressources génétiques des fonds marins ? », *Annuaire de droit maritime et océanique*, vol. 29, 2011, p. 123-142, spéc. p. 136-139 ; G. Juchs, « Les ressources de la Zone : source de richesse ou trésor perdu ? », *in Marché et environnement. Le marché : menace ou remède pour la protection internationale de l'environnement*, J. Sohnle, M.-P. Camproux Duffrène (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 198-220, spéc. p. 211-218, spéc. p. 216 et s.

68) V. notamment la « Synthèse des discussions établie par les Coprésidents », *op. cit.*, doc. A/65/68, § 74.

69) Ainsi que cela ressort du « Résumé des débats du groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale, établi par les Coprésidents », *op. cit.*, doc. A/69/82, § 153.

70) Sur les potentialités de réforme par ce biais : E. Heafey, «Access and Benefit Sharing of Marine Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction: Intellectual Property – Friend, Not Foe», *Chicago Journal of International Law*, vol. 14, n° 2, 2014, p. 493-523.

Cap IV libro 4.pmd 134 28/06/2018, 17:52

système souffrirait d'une carence substantielle en ce qu'il serait tributaire de la volonté et de l'honnêteté des accédants aux ressources[71].

33. En second lieu, les modalités de partage des avantages ne se présentent pas avec moins d'acuité : que partager ?[72] Selon quelles modalités ? Avec qui ? Pour quelle affectation ? Après tout, au vu des spécificités de l'activité d'exploitation des ressources génétiques, la simple détention d'échantillons de ressources apparaît déjà comme un avantage : ne faudrait-il pas envisager un partage des échantillons *a minima* ?[73] Bien sûr il faudrait encore déterminer, *a priori*, les conditions d'accès *a posteriori*… L'idée d'une accessibilité maximale apparaît la plus en adéquation avec l'idée de communauté prévalant dans ces zones, mais alors, cela signifierait-il que toute entité ayant accès à ces collections pourrait exploiter ladite ressource et en tirer des avantages sans en faire profiter la communauté, ou à tout le moins, celui qui a mis ladite ressource à disposition ? Un conditionnement minimal de l'accès à ces ressources apparaît opportun, même s'il risque d'être un facteur d'alourdissement des procédures. Il apparaît *in fine* que l'institution d'un mécanisme multilatéral, au sens où l'entend le Protocole de Nagoya (art. 10), peut être sérieusement envisagée[74]. Les questions sont nombreuses et délicates, et il est tout à fait compréhensible que l'élaboration d'un nouveau régime soit aussi laborieuse[75]. La coopération mérite, quelle que soit la solution retenue, d'être mise au cœur du dispositif.

---

71) Cette absence d'obligation générale de divulgation de l'origine des ressources peut permettre à certains États, dans l'absolu, d'être considérés comme des « pays fournisseurs de ressources génétiques » au sens de la Convention sur la diversité biologique (CBD, art. 2). Cela leur permettrait, seuls, de déterminer les conditions d'accès et d'utilisation de cette ressource, conformément à l'article 15 du texte. Ils bénéficieraient ainsi de façon exclusive de certains avantages découlant de l'utilisation de ces ressources « communes » initialement.

72) « Résumé des débats du groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale, établi par les Coprésidents », *op. cit.*, doc. A/69/82, § 54.

73) Certains ont pu évoquer par exemple le mécanisme multilatéral du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture : « Déclaration commune des Coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale », *op. cit.*, doc. A/63/79, § 38.

74) M. Walloe Tvedt, A. Jørem, «Bioprospecting in the High Seas: Regulatory Options for Benefit Sharing», *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 16, nº 3-4, 2013, p. 150-167; P. Drankier *et al.*, «Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Access and Benefit-Sharing», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 27, 2012, p. 375-433.

75) Sur tous ces points, voir la « Synthèse informelle, établie par les Coprésidents, des questions soulevées lors de la première série de débats sur la portée, les grandes lignes et les possibilités d'application d'un instrument international conclu sous l'empire de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », en appendice de la *Lettre datée du 5 mai 2014, adressée au Président de l'Assemblée générale par les Coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée*, 5 mai 2014, doc. A/69/82. De façon plus détaillée, v. le « Résumé des débats du groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale, établi par les

Cap IV libro 4.pmd 135 28/06/2018, 17:52

Conclusion

34. De l'avis général, il est sûr que le « statu quo n'était pas acceptable »[76], et qu'il est nécessaire d'opérer une reconnaissance de « l'intérêt commun des ressources génétiques marines »[77]. Cette idée de « communauté », qui marque de plus en plus les discussions relatives à l'environnement en général, doit trouver sa place dans le droit de la mer de demain, particulièrement pour ce qui est de ces questions relatives aux espaces hors juridiction[78]. C'est à cette seule condition qu'il sera possible d'envisager un équilibre dans les droits de tous et de chacun afin de parvenir à des solutions « justes et équitables ». Évidemment, le réalisme impose de composer avec l'utilitarisme sur la scène internationale[79], si déterminant dans l'édification du statut juridique des ressources naturelles. Mais il est évident que seule une conjugaison des individualités et de la solidarité est à même de rendre la mer plus « humaine »[80]. Même s'il n'est pas facile à atteindre, l'horizon d'un statut juridique nouveau pour les ressources génétiques marines au-delà des juridictions n'est pas indépassable. Comme toujours, tout est affaire de volonté.

---

coprésidents », en annexe de la *Lettre datée du 25 juillet 2014, adressée au Président de l'Assemblée générale par les coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée*, 23 juillet 2014, doc. A/69/177.

76) « Rapport du Groupe de travail officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale et synthèse des débats établie par les Coprésidents », en annexe de la *Lettre datée du 13 février 2015, adressée au Président de l'Assemblée générale par les Coprésidents du Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée*, 13 février 2015, doc. A/69/780, § 12.

77) « Synthèse informelle, établie par les Coprésidents, des questions soulevées lors de la première série de débats sur la portée, les grandes lignes et les possibilités d'application d'un instrument international conclu sous l'empire de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », *op. cit.*, doc. A/69/82. V. aussi G. Proutière-Maulion, « L'évolution de la nature juridique du poisson de mer. Contribution à la notion juridique de bien », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 647-652.

78) L. Glowka, «The Deepest of Ironies: Genetic Resources, Marine Scientific Research, and the Area», *Ocean Yearbook Online*, vol. 12, nº 1, 1996, p. 154-178; L. Glowka, «Genetic Resources, Marine Scientific Research and the International Seabed Area», *RECIEL*, vol. 8, nº 1, 1999, p. 56-66; L. Glowka, «Evolving Perspectives on the International Seabed Area's Genetic Resources: Fifteen Years after the Deepest of Ironies», *in Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation. IUU Fishing, Oil Pollution, Bioprospecting, Outer Continental Shelf*, D. Vidas (dir.), Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 397-419.

79) Particulièrement en droit de la mer : J.-P. Beurier, P. Cadenat, « Le contenu économique des normes juridiques dans le droit de la mer contemporain », *RGDIP*, t. 78, nº 3, 1974, p. 575-622.

80) M. Rémond-Gouilloud, « L'autre humanité. Remarques sur une homonymie », *in Les hommes et l'environnement. En hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 55-61.

Cap IV libro 4.pmd 136 28/06/2018, 17:52

CHAPTER 5
Offshore Energy Exploration Activities and the Exclusive Economic Zone Regime: A Case Study of the Eastern Mediterranean Basin

Georgios CHRYSOCHOU
Senior Lecturer, Maritime Sciences, Hellenic Naval Academy - International Law Section Head at the Hellenic Ministry of Defense (Hellenic Navy General Staff), Greece[1]

Dimitrios DALAKLIS
Associate Professor, Maritime Safety and Security, World Maritime University, Sweden[2]

Résumé : *Le concept de zone économique exclusive (ZEE) a été décrit comme une « révolution pacifique » en droit international et comme le développement le plus significatif du droit de la mer, depuis que Grotius a écrit son célèbre ouvrage « Mare Liberum ». Avec la création de la ZEE, le conflit entre Grotius (Mare Liberum) et Selden (Mare Clausum) semble avoir été gagné par ce dernier. Bien que cela soit vrai - et il exprime la victoire de l'extension de la juridiction côtière aux zones maritimes au détriment de sa libre utilisation et de son exploitation par tous les États -, le plus important est que l'utilisation rationnelle et fonctionnelle de la mer par tous ses utilisateurs devrait l'emporter, conformément aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (CNUDM). Cela est vrai puisque la promotion de la coopération internationale pour parvenir à une exploitation plus rationnelle de la richesse des océans est primordiale pour la communauté mondiale. L'établissement de la ZEE a entraîné une réduction drastique de la zone couverte par la haute mer. Ainsi, environ 95 % des zones mondiales de pêche et plus de 80 % des réserves de pétrole sous-marines connues dans les plateaux continentaux sont placées sous le contrôle exclusif des États côtiers. Il est intéressant de noter que, parmi les droits des États côtiers dans leurs ZEE, se trouve la question des activités énergétiques extracôtières qui ont traditionnellement créé des tensions entre les États voisins en ce qui concerne la délimitation de cette zone. En conséquence, une relation*

1) email: gh200776@yahoo.gr
2) email: dd@wmu.se

Cap V libro 4.pmd 137 28/06/2018, 17:54

problématique entre ces activités d'exploration énergétique et le régime juridique de la ZEE est identifiée ; les problèmes de délimitation maritime entre États adjacents peuvent également avoir une influence négative sur l'utilisation de certaines routes d'approvisionnement en énergie maritime.

Le bassin de la Méditerranée orientale constitue un parfait exemple (étude de cas) de la considération susmentionnée, car il occupe une place prépondérante dans le système de transport maritime mondial contemporain. Dans le même temps, sa partie sud-est dispose d'un énorme potentiel géoéconomique pour la sécurité énergétique de l'Europe. Grâce à la région spécifique et bien sûr via la mer Égée, d'énormes quantités de pétrole sont livrées à partir de la mer Noire (Russie) et du golfe Persique vers le monde occidental. Cependant, à la lumière des rivalités énergétiques et des formes possibles de coopération entre les acteurs régionaux et internationaux respectifs, les questions pertinentes de délimitation maritime entre les pays voisins acquièrent une dimension de sécurité importante. Dans ce contexte, il est plutôt décevant que les pays de la région, piégés dans de vieilles relations antagonistes, n'aient pas encore développé une politique globale de coopération énergétique prenant en compte à la fois la position géopolitique actuelle de la région et leur croissance économique globale. Des synergies énergétiques intégrées dans l'ensemble de la Méditerranée orientale contribueraient certainement à un avenir pacifique pour la région et, si elles étaient bien gérées, elles pourraient initier des partenariats importants qui pourraient constituer une base solide pour la coopération à long terme et le développement économique.

Par conséquent, les États voisins de la mer Méditerranée orientale, en particulier Chypre, Israël, la Grèce et la Turquie, devraient chercher à maximiser leur rôle en tant que fournisseurs d'énergie alternative de l'Union européenne. Cette perspective, avec le résultat futur attendu de fourniture du premier gaz non russe du corridor énergétique dit du sud de l'Europe, présente des avantages considérables, en particulier en ce qui concerne le financement européen potentiel pour une construction de pipeline (Eastern Med Pipeline), qui transférera en Europe centrale et occidentale de grandes quantités de gaz naturel. Pour le moment, il est évident que les ressources énergétiques près de Chypre pourraient être exploitées pour la sécurité énergétique de l'UE dans son ensemble. Outre certains pays européens, d'autres protagonistes importants de la scène internationale font également partie de cette équation complexe, avec tous ceux qui participent au conflit en cours en Syrie.

Néanmoins, lié à la dimension géopolitique, il existe un autre paramètre essentiel : le droit international de la mer. La CNUDM fournit le cadre nécessaire pour définir les limites des frontières maritimes entre États adjacents, puisqu'il s'agit du document central du droit international conventionnel et coutumier qui réglemente les questions liées à l'établissement et à la délimitation des ZEE. Il va sans dire que certains obstacles doivent être résolus afin que les activités énergétiques offshore dans la mer du sud-est soient harmonisées avec le régime juridique de la ZEE et vice-versa. Pour le moment, la question de la délimitation des frontières de la zone maritime dans le sud-

Cap V libro 4.pmd 138 28/06/2018, 17:54

est de la Méditerranée reste un point de friction pour de nombreux États impliqués. Considérant que tous les États voisins ne sont pas signataires de la CNUDM, cela complique davantage la situation dans son ensemble.

L'analyse en cours vise à aider à mieux comprendre qu'en vertu des exigences du droit international, la résolution des problèmes de délimitation maritime de la zone en ce qui concerne le régime des ZEE sera un facteur décisif, permettant à l'Europe d'utiliser les réserves énergétiques de la région dans le but de diversifier ses sources d'approvisionnement en énergie. Comme il découle de la logique susmentionnée, le but est de mettre en évidence la relation problématique entre le régime juridique de la ZEE, en particulier son aspect de délimitation et les problèmes fonctionnels, et le profil géopolitique des activités énergétiques offshore sur cette zone maritime. Étude de cas du bassin méditerranéen oriental.

Abstract: *The concept of an exclusive economic zone (EEZ) has been described as a «peaceful revolution» in international law and as the most significant development in the Law of the Sea, since Grotius wrote his famous work, «Mare Liberum». With the establishment of the EEZ, the conflict between Grotius (mare liberum) and Selden (mare clausum) seems to have been won by the latter. Although this is true, and it expresses the victory of the extension of coastal jurisdiction to maritime areas at the expense of its free use and exploitation by all states, what is most important is that the rational and functional use of the sea by all its users should prevail, in conformity with the 1982 Law of the Sea Convention (LOSC) provisions. This stands true since the promotion of international co-operation to achieve a more rational exploitation of the wealth of the oceans is paramount for the global community. The establishment of the EEZ has resulted in a drastic reduction of the area covered by the high seas. Thus, around 95% of world fishing areas and more than 80% of the known underwater oil reserves have come under the exclusive control of coastal states. Interestingly enough, among the rights of coastal states within their EEZs is the issue of offshore energy activities, which has traditionally created tension between neighboring states regarding the delimitation of that zone. Consequently, a problematic relation between these energy exploration activities and the legal regime of the EEZ is identified; maritime delimitation issues between adjacent states can also negatively influence the use of certain maritime energy supply routes.*

The Eastern Mediterranean Basin stands as a perfect example (case study) of the aforementioned consideration, since it holds a paramount position in the contemporary global maritime transport system. At the same time its south-eastern part has a huge geo-economic potential for Europe's energy security. Through the specific region and, of course, via the Aegean Sea, enormous quantities of oil are delivered from the Black Sea (Russia) and the Persian Gulf towards the Western world. However, in the light of energy rivalries and possible forms of co-operation among the respective regional and international actors, relevant issues of maritime delimitation among the neighbouring countries acquire an important security dimension. In this context, it is rather disappointing that the countries in the region, trapped in old antagonistic relations,

Cap V libro 4.pmd 139 28/06/2018, 17:54

have not yet developed a comprehensive energy cooperative policy that takes into account both the region's current geopolitical posture and their economic growth as a whole. Joined energy synergies in the whole Eastern Mediterranean would certainly contribute to a peaceful future for the region and, if managed in the right way, they could initiate important partnerships, which could provide a solid basis for long-term cooperation and economic development.

Therefore, the neighbouring states of the Eastern Med Sea, especially Cyprus, Israel, Greece and Turkey, should seek to maximise their role as alternative energy suppliers of the European Union. This prospect, with the expected future outcome of providing the first non-Russian gas of the so-called southern European energy corridor, produces considerable benefits, particularly in relation to potential European funding for a pipeline construction (Eastern Med Pipeline), which will transfer large amounts of natural gas to Central and Western Europe. For the time being, it is a self-explanatory fact that the energy resources near Cyprus could be exploited for the energy security of EU as a whole. Apart from certain European countries, other important protagonists of the international arena are also part of this complex equation, with all those that participate in the on-going conflict in Syria standing out.

Nonetheless, linked to the geopolitical dimension there is one more essential parameter: the International Law of the Sea. LOSC provides the necessary framework to define the limits of maritime boundaries between adjacent states, since it is the core document of international conventional and customary law, which regulates issues related to the establishment and delimitation of EEZs. Needless to say, there are certain obstacles to be resolved to enable offshore energy activities in the Southeastern Med Sea to be harmonised with the EEZ legal regime and vice-versa. For the moment, the question of delimitation of maritime zone boundaries in the Southeastern Med remains a point of friction for many of the states involved; the fact that not all the neighbouring states are signatory parties to LOSC further complicates the whole situation. The analysis taking place here aims to help to better understand that, under the requirements of international law, resolving the maritime delimitation issues of the area with regard to the EEZ regime will be a decisive factor, rendering Europe able to use the energy reserves of the specific region for the purpose of diversifying its energy supply sources. As it derives from the abovementioned rationale, the purpose is to highlight the problematic relation between the legal regime of the EEZ, especially in relation to delimitation and functional issues, and the geopolitical profile of the offshore energy activities over this maritime zone, through the case-study of the Eastern Mediterranean Basin.

Cap V libro 4.pmd 140 28/06/2018, 17:54

1. Introduction

The key characteristic of the contemporary world is interconnectedness among societies and people across the national boundaries of nation-states. This complex process is called globalisation and is obviously a phenomenon with multi-level influences.[3] With oceans covering almost three quarters of the earth's surface and with well over 80% of all international trade transported by sea,[4] maritime transport should be considered as the backbone of globalisation and absolutely vital for all "just-in-time economies", such as those of Europe and the United States.[5] Today, shipping is by far the most international of the world's industries, serving vast quantities of global trade. Each and every day, ships of different sizes and capabilities carry huge quantities of cargo cost-effectively, cleanly and safely. In any case, due to the massive availability of commercial ships, meeting the transports needs of a society that is subject to increased levels of consumption in goods and raw materials is made technically and financially possible. In this respect, maritime transport is a very important sector of the European Union's (EU) economy as well: the 70,000 km of coastline and the increased number of maritime states among its members[6] provide a very strong argument that accessible and secure waterways are crucial for Europe's future. The EU member states, having recognised the need to work harder and closer in the domain of maritime affairs, have agreed upon the contents of a uniform maritime strategy, although their interests might be conflicting and their performance in the specific financial sector varying. Consequently, in June 2014, the European Council adopted a Maritime Security Strategy (EMSS) which intends to provide a common framework for coherent national policies.[7]

On the other hand, pending maritime delimitation issues between adjacent states can be a source of ongoing tensions, creating serious problems for freedom of navigation and consequently hampering maritime transport and the respective energy supply routes. In this context, and highly interrelated to maritime delimitation disputes with regard to the establishment of EEZs, stand the adjacent states' respective actions concerning offshore energy, such as licensing hydrocarbon explorations, or drilling

---

3) See Siousiouras P. & Dalaklis D., 'High Politics and Low Politics in EU-China Relations: Do they Meet?', in the collective work *EU – East and South Asia trade, investment, logistics and e-business* (in Greek), N. Nikitakos & G. Dourmas (editors), I. Sideris Publications, Athens, 2009.

4) In 2015, estimated world seaborne trade volumes surpassed 10 billion tones for the first time in the records of the United Nations Conference on Trade and Development. See United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Review of Maritime Transport 2016, UNCTAD/RMT/2016.

5) Dalaklis D. (2012), 'Piracy in the Horn of Africa: Some good news, but a lot of work has still to be done…', *Maritime Security Review-MSR In Depth*, No.9, December 2012.

6) See European Commission, *EU Transport Scoreboard*, available at http://ec.europa.eu/transport/facts-fundings/scoreboard/compare/index_en.htm?indicators =& modes=maritime (accessed 16.10.2016).

7) For the complete details, see European Commission, *Maritime Security Strategy*, available at http://ec.europa.eu/maritimeaffairs/policy/maritime-security/index_en.htm (accessed 17.12. 2014).

Cap V libro 4.pmd 141 28/06/2018, 17:54

and exploitation of natural gas and oil deposits. Without doubt, offshore energy activities belong to the rights of coastal states within their EEZs. However, in cases where no EEZ (or even continental shelf) limit has been agreed or decided by international jurisprudence , much tension between neighbouring states has usually been noticed (geopolitical/geo-economic rivalries). Considering this, the EU's maritime security strategy is clearly seen to be maritime transport oriented, while at the same time linked to the freedom of navigation. Subsequently, this high-level document is especially concerned with uninterrupted/free maritime energy supply routes, the latter being threatened by, among other factors, maritime delimitation issues among adjacent states. With all that in mind, there is obviously a bond, but also, in some cases, a problematic relationship between these energy exploration activities and the legal regime of the EEZ. A typical situation of such a kind of relation is the case of Eastern Mediterranean Sea, the epicentre of the analysis at hand.

2. Geopolitical importance of the Eastern Mediterranean Sea

The Mediterranean Sea (Med Sea) is among the world's busiest waterways. Fifteen per cent of global shipping activity by number of calls and 10 per cent by vessel deadweight tons (DWT) were noted in the wider region per year in the last decade. In the same decade, 13,000 merchant ships made 252,000 calls at Mediterranean ports, totaling 3.8bn DWT on average per year. Statistics also clearly indicate that, at the same time, around 10,000 (mainly large) vessels transited the area under discussion en-route between non-Mediterranean ports. Merchant vessels operating within and through the Mediterranean are getting larger and carrying more trade in larger parcels. Vessels transiting the Mediterranean Sea average around 50,000 DWT and are (again, on average) over three times larger than those operating within the Mediterranean.[8] The Med's significance is exemplified by the fact that it is a common area for three different continents: Europe, Asia and Africa. Additionally, there are two very important sea straits in its eastern basin: The first one is the Dardanelles, through which the Mediterranean Sea (and the Aegean) communicate with the Black Sea and the various countries whose coastlines are located on the wider region (of the Black Sea); of course, for the latter the access to open (warm) seas is secured. The second gate of interest is the Suez Canal. Subsequently, the following two basic axes with special importance for maritime transports are formed: a) Atlantic Ocean-Mediterranean Sea-Red Sea and b) Black Sea-Aegean Sea-Mediterranean Sea-Indian Ocean (Figure 1).

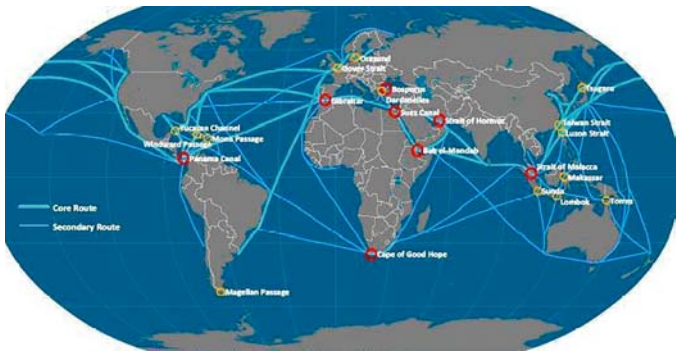
As a result, the Mediterranean Sea is often characterised as an extremely important element in the contemporary maritime transport system and, above all, as the most

8) See GRID ARENDAL, A Centre Collaborating with UNEP, *Maritime Transportation routes in the Mediterranean*, 19 Nov 2013, available at www.grida.no (accessed: 05.12.2016). See also Regional Marine Pollution Emergency Response Centre for the Mediterranean Sea (REMPEC), *Study of Maritime Traffic Flows in the Mediterranean Sea*, 2008-2012.

Cap V libro 4.pmd 142 28/06/2018, 17:54

important link in the transport chain between Asia and Europe.[9] Both the continental land mass of south-eastern Europe and its surrounding sea areas – in particular the broader area of the Eastern Med region – constitute a subset of Eurasia with very high geopolitical importance. The geo-economic importance of the Med Sea, as a whole, is further enhanced by the fact that this is the "common place" of three different continents. It should also be noted that both the Mediterranean and the Persian Gulf are geopolitically placed among the same broader periphery, while Turkey and Egypt (Suez) can be treated as land and sea bridges at the same time between Europe and the Middle East / Southwest Asia.[10]

Figure 1. Major global transport routes



Source: J. P. Rodrigue, C. Comtois & B. Slack, The Geography of Transport Systems, Routledge, New York, 2009.

Historically, the Med Sea has been a cultural synthesis zone, as well as a confrontation/ conflict area, mainly due to the cultural legacies of its inhabitants (i.e. the crossover of different cultures such as European, Muslim, and Arab). The fact that some of these diversities still meet today on the southern side of the Med is explained, in part, by the geopolitical and geostrategic importance of the region under discussion, especially its south-eastern part. Thus, it is more than evident that the role of the broader area of the Eastern Med Sea is paramount in the evolution of history. It should be noted that the land mass of the Balkan Peninsula and the various countries along the Mediterranean coastline constitute basic targets of any attempt coming from the classical continental powers that concerns access to warm seas.[11] It is also evident

9) See Dalaklis D., Siousiouras P. & Maniatis A., *EuroMed Academy of Business 2014 conference proceedings*: 'Dealing with the Need of Greek Ports Expansion. A public-private partnership opportunity?', Kristiansand-Norway, 18th September 2014.

10) See Vlachou, G.P. and Nikolaidi, E. (2002), *Maritime Economic Geography,* Piraeus, J & J Hellas, pp.63-67.

11) See Mackinder, H. J. (1904), 'The Geographical Pivot of History', *Geographical Journal*, vol. 23, Flint, C. (2006), *Introduction to Geopolitics*, New York: Routledge, p.13, Mahan, A. T. (1890), *The Influence of*

Cap V libro 4.pmd 143 28/06/2018, 17:54

that with the collapse of the socialist block and the advent of globalisation, the role of the Eastern Med in international politics has become more multidimensional. Thus, besides its geostrategic dimension manifested in the backstage or the aftermath of intrastate conflicts, both during the overthrow of supposedly everlasting ruling regimes in Libya and in Egypt or in the unceasing relentless civil war in Syria, the wider region of the Eastern Med has additionally acquired an upgraded role in the domain of "energy geopolitics". This is taking place due to the ongoing "*pipelines confrontation*", which will be in the focus of south-eastern Europe's politics for the years to come since it enables many geopolitical complexities with a wider impact,[12] as well as the issue of transporting the recently discovered deposits of energy resources available in the Med sea-bed.

The Suez Canal and the Dardanelles Straits are two extremely important choke points for maritime traffic. They both gather a significant high number of ships, with the technical construction between Suez and Port Said steadily exceeding the number of 20,000 crossings per year. For example, in 2016, a total of approximately 34,000 vessels passed through the Canal.[13] Although the current financial crisis and piracy activities in the Gulf of Aden had a negative impact on the number of Suez crossings, since the second quarter of 2013 associated numbers are going up: the EU's naval operation ATALANTA has clearly suppressed the Somali pirates' actions.[14] In any case, a considerable proportion of the world's energy resources, mainly oil and natural gas, passes through the Mediterranean and also through the Aegean Sea (see Figure 2). It is not only those originating in the Persian Gulf: it is through this particular maritime corridor that the entire trade of energy resources coming from the Caspian

Sea Power upon History, 1660-1783, Boston: Little, Brown and Company, Mackinder, H. J. (1902), *Britain and the British Seas*, Oxford: Clarendon Press, Mackinder, H. J. (1962), *Democratic Ideals and Reality*, New York: Norton, and Chaliand, G. and Rageau, J. P. (1985), *Strategic Atlas*, Harmondsworth: Penguin Books, pp.20-25. See also Till, G. (2009), *Sea power: A Guide for the Twenty-First Century*, London: Routledge, Taylor & Francis, Group LLC.

12) This is evident through the Russian support for the South Stream, a pipeline for the implementation of the southern natural gas supply itinerary of Western and Central Europe (this itinerary is also known as the 'South Corridor' and both Russia and US/Europe are in continuous rivalry for the dominance of the pipelines of their sole interest). Furthermore, the recent events of the de facto annexation of the Crimea suggest that Russia wants to be less dependent on Ukraine, that has gradually turned into a western-oriented country. See Desipris*, I., President of Energy Institute of Southeastern Europe, The battle of pipelines (in Greek) [Online], available at:* http://www.iene.gr *(accessed 05.08.2011).*

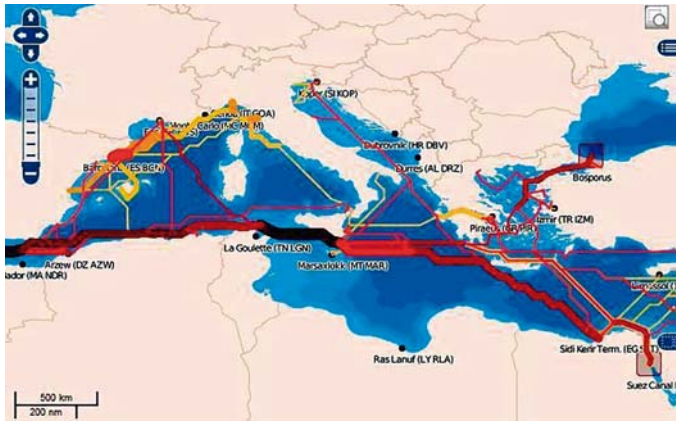
13) See Egyptian Government, Official Site, Suez Canal Traffic Statistics, Yearly Number and Net Tone by Ship, Direction and Ship Status, 2016, available at https://www.suezcanal.gov.eu (accessed 20.01.2017). See also Siousiouras P. and Chrysochou G., *Geography of Energy: Energy Antagonism and Exclusive Economic Zone in the Eastern Mediterranean Sea*, (in Greek), Andreas Sideris Publications, ISBN: 978-960-08-0703-5, Athens, 2017, pp.38-39.

14) See Dalaklis D. (2013), 'Suppressing Piracy in the Horn of Africa: Operation Atalanta', in the Conference *EUROPEAN MARITIME WEEK: Current Trends & Challenges Ahead*, the Jean Monnet Centre of Excellence of the Department of Maritime Studies of the University of Piraeus, Athens, 21st -24th May 2013.

Cap V libro 4.pmd 144 28/06/2018, 17:54

Sea and Russia is transported, either solely by oil tankers or through a combination of pipelines and medium or large tankers.[15]

Figure 2. Major transport routes within the Mediterranean Sea[16]



Source: www.rempec.org, (accessed February 2016)

In addition, as already mentioned, the wider region of the Eastern Med Sea has started to play a primary role in diversifying the energy supply routes of Central and Western Europe, making it an influential factor in the "*pipelines confrontation*". Indicatively, in 2013, the government of Azerbaijan decided the selection of the TransAdriatic Pipeline (TAP), as a continuation of the TANAP pipeline (Trans-Anatolian Natural Gas Pipeline), with the latter to run through the territory of Turkey. This project prevailed over other proposed projects (i.e. Nabucco, or Italy-Turkey-Greece Interconnector) which had the same aim: to transport natural gas from the deposit of the Shah Deniz II field in the Caspian Sea (see Figure 3). The gas flow is estimated, by optimistic forecasts, to start in 2017-18.[17] Selecting TAP has proved to be beneficial for both Greece and Turkey. As soon as the necessary additional quantities of natural gas from Azerbaijan, Turkmenistan and Northern Iraq to Europe are allocated both by TAP and other additional projects, then they will certainly be able to serve

15) See Dalaklis D., Siousiouras P. & Nikitakos N. (2009), 'Enforcing Safety and Security in the Eastern Mediterranean: The Greek Effort to Implement Vessel Traffic Services', *International Hydrographic Review*, May 2009.

16) Yellow lines refer solely to cargo and container ships, while the red mainly to tankers but also to all other types of ships. Additionally, the thickness of the line represents the number of ships following the specific route. Furthermore, there is the Corinth Canal (6 km long), which connects the Gulf of Corinth with the Saronic Gulf and shortens the sea voyage from the Adriatic Sea to the port of Piraeus by 325 km.

17) TAP is considered as the shortest route in the Southern Gas Corridor, which connects Europe with new gas resources of the Caspian and the Middle East. Shareholders are the Swiss EGL (42.5%), Norwegian Statoil (42.5%) and German E.ON Ruhrgas (15%).

Cap V libro 4.pmd 145 28/06/2018, 17:54

proportionately Europe's energy supply. The final result will be a "South European Gas Corridor" of a medium capacity of at least 40 billion cubic metres (bcm).[18] Therefore, as Greece is also a potential participant in the project of the Russian pipeline, "South Stream", it is aiming to upgrade its role in the wider geopolitical gas transit game to the European market, rendering both itself and the neighbouring state of Turkey strong future transit nodes (hubs). In this respect, there is much potential for cooperation between traditionally conflicting nation-states. Unfortunately, this does not constitute a common rule, as explained below.

Figure 3. The TANAP, TAP and Nabucco pipelines

Source: www.energycorridors.wordpress.com, (accessed: 10.4.2015)

3. Energy deposits of Eastern Med

The Southeastern Mediterranean Sea (from now on, SE Med), which constitutes a special subject of the analysis at hand, can be described as a maritime area of energy competition. Well before the outbreak of World War II, it was at the heart of the research interest of well-known companies in their quest to confirm the existence of enormous quantities of hydrocarbons in the region.[19] Specifically, according to the data of a United States Geological Service (USGS) study, in the bed of the Levantine Basin, (which is circled by Cyprus, Israel, the

18) See Maniatis I., 'Energy Pipelines and Geostrategy in Crisis Seasons – The Role of Greece' (in Greek), *2011 Mediterranean Oil and Gas Conference*, Athens, 30 May 2011.

19) The exploration operations for oil and gas fields in the area began in 1930 and lasted almost until 2000, conducted by English, French, American and Russian companies, without leading at that stage to safe conclusions. See Iosifidis I. (in Greek), *Energy Planning 2011-2030 and Geopolitics. Cyprus: APE, Natural Gas. 27+1 countries for … and 1 against*, Nicosia, Parga, 2011, pp.15-17.

Cap V libro 4.pmd 146 28/06/2018, 17:54

strip of Gaza, Lebanon and Syria) there are great deposits of natural gas and petroleum. Companies which serve American-Israeli and Norwegian interests have already been granted the permission to research the sea area between Cyprus and Israel, and they have announced their discovery of large natural gas deposits. The greatest deposits of natural gas seem to exist in the common boundaries of the Exclusive Economic Zones (EEZs) between Cyprus and Israel, thereby promising an alternative and more stable corridor for the energy sufficiency of the EU in its effort to reduce its dependency on Russia. Additionally, the existence of a significant amount of natural gas deposits is possible not only in the areas between Cyprus and Israel and between Cyprus and Egypt, but also in the sea area in the west of Cyprus, which is, between the islands of Cyprus and Crete (see Figure 4). For this reason, the Greek government is in the process of an ongoing licensing round with several interested energy companies (Hellenic Ministry of Environment and Energy, 2012).[20]

However, not all the EEZs between the neighbouring states have yet been determined (except for the zones between Cyprus and Israel, Cyprus and Egypt, Cyprus and Lebanon), even though intensive consultations among some of the interested parts have commenced for the delimitation of these zones. It should be noted that there are major disputes regarding the issues of the territorial waters and the EEZs in the specific region (e.g. between Lebanon and Israel, or Israel and the Palestinians in Gaza), while the above-mentioned discoveries have also created new components in the hot issues of the Greek-Turkish differences, the Arab-Israeli conflict, the Cyprus problem and the Kurdish question.[21] Hence, political events and decisions in the wider region are decisively influenced by the discoveries of new energy resources of carbohydrates in the sea bed between Cyprus and Israel, as well as in the area of the triangle formed by the islands of Crete–Kastelorizo–Cyprus.

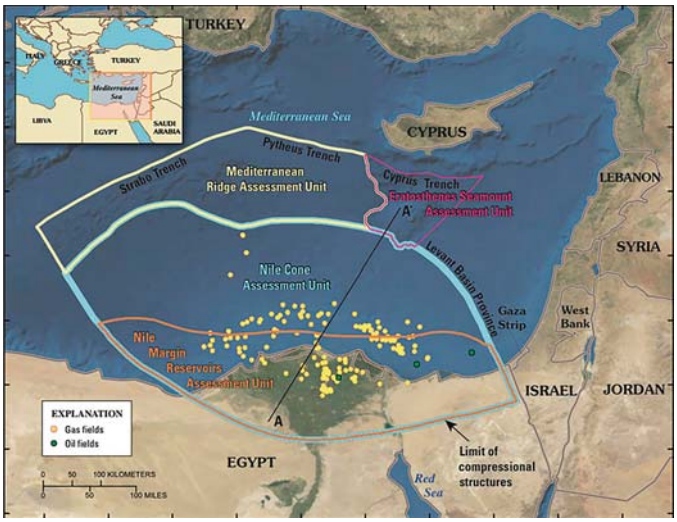
---

20) That is why, in July 2014, in London, the Greek government conducted the auctioning of sea plots of Greece's new licensing round, including nine plots in the most interesting and promising area south of Crete. In parallel, an area south of the Peloponnese will be also auctioned, while the rest relate to the Ionian Sea. The total number of plots to be auctioned amounts to 20. Among the companies participating in the presentation were the BP, EXXONMOBIL, SHELL, TOTAL, CHEVRON, STATOIL, ANADARKO, REPSOL etc. The tender for the round of concessions was published in August 2014. See Hellenic Ministry of Environment and Energy, available at http://www.ypeka.gr / Default.aspx?tabid=765& language=el-GR, (accessed: 05.12.2015).

21) See Chrysochou G., 'Energy Geopolitics in Southeastern Mediterranean Sea and Maritime Delimitation Issues', *Athena 14 Journal, Security and Crisis Management International Conference,* Hellenic EU Presidency 2014, Ministry of Defence, Athens,17-19 June 2014, pp.60-74., available at http://www.geetha.mil.gr/media/ATHENA2014/files/journal.pdf

Cap V libro 4.pmd 147 28/06/2018, 17:54

Figure 4. Assessment of undiscovered oil and gas resources in the SE Med basin



Source: United States Geological Survey, *World Petroleum Resources Project*, 'Assessment of Undiscovered Oil and Gas Resources of the Nile Delta Basin Province, Eastern Mediterranean', USGS, May 2010.

4. Cyprus-Egypt-Israel: Cooperative and antagonistic relations

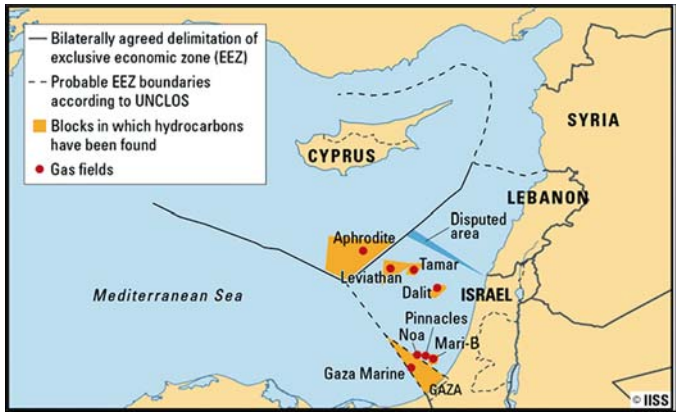
In 2000, Cyprus, took advantage of the aforementioned geopolitical circumstances by systematising the procedures for hydrocarbon exploration in the maritime area between Cyprus and Egypt. The outcome of the negotiations with the Egyptian government was the recognition and demarcation of the boundaries of their EEZs and the 2003 agreement for exploration and exploitation of any natural gas within these areas.[22] In addition, in 2010, Cyprus collaborated with Israel to achieve an agreement on a common exploitation of the adjacent energy deposits, 'Leviathan' and 'Venus' (which lie within Block 12 of Cypriot surveys), of the 'Levantine' basin, considering them a unified area of common interest for the two states (see Figure 5). At the same time, Cyprus legitimated internationally this cooperation by signing an agreement on the delimitation of the EEZ with Israel.[23]

22) Since 2007 until today, rapid development has been observed in the region. Typical examples are the seismographic studies carried out in 2009 by Noble Energy in the wider region between Israel and Cyprus, as well as the discovery of 'Leviathan's' Israeli deposit, which is estimated to contain 16 trillion cubic feet (tcf) of exploitable natural gas and is located in the marine subsoil of the neighboring Israeli fields Alon A and Alon B. See, I. Iosifidis, op.cit.

23) However, recent developments in the SE Med sea basin, in particular estimates for new hydrocarbon resources in the sea area between Cyprus and Israel, but also in the maritime triangle area of the southern sea basin of Crete-Kastelorizo-Cyprus, complicate the geopolitical landscape of the wider region. See

Cap V libro 4.pmd 148 28/06/2018, 17:54

Figure 5. The Cypriot and Israeli energy deposits in Southeastern Med



Source: International Institute for Strategic Studies (IISS).

In the aftermath of the abovementioned agreement, there is a widespread belief that Israel has seriously considered Greece and Cyprus as a transfer node towards Europe of the gas that is discovered within its EEZ (the so called 'East Med Pipeline'; see also Figure 6). That may stand true both because Israel has estimated that the construction of relevant infrastructures could possibly receive financing from Europe and because the alternative route (via Turkey) seems for the moment not to be feasible, on the grounds that Tel Aviv does not regard (correctly, according to what has been recorded so far) its relatively recent crisis in its relationships with Ankara as a temporary circumstance.

On the other hand, of course, the option of transferring Cypriot-Israeli gas to the West via pipeline linked to the Arab Gas Pipeline[24] and through the projection to Turkey seems difficult for the time being because of the increased pipeline security issues due to the volatility in the specific region. The option of the cheapest solution, namely the construction of a pipeline from Cyprus to Turkey and then to Western and Central Europe, has so far been politically forbidden, at least for the near future, because of the 'Cyprus Question'.[25] Nevertheless, Nicosia is worried about any Israeli thought that it may proceed, even without a solution to the Cyprus problem, in agreement with Turkey on the laying of a pipeline for the transport of natural gas from 'Leviathan' to

Chrysochou G. and Dalaklis D., 'The Declaration of a Cypriot Exclusive Economic Zone (EEZ) and the Law of the Sea (in Greek)', *Nausivios Chora – A Journal of Naval Sciences and Technology*, Volume 4/ 2012 (ISSN: 1791-4469), Hellenic Naval Academy, Piraeus, December 2012, pp. 245-263.

24) Which connects Egypt, Israel, Syria and Lebanon.

25) See Southeastern Mediterranean Hydrocarbons: *A new energy corridor for the EU*, available at: http:/ /www.defencegreece.com/index.php/2012/04/southeastern-mediterranean-hydrocarbons-a-new-energy-corridor-for-the-eu/, (Accessed: 02.02.2013).

Cap V libro 4.pmd 149 28/06/2018, 17:54

the Turkish market. However, it considers that the two countries (Israel and Turkey) are far from signing a framework agreement. With regard to the debate over whether Israel and Turkey or the companies concerned are legally obliged to deposit a request to Cyprus for granting permission to lay a pipeline passing through the Cypriot EEZ before reaching the Turkish coast, the Cypriot government strongly believes that no pipeline can be demarcated without its consent. It refers in this regard to Article 79 (3) of the UN Convention on the Law of the Sea, which provides that the coastal state's consent is required wherever another state wants to lay a submarine pipeline on its continental shelf.[26]

An indication of Israel's intention to export gas to Turkey (but also through Turkey to Greece and Europe) had been the statements by Netanyahu and Steinitz, as well as the attempted normalisation of Israeli-Turkish relations through contacts between top officials and committees of the two countries. However, beyond the Cyprus issue, Turkey's attitude to the Palestinian conflict, accompanied by the Israeli demand for the closure of Hamas offices in Turkey, is also a significant factor in such an agreement. Moreover, the resulting security issues between Lebanon-Israel-Syria and the general instability in the region (with emphasis on the civil war in Syria, the riots in Egypt, and the resurgence of the Israeli-Palestinian conflict) have made – until at least the discovery of the giant "Zohr" deposit in the Egyptian EEZ – such a plan impossible.[27]

On the other hand, another alternative and/or complementary solution being considered by Israel is the liquefaction of natural gas at Egyptian terminals (in Damietta and Idku) and its shipment to the markets of Europe and Asia. This solution has its own difficulties as it will depend on the viability of the current regime and on the overall stability of Egypt's political life, due to both the Egyptian debt settlement ($1.7 billion) against Israeli energy companies and the cost of extracting, liquefying and transporting gas to Europe.[28]

In that respect, until recently, the EastMed Pipeline had been discussed as a possible solution. This solution, though feasible, is costly in that it requires the future confirmation of larger recoverable gas reserves in the region. In particular, the construction of the Israeli-Cyprus-Greece pipeline, although it will be the subject of a further study according to the decisions taken at the tripartite summit in Nicosia, is unlikely to become a reality as it presents technical difficulties (water depth, pipeline diameter), and furthermore, it is economically unprofitable as it requires a gas price of around $10 while the current market price is about half that. In order to have such a pipeline, the

26) See Kalatzis M., 'Cyprus: Drilling in Block 11 starts tomorrow – Barbaros changed course (in Greek)', *Proto Thema* [online] available at: http://www.protothema.gr/greece/article/697329/arhizei-aurio-i-geotrisi-sto-oikopedo-11-rota-barbaros-gia-aigaio-/ (accessed: 14.07.2017).

27) See Diakantonis M., (in Greek)*, The energy landscape in Greece, Cyprus and Israel: Prospects and Challenges*, 2 March 2016, available at: www.liberal.gr

28) Ibid.

Cap V libro 4.pmd 150 28/06/2018, 17:54

prices will have to rise significantly and additional gas quantities should be found in the SE Med region to justify the construction cost. However, it is the best long-term solution, not only for the countries concerned but also for the EU, in that it releases the latter from the great energy dependence on Russia and other unstable or at times "hostile areas", since the source and the means of transport will be controlled by EU countries and Israel respectively. Bearing in mind that in the future (after the confirmation of possible energy deposits in the maritime area south of Crete) the construction of a natural gas pipeline to Greek mainland and the rest of Europe will be required, then the most ambitious project would certainly be the interconnection of this pipeline with Cyprus and Israel, or even with the Arab Gas Pipeline.[29]

Figure 6. The 'East Med Pipeline via Greece'

Source: 'Southeastern Mediterranean Hydrocarbons: A new energy corridor for the EU', available at http://www.defencegreece.com/index.php/2012/04/southeastern-mediterranean-hydrocarbons-a-new-energy-corridor-for-the-eu/, (Accessed; 02 February 2015)

The potential perspective of the above project had been already confirmed by the President of the European Commission during the proceedings of the Council of 22 May 2013, in the general context of determining the future energy priorities of the EU. The energy dependence of the EU on countries belonging to the Arab-Muslim world, which are in a highly sensitive political and geostrategic transition, but also on countries like Russia, which demonstrate a high level of geostrategic competition against the dipole 'Great Britain-USA', forces the Western world, and particularly the EU, to pay attention to the promising hydrocarbon reserves of the Republic of Cyprus, Israel and Greece. Europe's gas imports increased markedly last year, reflecting the strong increase in demand, together with weakness in the domestic production of natural

29) Ibid.

Cap V libro 4.pmd 151 28/06/2018, 17:54

gas. But virtually the entire rise in European imports was met by pipeline gas, from a combination of Algerian and Russian supplies. Indicatively, Europe needs 6 tcm for the next 30 years, a quantity that certainly cannot be covered with Russian stocks. The Russians export 130 bcm gas each year to Europe.[30] If, for example, we think that Russia is selling gas at $12,000 per 1000 cubic feet, then its annual revenue from this is about $55 billion. If Greece, Cyprus and Israel occupy one third of the European market, which is currently controlled by Russia (thus export to Europe about 1.5 tcf of natural gas at $6 per 100 cubic feet, which is half the price of that of Russia), then the exportable Russian quantity will drop to about 3 tcf with a consequent loss of revenue of about $36.6 billion per year.[31]

Of course, Israel has not yet finally decided how to exploit its own deposits, thus what quantities will export to Europe and how will this be achieved, whether by Liquefied Natural Gas tankers (LNG), or via pipeline. The type and depth of strategic relationship that Israel develops with Cyprus-Greece and the EU will largely depend on this decision. Nevertheless, the new evidence of the discovery of the large Zohr gas field in Egypt by ENI (see Figure 7) has alarmed Israel and Turkey as well as Cyprus, since Egypt could now play a bigger role in the provision of natural gas to international markets. The additional factor that the Zohr deposit is managed by the ENI, which is licensed on three blocks of Cyprus, in connection with the fact that the company itself is a major shareholder at the liquefaction terminal in Damietta of Egypt, creates a very fragile environment with regard to the plans of other countries, especially Israel.[32] While Egypt celebrates the discovery of the new large deposit, Israel follows these developments with some suspicion, since it realises that in the future it may suffer significant economic losses. This is because the companies licensed on Israeli blocks (Delek Group Ltd and Noble) have signed a letter of intent with Egypt for supplying natural gas for liquefaction. However, this is not a binding agreement and, in addition, the gas extraction from the Zohr deposit is expected in 2020, just one year after the beginning of the extraction of natural gas by Israel's Leviathan deposit (2019). As a

30) See British Petroleum (BP) Statistical Review of Energy 2017.

31) Here, it can be noted that Liquefied Natural Gas (LNG), although not the perfect solution, offers market flexibility and the possibility of ship transfer to markets where prices are higher. However, due to the high cost of building a liquefaction plant, the LNG costs a lot more than the transporation of gas via pipeline. In addition, since LNG investors want to secure long-term commitments for this market, the quantities of Aphrodite's deposit in the Cypriot EEZ are insufficient for this (in the case that no larger quantities are confirmed). Nevertheless, Israel, referring to an interministerial committee, originally proposed that gas export infrastructure should be under Israeli control, which would probably exclude Crete's choice of transferring Israeli gas to Western Europe. See Dokos Th., 'Important strategic approach' (in Greek), *Filelefteros tis Kyriakis*, p. 10, Nicosia, 12 August 2012. See also Chrysochou G., 'The Energy Security Dimension of Southeastern Mediterranean Sea: Geopolitical Rivalries and Prospects for Greece and Cyprus', *Naval Review*, Volume 176, Issue 597, pp. 16-39.

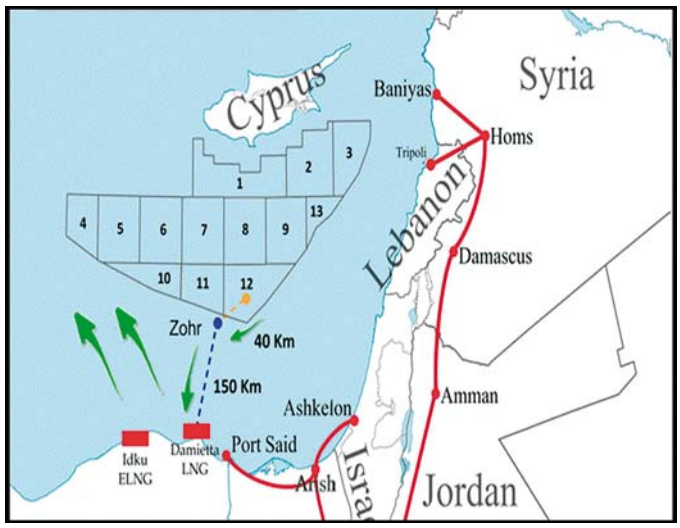
32) See Tsagaris P. (in Greek), Natural Gas: Between Hammer and Thorn is Cyprus, available at: http://www.offsite.com.cy/articles/kyria-themata/politiki/17504-analysi-fysiko-aerio-metaxy-sfyras-kai-akmonos-i-kypros (accessed: 01.03.2016).

Cap V libro 4.pmd 152 28/06/2018, 17:54

result, there are many who believe that Egypt (after Zohr's discovery) will not depend on Israel's natural gas and, of course, neither on Cyprus, as has been the case so far due to the fact that one of the two Egyptian liquefaction terminals were down because of an unsatisfactory amount of gas.[33]

In this context, on March 24th 2016, the 3rd Cyprus Licensing round was announced, aiming to attract new oil and gas exploration production investments from oil companies into the Cypriot blocks 6, 8 and 10 of the Cypriot EEZ.[34] This movement represents an important step for improving further the existing already positive economic development of Cyprus. The 3rd Cyprus licensing round was entirely based in the new geological exploration model which permitted to the Italian oil company ENI to discover the Egyptian supergiant gas field "Zohr" located in the Cyprus EEZ border with Egypt.[35]

Figure 7. 'Zohr' Energy Deposit



Source: I. Parisis & E. Konofagos, *Energy Surprises and Geopolitical Turnovers in Eastern Mediterranean*, Academy of Strategic Analyses, available at http://www.acastran.org, (accessed: 7 Feb 2017)

Moreover, beyond the abovementioned largely cooperative relations between Cyprus, Israel and Egypt with regard to their offshore energy activities, there is a serious impediment to the smooth exploitation of the energy resources of the East Med basin:

33) Ibid.

34) See Republic of Cyprus, Ministry of Energy, Commerce, Industry and Tourism, available at: http://www.mcit.gov.cy/mcit/mcit.nsf/dmlhcarbon 3en/ dmlhcarbon3_en? OpenDocument (accessed: 27.10.2016).

35) See Konofagos E., Lygeros N. and Foskolos A. (in Greek), *Zohr Deposit: Turning over all geopolitical balances*, available at www.energypress.gr (access: 27.01.2016).

Cap V libro 4.pmd 153 28/06/2018, 17:54

the fact that Turkey, a major geostrategic regional player has not been a part of any of the aforementioned cooperation and EEZ delimitation agreements, having also long-lasting disputes with Cyprus and Greece regarding maritime and sovereignty issues as well as the 'Cyprus Question'. Moreover, Turkey is not a signatory of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS); this complicates the situation even more. As a result, in order to obtain a thorough view of the parameters taken into account for the delimitation of EEZs of the adjacent states of the wider area of Eastern Med, it is first prudent to set out a brief outline of both the legal regime of offshore energy activities in the EEZ / Continental Shelf and the relevant theory for the EEZ delimitation. Following that, the analysis will proceed to the depiction of a comprehensive picture of the maritime delimitation status of the Eastern Med region, before highlighting the problematic of the maritime delimitation security issues among Cyprus-Turkey-Greece in the SE Med Sea.

5. Offshore energy activities in the EEZ and delimitation aspects

The existing law of the sea has been codified by the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), which also deals with navigation issues at the global level, based on the vast number of its member states. Nevertheless, there are states that have not yet proceeded towards signing and/or ratifying the Convention; these include a major state in international affairs: the United States. However, regarding the maritime delimitation issues, UNCLOS is the cornerstone for setting the basic principles and regulations. Accordingly, UNCLOS defines the Exclusive Economic Zone (EEZ) as a maritime zone which can extend up to 200 nautical miles. Hereinto, a coastal state can exercise its sovereign rights upon the Continental Shelf up to 200 nautical miles (nm) for research and exploitation purposes,[36] except in cases where the Continental Shelf (CS) extends beyond 200 nm.[37] In both the EEZ and Continental Shelf, coastal states have sovereign rights for the purpose of exploring, exploiting as well as conserving and managing the natural resources, whether living or non-living. Those resources may be found in the waters superjacent to the seabed, on the seabed, or on its subsoil. Coastal states also have sovereign rights with regard to any related marine scientific research, meaning that the coastal state's consent is required for any other country or institution/organisation that wants to conduct this kind of research in the specific maritime zones. In addition, the coastal state has the right to withhold permission if the marine scientific research is intended directly for the exploration or exploitation of the natural resources of the coastal state. The same rule applies if drilling or the use of harmful substances or explosives is proposed.[38]

---

36) See UN (1982), *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, Articles 76, 77, 83 and 121.

37) See Oikonomidis, K. (1985), 'Primal Regulations of the New Law of the Sea' (in Greek), *9 International Law and International Politics*, p.182.

38) Coastal states are expected to consent to marine scientific research by other states and international

Cap V libro 4.pmd 154 28/06/2018, 17:54

The extension of coastal state jurisdiction in the EEZ limited by 36% the area covered by the open sea, accumulating in their favor 95% of world fishery.[39] Along with the adoption of the EEZ, the problem of its delimitation arose, given the close linkage between the Continental Shelf and the EEZ. According to UNCLOS article 74(1), the EEZ delimitation between states with adjacent or opposite coasts is regulated following an agreement, aiming to achieve a fair solution. If reaching an agreement is not possible, according to UNCLOS Part XV, the interested parts must resort to conciliation for the settlement of the difference (article 74(2)).

Anyhow, the EEZ delimitation line needs to identify with the corresponding line of the Continental Shelf, to the degree that the very same sovereign rights in the seabed and the submerged lands of the continental shelf are recognised in favor of the coastal states[40] (see Figure 8). Self-evidently, despite the obscurity of the clauses concerning the EEZ delimitation, given the overlap of the continental shelf zone and the EEZ, the international application and the corresponding case law, the clauses on the continental shelf delimitation are applied *mutatis mutandis* for the EEZ as well, with the following highlights: the equity provided by UNCLOS for the delimitation of overlapping Continental Shelves[41] has as a starting (provisional) delimitation line the median line (as a general customary delimitation rule), which is then examined to be modified in the light of the relevant circumstances of the delimitation area, mainly the geographical configuration of the coastline and the proportionality criterion. It is also necessary to point out that the principle of equity as a delimitation method has a technical character, when compared to the median line or to equidistance.[42]

organisations, providing certain conditions are met. These include: a) the research is not related to the exploration or exploitation of the living or non-living resources in the region; b) the research does not involve drilling on the continental shelf, the use of explosives, the use of harmful substances, the construction, operation or use of artificial islands, installations or structures; c) in accordance with UNCLOS, information related to projects to be undertaken in an area must be provided to the coastal state. This includes the nature and objective of the project, the methods and means, including the names, tonnage, type and class of vessels and equipment to be used, the precise geographical area, the dates of first arrival or deployment of vessels or equipment and the final departure date, the sponsoring institute, the names of its director and person in charge and the extent to which the coastal state may participate in the project. If any of this information is inaccurate or not forthcoming, or if there are any other outstanding issues, it could be grounds to deny consent; d) the coastal state may designate specific areas where exploration will shortly commence and therefore decline consent; and e) the coastal state may also undertake projects with international organisations. See UNCLOS, Part XIII, 1982.

39) See Karakostanoglou, V. (1994), 'Coastal State Rights in the EEZ: Challenges and Perspectives for the Aegean Sea' (in Greek), *The Aegean Sea and the New Law of the Sea – Symposium proceedings*, Rhodes, 4-5 November, p.179.

40) See Evans, M. (1989), *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Oxford: Clarendon Press.

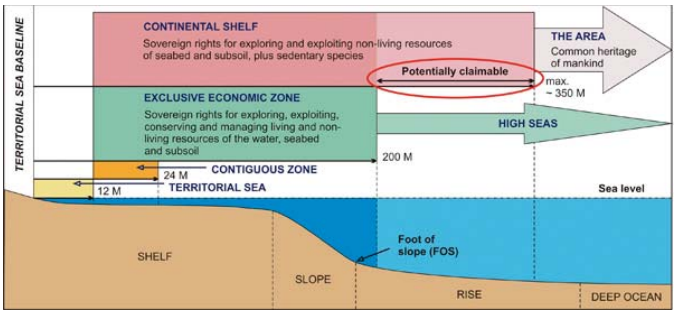
41) See UN (1982), *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, op.cit.

42) See Rozakis, Ch. (1988), *1923-1987 Greek-Turkish Relations, The International Legal Regime of the Aegean Sea and the Greek-Turkish Crisis. The Bilateral and the International Institutional Issue* (in Greek), Athens, Gnosi, p.326.

Cap V libro 4.pmd 155 28/06/2018, 17:54

The above are much more valid in the case of EEZ to the degree that the standard of the distance from the land deadens the corresponding geological standard (natural prolongation) of the Continental Shelf. At this point it is worth remembering that the Geneva Convention (1958) on the Continental Shelf defines the legal Continental Shelf by emphasising on the geological standard, an emphasis based on the Truman Declaration influence, particularly for the point it referred to the geological linkage of between the coastal state and the bottom of the sea.[43] On the other hand, UNCLOS, by introducing invariable standards for the EEZ and Continental Shelf delimitation (in particular the equidistance standard) limited to a minimum any controversies its estimation could cause,[44] while it fortified the equidistance rationale during delimitation.[45] In favour of this reasoning is the fact that the distance standard is the decisive one for the Continental Shelf measurements up to the 200 nm margin, whereas the geological standard maintains its importance only for the continental-self extending beyond the 200 nm margin.[46]

Figure 8. The Maritime Economic Zones



Source: German Federal Institute for Geosciences and Natural Resources

6. The maritime zones status of the Eastern Med and delimitation issues

With regard to the Eastern Med, the fact that many states are not signatories to UNCLOS (Turkey, Israel), combined with the number of maritime delimitations which are required to be settled between countries with contradictory interests and historic rivalries in the wider area, leaves little room for plotting commonly accepted applicable

43) See UN (1958), *United Nations Convention on the Continental Shelf*, Articles 1, 56, 57 and Part VI.

44) See UN (1982), *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, op.cit.

45) See Strati, A. (2004), 'The Exclusive Economic Zone' in Dipla, Ch. And Rozakis, Ch. (eds.) *The Law of the Sea and its application in Greece* (in Greek), Athens: Sideris, pp. 77-78 & 145-209, and particularly the commentary on the ICJ Libya-Malta Decision par. 33.

46) See *ILM* (1985), vol. XXIV, no. 5, September 1985.

Cap V libro 4.pmd 156 28/06/2018, 17:54

rules for delimitation purposes. Nevertheless, the Continental Shelf and EEZ boundary delimitations that have taken place in the Eastern Med through agreements and unilateral declarations are the following:[47]

- In 1968, Italy and Federal Yugoslavia by agreement between them, delimited their Continental Shelf, and after the collapse of the latter, Croatia announced in 2000 that it considers this delimitation boundary to be valid for the EEZ as well, except in some sections.[48]
- In 1977, Greece and Italy delimited their Continental Shelves by agreement, based on the principle of equidistance/median line.
- France proceeded to the unilateral declaration of its EEZ in the Mediterranean in November 2013.[49] However, the designated area overlaps a part of the EEZ delimitation area between Spain and Italy. This fact causes friction between France and Spain, with the latter state considering that France encroaches part of its EEZ. Furthermore, Spain has declared an EEZ up to the isobaths' limit of 50 m in the Gulf of Gabès.[50]
- Additional unilateral proclamations of EEZ have been issued as well by Syria and Morocco, while Libya asserts a fishing zone of 62 nm.
- Between Egypt and Cyprus in 2003, there has been an EEZ delimitation agreement on the basis of median line principle.[51] This bilateral agreement between Cyprus and Egypt entered into force on 7 March 2004.[52] A fact of

47) See Chrysochou G., 'Contemporary Status of Maritime Zones in Southeastern Mediterranean in the light of energy antagonism', *NATO Maritime Interdiction Training Centre (NMIOTC) Journal*, 2nd Issue, Dec 2015, ISSN: 2241-438X.

48) Croatia even named this area an 'Area of Ecological Protection'. However, other adjacent states of the Adriatic Sea which have emerged from former Yugoslavia, namely Montenegro, Slovenia and Bosnia-Herzegovina, assert their participation in the delimitation procedure. However, there has been no result yet, because the latter two countries either have no coastline on the Adriatic Sea or the coastline they have is very limited, and as a result, so far any possible settlement of the delimitation boundary remains pending. Moreover, there has not yet been an official confirmation of the delimitation agreement between Croatia and Montenegro. Finally, in 2005, Slovenia unilaterally defined the coordinates of a specific but temporary area in the Adriatic region, while naming that region as an 'Area of Ecological Protection', until the settlement of the Continental Shelf between it and Croatia.

49) Until 2013, France had only declared an EEZ for its western coastal side in the Atlantic Ocean.

50) See United Nations Division for Ocean Affairs (2011), *Table of claims to maritime jurisdiction* [Online], available at: www.un.org/Depts/los/table_summary_of_claims.pdf (accessed: 17.07.2011).

51) See *Agreement between the Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone, 17 February 2003*. That agreement contains the provision that '*the delimitation of the exclusive economic zone between the two Parties is effected by the median line of which every point is equidistant from the nearest point on the baseline of the two Parties'.* See Article 1, (a). The demarcation is drawn very carefully so as not to create interference with Greece in the south-eastern region of Kastelorizo Island. However, Turkey has issued a *note verbale* to the UN with regard to that particular delimitation, stating that it should have been involved because it affects its national interests.

52) See Strati, A. (2004), 'The Exclusive Economic Zone' in Dipla, Ch. And Rozakis, Ch. (eds.) *The Law of the Sea and its application in Greece* (in Greek), Athens: Sideris, pp. 77-78 & 145-209.

Cap V libro 4.pmd 157 28/06/2018, 17:54

particular importance was the approach taken in determining the westernmost point of the median line between Cyprus and Egypt. On the advice of Greece, citing reasons of avoiding tension with Turkey, the set point of the EEZs between Cyprus and Egypt was shifted about 15 to 20 kilometres east of its previous location, so as to keep a potential Greek-Turkish issue of awarding or not a delimitation effect to the Greek island of Kastelorizo temporarily neutral and out of the context of the present agreement.[53]

- A similar agreement with Egypt was reached between Cyprus and Lebanon in 2007, following a decision by Cyprus to undertake the initiation of the first licensing round for hydrocarbon exploration activities in 2007, and the resulting pursuit of reaching EEZ agreements with other neighbouring countries. The delimitation has been achieved by agreement on the basis of equidistance/ median line on the same content and procedure followed in the respective agreement between Cyprus and Egypt. However, the prolonged instability that prevailed in Lebanon's political scene, together with border disputes with Israel, were the main reasons why the ratification of the agreement by the Parliament of Lebanon has not been possible to date.[54] The border dispute between Lebanon and Israel concerns an area of 850 square kilometres.[55]
- Finally, on 17 December 2010, the EEZ delimitation agreement between the Republic of Cyprus and Israel was signed, based on the delimitation method mentioned above in the existing agreements with Egypt and Lebanon. This agreement was ratified by the relevant law of the House of Representatives of Cyprus in February 2011.[56]

Regarding the possibility of delimitation of the EEZs between Greece and Cyprus, there has not been any agreement so far, despite insistence on the part of the Republic of Cyprus. However, the length of the maritime border between the two countries is

53) Greece supports the assertion that the delimitation of the respective zones must be done on the basis of equidistance/median line, asserting full effect to the southeastern Greek islands of the Aegean, including Kastelorizo island, while Turkey seems to support the reduced effect to those particular islands due to its assertion in favour of handling of the relevant area as an area of special legal status that justifies the use of equity principles. See Kassinis, S. (2012), 'The EEZ of Cyprus Republic: From Theory to Practice', in Kikilias, V. (ed.) *EEZ: From Strategic Movement to Economic Solution* (in Greek), Athens: Kastaniotis, p.77-78 & 81-82.

54) See Chrysochou, G. (2014), op.cit.

55) However, in the course of an official visit to Cyprus in 2012, the President of the Parliament of Lebanon expressed the intention of the Lebanese Government to sign the agreement immediately after the border settlement with Israel. See Press General Secretariat of Cyprus Republic (2012), *Cyprus Today*, 07 Mar.

56) Israel, being a non-contracting party to UNCLOS, and, therefore, not contractually bound by its provisions – except those which constitute rules of customary international law, and only if they do not conflict with the rules of Israeli domestic law – should have adopted relevant domestic law as a basic condition for the initiation of official negotiations and then concluding an EEZ delimitation agreement with another country. That kind of law was adopted in mid-2010. See Kassinis, S. (2012), op.cit.

Cap V libro 4.pmd 158 28/06/2018, 17:54

estimated at 27 nm approximately.[57] In addition to the abovementioned agreements of maritime delimitation, as well as unilateral declarations of EEZs in the Mediterranean region, there are also two maritime delimitation decisions by the ICJ for the cases of the Continental Shelves of Tunisia-Libya and Libya-Malta.[58] In addition, lately, there has been a growing desire on the Greek side to start negotiations with the Libyan side in order to reach an agreement on maritime delimitation.[59] However, according to the Libyan side, these issues will need to be addressed within a framework which will include third countries with common maritime borders, namely Turkey and Egypt.[60] Furthermore, it should be made clear that the non-declaration of EEZs by any coastal state in the region is not a factor that reduces its full sovereign rights in the seabed and subsoil, which are fully guaranteed by the legal regime of the Continental Shelf. Given that the EEZ is – if the coastal State wishes – the possible extension of its sovereign rights at the overlying bottom water column, aiming to control fishery and energy production, in accordance with Article 56 of UNCLOS, the sovereign rights over the Continental Shelf exist for a coastal state *ab initio* and *ipso facto*, regardless of any express proclamation.[61]

7. Maritime delimitation issues among Cyprus-Turkey-Greece

The Republic of Cyprus has always complied with international law requirements and, in particular, with regard to International Law of the Sea, has always followed international customary and conventional practice. Thus, the Law Act 64(I)/ 2004 established and therefore proclaimed an EEZ for Cyprus.[62] According to this Act, if

57) See Strati, A. (2012), *Greek Maritime Zones and Delimitation with Neighboring States* (in Greek), Athens: Law Library, p.150.

58) Libya has not ratified yet the UNCLOS, remaining over time committed to the principles of equity/ relevant circumstances for the delimitation of maritime zones. In the cases of the delimitation of Continental Shelf boundary with Tunisia in 1982 and Malta in 1985, Libya claimed respectively that the islands have no effect at all in the determination of delimitation line and that the Continental Shelf boundary should not be determined under the principle of equidistance/median line sought by Malta. Moreover, in the latter case Libya asserted as relevant circumstances to be taken into account by the Court, the geomorphologic criteria and the principle of proportionality between the length of the coastline of each state and the respective allocated Continental Shelf areas. *See Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta),* (1985), Judgment, ICJ Reports and *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya),* (1982), Judgment, ICJ Reports.

59) Consequently, there have been some contacts at the level of competent experts from the two countries, but also at the level of Foreign Ministers during a meeting held in Tripoli on 21 December 2012. The outcome of that meeting was the agreement between the two sides on a roadmap for issues relating to maritime zones.

60) See Hellenic Ministry of Foreign Affairs, *Statements between the Greek Minister of Foreign Affairs D. Avramopoulos and the Minister of International Cooperation of Libya Ì. Ábdelaziz* [Online], available at: www.mfa.gr (accessed: 21.12.2012).

61) See UN (1982), *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, op.cit.

62) This law has had retroactive effect from 27 March 2003 to address the issue of signing the agreement

Cap V libro 4.pmd 159 28/06/2018, 17:54

any part of the Republic of Cyprus' EEZ overlaps part of the EEZ of any other state whose coasts are opposed to those of the Republic of Cyprus, the delimitation of the EEZ of the Republic of Cyprus and the EEZ of the other state will be determined by agreement between them. In the absence of such an agreement, the demarcation of the border of this zone shall not extend beyond the median line/equidistance from the two baselines from which the width of the territorial sea is measured.[63] As a result, Cyprus has established as its internal law the application of the principle of the median line/equidistance, confirming thus the international state and custom practice. The above principle was applied in the 2003, 2007 and 2010 delimitation and energy cooperation agreements between Cyprus and Egypt-Lebanon-Israel. However, these agreements triggered reactions to the Turkish revisionist policy in the SE Med, based on the fear of a possible similar delimitation agreement between Cyprus and Greece which would apparently limit Turkey in the Gulf of Antalya.

In the light of the above, through *notes verbales* and press releases, Turkish foreign policy has challenged the aforementioned EEZ boundary agreements based on the argument of not accepting the legitimacy of the Greek Cypriot government of the Republic of Cyprus to jointly represent both the Turkish Cypriots and Greek Cypriots and hence Cyprus as a whole.[64] Accordingly, the Turkish argumentation supports that the Republic of Cyprus does not have the legal right to conclude maritime area delimitation agreements. Moreover, in addition to promoting the role of Turkey as a guarantor, under the 1960 Guarantee Treaty, Turkey calls Cyprus to stop offshore activities for the search and exploitation of natural resources until a solution to the Cyprus question is given in the context of UN. Finally, the Turkish protests also concerned by Turkey's non-compliance with International Law through the abovementioned agreements, due to the special status of the Mediterranean as a semi-enclosed sea, in which, according to the Turkish approach, maritime boundaries should be based on the principle of equity, let alone at a time when Turkey is not bound by the provisions of UNCLOS. Furthermore, technical objections were raised by the Turkish side, which included claims in allegedly overlapping areas of its continental shelf in the EEZ between Egypt and Cyprus, covering all the points off the west coast of Cyprus towards the west, until the meridian of 32° 16' 18" (see Figure

with Egypt prior to the introduction of the EEZ by the Republic of Cyprus. This Cyprus-Egypt bilateral agreement entered into force on 7 March 2004. See post scriptum in the study of A. Strati, 'EEZ' in Ch. Dipla and Ch. Rozakis (in Greek), *Law of the Sea and its Application in Greece,* Sideris, Athens, 2004, pp. 145-209.

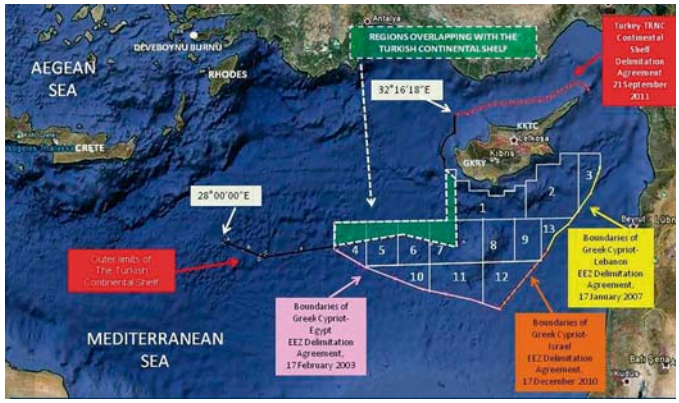
63) See Kasinis S., op.cit.

64) See UN, Law of Sea Bulletin, 2 March 2004, No 54, p. 127, available at www.un.org /Depts/los/ doalos_publications /Los Bulletins/bulletin, pdf/bulletin 54e.pdf (accessed: 17.5.2010). However, regarding the 2010 agreement between Cyprus and Israel, the Turkish side argues that there are no objections to what concerns the part of the Israeli EEZ, although it is stated that there are some concerns about the freedom of navigation in this part of the sea. See press release of the Turkish Ministry of Foreign Affairs, *Regarding the Exclusive Economic Zone (EEZ) Delimitation Agreement Signed Between Greek Cypriot Administration and Israel*, No 228, 21 December 2010.

Cap V libro 4.pmd 160 28/06/2018, 17:54

9). According to these Turkish objections, the demarcation of the EEZ to the west of this longitude must be done through agreements between the affected States, while it is further argued that the outermost limit of the Turkish continental shelf reaches the 28th meridian.[65] Against the abovementioned objections, there have been diplomatic and legal reactions from both the Cypriot and the Greek sides respectively.[66]

Figure 9. The Turkish approach to the Republic of Cyprus EEZ



Source: Cagatay Erciyes, Deputy Director General for Maritime & Aviation Affairs, Ministry of Foreign Affairs, "Maritime Delimitation & Offshore Activities in the Eastern Mediterranean: Legal and Political Perspectives Recent Developments", Tupoge, 21th March 2012, Ankara – Turkey, available at www.mfa.gov.tr/site_media/html/marine-delimatation, (access: 17 Apr 2014).

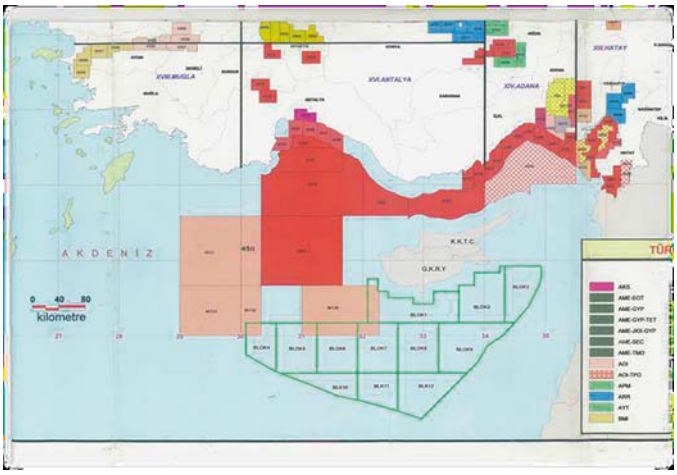
However, besides the verbal announcements and protests, the reaction in Turkish politics was also expressed in field actions. Thus, by contesting a large part of the western EEZ of the Republic of Cyprus, it granted research blocks in the Turkish state-owned company TPAO in areas covered by the Cypriot as well as the Greek EEZ (which has not yet been proclaimed by Greece) as well as in parts of the wider region between the Turkish continental shelf and the alleged Continental Shelf of "Northern Cyprus", as depicted in Figure 10.

65) See press release of the Turkish Ministry of Foreign Affairs, op.cit.

66) See UN, Law of the Sea Bulletin, No 57, p. 124,129 available at: www.un.org/Depts /los/doalos _publications/Los Bulletins/bulletin, pdf/bulletin 57e.pdf (accesssed: 17.05.2010) as well as Letter of the Permanent Representative of the Cyprus Republic in UN Á/65/695/S/2011/31, available at: http//:daccess-dds ny.un.org/doc/UNDOC /GEN/No11 /215/ 57/PDF11/21557. PDF?Open Element (accessed: 10.04.2011), which points out that the Republic od Cyprus constitutes the sole and legitimately recognized state of Cyprus which represents all Cypriots, both Greek-Cypriots and Turkish-Cypriots.

Cap V libro 4.pmd 161 28/06/2018, 17:54

Figure 10. The granted research licenses to the Turkish company TRAO



Source: Cagatay Erciyes, Deputy Director General for Maritime & Aviation Affairs. Ministry of Foreign Affairs, "Maritime Delimitation & Offshore Activities in the Eastern Mediterranean: Legal and political Perspectives Recent Developments", Tupoge, 21th March 2012, Ankara – Turkey, available at: http://www.mfa.gov.tr/site_media/html/marine-delimatation, (access: 17 Apr 2015).

The above figure shows the research licenses issued for the state-owned Turkish company TRAO. Clearly, there is an overlap both of blocks that have already been licensed by the Republic of Cyprus and of a large area of the Greek Continental Shelf between Rhodes-Kastelorizo-Cyprus-Crete. With this practice, it is alleged by the Turkish side that the Greek island Kastelorizo has no influence on maritime economic zones (Continental Shelf or EEZ). Relevant maps of these surveys were published in the Turkish Government's Gazette on 27/04/2012, attempting from the Turkish side to "legitimate" these areas. Some of them intersect also with the blocks 1, 4, 5, 6 and 7 of the Republic of Cyprus within the latter's EEZ. Particularly impressive is the allocation by the false state of "Northern Cyprus" of research blocks (E and F) over the already existing Cypriot blocks within Cyprus' EEZ, based in a bilateral agreement for the delimitation of the Continental Shelves between Turkey and the false state of "Northern Cyprus" in September 2011 (see Figure 11). In these areas, since October 2014, the Turkish side has been conducting research on behalf of the false state with its research vessel, accompanied by Turkish naval forces. This fact creates tension and destabilisation in the wider region, bearing in mind that in the same area, naval forces from other countries with significant geostrategic interests, such as the US, Russia and Israel, have been present.[67] Making things worse, drilling in Block 11 by the Cypriot side coincided with the collapse of talks on the Cyprus Question in Crans

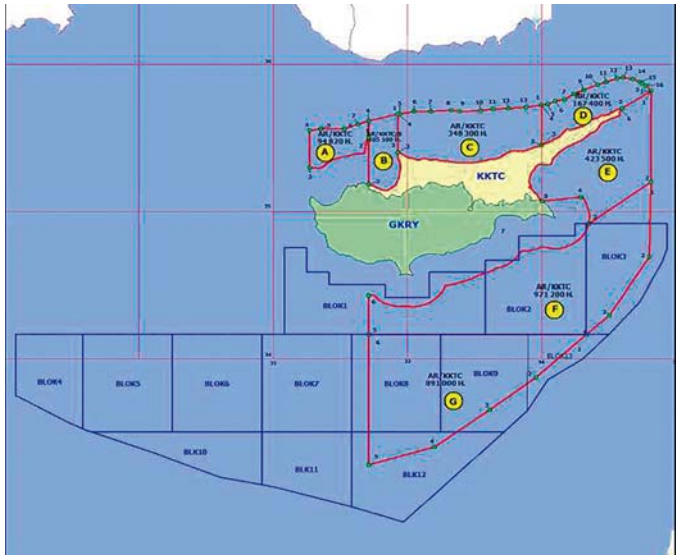
67) Ibid.

Cap V libro 4.pmd 162 28/06/2018, 17:54

Montana, enhancing the Turkish criticism against the Greek Cypriot side, thus linking the failure of the negotiations with the energy programme of the Republic of Cyprus.[68]

In general, with regard to Cypriot research blocks, Turkey disputes the Cyprus EEZ as follows: (a) it claims that the drilling started in block 11 is in Egyptian waters; (b) it claims that half of the northern part of block 6, half of block 5 and half of block 4 to the southwest, belong to its own Continental Shelf and c) it claims that blocks 2, 3, 8, 9 and much of block 12 are licensed by the false state of "Northern Cyprus" for research conducted by the Turkish Petroleum Company (TPAO).

Figure 11. The research blocks of TPAO in Cyprus Republic EEZ on behalf of the "Northern Cyprus" false state



Source: Cagatay Erciyes, Deputy Director General for Maritime & Aviation Affairs. Ministry of Foreign Affairs, "Maritime Delimitation & Offshore Activities in the Eastern Mediterranean: Legal and Political Perspectives. Recent Developments", Tupoge, 21st March 2012, Ankara – Turkey, available at: www.mfa.gov.tr/site_media/html/marine-delimatation, (access: 17 Apr 2015).

In summary, it can be concluded that, as an outcome of the general Turkish Naval Strategy of 2015[69] followed in the SE Med basin, the rights of the Cyprus Continental Shelf and EEZ beyond 12 nautical miles to the west are questioned. Moreover, the right of Kastelorizo Island in maritime zones is also questioned by Turkey, as well as

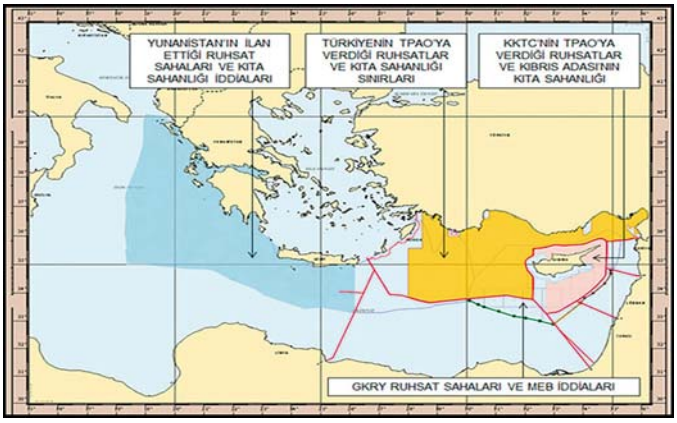
68) See Kalatzis M., op.cit.

69) See Turkish Naval Forces Strategy 2015, available at https://www.dzkk.tsk.tr/data/icerik/ 392/ Turkish%20Naval%20Forces%20Strategy.pdf

Cap V libro 4.pmd 163 28/06/2018, 17:54

a large part of the islands of Karpathos, Rhodes and Crete's Continental Shelves (see also Figure 12).

Figure 12. The "shrinkage" of Greek and Cypriot maritime economic zones in SE Med by Turkey based on its Maritime Strategy of 2015



Source: www.tudav.org (Turkish Marine Research Foundation), (accesss: 17 Sep 2015).

In particular, regarding the different views of Greece and Turkey for both the Aegean Sea and the SE Med Sea, the whole equation is very complicated. For Greece, international law, and especially the Convention on the Continental Shelf, gives the islands the right to exercise jurisdiction on their continental shelf and specifies that the continental shelf between two countries must be defined on a median line basis (see Figure 13).[70] For Turkey, the Greek islands do not have rights to exert jurisdiction on the continental shelf, because they are located on the Turkish continental shelf. The "special circumstances" mentioned by the Convention on the Continental Shelf[71] justify, according to the Turkish opinion (See Figure 13), the non-application of the median line method.[72]

70) Thus, each of the islands of the Aegean Sea has its continental shelf, and the frontiers with Turkey should be defined on the basis of the median line. See Convention on the Continental Shelf (CSC), Art. 6(2), 29 April 1958.

71) See Continental Shelf Convention, Art. 6(2), Geneva 29 April 1958.

72) It is worth mentioning that in August 1976, Greece submitted the controversy over the Continental Shelf of the Aegean to the International Court of Justice (ICJ) but Turkey refused to recognise the jurisdiction of the Court, so that the latter in the end declared itself incompetent. Since then, the maritime issue has remained unsolved and has been aggravated by territorial arguments. Turkey claims in effect that Greece can exercise sovereignty only over the islands that have been nominally ceded by the Treaties in Force and questions the sovereignty of Athens on a number of islets. This claim had never been formulated in practice until the crisis of Imia islets in 1996 and since then appears very often in the Turkish political agenda, enhanced by provocative actions of Turkish warships in the territorial sea of those islands.

Cap V libro 4.pmd 164 28/06/2018, 17:54

Figure 13. The Turkish Continental Shelf in the Aegean Sea according to the Greek view (in orange) and to the Turkish view (broken line)

Source: Hellenic National Hydrographical Service

At present, this dispute between Turkey and Greece is to what degree the Greek islands off the Turkish coast should be taken into account for determining the Greek and Turkish Economic Zones. Turkey argues that the notion of "continental shelf", by its very definition, implies that distances should be measured from the continental mainland, claiming that the sea-bed of the Aegean geographically forms a natural prolongation of the Anatolian land mass.[73] In the same context, according to the Turkish view, the delimitation of the EEZs in the Eastern Mediterranean should follow the principle of natural prolongation, not giving any EEZ or Continental Shelf rights to the islands of the Eastern Aegean and especially the Dodecanesian small island of Kastelorizo, which is vital for the Greek national interest, as it can connect the Hellenic EEZ to the Cypriot EEZ (see Figure 14).[74] Greece, on the other hand, claims that all islands must be taken into account on an equal basis.[75] In this matter, Greece bases its claim on the principle of median line/equidistance (see Figure 15), although the Convention restricts the application of this rule to islands of a notable size, as opposed to small uninhabitable islets and rocks.[76] Nevertheless, the Law of the Sea Convention has kept a certain degree of silence as it concerns the methods of delimiting maritime

73) This would mean that Turkey would be entitled to economic zones up to the median line of the Aegean.

74) See Ozturk Bayram, H. Bazeren, H. Sertac, 'The Exclusive Economic Zone in the Eastern Mediterranean Sea and Fisheries', 14 *J. Black Sea/Mediterranean Environment* (2008), pp. 77-83.

75) This would mean that Greece would gain the economic rights to almost the whole of the Aegean.

76) The precise delimitation of the economic zones is the only one of all the Aegean issues where Greece has officially acknowledged that Turkey has legitimate interests that might require some international process of arbitration or compromise between the two sides. See Hellenic Ministry of Foreign Affairs, *Unilateral Turkish claims in the Aegean*, available at http://www.mfa.gr/ en - US / Policy / Geographic + Regions / South-Eastern + Europe / Turkey / Turkish + claims (accessed: 12.10.2016).

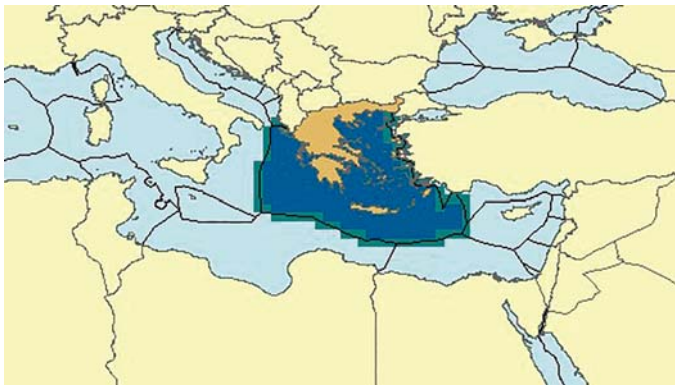
Cap V libro 4.pmd 165 28/06/2018, 17:54

spaces with regard to the particularities of every case, giving space for judicial settlement in case of an absence of agreement between the interested parties and subsequently the formulation of some general delimitation rules and techniques by the competent jurisprudential bodies, which however may be not be generalised, since every case and its applicable rules are considered to be unique for the judicial community.[77]

Figure 14. The Turkish view with regard to the EEZ/Continental Shelf delimitations in the Eastern Mediterranean

Source: Ozturk Bayram, H. Bazeren, H. Sertac, 'The Exclusive Economic Zone in the Eastern Mediterranean Sea and Fisheries', 14 *J. Black Sea/Mediterranean Environment* (2008), pp. 77-83.

Figure 15. The Greek view with regard to the EEZ/Continental Shelf delimitations in the Eastern Mediterranean according to the principle of median line/equidistance



Source: Sea Around Us Project

77) See G. Chrysochou, 'The Aegean Dispute in the Context of Contemporary Judicial Decisions on Maritime Delimitation', *Laws Journal*, Vol 2, 2013, ISSN 2075-471X, Basel, Switzerland.

Cap V libro 4.pmd 166 28/06/2018, 17:54

In the diplomatic and political sphere of actions, from the Greek and Cypriot sides there has been more reaction, including relevant démarches and "freezing" of Turkey's negotiations for accession to the EU. In addition, diplomatic actions have recently taken place at the level of bilateral relations with the approach of Egypt from Greece, aiming at establishing the conditions that will eventually lead to energy cooperation between Greece, Cyprus and Egypt, and perhaps also the delimitation of the EEZs among these countries, without taking account of the Turkish factor. More specifically, on 8 November 2014, the "Cairo Declaration" was signed in Cairo between these three states. The three countries have agreed to speed up the procedures for the delimitation of the EEZ between them where it does not exist (namely between Greece and Egypt as well as between Greece and Cyprus).[78]

8. Summary and conclusions

The Mediterranean Sea, and especially its eastern section, hold an important role within the broader context of international relations. There is a very simple explanation why: its key role in the wider framework of the contemporary maritime traffic system and the energy supply routes and, of course, its major geopolitical and geo-economic role in the balance between the West and the East. In this respect, energy resources in the seabed of the East could provide a diversification option for European gas supply as this route enables the bypassing of the existing and potential pipeline routes from/via Russia and Turkey.

In examining the new geopolitical aspect of the Mediterranean Sea and particularly that of its Eastern basin, an important focus point of this analysis was to highlight the geopolitical implications of the recent discoveries of significant energy reserves in this region, especially of those located in disputed maritime economic zones by the adjacent states, in conjunction with the Exclusive Economic Zone (EEZ) regime's legal aspects. From a geopolitical point of view, the offshore area between Cyprus, Israel, Lebanon, Egypt and Turkey has in the last decade developed a particular dynamic in the Eastern Med Sea. This dynamic includes offshore oil and gas exploration, discoveries of giant natural gas fields and the development of the necessary production infrastructure. The discovered hydrocarbon reserves of the Southeastern Med can and should play an important role in supplying the European Union (EU) with natural gas in the long run. Therefore, the neighbouring states of the Eastern Med, especially Cyprus, Israel, Greece and Turkey, should seek to maximise their role as alternative suppliers to the EU, in terms of diversifying both routes and sources.

78) This assumes that Egypt recognises that the Greek island Kastelorizo has Continental Shelf and EEZ rights in full effect. This declaration constitutes a major change in the relations among Greece, Egypt and Turkey. Nevertheless, the Egyptian position still supports the prerequisite of an agreement between Greece and Turkey on this issue. See Goutzanis S. (in Greek), 'The background of Cairo and the subsequent moves of the Government', See *Proto Thema* , 9 Nov 2014.

Cap V libro 4.pmd 167 28/06/2018, 17:54

This prospect, with the expected future outcome of providing the first non-Russian gas of the so-called southern European energy corridor, imposes considerable benefits, particularly in relation to potential European funding for a pipeline construction (EastMed Pipeline), which will transfer large amounts of natural gas to Central and Western Europe, as well as other relevant projects. For the time being, the main issue at stake is that the energy resources near Cyprus and Israel can be exploited for the energy security of the EU. But, an important first conclusion to be drawn here is that geopolitical confrontations and changes in the region will continue in the near future, considering the conflicting interests.

Nonetheless, linked to the geopolitical dimension there is one more essential parameter; that of the International Law of the Sea. UNCLOS could provide the necessary framework to define the limits of maritime boundaries between adjacent states, since it is the core document of international conventional law which regulates issues related to the establishment and delimitation of EEZs. However, in its current structure and in-field application, it seems weak in effectively regulating such conflicting issues between adjacent states; the question of delimitation of maritime zone boundaries in SE Med Sea will remain a point of friction for many of the states involved in the wider region.

The abovementioned analysis highlighted, inter alia, the decisions made by the Republic of Cyprus and their conformity with international law provisions. Now, it is the turn of the Greek and the Turkish as well as the Egyptian governments to take decisive action on the question of the EEZ in full conformity with international law and in trusting cooperation with their neighbouring states. As previously presented, Cyprus has signed EEZ delimitation agreements with Egypt, Israel and Lebanon, but not with Turkey or Syria. However, there is no intention for the moment to have an EEZ agreement between Greece and Turkey or between Cyprus and Turkey. Moreover, Israel and Lebanon have a disputed maritime border which could affect Cyprus should they wish to pursue tripartite collaboration. Unfortunately, the countries in the region, trapped in old antagonistic behavioural patterns in their foreign relations, have not yet developed a comprehensive and holistic approach in their energy policy that takes into account the abovementioned challenges along with the region's current geopolitical profile. That is why the development of their resources will probably be seriously delayed. In this sense, much will depend on the security of the region, the stability of the countries and the general political atmosphere, taking into account that the wider region suffers from substantial geopolitical tensions which have already led and may continue to lead to territorial disputes on both sea and land.

Cap V libro 4.pmd 168 28/06/2018, 17:54

Bibliography

British Petroleum (BP) Statistical Review of Energy 2017.

Cagatay Erciyes, Deputy Director General for Maritime & Aviation Affairs. Ministry of Foreign Affairs, "Maritime Delimitation & Offshore Activities in the Eastern Mediterranean: Legal and Political Perspectives. Recent Developments", Tupoge, 21th March 2012, Ankara – Turkey, available at www.mfa.gov.tr/site_media/html/marine-delimatation, (accessed: 17 Apr 2015).

Chaliand, G. and Rageau, J. P. (1985), *Strategic Atlas*, Harmondsworth: Penguin Books, pp.20-25.

Chrysochou G., 'Contemporary Status of Maritime Zones in Southeastern Mediterranean in the light of energy antagonism', *NATO Maritime Interdiction Training Centre (NMIOTC) Journal*, 2nd Issue, Dec 2015, ISSN: 2241-438X.

Chrysochou, G. (2014), 'Energy Geopolitics in Southeastern Mediterranean Sea and Maritime Delimitation Issues', *Athena 14 Journal, Security and Crisis Management International Conference,* Hellenic EU Presidency 2014, Ministry of Defence, Athens,17-19 June 2014, pp.60-74.

Chrysochou, G. (2011), *How the discoveries of energy deposits in the Eastern Med affect the geostrategic issues of the region. Implications for Greece, Cyprus and Turkey. How will the Cyprus Question be affected?* (in Greek), Thesis, Hellenic Navy War School.

Chrysochou G., 'The Energy Security Dimension of Southeastern Mediterranean Sea: Geopolitical Rivalries and Prospects for Greece and Cyprus', *Naval Review*, Volume 176, Issue 597, pp. 16-39

Chrysochou, G. and Dalaklis, D. (2012), 'The Declaration of a Cypriot Exclusive Economic Zone (EEZ) and the Law of the Sea (in Greek)', *Nausivios Chora – A Journal of Naval Sciences and Technology*, vol. 4, Hellenic Naval Academy, December, pp. 245-263.

Chrysochou, G. and Siousiouras, P. (2013), 'Maritime Delimitations in the Context of Recent Jurisprudence and the Greek-Turkish Issues', *The A38 Journal of International Law*, vol. 2, no. 2, July – Sept.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), (1985), Judgment, ICJ Reports.

Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), (1982), Judgment, ICJ Reports.

Cyprus Republic (2003), *Agreement between the Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone,* Article 1(a), 17 Feb.

Dalaklis D. (2012), 'Piracy in the Horn of Africa: Some good news, but a lot of work has still to be done…', *Maritime Security Review-MSR In Depth*, No.9, December 2012.

Cap V libro 4.pmd 169 28/06/2018, 17:54

Dalaklis D. (2013), 'Suppressing Piracy in the Horn of Africa: Operation Atalanta', in the Conference *EUROPEAN MARITIME WEEK: Current Trends & Challenges Ahead*, the Jean Monnet Centre of Excellence of the Department of Maritime Studies of the University of Piraeus, Athens, 21st -24th May 2013.

Dalaklis D., Siousiouras P. & Nikitakos N. (2009), 'Enforcing Safety and Security in the Eastern Mediterranean: The Greek Effort to Implement Vessel Traffic Services', *International Hydrographic Review*, May 2009.

Dalaklis D., Siousiouras P. & Maniatis A., *EuroMed Academy of Business 2014 conference proceedings*: 'Dealing with the Need of Greek Ports Expansion. A public-private partnership opportunity?', Kristiansand-Norway, 18th September 2014.

DefenceGreece.Com, Southeastern Mediterranean Hydrocarbons: A new energy corridor for the EU, 25-4-2012, available at:

http://www.defencegreece.com/index.php/2012/04/southeastern-mediterranean-hydrocarbons-a-new-energy-corridor-for-the-eu/ (accessed 02.02.2013)

Desipris*, I., President of Energy Institute of Southeastern Europe, The battle of pipelines (in Greek) [Online], available at:* http://www.iene.gr (accessed 05.08.2011).

Diakantonis M., (in Greek)*, The energy landscape in Greece, Cyprus and Israel: Prospects and Challenges*, 2 March 2016, available at: www.liberal.gr.

Dokos, Th. (2012), 'Important strategic approach' (in Greek), *Filelefteros tis Kyriakis*, August, p.5.

Egyptian Government, Official Site, Suez Canal Traffic Statistics, Yearly Number and Net Tone by Ship, Direction and Ship Status, 2016, available at: https://www.suezcanal.gov.eu (accessed 20.1.2017).

European Commission, *EU Transport Scoreboard*, available at:

http://ec.europa.eu/transport/facts-fundings/scoreboard/compare/index_en.htm?indicators=&modes=maritime (accessed 16.10.14).

European Commission, *Maritime Security Strategy*, available at:

http://ec.europa.eu/maritimeaffairs/policy/maritime-security/index_en.htm (accessed 17.12. 2014).

Evans, M. (1989), *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Oxford: Clarendon Press.

Flint, C. (2006), *Introduction to Geopolitics*, New York: Routledge, p.13.

GRID ARENDAL, A Centre Collaborating with UNEP, *Maritime Transportation routes in the Mediterranean*, 19 Nov 2013, available at: www.grida.no (accessed: 05.12.2016).

Cap V libro 4.pmd 170 28/06/2018, 17:54

Goutzanis S. (in Greek), 'The background of Cairo and the subsequent moves of the Government', See *Proto Thema*, 9 Nov 2014.

Hellenic Ministry of Environment and Energy, available at: http://www.ypeka.gr / Default.aspx? tabid=765& language=el-GR, (accessed: 5.12.2012).

Hellenic Ministry of Foreign Affairs, *Statements between the Greek Minister of Foreign Affairs D. Avramopoulos and the Minister of International Cooperation of Libya Ì. Ábdelaziz* [Online], available at: www.mfa.gr (accessed: 21.12.2012).

Hellenic Ministry of Foreign Affairs, *Unilateral Turkish claims in the Aegean*, available at: http://www.mfa.gr/ en - US / Policy / Geographic + Regions / South-Eastern + Europe / Turkey / Turkish + claims (accessed: 12.10.2016).

ILM (1985), vol. XXIV, no. 5, September.

Iosifidis I. (in Greek), *Energy Planning 2011-2030 and Geopolitics. Cyprus: APE, Natural Gas. 27+1 countries for … and 1 against*, Nicosia, Parga, 2011, pp.15-17.

Kalatzis M., 'Cyprus: Drilling in Block 11 starts tomorrow – Barbaros changed course (in Greek)', *Proto Thema* [online] available at:

http://www.protothema.gr/greece/article/697329/arhizei-aurio-i-geotrisi-sto-oikopedo-11-rota-barbaros-gia-aigaio-/, (accessed: 14.07.2017).

Karakostanoglou, V. (1994), 'Coastal State Rights in the EEZ: Challenges and Perspectives for the Aegean Sea' (in Greek), *The Aegean Sea and the New Law of the Sea - Symposium proceedings*, Rhodes, 4-5 November, p.179.

Kassinis, S. (2012), 'The EEZ of Cyprus Republic: From Theory to Practice', in Kikilias, V. (ed.) *EEZ: From Strategic Movement to Economic Solution* (in Greek), Athens: Kastaniotis, p.77-78 & 81-82.

Konofagos E., Lygeros N. and Foskolos A. (in Greek), *Zohr Deposit: Turning over all geopolitical balances*, available at www.energypress.gr (accessed: 27.1.2016).

Mackinder, H. J. (1902), *Britain and the British Seas*, Oxford: Clarendon Press.

Mackinder, H. J. (1962), *Democratic Ideals and Reality*, New York: Norton

Mackinder, H. J. (1904), 'The Geographical Pivot of History', *Geographical Journal*, vol. 23.

Mahan, A. T. (1890), *The Influence of Sea Power upon History, 1660-1783*, Boston: Little, Brown and Company.

Maniatis I., 'Energy Pipelines and Geostrategy in Crisis Seasons – The Role of Greece' (in Greek), *2011 Mediterranean Oil and Gas Conference*, Athens, 30 May 2011.

Oikonomidis, K. (1985), 'Primal Regulations of the New Law of the Sea' (in Greek), *9 International Law and International Politics*, p.182.

Cap V libro 4.pmd 171 28/06/2018, 17:54

Ozturk Bayram, H. Bazeren, H. Sertac, 'The Exclusive Economic Zone in the Eastern Mediterranean Sea and Fisheries', 14 *J. Black Sea/Mediterranean Environment* (2008), pp. 77-83.

Parisis I. and Konofagos E., *Energy Surprises and Geopolitical Turnovers in Eastern Mediterranean*, Academy of Strategic Analyses, available at: http://www.acastran.org, (accessed: 07.02.2017)

Petersen, A. (2008), 'Regions in Between: Europe, NATO and the Geopolitics of Shifting Frontiers', *Turkish Policy Quarterly*, vol. 7, no. 2.

Press General Secretariat of Cyprus Republic (2012), *Cyprus Today*, 07 Mar.

Regional Marine Pollution Emergency Response Centre for the Mediterranean Sea (REMPEC), *Study of Maritime Traffic Flows in the Mediterranean Sea*, 2008-2012.

Republic of Cyprus, Ministry of Energy, Commerce, Industry and Tourism, available at: http://www.mcit.gov.cy/mcit/mcit.nsf/dmlhcarbon 3en/ dmlhcarbon3_en?OpenDocument. (accessed: 27.10.2016).

Rodrigue J. P., Comtois C. & Slack B. (2009), *The Geography of Transport Systems*, Routledge, New York.

Rozakis, Ch. (1988), *1923-1987 Greek-Turkish Relations. The International Legal Regime of the Aegean Sea and the Greek-Turkish Crisis. The Bilateral and the International Institutional Issue* (in Greek), Athens, Gnosi, p.326.

Samaras, H. (2013), 'The importance of Southeastern Mediterranean hydrocarbons to the EU', *Eastern Mediterranean Oil and Gas – Conference Proceedings*, Pafos, 10-11 September.

Siousiouras P. and Chrysochou G., *Geography of Energy: Energy Antagonism and Exclusive Economic Zone in the Eastern Mediterranean Sea*, (in Greek), Andreas Sideris Publications, ISBN: 978-960-08-0703-5, Athens, 2017, pp.38-39.

Siousiouras, P. and Chrysochou, G. (2014), 'The Aegean Dispute in the Context of Contemporary Judicial Decisions on Maritime Delimitation', *Laws Journal*, vol. 3, no. 1.

Siousiouras, P. & Chrysochou, G. (2014), 'Geopolitics and Law of the Sea in Eastern Med: Maritime Delimitation and Energy Rivalries', *Foreign Affairs (Hellenic Edition)*, December 14 - January 15 Issue.

Siousiouras P. & Dalaklis D., 'High Politics and Low Politics in EU-China Relations: Do they Meet?', in the collective work *EU – East and South Asia trade, investment, logistics and e-business* (in Greek), N. Nikitakos & G. Dourmas (editors), I. Sideris Publications, Athens, 2009.

Strati, A. (2012), *Greek Maritime Zones and Delimitation with Neighbouring States* (in Greek), Athens: Law Library, p.150.

Cap V libro 4.pmd 172 28/06/2018, 17:54

Strati, A. (2004), 'The Exclusive Economic Zone' in Dipla, Ch. And Rozakis, Ch. (eds.) *The Law of the Sea and its application in Greece* (in Greek), Athens: Sideris, pp. 77-78 & 145-209.

Till, G. (2009), *Sea power: A Guide for the Twenty-First Century*, London: Routledge, Taylor & Francis, Group LLC.

Turkish Naval Forces Strategy 2015, available at:

https://www.dzkk.tsk.tr/data/icerik/392/Turkish%20Naval%20Forces%20Strategy.pdf

Tsagaris P. (in Greek), Natural Gas: Between Hammer and Thorn is Cyprus, available at: http://www.offsite.com.cy/articles/kyria-themata/politiki/17504-analysi-fysiko-aerio-metaxy-sfyras-kai-akmonos-i-kypros (accessed: 01.03.2016).

UN (1958), *United Nations Convention on the Continental Shelf*, Articles 1, 56, 57 and Part VI.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Review of Maritime Transport 2013, UNCTAD/RMT/2013.

UN (1982), *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, Articles 76, 77, 83, 121.

United Nations Division for Ocean Affairs (2011), *Table of claims to maritime jurisdiction* [Online], available at: www.un.org/Depts/los/table_summary_of_claims.pdf (accessed: 17.07.2011).

United States Geological Survey (2010), *World Petroleum Resources Project*, 'Assessment of Undiscovered Oil and Gas Resources of the Nile Delta Basin Province, Eastern Mediterranean', USGS, May 2010.

Vlahou, G.P. and Nikolaidi, E. (2002), *Maritime Economic Geography,* Piraeus, J & J Hellas, pp.63-67.

Cap V libro 4.pmd 173 28/06/2018, 17:54

CHAPTER 6
Le nouvel encadrement européen des activités pétrolières et gazières offshore

Pierre VOLONDAT
Master 2 Droit et Sécurité des Activités Maritimes et Océaniques
Université de Nantes, France

Abstract: *The supervision and security of oil and gas installations at sea are all the more necessary as the European and neighbouring oil sector ages. This ageing offers two conclusions. First of all, the ageing of the oil fields has led the leading companies on the market to lose interest in these deposits as they become less profitable. They are often taken over by less fortunate companies which are therefore sometimes less well-equipped to prevent pollution damage. On the other hand, the ageing of the deposits leads companies to look for other deposits. Since the resources are exhaustible, the European oil sector must inevitably move towards deeper areas with sometimes extreme climatic conditions. The European Union intends to preserve the marine environment. The adoption of Directive 2013/30 / EU «offshore» materialises the European response to the accident in the Gulf of Mexico in April 2010. The adoption of this directive can be seen as the realisation of a new dynamism in international offshore legislation, since the latest, most comprehensive text adopted in Europe was the 1994 offshore protocol of the Barcelona Convention for the Protection of the Mediterranean Sea. Effective prevention requires continuous monitoring. The question of an international convention specific to oil and gas activities is still under debate.*

Cap VI libro 4.pmd 175 10/05/2018, 19:31

Résumé : *Le secteur pétrolier européen et voisin vieillit. Ce vieillissement apporte deux conclusions. Tout d'abord, le vieillissement des gisements pétroliers conduit les entreprises leaders sur le marché à se désintéresser de ces gisements devenant moins rentables. Ils sont souvent repris par des entreprises moins fortunées et donc parfois moins équipées pour prévenir les dommages de pollution. D'autre part, le vieillissement des gisements conduit les entreprises à rechercher d'autres gisements. Les ressources étant épuisables, le secteur pétrolier européen doit inévitablement se diriger vers des zones plus profondes avec des conditions climatiques parfois extrêmes. Face à ces changements matériels, l'Union européenne entend préserver l'environnement marin. L'adoption de la directive 2013/30/UE « offshore » matérialise la réaction européenne face à l'accident survenu dans le golfe du Mexique en avril 2010. L'adoption de cette directive peut être perçue comme la concrétisation d'un nouveau dynamisme dans la législation offshore internationale, puisque le dernier texte le plus complet, adopté en Europe, était le protocole « offshore » de 1994 de la Convention de Barcelone sur la protection de la mer Méditerranée. Une prévention efficace passe par un contrôle continu. La question d'une convention internationale spécifique aux activités pétrolières et gazières est toujours en débats.*

Cap VI libro 4.pmd 176 10/05/2018, 19:31

Introduction

"For nearly a century, petroleum production and consumption has probably brought out both the best and worst of modern civilization. The industry has contributed enormously to world economic growth and a higher standard of living in our time. On the other hand, the downside of petroleum development has left profound adverse impact on the global environment "[1]. À l'heure actuelle, les hydrocarbures demeurent une source d'énergie indispensable à nos modes de vie. Le régime juridique du transport d'hydrocarbures a été longtemps privilégié délaissant celui de la recherche et de la production eLa rareté des accidents pétroliers offshore a conduit le législateur à négliger l'encadrement des activités d'exploration et d'exploitation de l'« or bleu ». Pour autant, la « rareté » ne sous-entend pas une absence totale de risque. Le golfe du Mexique le rappellera dramatiquement en avril 2010 avec l'explosion de la plate-forme pétrolière « Deepwater Horizon ». Outre-Atlantique, l'Union européenne ne doit pas sous-estimer les risques de pollution issue des activités pétrolières et gazières dans ses eaux. En 2013, l'Union européenne (UE) s'est dotée d'un instrument spécifique aux activités pétrolières et gazières en mer lui permettant de renforcer le cadre juridique de prévention qui lui était applicable, jugé imparfait jusqu'alors.

L'explosion, le 20 avril 2010, de la plate-forme « Deepwater Horizon » au large du Mexique, a marqué les esprits sur les risques liés à l'offshore « profond ». L'accident qui a coûté la vie à 11 personnes a également été l'une des plus grandes catastrophes écologiques du XXIe siècle. En effet, le jaillissement continu pendant trois mois de près de 4,9 millions de barils de pétrole a affecté plus de quatre cents kilomètres de côtes américaines, et principalement celles du golfe du Mexique. Si cet incident a permis une prise de conscience des États et des industriels sur les risques des opérations pétrolières et gazières en mer, il n'a cependant pas permis de freiner leur développement.

Actuellement, les forages « ultra-profonds » tendent encore à se développer, les nouvelles technologies permettant alors de forer jusqu'à trois mille six cents mètres sous le niveau de la mer[2]. Plus largement, c'est l'entreprise offshore qui progresse dans les mers. Un paradoxe s'installe entre la préservation environnementale et la consommation énergétique tirée vers le haut par les pays émergents, mais également industrialisés[3]. Si les États se sont accordés à limiter le réchauffement climatique en

---

1) Z. GAO, «Environmental Regulation of Oil and Gas in the Twentieth Century and Beyond: An Introduction and Overview», dans Z. GAO, *Environmental Regulation of Oil and Gas*, Kluwer Law International, 1998, p. 3.

2) La plate-forme de forage Blue Whale-1 permettant de forer à trois mille six cents mètres dispose de la plus grande capacité au monde, mais est largement suivie par de nombreuses plates-formes de capacité sensiblement similaires. « Bluewhale 1 : La Chine entre dans l'offshore ultra-profond », https://www.meretmarine.com, consulté pour la dernière fois le 30/05/2017.

3) A. SIMONEAU, « Hydrocarbures : la part de l'offshore destinée à monter », Atlas des enjeux

Cap VI libro 4.pmd 177 10/05/2018, 19:31

diminuant leur émission de gaz à effet de serre[4], cette réduction doit directement être issue de la diminution de la combustion d'énergies fossiles. Pour autant, les récentes études amènent à penser que la recherche et la production du pétrole en mer ne diminueront pas, voire augmenteront dans les années à venir. Cette production, sensiblement située aux alentours des 30 % de la production mondiale fin 2016, a relativement peu évolué depuis 2010 en raison de la stabilité des gisements anciens. Néanmoins, la découverte de grands gisements prometteurs[5] ainsi que le développement des technologies permettant de forer dans les grandes profondeurs[6] démontrent que l'offshore pétrolier devrait continuer à s'établir comme un moyen de production indispensable à défaut d'énergies alternatives pour répondre à la demande croissante notamment dans le transport et la pétrochimie[7].

Si l'activité pétrolière dans les eaux européennes est relativement peu développée comparée à d'autres régions, le nombre croissant d'installations dans les eaux de l'Union européenne et leurs alentours impose un encadrement de l'activité. Si l'Union européenne a jusqu'ici été épargnée par des catastrophes pétrolières offshore majeures[8], le développement des activités et de l'offshore « ultra-profond » apporte des inquiétudes. Avec une production pétrolière matérialisée par plus de mille opérations en cours qui représentent autant d'accidents potentiels et de pollutions opérationnelles dans ses eaux, l'environnement marin européen est directement menacé par l'activité offshore[9].

L'espace marin européen est partagé avec des pays tiers, les risques de pollutions transfrontières liés aux activités offshore des États voisins doivent donc être mentionnés. En ce sens, la Norvège représente l'un des États leaders en Europe avec plus de deux cent quinze millions de tonnes de pétrole commercialisables[10] en 2016. Les dommages transfrontaliers provenant d'une installation située dans les eaux d'un pays non membre de l'Union européenne sont alors tout à fait possibles.

---

maritimes 2015, *Le Marin 2015*, p. 51.

4) Accord de Paris sur le Climat conclu le 12 décembre 2016, entré en vigueur le 4 novembre 2016.

5) A. SIMONEAU, « Des réserves stables et quelques grands gisements prometteurs », Atlas des enjeux maritimes 2015, *Le Marin 2015*, p. 52.

6) La part de l'offshore « ultra-profond » devrait représenter 10 % de la production d'hydrocarbures et près de 5 % des besoins énergétiques mondiaux. A. SIMONEAU, « Hydrocarbures : la part de l'offshore destinée à monter », Atlas des enjeux maritimes 2015, *Le Marin 2015*, p. 51.

7) A. SIMONEAU, « Ancrage en profondeur », Atlas des enjeux maritimes 2015, *Le Marin 2015*, p. 50.

8) S. VINOGRADOV, *«The impact of the Deepwater Horizon: The Evolving International Legal Regime for Offshore Accidental Pollution Prevention, Preparedness, and Response», Ocean Development & international law, 2013, p. 338 d'après Husky Oil, White Rose Oilfield Comprehensive Study Part 1, Environmental Impact Statement (Husky Oil Operations Ltd., 2000).*

9) Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Le défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore », 12 octobre 2010, COM (2010) 560 final.

10) http://www.norskpetroleum.no/en/facts, consulté pour la dernière fois le 06/06/2017.

Cap VI libro 4.pmd 178 10/05/2018, 19:31

L'encadrement de l'activité à l'échelle européenne ne saurait suffire et doit nécessiter également une prise en compte régionale des dangers inhérents aux activités pétrolières et gazières en mer. L'encadrement et la sécurisation des installations pétrolières et gazières en mer sont d'autant plus nécessaires que le secteur pétrolier européen et voisin vieillit. Ce vieillissement apporte deux conclusions[11]. Tout d'abord, le vieillissement des gisements pétroliers conduit les entreprises leaders sur le marché à se désintéresser de ces gisements devenant moins rentables. Ils sont souvent repris par des entreprises moins fortunées et donc parfois moins équipées pour prévenir les dommages de pollution. D'autre part, le vieillissement des gisements conduit les entreprises à rechercher d'autres gisements. Les ressources étant épuisables, le secteur pétrolier européen doit inévitablement se diriger vers des zones plus profondes avec des conditions climatiques parfois extrêmes. Cette nouvelle quête dans l'offshore « profond » et parfois « ultra-profond » rend la maîtrise des risques plus compliquée pour les entreprises et les États. Cependant, il reste aussi nécessaire d'exploiter les anciens gisements ainsi que d'en chercher des nouveaux *« pour des raisons de sécurité de l'approvisionnement énergétique et pour que l'économie européenne puisse conserver les emplois et les opportunités commerciales qui y sont liés »*[12].

Aujourd'hui, la production pétrolière européenne est issue à 30 % des installations offshore. À partir de ce constat et des risques environnementaux qui entourent l'activité, il convient de se demander si l'Union européenne dispose d'un cadre de prévention des dommages de pollutions par hydrocarbures des plates-formes pétrolières et gazières en mer suffisant.

L'accident « Deepwater Horizon » survenu le 20 avril 2010 dans le golfe du Mexique a permis de relancer le débat sur l'efficience des normes de l'Union concernant la sécurité des installations pétrolières et gazières dans la zone européenne. Ainsi, le 7 octobre 2010, le Parlement européen, dans une résolution sur l'action de l'Union européenne dans les domaines de l'exploration pétrolière et de l'extraction du pétrole en Europe[13], appela la Commission à évaluer et proposer un nouveau cadre législatif pour ces opérations offshore. Le 12 octobre 2010, dans une communication intitulée *« le défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore »*[14], la Commission identifie *« les faiblesses et les lacunes des pratiques actuelles et propose d'adopter une nouvelle législation afin de renforcer la sécurité des installations »*[15]. Le

11) Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Le défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore », *op. cit.*, p. 3.

12) Ibid.

13) Résolution du Parlement européen sur l'action de l'Union européenne dans les domaines de l'exploration pétrolière et de l'extraction du pétrole en Europe, 7 octobre 2010, *JOUE nº C371E,* 20 décembre 2011, p. 10.

14) Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Le défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore », 12 octobre 2010, COM (2010) 560 final.

15) J. ROCHETTE, M. WEMAËRE, L. CHABASON, S. CALLET, « En finir avec le bleu pétrole : pour une

Cap VI libro 4.pmd 179 10/05/2018, 19:31

Conseil en décembre 2010 puis le Parlement européen en septembre 2011 prendront à tour de rôle la parole afin de traiter la question[16]. Quelques semaines plus tard, la Commission proposera, à travers un règlement, de clarifier, harmoniser et développer l'encadrement des activités offshore dans l'Union européenne[17]. Si, à l'origine, la nouvelle législation devait être mise en place par l'intermédiaire d'un règlement pour sa clarté et son application directe[18], le choix sera finalement porté sur une directive adoptée le 12 juin 2013. La directive relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer[19] va permettre une nouvelle dynamique régionale concernant les activités pétrolières et gazières offshore (Section 1) en instituant des obligations renforcées entre les deux acteurs de l'activité : les États et les exploitants (Section 2).

Section 1. La sécurisation des opérations pétrolières et gazières : un nouvel élan européen.

Dans sa communication du 12 octobre 2010, la Commission européenne dressait un constat inquiétant :

> « *Sur le plan international, la réglementation en matière d'activités pétrolières et gazières offshore est soit incomplète, soit dépourvue de mécanismes d'application efficaces. Ainsi, en Europe, elle repose en grande partie sur la législation nationale des différents États membres, car la législation de l'UE ne couvre pas différents aspects pertinents du secteur, ou n'impose que des minima. De plus, les dispositions de l'UE relatives aux activités offshore relèvent souvent de plusieurs actes législatifs différents* »[20].

L'hétérogénéité et les lacunes de la législation européenne en matière offshore rendent la prévention des accidents offshore fragile. Si l'Union européenne a démontré une réelle volonté de protéger son environnement marin des pollutions à travers sa politique maritime intégrée et différentes directives intéressant le secteur offshore (I), l'apport

---

meilleure régulation des activités pétrolières et gazières offshore », STUDY biodiversity, *IDDRI SciencesPo*, N°01/14 Février 2014, p. 18.

16) Conclusions du Conseil du 3 décembre 2010 sur la sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore, et Résolution du Parlement européen du 13 septembre 2011 sur le défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore, *JOUE nº C51E* du 22 février 2013.

17) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2011 relatif à la sécurisation des activités de prospection, d'exploration et de production pétrolières et gazières en mer, COM (2011) 688 final.

18) Id., p. 11.

19) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013.

20) Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Le défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore », 12 octobre 2010, COM (2010) 560 final, p. 5.

Cap VI libro 4.pmd 180 10/05/2018, 19:31

d'une directive spécifique aux activités pétrolières et gazières en mer vient donner une nouvelle dynamique législative dans ce domaine (II).

I. Une volonté européenne de préserver l'environnement marin de ses États membres.

Les activités pétrolières et gazières dans les eaux de l'Union européenne représentent une menace directe pour son environnement marin. Le droit communautaire s'est inquiété à travers sa politique maritime intégrée de l'état du milieu marin (A) sans pour autant avoir à sa disposition un encadrement homogène et complet de l'activité offshore (B).

A. Les inquiétudes environnementales inscrites dans la politique maritime intégrée.

Sur les vingt-sept États membres, vingt-deux d'entre eux disposent d'une façade maritime rendant l'espace marin européen plus grand que l'espace terrestre européen. Ce constat a nécessairement amené les autorités européennes à instituer en 2007 une politique commune pour gérer et préserver cet espace. Cette politique maritime intégrée est perçue par Waddah SAAB[21] comme la volonté de conquérir l'espace marin européen et de le préserver. Ce raisonnement intéresse particulièrement notre étude tant l'activité pétrolière et gazière en mer représente des enjeux économiques et environnementaux importants. La course à ce que l'on appelle « l'or bleu » représente parfaitement cette notion *« de conquête et de préservation »* de l'espace marin européen. Ici, le terme « conquête » n'est pas à interpréter au sens historique, mais dans le sens d'une exploration et d'une exploitation des ressources du milieu[22]. La politique maritime intégrée œuvre de ce fait pour une gestion raisonnée de ces ressources tout en assurant une réduction des risques de pollution liés à cette « conquête ».

Cette PMI, qui résulte selon certains auteurs d'une démarche plus *« politique que juridique », « volontariste »,* voire *« téléologique »*[23], a permis l'émergence de plusieurs instruments législatifs dont l'un des principaux et celui qui nous intéressera ici, est la directive-cadre Stratégie sur le milieu marin (DCSMM)[24] adoptée en 2008. Cette

---

21) W. SAAB, « Politique maritime et politique de recherche marine en Europe : entre la conquête de l'espace marin et la protection de son environnement », *Annales des Mines — Responsabilité et environnement* 2013/2, N° 70, p. 88.

22) Ibid.

23) E. JARMACHE, « Fondements juridiques de l'action de l'Union européenne et application spatiale (« l'espace maritime communautaire »), *Droit international de la mer et droit de l'Union européenne : cohabitation, coopération, confrontation ? »,* Institut du droit économique de la mer, Colloque international, Éditions A. Pedone, Musée océanographique de Monaco, 2013, p. 22.

24) Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre

Cap VI libro 4.pmd 181 10/05/2018, 19:31

directive, représentant le pilier environnemental de la PMI, doit *« renforcer la cohérence entre les différentes politiques et favoriser l'intégration des préoccupations environnementales dans d'autres politiques »*[25]. Le texte de la directive impose aux États de prendre les mesures nécessaires pour réaliser ou maintenir un « bon état écologique »[26] d'ici à 2020[27]. La DCSMM trouve un intérêt particulier dans sa *« véritable novation en matière de création d'espaces marins »*[28], puisqu'elle impose une régionalisation et une sous-régionalisation de l'espace marin européen pour faciliter la réalisation d'un « bon état écologique ». Cette régionalisation communautaire se décompose en quatre régions marines : la mer Baltique, l'Atlantique nord-est, la mer Méditerranée, et la mer Noire[29]. Ces espaces sont eux-mêmes divisés en sous-régions au sein desquels deux phases[30] distinctes permettent de possiblement atteindre le « bon état écologique » : une phase préparatoire d'évaluation du milieu et une phase d'adoption de « programmes de mesures ». À travers des « plans d'action pour le milieu marin » (PAMM), ces régions et sous-régions marines ont vocation à voir leur pollution marine diminuer, grâce notamment à une surveillance continue du milieu et des dispositions adaptées aux caractéristiques propres à ces régions.

À l'heure actuelle, il est difficile de dresser un constat sur l'efficacité des plans d'actions et de manière plus générale de la DCSMM, puisque l'échéance pour atteindre le « bon état écologique » des eaux de l'Union n'est qu'en 2020[31]. Néanmoins, la DCSMM

---

d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « Stratégie pour le milieu marin »), *JOUE nº L164* du 25 juin 2008.

25) A. PIQUEMAL et M. LE HARDY, « Rapport général », *Droit international de la mer et droit de l'Union européenne : cohabitation, coopération, confrontation ? »,* Institut du droit économique de la mer, Colloque international, Éditions A. Pedone, Musée océanographique de Monaco, 2013, p. 181.

26) Un « bon état écologique » est défini comme étant « l'état écologique des eaux marines tel que celles-ci conservent la diversité écologique et le dynamisme d'océans et de mers qui soient propres, en bon état sanitaire et productifs dans le cadre de leurs conditions intrinsèques, et que l'utilisation du milieu marin soit durable, sauvegardant ainsi le potentiel de celui-ci aux fins des utilisations et activités des générations actuelles et à venir » selon l'article 3 paragraphe 5) de la directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « Stratégie pour le milieu marin »), *JOUE nº L164* du 25 juin 2008.

27) Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « Stratégie pour le milieu marin »), *JOUE nº L164* du 25 juin 2008, art. 1.

28) E. JARMACHE, « Fondements juridiques de l'action de l'Union européenne et application spatiale (« l'espace maritime communautaire »), *Droit international de la mer et droit de l'Union européenne : cohabitation, coopération, confrontation ? »,* Institut du droit économique de la mer, Colloque international, Éditions A. Pedone, Musée océanographique de Monaco, 2013, p. 22.

29) Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « Stratégie pour le milieu marin »), *JOUE nº L164* du 25 juin 2008, art. 4 § 1.

30) Id., art. 5 § 2 a) et 2 b).

31) A. DURAND, *L'exploration et l'exploitation des hydrocarbures en mer et la protection de l'environnement*, Université de Grenoble, 2014, p. 123.

Cap VI libro 4.pmd 182 10/05/2018, 19:31

révèle une réelle volonté de l'Union européenne de préserver son environnement marin. Cette dynamique lancée depuis maintenant presque dix ans a permis l'émergence de différents textes communautaires relatifs à la protection de l'environnement marin. Parmi ceux-ci, on trouve la directive relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer de 2013 qui vient contribuer à la réalisation d'un « bon état écologique ». En effet, la directive « offshore » s'inscrit, selon les considérants 6 et 7 de son préambule, dans les objectifs de la DCSMM : *« En réduisant le risque de pollution en mer, la présente directive devrait contribuer à assurer la protection du milieu marin et, notamment, à réaliser ou maintenir un bon état écologique au plus tard en 2020 »*[32].

La directive 2008/56/CE permet d'être l'un des fondements à l'émergence de cette directive « offshore ». Mais la directive 2013/30 UE s'intègre également dans un fondement plus général mentionné dans le premier considérant de son préambule, à savoir l'article 191 du TFUE donnant compétence à l'Union européenne de légiférer en matière environnementale. Ce *« double fondement juridique »* contribue à combler les lacunes supranationales existantes et le défaut d'homogénéité des législations nationales[33].

La volonté européenne de protéger son environnement marin s'est donc matérialisée par l'adoption de la directive de 2008 qui fournit un objectif clair pour les États membres : aboutir à un « bon état écologique » en 2020. Ce « bon état écologique » découle nécessairement de la diminution des risques de pollution des activités pétrolières et gazières en mer visées par la directive « offshore » de 2013. Cette directive a pour objectif de mettre en place *« un niveau élevé et uniforme de sécurité »*[34] tout en comblant les lacunes législatives en la matière. Ces lacunes résultent principalement de l'absence d'encadrement spécifique des pollutions issues de l'offshore pétrolier et gazier, la prévention européenne ne s'établissant que sur des directives non spécifiques aux pollutions offshore.

B. L'encadrement européen de l'offshore : un milieu hétérogène

L'Union européenne dispose d'un encadrement épars et non spécifique concernant la prévention des pollutions issues du secteur pétrolier et gazier offshore.

---

32) Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « Stratégie pour le milieu marin »), *JOUE nº L164* du 25 juin 2008, préambule cons. (6).

33) F. SCHNEIDER, « Le droit de l'Union européenne au défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement 2014/2*, vol. 39, p. 282.

34) Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Le défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore », 12 octobre 2010, COM (2010) 560 final, p. 4.

Cap VI libro 4.pmd 183 10/05/2018, 19:31

En ce sens, la directive 94/22/CE, relative aux conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter[35], d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures, est censée être l'un des instruments européens les plus spécifiques sur le sujet. S'il est vrai que *« l'autorisation constitue l'étape décisive en vue de garantir la sécurité des activités pétrolières et gazières en mer »*[36], la directive de 1994 ne s'intéresse qu'aux aspects concurrentiels de cette étape. Les dispositions viennent alors harmoniser les normes concurrentielles du secteur afin *« de limiter la dépendance énergétique* [NDLR : de l'Union européenne]*, tout en renforçant la compétitivité »*[37]. Seul le paragraphe 2 de l'article 6 de la directive s'intéresse à l'aspect environnemental de l'activité pétrolière et gazière, en énonçant que les États membres ont la possibilité d'imposer des conditions et des exigences au titulaire de l'autorisation dans l'exercice de son activité *« pour autant qu'elles soient justifiées par des considérations [...] de protection de l'environnement […] et de protection des ressources biologiques »*[38].

Ainsi, comme le soulignent les travaux de recherche d'Alice DURAND, cet article ne porte pas de force obligatoire puisqu'il ne s'agit que d'une possibilité pour les États qui seront libres d'imposer ou non des mesures de protection. La directive de 2013, nous le verrons dans la seconde partie, participe à combler cette défaillance en renforçant les conditions d'octroi des autorisations, notamment en s'assurant que les demandeurs de ces autorisations disposent bien de la capacité technique et financière pour prévenir et lutter contre les pollutions dont ils pourraient être les auteurs.

Le secteur pétrolier et gazier offshore n'est toutefois pas exempté de l'application de certaines directives intéressant la protection environnementale. En effet, deux directives concernant les évaluations des activités humaines sur les milieux intéressent l'offshore marin. Ainsi, les directives 2001/42/CE[39] et 2011/92/UE[40], cette dernière ayant été modifiée par la directive 2014/52/UE[41], harmonisent les principes d'évaluation

---

35) Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures, *JOCE nº L164* du 30 juin 1994.

36) F. SCHNEIDER, « Le droit de l'Union européenne au défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement 2014/2*, vol. 39, p. 289.

37) A. DURAND, *L'exploration et l'exploitation des hydrocarbures en mer et la protection de l'environnement*, Université de Grenoble, 2014, p. 119.

38) Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures, *JOCE nº L164* du 30 juin 1994, art. 2 § 6.

39) Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *JOUE nº L197* du 27 juillet 2001.

40) Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE nº L26* du 28 janvier 2012.

41) Directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement,

Cap VI libro 4.pmd 184 10/05/2018, 19:31

des incidences sur l'environnement de certaines activités en instaurant des exigences minimales d'évaluation ainsi qu'une liste des activités soumises obligatoirement à ces évaluations. Si la directive de 2001 s'intéresse à l'évaluation environnementale stratégique (EES) des *« plans et programmes »* alors que la directive de 2011 organise l'évaluation des incidences environnementales (EIE) de certains *« projets »*[42] publics et privés, les deux directives disposent d'un régime relativement similaire[43]. C'est dans une moindre mesure que ces directives s'appliquent aux activités pétrolières et gazières en mer puisqu'elles ne concernent que les opérations d'extraction supérieures à cinq cents tonnes par jour[44]. Toutes les opérations pétrolières et gazières en mer ne sont donc pas encadrées, notamment celle concernant l'exploration qui présente des risques majeurs de pollution du milieu marin. Cet oubli sera comblé par la directive « offshore » de 2013 qui exigera une évaluation complète des activités offshore, mais renforcera également la participation du public dans le cadre de ces opérations[45].

La sécurité et la formation des travailleurs offshore participent également à la prévention des pollutions pétrolières et gazières. Certaines directives participent à cette problématique en instituant un cadre de protection indispensable pour ces travailleurs. De manière indirecte, la directive de 1989 relative à la sécurité et la santé des travailleurs tous secteurs confondus[46], fondatrice du cadre de protection des travailleurs, participe à améliorer le niveau de prévention sur les plates-formes. Plus spécifiquement, la directive 92/91/CEE a été adoptée afin d'encadrer les travailleurs

---

JOUE nº L124 du 24 avril 2014.

42) Au sens de la directive, un projet s'entend comme : *« la réalisation de travaux de construction ou d'autres installations ou ouvrages, d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, y compris celles destinées à l'exploitation des ressources du sol »* selon l'art. 1 § 2 (a) de la Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE nº L26* du 28 janvier 2012.

43) Pour une étude approfondie de ces deux directives, voir N. DE SADELEER « L'évaluation des incidences environnementales des programmes, plans et projets : à la recherche d'une protection juridictionnelle effective », *Revue du droit de l'Union européenne 2/2014*, p. 231-286.

44) Annexe 1 § 14 d'après l'article 4 § 1 de la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE nº L26* du 28 janvier 2012.

Annexe 3 § 2 (f) de la directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOCE nº L175*, 5 juillet 1988 suite au renvoi fait par l'article 3 § 2 (a) de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *JOUE nº L197* du 27 juillet 2001.

45) F. SCHNEIDER, « Le droit de l'Union européenne au défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement 2014/2*, vol. 39, p. 290.

46) Directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, modifiée par le Règlement 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil du 29 septembre 2003, la Directive 2007/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007 et le Règlement 1137/2008 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008, concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail tous secteurs confondus, *JOCE nº L183* du 29 juin 1989.

Cap VI libro 4.pmd 185 10/05/2018, 19:31

des industries d'extraction et de forage[47]. Cette directive impose à l'employeur d'assurer la sécurité des travailleurs offshore notamment par une sécurisation du matériel, une information des mesures de sécurité ainsi qu'une action de formation. Enfin, selon Florian THOMAS, doctorant au Centre de Droit Maritime et Océanique de l'Université de Nantes, les nouvelles directives dites *« Concessions »*[48] et *« Marchés »*[49] permettent à l'État d'imposer des normes sociales, et donc de formation et de sécurité, aux opérateurs en vue de l'obtention d'une autorisation d'exploration ou d'exploitation. La directive « offshore » participe également à renforcer le cadre de protection des travailleurs offshore[50] en *« prévoyant une consultation des travailleurs aux stades pertinents de la préparation du rapport sur les dangers majeurs »*[51].

L'Union européenne a construit un cadre législatif relativement large concernant la gestion et la protection de son environnement marin à travers sa politique maritime intégrée. Pour autant, le faible nombre de textes législatifs spécifiques à la préservation de la région marine européenne face aux menaces des activités pétrolières et gazières conduit à fragiliser la prévention. Si certaines directives peuvent intéresser l'aspect environnemental des activités pétrolières et gazières dans l'Union européenne, leur manque de spécificité et leur hétérogénéité mettaient en péril l'environnement marin face à un accident du même type que celui du « Deepwater Horizon ». En véritable sonnette d'alarme, l'accident du golfe du Mexique va permettre l'émergence de la directive « offshore ». Si cette directive renforce en partie les directives *« satellites »*[52] déjà existantes, elle s'impose comme un nouvel instrument spécialement conçu pour l'activité offshore.

47) Directive 92/91/CEE du Conseil du 3 novembre 1992, modifiée par la Directive 2007/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007, concernant les prescriptions minimales visant à améliorer la protection en matière de sécurité et de santé des travailleurs des industries extractives par forage, *JOCE nº L348* du 28 novembre 1992.

48) Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE nº L 94* du 28 mars 2014.

49) Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *JOUE nº L 94* du 28 mars 2014.

50) F. SCHNEIDER, « Le droit de l'Union européenne au défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement 2014/2*, vol. 39, p. 290.

51) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 12 § 2 et art. 13 § 3.

52) Ibid.

Cap VI libro 4.pmd 186 10/05/2018, 19:31

II. Un instrument spécifique récent : l'espoir d'un rayonnement international.

L'adoption de la directive « offshore » matérialise la réaction européenne face à l'accident survenu dans le golfe du Mexique en avril 2010. Elle représente un premier outil de prévention spécialisé dans la prévention et la gestion des accidents liés à l'exploration et l'exploitation pétrolières et gazières en mer (A), néanmoins quatre ans après son adoption, sa portée demeure incertaine (B).

A. Un premier outil européen de prévention des accidents offshore.

La directive 2013/30/UE annonce un objectif clair, celui d'établir *« les exigences minimales visant à prévenir les accidents majeurs lors d'opérations pétrolières et gazières en mer et à limiter les conséquences de tels accidents »*[53]. À travers cet objectif, il faut étudier le champ d'application matériel et géographique de la directive afin d'identifier en quoi elle peut être qualifiée d'instrument spécifique à la prévention des dommages de pollution des plates-formes pétrolières et gazières.

Tout d'abord, la directive définit largement *« les opérations pétrolières et gazières en mer »* puisqu'elles incorporent les phases d'exploration et d'exploitation, mais également la conception, la planification, la construction, l'installation et le déclassement des installations des plates-formes. Seul le transport de pétrole ou de gaz d'une côte à une autre est écarté[54], ce dernier étant déjà bien encadré par la législation communautaire et internationale. De plus, les phases d'exploration et de production disposent d'une conception relativement étendue et complète au sens de la directive[55]. Les installations sont également comprises de manières larges puisqu'elles comprennent les plates-formes fixes et mobiles ainsi que les équipements qui y sont connectés[56].

Une notion vient considérablement réduire le champ d'application de la convention, celle d'*« accident majeur »*. Tout de suite, il convient de conclure que le terme « accident » exclut les pollutions intentionnelles, et surtout les pollutions opérationnelles. Ensuite, le terme « majeur » donne à la notion d'« accident » une échelle de gravité relativement *« perturbatrice »*[57] puisque la définition prévue dans

---

53) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 1 § 1.

54) Id., art. 2 § 3.

55) Id., art. 2 § 15 et § 16.

56) Id., art. 2 § 19.

57) J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 29.

Cap VI libro 4.pmd 187 10/05/2018, 19:31

la directive ne prévoit seulement que quatre cas dans lesquels un accident est considéré comme majeur :

> « *a) un incident impliquant une explosion, un incendie, la perte de contrôle d'un puits, ou une fuite de pétrole ou de gaz ou le rejet de substances dangereuses causant ou risquant très probablement de causer des décès ou des dommages corporels graves ;*
>
> *b) un incident entraînant des dommages graves pour l'installation ou les infrastructures connectées, causant ou risquant très probablement de causer des décès ou des dommages corporels graves ;*
>
> *c) tout autre incident entraînant le décès de cinq personnes ou plus ou causant des blessures graves à cinq personnes ou plus, qui sont présentes sur l'installation en mer où se situe la source du danger ou qui participent à une opération pétrolière ou gazière en mer en rapport avec l'installation ou les infrastructures connectées ; ou*
>
> *d) tout incident environnemental majeur résultant d'incidents visés aux points a), b) et c)* »[58].

Tout d'abord, la nécessité d'un incident causant ou risquant de causer des dommages à l'homme est un dénominateur commun entre les paragraphes a), b) et c) de cet article conditionnant l'existence d'un accident majeur. Cette condition se retrouve encore dans le paragraphe d) de l'article qui prévoit le cas d'un *« incident environnemental majeur »*. Cette notion *« d'incident environnemental majeur »* est définie à l'article 2 paragraphe 37 avec un renvoi partiel à la directive 2005/35/CE relative à la responsabilité environnementale[59], s'agissant d'*« un incident qui cause ou est susceptible de causer des dommages qui affectent gravement l'environnement conformément à la directive 2004/35/CE »*.

Une double condition s'impose donc pour reconnaître un dommage environnemental au sens de la directive « offshore ». Il faut donc que la pollution issue des activités pétrolières et gazières soit née d'un accident qui doit au moins menacer *« gravement »* l'environnement, mais qui doit également risquer de causer des *« dommages corporels graves »* à l'être humain. La notion d'*« accident majeur »* tire sa définition des faits de l'accident « Deepwater Horizon » sans être adaptée aux hypothèses de pollution, ce qui limite fortement le champ d'application de la directive. La nécessité de prendre en compte les risques de dommages corporels pour qualifier un dommage environnemental semble bien étrange. De plus, certains auteurs s'inquiètent

58) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 2 § 1.

59) Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE nº L 143* du 30 avril 2004, art. 2 § 1.

Cap VI libro 4.pmd 188 10/05/2018, 19:31

notamment de cette réduction du champ d'application puisque, selon eux, *« des catastrophes très graves comme celles provoquées par les navires Erika en 1999 ou Prestige en 2001 n'auraient pas été considérées comme des accidents majeurs »*[60].

Géographiquement, la directive s'applique aux activités pétrolières et gazières situées *« dans la mer territoriale, dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental d'un État membre au sens de la convention des Nations unies sur le droit de la mer »*[61].

Sont donc exclus les accidents survenant dans les eaux intérieures ou en haute mer, néanmoins il faut nuancer cette exclusion. En effet, la directive s'appliquera dans les eaux intérieures d'un État pour la réparation des dommages environnementaux selon l'article 7 de la directive « offshore »[62] et elle s'appliquera en haute mer lorsque l'activité aura lieu sur le plateau continental étendu d'un État membre[63]. Enfin, comme le souligne José JUSTE-RUIZ, la directive ne s'applique pas aux accidents survenant en dehors de la juridiction des États membres, ce qui peut être considéré comme *« une option législative injuste et certainement aveugle aux exigences collectives de protection de l'environnement marin dans un monde globalisé »*[64].

La directive « offshore » se présente comme une directive relativement complète par les opérations et les installations qu'elle vise. Pour autant, à travers l'étude des champs d'application *ratione materiae* et *ratione loci*, la directive se trouve profondément réduite dans sa portée puisqu'elle ne concerne que les *« accidents majeurs »* survenant dans les eaux de l'Union européenne. En réponse à l'accident du « Deepwater Horizon », la directive renforce un cadre régional et international fragile que nous avons eu l'occasion d'étudier sans pour autant initier l'élaboration d'une convention internationale spécifique.

---

60) J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 29.

61) Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE nº L 143* du 30 avril 2004, art. 2 § 2.

62) L'article 7 organise un renvoi à l'art. 2 § 1 (c) de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE nº L 143* du 30 avril 2004, qui renvoie elle-même à l'art. 2 § 7 de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, *JOCE nº L 327* du 22 décembre 2000.

63) J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 28.

64) Ibid.

Cap VI libro 4.pmd 189 10/05/2018, 19:31

B. Redondance régionale et inertie internationale : la désillusion d'une initiative internationale réelle.

L'adoption de la directive « offshore » peut être perçue comme la concrétisation d'un nouveau dynamisme dans la législation offshore internationale, puisque le dernier texte le plus complet dans la matière adopté en Europe était le protocole « offshore » de 1994 de la Convention de Barcelone sur la protection de la mer Méditerranée.

La directive 2013/30/UE s'intègre d'abord dans un cadre régional puisqu'elle concerne les quatre régions marines de l'Union : l'Atlantique nord-est, la mer Baltique, la mer Noire et la mer Méditerranée. Comme vu précédemment, l'Union européenne a adhéré aux principales conventions régionales ou protocoles relatifs à la prévention des pollutions offshore. La directive se place donc dans un cadre caractérisé par *« une hétérogénéité qui non seulement complique la perception et la gestion des risques, mais pèse aussi sur la coordination des mesures en cas d'accident transfrontière y compris à l'intérieur d'un même bassin maritime »*[65]. Il était donc attendu que l'instrument européen mette en place une synergie avec ces outils régionaux, pour autant, comme le souligne Frédéric SCHNEIDER[66], celle-ci n'apparaît pas clairement dans la directive. Cette absence de dispositions explicites mettant en exergue les liens avec les conventions régionales provoque une certaine redondance entre les dispositions de ces conventions et la législation européenne déjà en place. Néanmoins, il faut mentionner que les interactions et la coordination avec les autres instruments régionaux sont possibles par l'extension du champ d'action de l'Agence européenne pour la sécurité maritime (AESM). En effet, la directive offshore permet à l'AESM de fournir une aide aux États membres concernant la surveillance et le contrôle des pollutions offshore grâce aux moyens techniques propres à l'agence[67]. La lutte contre une pollution transfrontière entre un État membre et un État tiers partie à une convention régionale est ainsi facilitée par l'agence qui coordonne l'application des instruments régionaux[68].

Le défaut de convention internationale, s'il reflète *« les difficultés de la communauté internationale à se mettre d'accord sur l'adoption d'un instrument juridiquement contraignant visant à réguler une activité économique vitale pour un grand nombre de pays »*[69], est principalement marqué par *« le désintérêt de l'Organisation maritime*

---

65) F. SCHNEIDER, « Le droit de l'Union européenne au défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement 2014/2*, vol. 39, p. 291.

66) Ibid.

67) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE no L 178* du 28 juin 2013, art. 10 § 2 (a).

68) F. SCHNEIDER, « Le droit de l'Union européenne au défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement 2014/2*, vol. 39, p. 291.

69) Id., p. 11.

Cap VI libro 4.pmd 190 10/05/2018, 19:31

internationale »[70] sur la question. L'élan européen porté par la directive « offshore » laissait espérer un nouveau dynamisme législatif au niveau international, mais quatre ans après son adoption aucun texte n'est en préparation. Il faut alors se satisfaire de la *« portée mondiale latente »* de la directive[71]. Si certains auteurs[72] et ONG[73] critiquent le manque d'audace de la directive dans sa portée internationale, leurs propos doivent être nuancés. En effet, il est reproché à la directive de ne pas imposer aux compagnies pétrolières dont le siège est situé dans l'UE le même niveau de prévention et de sécurité pour toutes leurs opérations dans le monde. Les compagnies pétrolières menant des activités, parfois par l'intermédiaire de filiales, dans des pays non membres de l'UE ne sont alors tenues de veiller qu'à la transmission du *« document relatif à leur politique d'entreprise concernant la prévention des accidents majeurs »* aux installations hors de l'Union[74]. De plus, les compagnies ne sont qu'hypothétiquement obligées de fournir un rapport en cas d'incident hors de l'Union[75]. Si certaines compagnies pétrolières majeures comme BP, SHELL ou TOTAL ont leur siège dans des pays membres (respectivement à Londres, La Haye, Paris), il est critiquable de ne pas vouloir imposer l'ensemble de la directive aux activités engagées par ces compagnies en dehors de l'Union. Néanmoins, la portée internationale de la directive trouve une certaine force grâce à l'application des dispositions de la directive dans l'espace économique européen (EEE) qui comprend la Norvège, un des pays leaders en Europe dans l'exploration et l'exploitation pétrolières et gazières en mer[76].

La question d'une convention internationale spécifique aux activités pétrolières et gazières doit-elle toujours être débattue ? Si de nombreux auteurs privilégient une approche régionale de la question grâce à une prise en compte des caractéristiques propres à chaque milieu marin et du développement de chaque État côtier, l'existence d'une convention internationale pourrait permettre selon certains auteurs de :

---

70) F. SCHNEIDER, « Le droit de l'Union européenne au défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement 2014/2*, vol. 39, p. 291.

71) Id., p. 293.

72) Ibid. Voir également : J. ROCHETTE, M. WEMAËRE, L. CHABASON, S. CALLET, « En finir avec le bleu pétrole : pour une meilleure régulation des activités pétrolières et gazières offshore », STUDY biodiversity, *IDDRI SciencesPo*, N°01/14 Février 2014, p. 21 ; J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 42.

73) M. MADINA, «Disappointing agreement on new EU offshore drilling safety directive» http://eu.oceana.org/en/press-center/press-releases/disappointing-agreement-new-eu-offshore-drilling-safety-directive, 21 février 2013, consulté pour la dernière fois le 29 juillet 2017.

74) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 19 § 8.

75) « Si elles y sont invitées », *Ibid.*, art. 20 § 1.

76) N. LIU, «Protection of the marine environment from offshore oil and gas activities», dans R. RAYFUSE, «*Research Handbook on international marine environmental law*», Elgar, 2015, p. 202.

Cap VI libro 4.pmd 191 10/05/2018, 19:31

> *"to consolidate and complement all the existing provisions in various treaties and at different levels; it could serve to coordinate the regulatory functions currently exercised by a variety of organizations; it could rectify the present piecemeal approach to environmental regulation of oil and gas activities; and it would fill the gap of lack of international law"*[77].

L'absence de projet international concernant cette problématique, si elle doit être déplorée, ne doit pas entraver le développement législatif régional qui demeure « un laboratoire juridique ». La directive européenne ne s'impose peut-être pas sur la scène internationale comme un instrument relativement puissant, mais elle met en place des obligations renforcées et parfois nouvelles entre les deux acteurs de l'activité offshore

Section 2. Des obligations renforcées divisées entre État membre et exploitant.

Si certains auteurs critiquent le manque de clarté dans la rédaction des dispositions[78], la directive « offshore » impose différentes obligations aux deux acteurs de l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures en mer. L'exploitant, considéré comme *« l'entité désignée par le titulaire d'une autorisation ou par l'autorité qui délivre les autorisations »*[79], doit alors remplir des obligations préventives importantes afin d'éviter d'engager sa responsabilité (II). L'État, second acteur de l'activité offshore, intervient quant à lui tout au long des activités : de l'autorisation des opérations à la réponse en cas d'incident si la surveillance n'a pas suffi (I).

I. De l'autorisation des opérations à la réponse en cas d'incident : l'étaiement des obligations de l'État membre.

La directive distingue deux entités étatiques qui se partagent les missions d'autorisation des activités offshore (A) et de contrôle de ces activités (B). Une dichotomie s'opère entre l'*« autorité qui délivre les autorisations »*[80] qui détient un rôle éponyme et l'*« autorité compétente »*[81] en charge de la surveillance et du contrôle des activités, mais également de la coordination des actions en cas d'incident.

---

77) Ibid.

78) J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 28.

79) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 2 § 2.

80) Id., art. 2 § 13.

81) Id., art. 2 § 4.

Cap VI libro 4.pmd 192 10/05/2018, 19:31

A. L'autorisation de l'État membre : point de départ des activités.

La directive « offshore » renforce les obligations de l'autorité qui délivre les autorisations afin de prendre en compte l'aspect environnemental qui était moindre dans la directive 92/22/CE. Ainsi, l'article 4 de la directive énumère différentes obligations liées à la sécurité et à l'environnement pour la délivrance des autorisations. Parmi ces obligations, nous retrouvons la nécessité d'évaluer *« la capacité technique et financière du demandeur sollicitant une autorisation »*[82]. Cette évaluation s'opère à deux niveaux : au niveau de la réponse en cas d'incident et au niveau de la mise en jeu de la responsabilité de l'exploitant. Ainsi, elle doit permettre de s'assurer que le demandeur *« dispose de ressources financières suffisantes pour lancer immédiatement et poursuivre de manière ininterrompue l'ensemble des mesures nécessaires en vue d'une intervention d'urgence efficace et d'une réparation ultérieur*e *»*[83]. Concernant la nécessité pour l'exploitant de disposer des ressources financières suffisantes en cas de mise en cause de sa responsabilité, la directive précise qu'il doit être tenu compte de :

> *« la capacité financière, y compris les éventuelles garanties financières, à assumer les responsabilités qui pourraient découler des opérations pétrolières et gazières en mer concernées, y compris une responsabilité en cas de préjudice économique éventuel lorsque cette responsabilité est prévue par le droit national »*[84].

Les impacts environnementaux ne sont donc pas les seuls pris en compte puisqu'un préjudice économique peut être reconnu si le droit national le prévoit. L'évaluation de la capacité financière et technique du demandeur apparaît comme un préalable nécessaire, notamment lorsque l'on sait que la compagnie pétrolière BP a estimé le coût des réparations de l'accident « Deepwater Horizon » à soixante-et-un milliards de dollars[85]. La délivrance de l'autorisation doit également prendre en compte l'environnement marin dans lequel l'exploitant va opérer. Ainsi, l'évaluation de la capacité financière et technique doit avoir *« une attention particulière »*[86] aux environnements marins et côtiers sensibles, dont notamment les *« écosystèmes qui jouent un rôle important dans l'atténuation du changement climatique et l'adaptation à ces derniers »*[87].

---

82) Id., art. 4 § 1.

83) Id., art. 4 § 3.

84) Id., art. 4 § 2 (c).

85) « Catastrophe pétrolière : BP estime à 61 milliards de dollars le coût de la fuite de Deepwater Horizon », www.lefigaro.com, 14 juillet 2016, consulté pour la dernière fois le 30/07/2017.

86) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 4 § 6.

87) Ibid.

Cap VI libro 4.pmd 193 10/05/2018, 19:31

La participation du public joue un rôle important dans la délivrance des autorisations puisque *« le public peut formuler des observations et des avis avant l'adoption de décisions visant à autoriser l'exploration »*[88]. Dès lors, les intérêts des populations côtières peuvent conditionner la délivrance d'une autorisation. La directive vient ici combler le champ d'application relativement étroit dans les directives 2001/42/CE et 2011/92/UE qui ne prévoyaient la participation du public que pour les opérations d'extraction et non pour celles d'exploration.

Si une séparation fonctionnelle et organique entre la délivrance des autorisations et le contrôle des activités est instituée par la directive « offshore » afin d'assurer une indépendance et une objectivité indispensable, ces deux entités nationales agissent en coopération notamment par des procédures de consultation[89]. À la suite de la délivrance de l'autorisation, l'autorité compétente disposera de prérogatives importantes permettant un contrôle continu de l'activité, voire un arrêt de celle-ci si la prévention n'est pas suffisante.

B. Le corollaire d'une prévention efficace : un contrôle continu.

L'État membre doit assurer une mission de *« régulation et de surveillance »*[90] afin de maintenir un niveau suffisant de prévention des dommages de pollution des activités offshore. L'efficacité de la prévention ne peut être complète sans un organe de contrôle indépendant et objectif. En ce sens, l'autorité compétente répond à ce besoin[91] et dispose de différentes prérogatives afin de contrôler les activités offshore sur le territoire où elle a été instituée.

La directive « offshore », au-delà de détailler le fonctionnement de l'institution étatique de contrôle[92], énumère les compétences de l'autorité compétente[93]. Tout d'abord, l'autorité compétente est tenue *« d'évaluer et d'accepter les rapports sur les dangers majeurs »*[94] ainsi que les *« notifications de conception et les notifications d'opérations sur puits ou d'opérations combinées »*[95].

---

88) Id., art. 5 § 2 (d).

89) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 4 § 2 (d).

90) J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 32.

91) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, préambule, cons. (20).

92) Id., art. 9 et annexe III.

93) Id., art. 8 § 1.

94) Id., art. 8 § 1 (a).

95) Id., art. 8 § 1 (a).

Cap VI libro 4.pmd 194 10/05/2018, 19:31

L'exploitant doit donc fournir un rapport sur les dangers majeurs qu'il aura lui-même établi[96]. Ce rapport s'intègre dans un ensemble de documents à fournir à l'autorité compétente afin que cette dernière autorise la réalisation des opérations pétrolières et gazières en mer[97]. La procédure de notification semble *« novatrice »*[98] notamment pour les opérations sur puits et les opérations combinées. Soumise à un délai préalable et la délivrance d'informations précises[99], elle permet à l'autorité compétente de s'assurer que toutes les mesures prises par l'exploitant sont suffisantes pour prévenir efficacement le risque d'incident.

L'autorité compétente dispose également de prérogatives de contrôle relativement importantes puisqu'elle peut autoriser le démarrage ou la poursuite des activités, voire les interdire totalement. Aux termes de l'article 18, l'autorité compétente peut recourir à ces mesures restrictives lorsqu'elle estime, à travers l'étude des documents fournis ou au moyen d'inspections, que les mesures prises par l'exploitant ne sont pas suffisantes et menacent l'environnement marin. De manière moins répressive, l'autorité compétente peut également exiger des améliorations et conseiller l'exploitant dans cette optique[100]. L'autorité compétente n'est pas qu'une autorité de contrôle et de répression, elle assure également la bonne transmission des informations entre les exploitants et l'État où les opérations ont lieu[101], mais aussi entre les États membres, notamment dans le cadre du groupe des autorités du pétrole et du gaz en mer de l'Union européenne (EUOAG)[102].

La surveillance d'une activité, et l'instauration de mesures de contrôle et de prévention ne suffisent parfois pas à éviter un incident tant le risque zéro n'existe pas pour les activités offshore. La directive, consciente de cette problématique, prévoit des obligations à la charge des États membres afin de limiter les dommages de pollution. Ainsi, ces derniers sont tenus de mettre en place des plans d'intervention d'urgence externe[103] qui devront être appliqués *« en cas d'accidents majeurs ayant des effets transfrontières sur un autre État membre de l'UE »*[104]. Lorsque la pollution emporte des effets transfrontaliers, la directive impose aux États la transmission d'informations

---

96) Id., art. 2 et art.13.

97) Id., art. 11.

98) A. DURAND, *L'exploration et l'exploitation des hydrocarbures en mer et la protection de l'environnement*, Université de Grenoble, 2014, p. 179.

99) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, annexe 1 § 4 et § 7.

100) Id., art. 18 § (e).

101) Id., art. 23 et annexe IX.

102) Id., art. 27 § 1.

103) Id., art. 29.

104) J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 34.

Cap VI libro 4.pmd 195 10/05/2018, 19:31

pertinentes, l'évaluation des pollutions ainsi que la coordination de mesures pour maîtriser ou réduire le dommage[105]. Cette coopération interétatique s'exporte au niveau régional, sans *« préjudice des accords internationaux »* dans l'article 33 à travers un encouragement donné par la Commission d'assurer une coopération avec les pays tiers à l'Union, notamment sur la question de l'Arctique[106]. Enfin, une expérience formatrice devra être tirée de l'accident majeur grâce à une enquête approfondie mise en place par l'État sous lequel l'incident est survenu[107].

La séparation fonctionnelle et organique entre la procédure d'autorisation et la procédure de contrôle et de réponse permet un encadrement relativement complet de l'activité pétrolière et gazière en mer. À travers cette séparation, il apparaît clairement que l'État membre doit jouer un rôle primordial dans la prévention des dommages de pollution. Cependant, une prévention unilatérale ne saurait être suffisante pour être efficace. L'exploitant doit prendre part à cette prévention en s'assurant de mettre en place une politique de prévention *« selon les meilleures pratiques en vigueur dans l'Union »*[108], à défaut de laquelle sa responsabilité pourrait être engagée.

II. L'exploitant, responsable premier d'une politique de prévention efficace.

Les exploitants ont l'obligation de *« veiller à ce que toutes les mesures adéquates soient prises pour prévenir les accidents majeurs lors des opérations pétrolières et gazières en mer »*[109], ces derniers doivent donc mener une politique de prévention rigoureuse (A) s'ils ne veulent pas engager leurs responsabilités (B).

A. L'engagement des exploitants en faveur d'une politique de prévention rigoureuse.

Avant le début d'une activité, les exploitants doivent fournir un certain nombre de documents énoncés à l'article 11 de la directive. Parmi ceux-ci, « *la politique d'entreprise concernant la prévention des accidents majeurs* » concerne la maîtrise des risques d'accident majeur ainsi que Avant le début d'une activité, les exploitants doivent fournir un certain nombre de documents énoncés à l'article 11 de la directive. Parmi ceux-ci,

105) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 31. Voir également en ce sens, J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 35-36.

106) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 33 § 3.

107) Id., art. 26.

108) Id., préambule, cons. (26).

109) Id., art. 3 § 1.

Cap VI libro 4.pmd 196 10/05/2018, 19:31

« la politique d'entreprise concernant la prévention des accidents majeurs » concerne la maîtrise des risques d'accident majeur ainsi que l'amélioration permanente de la maîtrise de ce risque afin *« d'assurer un niveau de protection élevé en tout temps »*[110]. Cette politique doit être maintenue tout au long des opérations, notamment grâce à la mise en place de mécanismes de suivi[111]. L'article 11 poursuit en imposant une présentation du *« système de gestion de la sécurité et de l'environnement »*[112] de l'exploitant. Cette présentation comprend les modalités organisationnelles de la maîtrise des dangers, le rapport sur les dangers majeurs ainsi que le programme de vérification indépendante[113]. Le rapport sur les dangers majeurs[114] doit pouvoir permettre d'identifier précisément les risques par l'intermédiaire d'un inventaire des dangers et de la probabilité de survenance de ceux-ci compte tenu *« des conditions météorologiques et du changement climatique sur la résilience à long terme des installations »*[115]. Le programme de vérification indépendante[116] doit permettre d'apprécier la fiabilité des mesures et des équipements des installations via un contrôle mené par un expert nommé par l'exploitant selon des critères objectifs[117]. Ce mécanisme de vérification indépendante doit ainsi permettre l'application des meilleures pratiques environnementales[118].

Il est également demandé à l'exploitant de transmettre son *« plan d'intervention d'urgence interne »*[119] qui concerne les accidents sans effets transfrontaliers afin de limiter et réduire les dommages de pollution. À travers l'élaboration d'un plan d'intervention d'urgence interne, les exploitants sont tenus par l'article 30 de prendre *« toutes les mesures adéquates pour prévenir son aggravation* [NDLR : d'un accident majeur] *et pour en limiter les conséquences »*.[120]

---

110) Id., art. 19 § 2.

111) Id., art. 19 § 1.

112) Id., art. 11 § 2.

113) Id., art. 19 § 3.

114) Id., art. 12 et 13.

115) J. ROCHETTE, M. WEMAËRE, L. CHABASON, S. CALLET, « En finir avec le bleu pétrole : pour une meilleure régulation des activités pétrolières et gazières offshore », STUDY biodiversity, *IDDRI SciencesPo*, N°01/14 Février 2014, p. 20.

116) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 17.

117) Id., Annexe V.

118) J. ROCHETTE, M. WEMAËRE, L. CHABASON, S. CALLET, « En finir avec le bleu pétrole : pour une meilleure régulation des activités pétrolières et gazières offshore », STUDY biodiversity, *IDDRI SciencesPo*, N°01/14 Février 2014, p. 20.

119) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art.14.

120) Id., art. 30 § 2.

Cap VI libro 4.pmd 197 10/05/2018, 19:31

Au-delà de la notification des opérations sur puits ou des opérations combinées, les exploitants sont tenus de notifier *« tout accident ou toute situation comportant un risque immédiat d'accident majeur »*[121]. Cette notification doit être relativement précise afin d'assurer une meilleure organisation de la réponse, elle doit donc comprendre *« l'origine, les incidences éventuelles sur l'environnement et les conséquences majeures éventuelles »*[122].

L'exploitant est également, au sens de la directive, un acteur collaboratif de la prévention. En ce sens, la Commission a institué en janvier 2012 le « Groupe des autorités du pétrole et du gaz en mer de l'Union européenne » (EUOAG)[123]. Ce groupe d'experts présidé par la Commission a pour mission de promouvoir une collaboration efficace avec les autorités nationales. Entre autres, cette institution établit les normes et meilleures pratiques européennes en collaboration avec les exploitants et permet un échange facilité entre les acteurs de la prévention.

L'exploitant est donc un acteur central de la prévention au sein de la directive « offshore », il s'établit également comme le principal et seul responsable en cas d'accident majeur.

B. La mise en place d'un mécanisme de responsabilité première décevant.

Aux termes de la directive, on a pu voir que l'exploitant devrait être capable financièrement *« d'assumer les responsabilités qui pourraient découler des opérations pétrolières et gazières en mer concernées, y compris une responsabilité en cas de préjudice économique éventuel lorsque cette responsabilité est prévue par le droit national »*[124]. Cette capacité financière et technique de maîtriser les accidents est fixée sur l'unique personne de l'exploitant. En effet, l'article 19 paragraphe 2 considère cette responsabilité comme une *« responsabilité première »* à la charge de l'exploitant.

Outre cette responsabilité première, la directive « offshore » s'intéresse plus spécifiquement à la responsabilité de l'exploitant pour les dommages environnementaux :

> *« Sans préjudice du champ d'application existant de la responsabilité en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux*

---

121) Id., art. 30 § 1.

122) Ibid.

123) Décision de la Commission du 19 janvier 2012 instituant le groupe des autorités du pétrole et du gaz en mer de l'Union européenne, *JOUE nº C 18* du 21 janvier 2012.

124) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 4 § 2 (c).

Cap VI libro 4.pmd 198 10/05/2018, 19:31

en vertu de la directive 2004/35/CE, les États membres veillent à ce que le titulaire d'une autorisation soit financièrement responsable de la prévention et de la réparation de tout dommage environnemental défini dans ladite directive, occasionné par des opérations pétrolières et gazières en mer effectuées par lui-même ou par l'exploitant, ou pour leur compte »[125].

La directive « offshore » étend le champ d'application de la directive de 2004 sur la responsabilité environnementale[126] aux *« eaux marines »*[127]. En outre, un dommage environnemental au sens de la directive de 2004 s'entend comme un dommage qui peut affecter les espèces ou leurs habitats, les eaux ou les sols[128]. La directive « offshore », en fondant la notion de responsabilité environnementale sur la définition de la directive de 2004, reconnaît la notion de préjudice écologique *per se*[129].

La directive « offshore » désigne le titulaire de l'autorisation comme *« le responsable objectif et ope legis des dommages environnementaux occasionnés par des opérations pétrolières et gazières en mer, qu'il en soit ou non l'auteur immédiat »*[130]. En ce sens, la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant facilite l'identification du responsable ainsi que la réparation du dommage puisque celui-ci doit disposer des moyens financiers suffisants pour réparer le dommage[131]. Elle permet également de « responsabiliser » l'exploitant qui devra s'efforcer de mettre en œuvre toutes les mesures de prévention dont il a la capacité. En ce sens, la mise en cause de la responsabilité de l'exploitant peut avoir un rôle préventif.

Toutefois, certains auteurs critiquent l'absence de régime de responsabilité plus complet[132]. En ce sens, José JUSTE-RUIZ regrette cette canalisation de la responsabilité et considère qu'une *« responsabilité solidaire du titulaire de l'autorisation,*

---

125) Id., art. 7.

126) Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE nº L 143* du 30 avril 2004.

127) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 38.

128) Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE nº L143* du 30 avril 2004, art. 2 § 1.

129) A. DURAND, *L'exploration et l'exploitation des hydrocarbures en mer et la protection de l'environnement*, Université de Grenoble, 2014, p. 342.

130) J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 36.

131) Ibid.

132) J. ROCHETTE, M. WEMAËRE, L. CHABASON, S. CALLET, « En finir avec le bleu pétrole : pour une meilleure régulation des activités pétrolières et gazières offshore », STUDY biodiversity, *IDDRI SciencesPo*, N°01/14 Février 2014, p. 20.

Cap VI libro 4.pmd 199 10/05/2018, 19:31

de l'exploitant et des contractants »[133] aurait pu permettre d'éviter des situations d'insolvabilité dans le cas où un dommage de pollution aurait été sous-estimé lors de la délivrance de l'autorisation. Cette crainte se poursuit par l'absence d'instruments de garantie financière pourtant recommandés par la Commission, mais abandonnés face à l'opposition des acteurs de l'industrie et des assurances[134].

La directive de 2013, relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer, s'inscrit dans un cadre européen hétérogène et lacunaire. Elle est une réponse directe à la catastrophe du « Deepwater Horizon » et apporte ainsi un régime attendu de prévention face aux accidents offshore. Cependant, la limitation de son champ d'application à la notion *« d'accidents majeurs »* ainsi qu'aux incidents survenus dans les eaux sous la juridiction des États membres conduit à limiter son efficacité et sa portée. Relativement complète concernant les acteurs et les activités qu'elle encadre, elle permet l'établissement d'un cadre de prévention qui semble efficace. Pour autant, la directive n'institue qu'un « cadre » de prévention et ne met pas en place de mesures précises. Au contraire, certains auteurs regrettent le manque *« de portée juridique précise »*[135] de ces dispositions. Ce manque de portée et d'engagement de la directive est notamment ressenti dans le défaut de régime de responsabilité complet et l'absence de mesures techniques de prévention au-delà de l'élaboration et la transmission de documents. Beaucoup y voient une « occasion manquée ». L'efficacité de ce cadre européen est encore incertaine. En effet, la transposition devait être faite avant le 19 juillet 2015[136], mais la directive transposée ne commence réellement à s'appliquer que depuis le 19 juillet 2016 pour les installations actuelles[137] et qu'à partir du 19 juillet 2018 pour les installations futures[138]. Enfin, l'efficacité de la directive ne sera réellement appréciée qu'à la suite du rapport rendu le 19 juillet 2019 qui présentera une évaluation de la directive par la Commission[139]. Dans l'ensemble, la directive semble un instrument nécessaire plus que novateur. Il est pourtant bien moins contraignant que ce qu'avait souhaité la Commission dans sa communication du 12 octobre 2010 sur « Le défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore »[140]. Les trois années

---

133) J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 36.

134) Ibid.

135) Ibid.

136) Pour la transposition en droit français, voir : P. CHAUMETTE, « Opérations pétrolières et gazières en mer », https://humansea.hypotheses.org/405, 6 janvier 2016, consulté pour la dernière fois le 31/07/2017.

137) Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *JOUE nº L 178* du 28 juin 2013, art. 42 § 1.

138) Id., art. 42 § 2.

139) Id., art. 40.

140) Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Le défi de la sécurisation des activités pétrolières et gazières offshore », 12 octobre 2010, COM (2010) 560 final.

Cap VI libro 4.pmd 200 10/05/2018, 19:31

d'élaboration de la directive ont permis aux acteurs industriels d'obtenir un cadre de prévention relativement imprécis leur permettant une *« autorégulation »*[141] de leur activité. Cette *« autorégulation »* doit être faite consciencieusement afin d'assurer une prévention efficace. En effet, l'acteur industriel conditionne lui aussi l'efficacité de cette prévention en assurant une collaboration avec les États, mais également en mettant en place des normes techniques internes à son activité.

141) J. JUSTE-RUIZ, « La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer », *Revue juridique de l'environnement* 2014/1, vol. 39, p. 43.

Cap VI libro 4.pmd 201 10/05/2018, 19:31

CHAPTER 7
Le devoir de vigilance dans le réseau d'entreprises offshore

Florian THOMAS
Centre de Droit Maritime et Océanique,
Université de Nantes, France

Abstract: *The offshore oil and gas activity is a transnational activity that falls, however, within the competence of coastal states. Various companies, organised in networks, intervene in and around the site of production. This reticular organisation by contracts promotes the development of the power of oil transnational corporations (TNCs). The responsibility of these TNCs is a major legal issue. Duty of care appears as one of the legal instruments of responsibility. This duty of care, developed by corporate social responsibility as well as by some national laws, is a hybrid instrument of co-regulation whose analysis raises many questions.*

Résumé : *L'activité gazière et pétrolière offshore est une activité transnationale qui relève toutefois de la compétence des États côtiers. Diverses entreprises organisées en réseau interviennent sur le site de production. Cette organisation réticulaire contractuelle favorise le développement du pouvoir des entreprises pétrolières transnationales (ETN). La responsabilisation de ces ETN constitue un enjeu juridique majeur. Le devoir de vigilance apparaît comme un des instruments juridiques de responsabilisation. Le devoir de vigilance, développé par la responsabilité sociale des entreprises ainsi que par certaines lois nationales, est un instrument hybride de co-régulation dont l'analyse soulève de nombreuses interrogations.*

Cap VII libro 4.pmd 203 28/06/2018, 17:56

Introduction

L'activité pétrolière et gazière offshore est une activité transnationale en prise directe avec son environnement local. C'est une activité transnationale, en premier lieu, car elle est réalisée par des entreprises organisées en groupes de sociétés qui développent des réseaux contractuels globaux, ce qui implique *a priori* deux situations interdépendantes. Il s'agit, d'une part, des liens entre la société mère et ses filiales[1] au sein d'un même groupe d'entreprises et, d'autre part, des rapports entre les sociétés donneuses d'ordre, ou les maîtres d'ouvrages, entre eux, et avec leurs sous-traitants. L'activité offshore est transnationale, en second lieu, à raison des circuits empruntés par la production, ponctuellement situés sur différents territoires terrestres[2].

L'activité est par ailleurs locale, à tout le moins physiquement située, de prime abord car elle est en prise avec le fond marin d'un État, sur la localisation duquel les opérateurs privés n'ont pas de pouvoir[3]. La « localisation » s'entend encore de l'inscription de l'industrie offshore dans son environnement naturel, économique et social[4]. Les risques que fait peser l'activité offshore sur son environnement se traduisent en faits : John Ruggie, dans le rapport additionnel de 2008 des Nations Unies relatif à l'étendue et aux types de violations présumées des droits de l'homme mettant en cause des entreprises, a dénombré que, sur les 320 cas signalés sur le site web du Centre de ressources sur les entreprises et les droits de l'homme entre février 2005 et décembre 2007, 28 % concernaient le secteur extractif[5]. Les plaintes répertoriées étaient en grande partie relatives au droit social tant sur le lieu de travail qu'en dehors[6]. Dès lors,

---

1) Par filiale nous faisons référence aux filiales directes ainsi qu'aux chaînes de filiales, plus fréquentes.

2) Certains modes de traitement et de revente de la production, notamment par FPSO, conduisent à n'entretenir aucun lien physique entre la production et le territoire terrestre de l'État d'accueil, ce qui a pu donner lieu à des difficultés relatives à la détermination de la production et à son imposition par l'État d'accueil.

3) L'inscription territoriale des ressources, pétrolière et gazière, a pour conséquence directe d'éluder en partie la problématique des délocalisations relatives à la globalisation des activités industrielles.

4) Les pollutions dépassent évidemment les frontières maritimes et terrestres des États. Néanmoins, la dimension locale des pollutions est importante, que ce soit en matière de conséquences économiques ou sociales. Au plan juridique, les incriminations pénales et les diverses poursuites contre les responsables présumés des pollutions se réalisent encore principalement à une échelle locale. Les moyens mis en œuvre pour la dépollution des sites et les procédures d'urgence sont le plus souvent prévus par un encadrement juridique local ou régional.

5) Ce qui place le secteur extractif largement en tête du nombre de plaintes déposées. Précisons que les plaintes déposées concernent majoritairement l'Asie et le sud-est du Pacifique (28 %) et l'Afrique (22 %), selon le même rapport, p. 10.

6) Ibid., au titre des plaintes relevées, le rapport mentionne les atteintes à la liberté d'association, le droit à un salaire égal pour un travail égal, le droit d'organisation et de négociation collective, le droit à l'égalité de traitement au travail, le droit de ne pas être l'objet d'une discrimination, le droit à une rémunération équitable et satisfaisante, l'abolition de l'esclavage et du travail forcé, le droit à un environnement de travail sûr, l'abolition du travail des enfants, le droit au repos et aux loisirs, le droit au travail, le droit à une vie de famille etc.

Cap VII libro 4.pmd 205 28/06/2018, 17:56

le devoir de vigilance se présente comme un moyen de régulation de l'activité par l'imposition de mécanismes de prévention susceptibles d'engager la responsabilité des entreprises concernées.

Une première étape nécessaire à la compréhension des avancées que pourrait constituer l'établissement d'un devoir de vigilance effectif dans l'activité offshore, consiste à présenter la constitution du réseau des entreprises qui interviennent sur le site de production afin de souligner les spécificités de l'activité pétrolière et gazière, au plan juridique, qui nous intéresseront plus particulièrement pour la suite des développements (I).

Les risques liés à l'activité offshore sur son environnement naturel, économique et social, associés à la problématique de l'organisation sociétaire contractuelle et complexe des opérateurs privés, ont rendu nécessaire le développement d'une réflexion sur la responsabilité des parties au réseau d'entreprises. Le devoir de vigilance s'est ainsi développé à travers deux axes. En premier lieu, les opérateurs privés transnationaux, principalement les opérateurs principaux des champs de production, ont établi des instruments sous la forme d'engagements unilatéraux, autonomes et volontaires. À travers ces instruments dits de responsabilité sociale des entreprises[7], ces dernières s'engageaient à contrôler leurs filiales et leurs sous-traitants au sein de la chaîne de production.

Le second axe s'est développé pour pallier aux incertitudes tenant à la nature juridique des normes de RSE, par la consécration législative du devoir de vigilance, coercitif, imposé, hétéronome. Pourtant, l'étude du régime juridique des normes de RSE développées par les opérateurs privés d'une part, et de la loi sur le devoir de vigilance[8] d'autre part révèle la convergence des deux axes. Le devoir de vigilance apparaît alors comme un instrument hybride de responsabilisation des opérateurs (II).

---

7) Cutler A. C., *Private Power and Global authority, Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003, 306 pages, v. aussi Danielsen D., «How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance», *Harvard International Law Journal*, 2005, vol. 46, p. 411. En ce sens également, le livre vert de la Commission européenne introduit la RSE de la manière suivante : « La plupart des définitions de la responsabilité sociale des entreprises décrivent ce concept comme l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes », et continue en prévoyant : « être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir « davantage » dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes ». Commission européenne, *Livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises »*, COM/2001/0366 final, points 21 et 22.

8) Notre étude est plus spécifiquement ordonnée autour de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JO 28 mars 2017.

Cap VII libro 4.pmd 206 28/06/2018, 17:56

I La constitution du réseau d'entreprises offshore

Selon un schéma classique, l'activité offshore est réalisée par un opérateur principal, cocontractant de l'État d'accueil sur lequel se situent les ressources naturelles. Au plan juridique, la réalisation de l'activité naît de cette relation contractuelle entre l'État d'accueil, qui détient une compétence exclusive sur l'exploitation des ressources de son sous-sol marin, et l'opérateur principal (A). À cette relation initiale se greffe un réseau contractuel d'entreprises composé de nombreuses sociétés, filiales de l'opérateur principal, des sociétés de travaux sous-traitantes, ainsi que des sociétés spécialisées qui se déclinent selon un schéma identique en sociétés sous-filiales et sous-traitantes (B).

A. La relation contractuelle entre l'opérateur principal et l'État d'accueil

1. La compétence exclusive des États sur leurs ressources

Les ressources pétrolières et gazières en mer sont, pour l'heure, exclusivement situées dans le sous-sol marin d'un État côtier, selon la terminologie du droit international public, ou de l'État d'accueil selon les termes du commerce international. Les ressources se situent plus précisément dans le sous-sol marin du plateau continental, qui s'étend jusqu'à 200 milles des lignes de base de l'État côtier, sous réserve de son extension dans la limite des 350 milles[9].

L'État d'accueil exerce, dans cet espace, des compétences exclusives en matière d'exploration et d'exploitation des ressources de son sous-sol marin[10]. En ce sens, l'Assemblée générale des Nations Unies évoque dans sa résolution 1803, « le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles »[11]. Le Traité sur la Charte de l'énergie, en matière d'investissements internationaux, affirme par ailleurs que « les parties contractantes reconnaissent la souveraineté nationale et les droits souverains sur les ressources énergétiques. Elles réaffirment qu'ils doivent être exercés en conformité et sous réserve des règles du droit international »[12]. La compétence exclusive des États côtiers en matière d'exploration et d'exploitation des ressources de leur sous-sol marin est

9) Art. 76, 1., de la Convention de Montego Bay.

10) Sur la question de l'océan en tant qu'espace à polyrégimes, voir l'introduction et la superbe cartographie réalisée par Jean-Pierre Beurier, *Droits maritimes*, *op. cit.*, p. 74-83.

11) Résolution 1803 (XVII) en date du 14 décembre 1962 sur « la souveraineté permanente sur les ressources naturelles », point 1.

12) Article 18 du Traité sur la Charte de l'Énergie signé à Lisbonne le 17 décembre 1994, entré en vigueur depuis avril 1998.

Cap VII libro 4.pmd 207 28/06/2018, 17:56

également prévue par la Convention de Montego Bay[13]. L'exclusivité conduit à ce que personne ne puisse mener une campagne d'exploration ou exploiter les ressources sous-marines de l'État côtier sans son accord.

Les États d'accueil assignent par ailleurs aux ressources minérales et à leur exploitation des fonctions en miroir de leurs fonctions régaliennes, à savoir qu'elles doivent servir au développement de l'État nation et bénéficier, *in fine*, au bien-être de la population de l'État d'accueil. Le pétrole et le gaz sont des ressources énergétiques fondamentales dans le développement des États modernes. À la compétence exclusive de l'État sur ses ressources, se dédoublent les fonctions sociales essentielles assignées aux ressources et à leur exploitation. Cette double nature attachée aux ressources détermine l'essentiel du régime contractuel d'accession à l'activité qui s'étend au réseau d'entreprises offshore.

2. Les contrats de partage de la production et les contrats de concession

En réalité, deux systèmes contractuels existent. Le débat qui s'est tenu, particulièrement en France du fait de la dualité marquée des juridictions[14], a porté sur la nature juridique de la concession. Plus précisément, il s'est agi de déterminer si une concession était un contrat ou un acte administratif unilatéral. Le débat s'est concentré sur l'accord des volontés. Rappelons qu'en droit français, y compris en droit administratif[15], un contrat se définit comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »[16]. Le contrat de concession de mines est de nature mixte[17], puisqu'il repose sur la combinaison de clauses à caractère règlementaire, c'est par exemple le cas du cahier des charges types, et de nombreuses clauses exorbitantes du droit

13) Art. 77, 1., CMB. Par ailleurs l'art. 77, 4., CMB précise que les ressources concernées sont « les ressources minérales et autres ressources non biologiques des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi que les organismes vivants qui appartiennent aux espèces sédentaires, c'est-à-dire les organismes qui, au stade où ils peuvent être pêchés, sont soit immobiles sur le fond ou au-dessous du fond, soit incapables de se déplacer autrement qu'en restant constamment en contact avec le fond ou le sous-sol ». Les ressources minérales comprennent le pétrole et le gaz. Voir également la Résolution 1803 (XVII) en date du 14 décembre 1962 sur « la souveraineté permanente sur les ressources naturelles », point 1.

14) Dans d'autres États, les difficultés tenant à la qualification des contrats de concession se posent en termes moins dogmatiques, mais plus pragmatiques, car le dualisme juridictionnel n'est pas aussi marqué et les catégories du droit privé et du droit public sont plus perméables.

15) DELVOLVÉ P., « Les contrats de la *commande publique* », *RFDA*, 2016, p. 202. L'auteur rappelle, dans un autre article, que le droit des contrats administratifs, bien que autonome par rapport au droit civil, comporte des solutions qui en font une application directe et s'inspire de ses principes, DELVOLVÉ P., « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *RFDA*, 2016, p. 619.

16) Art. 1101 du Code civil.

17) Généralement sur le sujet des actes mixtes en droit public français, voir MADIOT Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1972, tome 103, 390 pages.

Cap VII libro 4.pmd 208 28/06/2018, 17:56

commun, mais il repose aussi sur des clauses contractuelles négociées avec les opérateurs privés.

Le premier système repose sur le contrat de partage de la production et le second sur le contrat de concession[18]. À grands traits, le régime des contrats de concession concerne principalement les États développés, traditionnellement producteurs de pétrole, et les contrats de partage de la production sont davantage présents dans les États d'accueil plus pauvres. Le contrat de partage de la production ainsi que le contrat de concession sont des contrats par lesquels une entité privée est autorisée à explorer ou exploiter les ressources de l'État d'accueil dans une zone géographique et pour une durée déterminée en contrepartie d'une rémunération.

La principale différence entre ces deux contrats résidait traditionnellement dans le mode de rémunération et dans l'étendue laissée à la liberté contractuelle. Les contrats de concession se rapprocheraient des contrats d'adhésion, l'opérateur souhaitant conclure le contrat devant satisfaire aux exigences prévues à la concession et les contrats de partage de la production seraient davantage négociables, souvent en faveur de l'entreprise pétrolière transnationale plus puissante que l'État d'accueil cocontractant. Par ailleurs, l'un donnait lieu au paiement d'une somme en contrepartie de la concession et le second mettait en place une rémunération assise sur la production. Cet état des faits est moins vrai aujourd'hui et les deux systèmes ont tendance à converger. Malgré tout, la distinction est intéressante pour souligner les différents moyens juridiques d'accession à l'activité, et pour évoquer la question des rapports de force qui se développent au moment de la négociation de ces contrats.

À travers ces contrats, l'État confie la réalisation de l'activité pétrolière et gazière à une entreprise privée transnationale[19]. Quelques réflexions s'imposent. Il faut bien avoir à l'esprit que l'activité pétrolière et gazière n'est pas une activité anodine. D'une part, elle occupe une fonction sociétale primordiale, nous l'avons évoqué et, d'autre part, elle est une activité risquée et aux conséquences environnementales importantes en termes de fonctionnement et, potentiellement, en cas d'accidents[20].

---

18) Sur la problématique en général, se référer à l'étude de Tina Hunter, «Access to Petroleum under the licensing and concession system», *in* HUNTER T. (dir.), *Regulation of the Upstream Petroleum Sector. A Comparative Study of Licensing and Concession Systems*, éd. Edward Elgar publishing, coll. New Horizons in Environmental and Energy law, 2015.

19) Ici schématisé, il existe des compagnies pétrolières domestiques, nationales, qui se sont développées. Par ailleurs, certains États imposent que les opérateurs principaux travaillent avec les compagnies pétrolières nationales.

20) L'importance des risques est, de surcroît, corrélée aux données structurelles de l'activité, à savoir un amenuisement des ressources faciles d'accès qui nécessite que les opérateurs explorent et produisent dans des environnements plus fragiles et dans des conditions plus difficiles en termes de climat et de profondeur.

Cap VII libro 4.pmd 209 28/06/2018, 17:56

Au cœur de la relation initiale, s'opère une forme de transfert par voie contractuelle des fonctions sociales normalement assurées par l'État d'accueil vers l'opérateur principal, que ce transfert s'opère par la voie de clauses sociales ou environnementales précises, ou par les fonctions générales associées au contrat. Les fondements contractuels sont également à la base du réseau des entreprises offshore.

B. Organisation réticulaire des entreprises offshore

L'intérêt de la mise en œuvre d'un devoir de vigilance effectif sera particulièrement perceptible après avoir présenté la logique de constitution du réseau et les rapports, juridiques et de pouvoirs, qui en lient les différentes parties.

L'activité offshore est donc en premier lieu menée par un opérateur principal, qui est généralement une entreprise pétrolière transnationale. Cette dernière accède au marché par la conclusion d'un contrat avec l'État d'accueil. Or, une première difficulté émerge sur la réalité juridique de cet opérateur principal et les structures qui vont, en pratique, exécuter le contrat (1). L'opérateur principal n'est pas le seul intervenant sur le champ pétrolier offshore. Lui-même, la structure qu'il aura créée, ou l'organisation à laquelle il est associé, se lie à une entreprise de forage qui dirige, par l'intermédiaire d'un contrat d'entreprise, les travaux sur la plateforme (2). À cette seconde relation contractuelle structurante sont attachés une multitude de contrats avec différents sous-traitants.

1. L'opérateur principal et la *joint-venture*

a) L'opérateur principal et l'autonomie des sociétés

L'évocation des grandes compagnies pétrolières transnationales fait naturellement penser aux principales d'entre elles, comme autant d'entités qui apparaissent, chacune, comme une unité, citons *British Petroleum*, *Exxon*, *Shell*, *Total,* etc. Cette unité, économique, ne répond pourtant pas à la réalité de l'organisation sociétaire de ces entreprises au plan juridique. Au niveau international, aucune définition de l'entreprise multinationale n'existe. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales évoquent simplement qu'il « s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières ». Les principes précisent que : « une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres, mais leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à l'autre. Leur actionnariat peut être privé, public ou mixte »[21]. La relativité de la définition ainsi formulée doit être précisée afin

21) Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 1976, version adoptée et mise à jour le 25 mai 2011, p. 19-20.

Cap VII libro 4.pmd 210 28/06/2018, 17:56

de soulever les problématiques qui naissent de la dissociation entre la réalité économique et organisationnelle des entreprises et leur existence juridique. Au plan juridique, ces entreprises sont décomposées en une multitude d'entités autonomes, des filiales, dont elles sont les sociétés mères.

La société *Total SA*, société mère dont le siège social est situé en France est, par exemple, composée d'au moins[22] 934 filiales[23], ou sociétés affiliées, qui forment autant d'entités juridiques distinctes de la société mère[24]. Ainsi, l'entreprise transnationale en tant qu'organisation économique, contrôle et dirige les opérations de l'entreprise à l'échelle mondiale, mais n'est pas liée juridiquement à ses filiales. Le groupe n'a pas d'existence légale, et les entités juridiques qui le composent sont autonomes et indépendantes les unes des autres. De cette manière, la société Y n'aura *a priori* pas à répondre des actes de sa filiale, ou de sa sous-filiale X. Ce cloisonnement des sociétés du groupe est opérationnel à travers la reconnaissance de la personnalité morale[25], de leur autonomie[26], et de la relativité des conventions[27]. Concrètement, par ce type de montage, la société mère n'engage pas sa responsabilité du fait de ses filiales au-delà du risque lié à son engagement financier dans la structure, et ce alors même qu'elle exercerait un contrôle sur ces dernières[28].

---

22) PETITJEAN O., « Transparence fiscale. Les filiales «oubliées» de Total », 1er juin 2015, disponible à ce lien : http://multinationales.org/Transparence-fiscale-les-filiales-oubliees-de-Total, consulté le 28 août 2017.

23) Le site internet de Total, qui a publié la liste de ses filiales consolidées pour la première fois en 2015, fait état, au 31 décembre 2016, d'un périmètre de consolidation composé de 934 sociétés dont 839 font l'objet d'une intégration globale, et 95 d'une mise en équivalence. Total, *Document de référence 2016*, p. 292-308.

24) RUGGIE J. G., «Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy», *Regulation & Governance*, 2017, p. 2 ; Alain DENEAULT évoque, en 2015, une participation de Total au sein de 882 sociétés situées dans plus de 130 États, v. DENEAULT A.., *De quoi Total est-elle la somme ? Multinationales et perversion du droit*, éd. Rue de l'échiquier, 2017, p. 507. Ces chiffres sont susceptibles de varier rapidement dans un secteur d'activité où les restructurations internes et les acquisitions d'envergure sont courantes, à l'instar du rachat par Total de la filiale pétrolière de l'entreprise danoise de transport maritime A.P. Moller-Maersk, Maersk Oil & Gas, le 21 août 2017.

25) L'article L. 210-6 du code de commerce prévoit que : « les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés ». L'article 1842 du code civil, dispose de son côté que « les sociétés autres que les sociétés en participation (…) jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».

26) V. par exemple sur l'autonomie des personnes morales d'un même groupe, Cass. com. 29 juin 1993, nº 91-20.380, Bull. civ. IV, nº 271, et Cass., ass. plén., 9 oct. 2006, nº 06-11.056.

27) Aux termes de l'article 1199 du code civil : « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter ».

28) Sur ce sujet, v. RUGGIE J. G., «Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy», *Regulation & Governance*, *op. cit.*, et ROBÉ J.-P., LYON-CAEN A., VERNAC S., *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge, 2016, 246 pages et, plus précisément, ROBÉ J.-P., «Firms and Power: Globalization and constitutionalization of the world-power system», p. 11-52. L'auteur exprime l'idée que la globalisation, par l'affaiblissement des États-nations et l'autonomie accordée aux pouvoirs privés, a institué un système de pouvoirs à l'échelle mondiale, devenu un véritable « système constitutionnel ».

Cap VII libro 4.pmd 211 28/06/2018, 17:56

L'entreprise transnationale qui s'engage par le contrat initial avec l'État d'accueil le fait généralement à travers une de ses filiales, en réalité des sous-filiales spécialisées et implantées physiquement sur le territoire de l'État d'accueil, pour ce qui concerne la partie opérationnelle[29]. Poursuivons l'exemple de *Total*, à travers ses activités au Nigeria. *Total* est présente au Nigeria pour la production de gaz naturel liquéfié, à travers sa filiale *Total Nigeria LNG Limited*. Cette société, pour ses activités opérationnelles, est associée à *Shell Gas B.V.*, *Eni International B.V.*, et la *Nigerian National Petroleum Corporation*, la société nationale de pétrole du Nigeria, dans le cadre d'une *joint-venture* dénommée *Nigeria LNG Limited*. Ainsi, quatre entités sont impliquées dans les décisions que prend l'entreprise sur le terrain. Trois de ces sociétés sont des filiales d'autres entreprises transnationales. En décousant le fil du réseau, il s'avère que *Total LNG Nigeria Limited*, partie majoritaire à la *joint-venture*, est immatriculée aux États-Unis, sous la dénomination de *Total Gaz & Electricité Holdings France*, qui est elle-même une filiale contrôlée par *Total SA*, la société mère française[30]. Entre la société mère et la société filiale opérationnelle, se situent au moins deux filiales, et une *joint-venture* transnationale. Par ces constructions juridiques, la société mère peut ne pas être responsable des préjudices occasionnés par sa filiale, sauf circonstances exceptionnelles[31] ou en vertu de mécanismes propres à des branches du droit de certains droits internes, à l'instar du droit social[32] ou du droit de la concurrence. Bien que physiquement située sur le territoire d'un État, la ressource est donc extraite par des opérateurs privés structurés en groupes d'entreprises situés dans différents États. Le corpus juridique de l'État d'accueil s'applique ainsi à l'entreprise qui est implantée juridiquement sur son territoire mais pas à l'entreprise en tant qu'unité économique, ce qui entraîne des conséquences directes en matière de responsabilité et de droit international privé.

L'opérateur principal du champ pétrolier offshore doit s'analyser au regard de cette lecture sociétaire et du contrat initial qu'il a conclu avec l'État d'accueil. Il est l'entreprise autorisée à explorer et à exploiter la zone, et dont l'activité comporte une dimension fondamentale d'intérêt général. Il est également une organisation économique

---

29) Il est possible que les capitaux financiers soient affectés dans des sociétés établies dans des États aux régimes fiscaux avantageux. Par ailleurs, la dissociation du financier et de l'opérationnel au sein de sociétés différentes, établies dans plusieurs États, peut permettre de limiter les pertes financières en cas d'engagement de la responsabilité de la société opérationnelle.

30) NARESH A., «Big Data decoding Big Oil: Nigerian corporate Networks», 22 janvier 2014, disponible à ce lien : http://openoil.net/2014/01/22/big-data-decoding-big-oil-nigerian-corporate-networks/, consulté le 28 août 2017.

31) Relevons ici la négligence grave, la fraude, la connaissance du préjudice et l'absence d'action pour l'arrêter.

32) À ce sujet, voir les travaux d'Elsa Peskine, notamment *Réseau d'entreprises en droit du travail*, LDGJ, coll. Thèses, tome 45, 2008, pages 243 et s., « L'imputation en droit du travail », *RDT*, 2012, p. 347, ou encore, avec Stéphane VERNAC, « Pouvoirs et responsabilités dans les organisations pluri-sociétaires », *in* BORENFREUND G., PESKINE E. (dir.), *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, pages 119 et s.

Cap VII libro 4.pmd 212 28/06/2018, 17:56

dissociée, au plan juridique, de ses filiales, qui ont conclu le contrat initial, qui effectuent l'activité et se lient contractuellement avec d'autres opérateurs à cette fin.

Au contrat initial liant l'opérateur principal, qui recouvre souvent une relation horizontale entre la société mère et ses filiales, s'ajoutent deux rapports contractuels fondateurs. Le premier est celui qui relie l'opérateur principal à une *joint-venture*. Le second est celui qui lie l'opérateur principal, ou la *joint-venture*, à l'entreprise de forage.

b) L'opérateur principal et la *joint-venture*

Pour mener son activité, l'opérateur principal s'associe généralement au sein d'une *joint-venture*. Une *joint-venture* s'entend d'« une association, de deux ou plusieurs personnes, fondée sur un contrat, qui a pour objet la mise en commun d'un capital, de propriétés, de compétences, de connaissances, d'expérience, de temps et d'autres ressources pour la réalisation d'un projet ou d'une action particulière, et par lequel les parties s'accordent à partager les profits et les pertes, tout en se répartissant le contrôle du projet pour la réalisation duquel ils sont associés »[33].

Les fondements de la *joint-venture* sont contractuels. Appliqué à l'activité offshore, c'est un contrat qui lie plusieurs entreprises, privées ou publiques, en vue de la réalisation de l'exploration ou de la production de gaz et de pétrole. Ces entreprises peuvent être des financeurs, ou d'autres entreprises pétrolières locales ou transnationales. Cette association a bien évidemment pour objet central d'apporter un capital suffisant tout en limitant les risques que fait courir l'activité offshore. Pour ce faire, la *joint-venture* adopte régulièrement la forme sociétaire afin de bénéficier de la personnalité morale, à l'instar des filiales de la société mère.

2. Les entreprises de forage et de service

a) Les entreprises de forage

Les opérateurs principaux, pour mener à bien leur activité, font appel à des entreprises de forage spécialisées, qui sont elles-mêmes généralement d'importantes entreprises transnationales revêtant les mêmes caractéristiques que l'opérateur principal sur le plan sociétaire. Trois principaux types de contrats sont conclus entre l'opérateur principal et l'entreprise de forage. Ces contrats établissent des clauses particulières relatives à l'implication des sociétés concernées, les modes de rémunération, la répartition de la main-d'œuvre ou encore leur responsabilité en cas d'accident. Il

33) Nous reprenons ici la définition issue de l'ouvrage de référence de Samuel WILLISTON, *Treatise on the Law of Contracts*, *op. cit.*, p. 554. En anglais : «The joint venture is an association of two or more persons based on contract who combine their money, property, knowledge, skills, experience, time or other resources in the furtherance of a particular project or undertaking, usually agreeing to share the profits and the losses and each having some degree of control over the venture».

Cap VII libro 4.pmd 213 28/06/2018, 17:56

s'agit des *day work drilling contract*, les *footage drilling contract* et les *turnkey drilling contract*[34].

Sur l'établissement de travail, pour utiliser un vocabulaire travailliste, c'est-à-dire sur la plateforme offshore, l'entreprise réellement en charge de mener l'activité est la plupart du temps l'entreprise de forage. Ces entreprises, ainsi que les entreprises avec qui elles contractent pour la réalisation d'opérations spécifiques telles que la plongée, le grutage, etc., représentent le plus gros contingent de travailleurs. Très peu de travailleurs de l'opérateur principal sont présents sur l'établissement, si ce n'est aux postes centraux de direction.

b) Les entreprises de services

Des entreprises de services, c'est-à-dire détachées de l'exploration et de l'exploitation directe du champ pétrolier, interviennent sur la plateforme offshore. Il peut s'agir des entreprises de ravitaillement de la plateforme, mais aussi des personnels de santé ou de cuisine. Ces entreprises également peuvent être transnationales à l'instar du leader sur le marché de la restauration collective, la société *Sodexo*.

c) Les entreprises de main-d'œuvre

Enfin, des entreprises de main d'œuvre, à l'instar des entreprises de *manning* maritimes, sont sollicitées pour recruter dans le cadre de certaines missions du personnel compétent afin de réaliser une activité généralement ponctuelle que ce soit en matière de travaux, comme le forage, ou en matière de services. Cela intègre dans le schéma un énième tiers aux relations entre les entités du site, ou entre les entités et leurs travailleurs.

Nous retiendrons donc que le contrat initial par lequel l'État autorise l'opérateur principal à explorer ou exploiter les ressources minérales de son sous-sol marin, dépasse l'accord entre deux volontés individuelles privées, mais qu'il opère une sorte de transfert des fonctions étatiques d'intérêt général à une entité privée.

Cette entité, l'opérateur principal, est une entreprise transnationale dont il faut bien, d'une part, dissocier son existence en tant qu'organisation économique et son existence en tant qu'entité juridique autonome et, d'autre part, comprendre le réseau qu'elle crée pour mener à bien son activité, par l'association en *joint-venture* et par les liens qui l'unissent aux entreprises de forage et aux entreprises de services dont il faut affecter le même souci de dissociation de l'organisation économique et de l'existence légale. Un réseau de contrats liant ces entreprises sert donc d'outil juridique dans le but de générer le maximum de profits tout en subissant le moins de pertes, ce qui

34) LOWE J. S., *Oil and Gas Law in a Nutshell*, *op. cit.*, p. 513, CORTS K., «Turnkey Contracts as a Response to Incentive Problems: Evidence from the Offshore Drilling Industry», *Working paper*, Harvard University, 2000.

Cap VII libro 4.pmd 214 28/06/2018, 17:56

passe par une suppression des risques et des responsabilités ou, au moins, par leur dilution dans le réseau constitué.

Mais les buts assignés aux entreprises dans ce secteur d'activité, qui sont des buts sociaux d'une importance capitale, l'environnement, sensible, dans lequel se trouvent les plateformes offshore, ainsi que les préjudices et les risques considérables que cette activité fait peser sur l'environnement, sur l'économie, sur le social, doivent nécessairement s'accompagner d'obligations, et de mécanismes d'imputation de la responsabilité qui, par-delà les montages juridiques en réseau de contrats, permettent d'identifier des personnes juridiques responsables. Il s'agit, non pas seulement de réfléchir en termes de sanction, mais d'envisager la responsabilisation des acteurs tout au long de l'activité.

Le devoir de vigilance est un des mécanismes qui pourrait permettre de réguler le réseau de contrats sur lequel s'est construite l'activité pétrolière et gazière offshore.

II Le devoir de vigilance, instrument de responsabilisation hybride au sein du réseau d'entreprises

La centralité juridique des entreprises privées transnationales est le produit d'un décentrement normatif dont un premier mouvement est initié par les obligations incombant à l'opérateur principal en vertu du contrat initial qui le lie à l'État d'accueil. Le canal contractuel a également favorisé la dynamique de décentrement à travers le déploiement du pouvoir des entreprises transnationales, en premier lieu des opérateurs principaux, au sein du réseau à travers lequel l'activité est conduite. Par le jeu d'un rapport réflexif interne entre les « codes privés » et les « codes publics »[35]. La responsabilité sociale des entreprises (RSE) s'est particulièrement diffusée dans l'ensemble du réseau. Or, la nature des normes de RSE, qui sont des normes d'origine privée, volontaires et *a priori* non contraignantes, se heurte paradoxalement à l'importance qu'elles ont prise dans l'organisation de l'activité des entreprises offshore au plan international, au point que certaines fractures ont pu être relevées à l'occasion de catastrophes récentes à l'instar du *Deepwater Horizon*[36], entre la portée des normes

35) Voir particulièrement les travaux de Gunther TEUBNER à ce sujet, par exemple, « L'auto-constitutionnalisation des entreprises transnationales ? Sur les rapports entre les codes de conduite «privés» et «publics», des entreprises », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2015, p. 3-21. Plus généralement, TEUBNER G., *Fragments constitutionnels : le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, éd. Classiques Garnier, coll. Bibliothèque de la pensée juridique, 2016, 326 p. v. ROBÉ J.-P., LYON-CAEN A., VERNAC S., *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, *op. cit.*

36) CHERRY M. A., SNEIRSON J. F., «Beyond Profit: Rethinking Corporate Social Responsibility and Greenwashing after the BP Oil Disaster», *Tulane Law Review*, vol. 85:93, 2011, spécialement p. 988 à 1009.

Cap VII libro 4.pmd 215 28/06/2018, 17:56

de RSE et leur nature juridique[37]. Plusieurs perspectives s'offrent alors face à la nécessité de responsabiliser des acteurs dotés de pouvoirs normatifs cruciaux au sein de la société, et du réseau auquel ils appartiennent, des travailleurs aux autres entreprises cocontractantes. La première possibilité consiste à envisager les voies de juridicisation de la responsabilité sociale des entreprises par référence aux structures traditionnelles de l'État, c'est-à-dire, en résumé, de rendre contraignantes ces normes *a priori* non contraignantes en leur donnant une consistance juridique[38]. Une autre voie est de les considérer telles qu'elles sont, des normes éthiques d'application volontaires non contraignantes, disons tout au plus des normes déclaratives susceptibles d'orienter des comportements. Une troisième voie consiste à asseoir la réflexion sur le caractère hybride de la responsabilité sociale des entreprises et à développer des instruments de responsabilisation eux-mêmes hybrides, en ce qu'ils sont autant des instruments d'orientation des comportements, que des instruments contraignants, considérant les enjeux qu'ils sont censés régulés[39]. Le devoir de vigilance s'inscrit dans cette troisième voie.

Le devoir de vigilance s'est d'abord imposé comme un outil de responsabilité sociale des entreprises. Il s'est en effet développé en premier lieu dans les codes d'entreprises, autonomes et volontaires, ce qui soulève les mêmes questions que celles que nous avons posées précédemment au regard de sa nature et de sa portée[40]. En France, la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, promulguée le 27 mars 2017[41], opère une avancée timide[42] en mettant à la

37) On s'accordera à embrasser les liens entre responsabilité et pouvoir au sein du réseau dans leur interdépendance. Au même titre que la responsabilité est productrice de pouvoir, le pouvoir est producteur de responsabilités. Il ne saurait, en effet, y avoir de pouvoir sans responsabilité à moins de se satisfaire que des obligations de nature sociale, économique et environnementales cruciales, ne donnent pas lieu, en cas de non-respect, à la possibilité d'engager la responsabilité de celui qui ne les respectent pas, ce qui constituerait une autorisation à tout faire, y compris des actions irrémédiables, sans avoir à y répondre. Dans un autre sens, la responsabilité conduit nécessairement à l'accroissement des pouvoirs

38) Ce qui relève principalement d'une volonté politique des États, à savoir de légiférer sur la question de la responsabilité sociale des entreprises, ou en ouvrant des techniques de responsabilité classique à ces normes de RSE en fonction de leur nature, ce qui peut ouvrir à leur reconnaissance au plan juridictionnel.

39) Cette voie s'appuie en partie sur la première voie présentée, à savoir une juridicisation à travers les techniques existantes du droit de la responsabilité, et l'ouverture du droit de la responsabilité délictuelle et contractuelle, éventuellement par le truchement juridictionnel. Il s'agit également d'encadrer les pouvoirs de RSE par des dispositifs législatifs hybrides, composés de dispositions contraignantes et non contraignantes.

40) Notons toutefois que des voies de juridicisation sont empruntées, notamment en droit des contrats et en droit de la concurrence. À ce sujet, v. not. BROWNSWORD R., VAN GESTEL R. A. J., MICKLITZ H.-W., *Contract and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Edward Elgar Publishing, coll. Handbooks of Research Methods in Law series, 2017, 416 pages.

41) Notons que le devoir de vigilance apparaît également dans la loi nº 2014-790 du 10 juillet 2014 destinée à lutter contre la concurrence sociale déloyale entre sous-traitants ou prestataires de services, JORF nº 0159 du 11 juillet 2014 page 11496, qui prévoit trois obligations à la charge de l'entreprise donneuse d'ordre ou du maître d'ouvrage afin de combattre la fraude organisée en matière de détachement international de main-d'œuvre à bas coût : la vérification lors de la conclusion du contrat de sous-traitance

Cap VII libro 4.pmd 216 28/06/2018, 17:56

charge des grandes entreprises françaises[43] un devoir de vigilance dont l'objectif est de prévenir et réparer les dommages causés par l'activité, à travers la prise en compte du réseau et de la centralité de l'opérateur principal au sein de ce dernier[44] (A).

Le devoir de vigilance aménage le droit de la responsabilité civile délictuelle en vue de la régulation de certaines activités, notamment des activités à risque et à fonction sociale élevée, à l'instar de l'activité offshore, réalisée par des entreprises dites cruciales[45]. Il apparaît à ce titre comme un instrument de co-régulation marqué par son caractère incitatif tout en mettant en œuvre un régime de responsabilité en cas de non-respect des obligations qu'il prévoit à la charge des entreprises qui entrent dans son champ d'application. Il participe ainsi de la volonté d'imputation des obligations à une partie *a priori* autre que celle qui constitue le cœur de la relation juridique en cause (B).

A. Le devoir de vigilance et la centralité de l'opérateur principal

La loi sur le devoir de vigilance trouve son origine[46] dans la catastrophe du Rana Plaza, cet immeuble qui s'est effondré au Bangladesh le 24 avril 2013 du fait de la

---

que son cocontractant a bien déclaré auprès de l'administration du travail les travailleurs qu'il emploie ou qu'il détache ; au cours de l'exécution du contrat, enjoindre à son cocontractant de faire cesser immédiatement toute infraction à la législation du travail dont il a eu connaissance ; enfin, l'information des services de contrôle si le sous-traitant ne donne aucune suite à l'injonction du donneur d'ordre. Enfin, la loi nº 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « sapin II », JORF nº 0287 du 10 décembre 2016, déploie également le devoir de vigilance afin de mettre en place des « mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence », Art. 17, II, 3°. Sur la question, BOUCOBZA X., SERINET Y.-M., « Loi «Sapin 2» et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *D.*, 2017, p. 1619.

42) VINEY G., DANIS-FATÔME A., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610.

43) Le devoir de vigilance constituerait ainsi un désavantage compétitif pour les entreprises françaises. En ce sens, v. SCHILLER S., « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *La Semaine Juridique Édition Générale*, LexisNexis, nº 22, 29 mai 2017, p. 622.

44) La question de la centralité de l'opérateur principal à travers une approche du droit de la responsabilité peut également être établie par la production normative de ce dernier qui, à travers ses codes d'entreprises, internalise un devoir de vigilance à l'égard de ses filiales, et de ses sous-traitants au plan international. Néanmoins, le parti a été pris, dans le cadre de cet article, de nous concentrer sur l'étude de la centralité de l'opérateur principal à travers la seule loi sur le devoir de vigilance. Soulignons toutefois que l'opérateur principal n'est pas le seul à être visé par le devoir de vigilance, puisque peuvent également entrer dans le champ d'application les grandes entreprises parapétrolières, certaines entreprises techniques, ainsi que les grandes entreprises de services, de *supply* ou de restauration.

45) FRISON-ROCHE M.-A., « Réguler les entreprises cruciales », *D.*, 2014, p. 1556.

46) Voir l'article de Sophie SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *La Semaine Juridique Édition Générale*, LexisNexis, nº 22, 29 mai 2017, p. 622.

Cap VII libro 4.pmd 217 28/06/2018, 17:56

surpopulation de petits producteurs dans un bâtiment/usine entraînant la mort, officielle, de 1 129 personnes, et occasionnant des blessures à plus de 2 500 travailleurs. Or, il a été révélé lors de l'enquête consécutive à l'accident, que des étiquettes de marques françaises, entre autres, ont été retrouvées dans les ruines de l'usine, ce qui atteste que les sociétés françaises y faisaient fabriquer leurs vêtements par des sous-traitants sans avoir mis en place des procédures de vigilance suffisantes[47]. Il est dès lors aisé de comprendre que, à travers l'établissement d'une loi sur le devoir de vigilance, s'instille l'idée d'une méfiance de l'État vis-à-vis des entreprises transnationales, puisque *de facto* la confiance est brisée[48], qui aurait conduit à laisser le loisir aux entreprises transnationales de s'autoréguler sans intervention hétéronome.

La fin de la confiance ne signifie pas pour autant le retour à un étatisme normatif. La loi sur le devoir de vigilance institue un instrument de co-régulation qui, tout en faisant peser des obligations contraignantes et hétéronomes sur les entreprises transnationales (2), ne les place pas moins au centre du processus normatif d'encadrement de leur activité et au centre du réseau, ainsi que le révèle l'étude du champ d'application de la loi (1).

1. Le champ d'application de la loi et objectif général de la loi

La loi du 27 mars 2017 prévoit que : « Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au

47) Les marques retrouvées sur place attestent de la présence de nombreuses entreprises étrangères. Certaines des entreprises présentes dans le bâtiment avaient procédé à des audits de conformité, qui se sont révélés insuffisants. À ce sujet, se référer à l'étude réalisée par RÜHMKORF A., *Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains*, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 215, qui relève que la société *Primark* avait réalisé deux audits de conformité relatifs à ses sous-traitants, avant que le bâtiment ne s'effondre.

48) Le devoir de vigilance se développe bien souvent en parallèle d'une relation contractuelle et sert de complément à la bonne foi et au principe de loyauté. Il intègre une triple méfiance. La méfiance entre les opérateurs liés contractuellement. La méfiance de l'État vis-à-vis des organisations réticulaires complexes, qui permettent d'échapper aux solidarités nationales et à ses responsabilités. Enfin, le devoir de vigilance est développé par les entreprises au regard de la méfiance que certaines industries font naître chez les consommateurs, ce qui est typiquement le cas de l'industrie offshore. Sur ces questions en général, v. Georg SIMMEL, *Secret et sociétés secrètes*, Circé, 1996, qui estime que la confiance échappe à la logique d'intérêt et de calcul. Elle est nécessairement énigmatique et indéterminée, ce qui en fait la condition de son efficacité symbolique. L'objectif de vouloir rationnaliser la confiance revient à en dissiper le mystère, la croyance qui l'entoure et donc à l'annihiler. La confiance relèverait de l'être intuitif et non de l'être rationnel, cf. pages 109-110. Pour reprendre les mots de Anthony GIDDENS : « Toute confiance est d'une certaine manière confiance aveugle », *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 1994, p. 40. Le contrat est de prime abord perçu comme un instrument de confiance puisqu'il entend rationnaliser les attentes des individus qui, par l'échange de leur volonté, l'accord de leur consentement, s'imposent des obligations réciproques. En réalité, le contrat intègre la méfiance originelle des parties l'une vis-à-vis de l'autre, chacune des parties espérant en tirer le plus grand profit. Le contrat s'analyse alors comme un instrument d'intermédiation, un tiers de confiance entre les parties.

Cap VII libro 4.pmd 218 28/06/2018, 17:56

moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance »[49]. La centralité de la société mère, ou donneuse d'ordre, est renforcée par la présomption de conformité aux obligations de vigilance qui pèse sur les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent ces seuils dès lors que la société qui les contrôle a établi et mis en œuvre un plan de vigilance relatif à son activité propre et à celle de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle[50]. En outre, le texte précise que : « le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle[51] (…) directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie[52], lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ».

---

49) Article L. 225-102-4, I, alinéa 1 du Code de commerce. Il s'agit des sociétés de capitaux c'est-à-dire des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par action et des sociétés par actions simplifiées. Cette dernière a soulevé certaines hésitations, v. CUZACQ N., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D*, 2014, p. 1049. Néanmoins le renvoi opéré par l'article L 227-1 du Code de commerce permet d'inclure les SAS, v. SCHILLER S., « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*

50) Au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce. I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, […] comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

51) Au sens du II de l'article L. 233-16 du code de commerce, le contrôle résulte :

1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet.

52) Cass. com. 15 septembre 2009, n° 08-19.200. La relation commerciale établie est qualifiée par sa durée, son intensité et sa stabilité. Il n'y a pas d'obligation de formalisation de la relation par écrit. Le caractère significatif, la stabilité et la poursuite pour l'avenir de la relation commerciale suffisent à démontrer l'existence d'une relation commerciale établie. Cette relation commerciale établie sera facilement constituée en matière d'activité offshore, eu égard à la relative inertie contractuelle du secteur et à la durée moyenne des relations contractuelles nouées entre les opérateurs.

Cap VII libro 4.pmd 219 28/06/2018, 17:56

Selon un rapport produit par le gouvernement français, environ 150 sociétés françaises seraient concernées par la loi[53]. Parmi ces sociétés, la plus importante société pétrolière française, *Total*, qui a son siège social à Paris, est évidemment concernée, elle qui revendique employer directement plus de 98 000 personnes[54] à travers plus de 130 pays, dont 31,1 % en France, *Technip* qui revendique 44 000 collaborateurs exerçant leur activité dans 44 pays[55], *Sodexo*, en matière de services de qualité de vie et de restauration collective qui emploie, selon ses dires, 425 000 collaborateurs dans 80 pays, parmi lesquels 34 000 en France[56], ou encore *CEGELEC* qui a fusionné avec *Vinci* dans la filiale *Vinci Energies*, et qui, sans prendre en compte cette dernière, emploierait environ 22 000 collaborateurs dans plus d'une trentaine de pays[57]. L'obligation relative au plan de vigilance repose sur les sièges sociaux de ces sociétés et, à travers eux, sur les filiales qu'ils contrôlent et les sous-traitants auxquels ils font appel pour la réalisation de leur activité.

Le champ d'application de la loi sur le devoir de vigilance est donc centré sur les sociétés mères et les sociétés donneuses d'ordre dont le siège social est situé en France. La restriction est de taille puisqu'elle permet aux entreprises dont le siège social est situé à l'étranger de ne pas être concernées par les obligations que met en place la loi[58].

2. Les obligations pesant sur les sociétés mères et les sociétés donneuses d'ordre

Les sociétés visées doivent établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance[59]. Le plan comprend des mesures de vigilance nécessaires pour identifier

---

53) Observations présentées par le gouvernement devant le Conseil constitutionnel (NOR : CSCL1708427X).

54) Ce personnel est tantôt qualifié par Total d'employé, tantôt de collaborateur, mais ne correspond certainement pas à une qualification juridique précise. Les chiffres sont à consulter sur le site de Total, http://fr.total.com/fr/total-en-france/total-en-france, consulté le 27 juin 2017.

55) Voir le lien du site Technip : http://www.technipfmc.com/fr-FR/who-we-are, consulté le 23 octobre 2017.

56) Voir le lien du site Sodexo : http://fr.sodexo.com/qui-sommes-nous/sodexo-en-france.html, consulté le 23 octobre 2017.

57) Voir le lien sur le site CEGELEC : http://www.cegelec.fr/fr/presentation/profil/cegelec/, consulté le 23 octobre 2017.

58) À ce titre, l'ambition de la loi est considérablement amoindrie, et les entreprises françaises pourraient à l'avenir pâtir d'une situation qui leur serait défavorable vis-à-vis des entreprises étrangères qui réalisent pourtant une activité en France. Néanmoins, nous le verrons, le régime de responsabilité institué atténue les effets néfastes du texte sur les sociétés françaises par rapport à leurs homologues dont le siège social serait situé à l'étranger.

59) Les sociétés concernées sont censées établir et faire figurer le plan de vigilance dans le rapport de gestion de l'exercice 2017 qui sera présenté lors de leur assemblée générale de clôture de l'année 2017. La responsabilité des sociétés en cas de non-respect des obligations relatives au plan de vigilance pourra

Cap VII libro 4.pmd 220 28/06/2018, 17:56

les risques et prévenir les atteintes envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé, la sécurité des personnes ainsi que l'environnement. À ce titre, le plan doit comprendre :

- Une cartographie des risques, destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation.
- Des procédures d'évaluation régulières de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques.
- Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves.
- Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives de ladite société.
- Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

Par ailleurs, le plan de vigilance concerne les atteintes aux droits humains et les dommages environnementaux dans l'ensemble de la chaîne de production des entreprises concernées. Le plan de vigilance élaboré par la société concernée couvre les sociétés qu'elle détient directement ou indirectement[60]. Le plan de vigilance couvre également les sous-traitants et les fournisseurs avec lesquels la société concernée, tenue de mettre en place le plan, entretient une relation commerciale établie. Le périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de

être engagée dès 2018. Le compte rendu sur la mise en œuvre du devoir de vigilance n'est exigé qu'à partir de la publication du rapport portant sur le premier exercice ouvert après la publication de la loi, soit le 28 mars 2017, c'est-à-dire généralement à compter de 2019, cf. article 4 de la loi sur le devoir de vigilance.

60) L'article L. 225-102-4 du Code de commerce renvoie ici à l'article L. 233-3 du même Code qui prévoit :

« Toute personne, physique ou morale, est considérée (…) comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III.- Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

Cap VII libro 4.pmd 221 28/06/2018, 17:56

vigilance est donc particulièrement vaste. Cependant, un doute demeure quant à son étendue à l'ensemble du réseau, notamment aux sous-traitants et aux fournisseurs de second, de troisième degré, etc.[61].

3. L'association des parties prenantes de la société

Il revient à l'entreprise d'élaborer le plan, mais l'article L 225-102-4 précise que « le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale ». Les voies d'intégration des parties prenantes à l'élaboration du devoir de vigilance, ainsi que leur identité, peuvent faire l'objet d'interprétations diverses. Eu égard aux champs couverts par le plan de vigilance, il s'agit sans doute d'impliquer, d'une part, les acteurs de l'entreprise au premier titre desquels les salariés directement, ou à travers leurs institutions représentatives du personnel, ou leurs syndicats[62] et, d'autre part, les organisations non gouvernementales, des entreprises sous-traitantes et des filiales, les fournisseurs, les consommateurs, des collectivités locales. Toutefois, l'élaboration du plan de vigilance ne fait pas l'objet de mesures contraignantes susceptibles d'engager la responsabilité des sociétés mères ou des sociétés donneuses d'ordre en raison de l'absence de sollicitations des parties prenantes.

Une telle implication des parties prenantes n'est pas originale en ce qui concerne l'activité pétrolière et gazière offshore. De nombreux États d'accueil subordonnent l'attribution des permis de recherche et d'exploitation aux opérateurs principaux à une phase préalable de consultation du public. Les périodes de consultations et de commentaires, qui précèdent l'attribution, permettent ainsi de recueillir l'avis de la société civile sur le permis octroyé, et l'exercice, si ce n'est d'un contrôle, puisque la procédure est consultative, au moins d'une information des parties prenantes.

L'Article 4 de la loi nº 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la Banque publique d'investissement permet de dresser une identité plus stable des parties prenantes « entendues comme l'ensemble de ceux qui participent à [la] vie économique et des acteurs de la société civile influencés, directement ou indirectement, par les activités de la banque ».

61) Précisons que la sphère d'influence des entreprises donneuses d'ordre vis-à-vis des sous-traitants de sous-traitants, et des fournisseurs de fournisseurs (etc.), est généralement couverte par des clauses de *compliance* intégrées aux contrats liant la première chaîne de contrats et à travers lesquelles les entreprises sous-traitantes, et les fournisseurs, s'obligent à mettre en œuvre un devoir de vigilance à l'égard de leurs propres sous-traitants et fournisseurs. Il ne s'agit bien évidemment pas ici du même régime de responsabilité, puisqu'il s'agira de la responsabilité contractuelle entre les parties au contrat.

62) Précisons toutefois que le plan de vigilance n'est ni un règlement intérieur de l'entreprise, ni un accord collectif de travail.

Cap VII libro 4.pmd 222 28/06/2018, 17:56

B. Les « maigres avancées »[63] du devoir de vigilance en matière de droit de la responsabilité civile

1. Éléments généraux sur la responsabilité et le devoir de vigilance

Les entreprises pétrolières transnationales occupent des fonctions sociales, environnementales et économiques centrales dans la plupart des États où elles opèrent. La réalisation de leurs activités à travers une organisation réticulaire contractuelle complexe, au sein de laquelle elles déploient leurs pouvoirs organisationnels et économiques sur d'autres structures qu'elles contrôlent en réalité directement ou indirectement, impose d'aménager le droit de la responsabilité civile de manière à ajouter à sa fonction de réparation, une fonction de prévention et d'ordonnancement des pouvoirs au sein du réseau[64]. Le devoir de vigilance, appliqué aux entreprises pétrolières, apparaît alors comme un outil de prise en compte d'une part des fonctions d'intérêt général assurées par les entreprises pétrolières ainsi que de la dépendance organisationnelle et économique des sociétés opérationnelles, filiales, ou sous-traitantes vis-à-vis de la société mère et de la société donneuse d'ordre.

S'il en restait à des énoncés incitatifs, le devoir de vigilance n'apporterait en réalité pas grand-chose à ce qui existe déjà, puisque la grande majorité des entreprises transnationales d'envergure, telles que celles visées par la loi, ont déjà développé des mesures s'apparentant au devoir de vigilance dans le cadre de leurs instruments de responsabilité sociale, et particulièrement au sein de leurs codes d'entreprises[65]. La loi sur le devoir de vigilance a le mérite de s'intéresser à la mise en œuvre des obligations, à travers leur articulation avec le régime de responsabilité. La responsabilité des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre n'est plus restreinte à une démarche autonome et volontaire, mais se trouve renforcée par un mécanisme hétéronome et imposé. En réalité, le devoir de vigilance, en France, impose de dépasser l'opposition entre volontaire et autonome d'une part, imposé et hétéronome d'autre part[66]. Il fait appel à l'autonomie des opérateurs privés tout en étant contrôlé et ordonné par le pouvoir législatif qui établit un régime de sanction en cas de non-

63) Nous reprenons ici le qualificatif employé par Anne DANIS-FATÔME et Geneviève VINEY, dans leur article « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610.

64) Il s'agit de considérer le lien entre pouvoir et responsabilité à travers un mouvement circulaire, les responsabilités fondent le pouvoir autant que les pouvoirs exercés au sein du réseau instituent des responsabilités pour ceux qui le détiennent.

65) L'intérêt du texte serait alors d'obliger les entreprises qui ne l'avaient pas fait à développer leurs instruments de responsabilité sociale par l'intermédiaire du plan de vigilance.

66) RUGGIE J. G., « Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy », *Regulation & Governance*, 2017, p. 2.

Cap VII libro 4.pmd 223 28/06/2018, 17:56

respect des obligations liées au devoir de vigilance[67]. Le texte s'inscrit plus généralement dans un débat sur les aménagements de la responsabilité civile en vue d'intégrer les risques que soulèvent certaines activités transnationales.

Les risques industriels contemporains d'une ampleur phénoménale rendent nécessaire une évolution du régime de la responsabilité, déjà amorcée par des passerelles techniques, susceptibles d'aboutir à une responsabilité préventive, non plus seulement tournée vers la réparation des dommages causés mais vers l'évitement de ces dommages, graves et irréversibles, pour lesquels la seule logique de réparation perd son sens, ce qui pose la question de la faute et de la prise en compte du risque dans le régime de responsabilité[68]. La responsabilité, traditionnellement, nécessite un fait ou une faute, un dommage, et un lien de causalité entre le fait et le dommage. Or, la portée causale[69] des industries à risque notamment s'est considérablement étendue, à l'instar de l'industrie offshore qui est en première ligne des risques sociaux et environnementaux, s'agissant de la pollution des eaux par hydrocarbures, ou de la pollution climatique que génère particulièrement l'activité d'extraction. L'accroissement de la portée causale des activités nécessite de responsabiliser en premier lieu les entreprises transnationales avant que le dommage ne se produise, ce qui conduit à envisager des questions techniques sur la caractérisation du lien de causalité et sur la prise en considération de la faute.

Par exemple, le caractère personnel est difficile à prouver en matière de préjudice environnemental, car c'est un préjudice collectif, qui touche au bien commun. Or, la responsabilité civile délictuelle impose traditionnellement l'existence d'un préjudice personnel et certain. Cette exigence porte la responsabilité vers un subjectivisme[70] qui se traduit notamment par le développement d'un droit individuel à un environnement, à sa qualité, voire à l'établissement de l'environnement comme sujet de droit[71]. Une dernière donnée ne doit pas être occultée à savoir que, face à ces

---

67) SACHS T., « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Revue de droit du travail*, 2017, p. 380.

68) Il s'agirait d'assouplir les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile par la reconnaissance d'une responsabilité préventive. Les travaux de Catherine THIBIERGE mettent particulièrement en avant la nécessité de ces évolutions du droit de la responsabilité, v. « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD civ.*, 1999, p. 561 et « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D*, 2004, p. 577, où l'auteure envisage un droit de la responsabilité « universelle », détachée de la responsabilité civile, remplissant une fonction préventive.

69) JONAS H., *Le principe responsabilit*é *- Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, coll. Champs essais, 1979, rééd. 2013, 470 pages.

70) MEKKI M., « Le droit privé de la preuve… à l'épreuve du principe de précaution », *D*, 2014, p. 1391.

71) À ce titre, voir récemment la loi néozélandaise qui fait de la rivière « Te Awa Tupua », autrement dénommée rivière Whanganui, un sujet de droit, cf. Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 (2017/7), entré en vigueur le 21 mars 2017, particulièrement l'article 14 intitulé « Te Awa Tupua declared to be legal person », et qui dispose dans son (1) : « Te Awa Tupua is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person », et dans son (2) : «The rights, powers, and

Cap VII libro 4.pmd 224 28/06/2018, 17:56

risques dont il n'est pas possible d'appréhender l'envergure, le droit de la responsabilité intègre la recherche d'un responsable capable de répondre de ses actes, notamment financièrement, dès la phase de prévention.

Il s'avère que le régime institué par la loi sur le devoir de vigilance reste frileuse face à ces développements[72]. Tandis que la proposition de loi entendait instituer un devoir de vigilance substantiel des sociétés sur leurs filiales et autres partenaires d'affaires, « sanctionné par une responsabilité délictuelle présomptive du fait des tiers, la loi se contente d'instaurer un devoir procédural et documentaire, dont l'inaccomplissement pourra engendrer la responsabilité individuelle de la société à raison de sa faute propre »[73].

2. Les sanctions encourues en cas de manquements aux obligations issues du devoir de vigilance

L'injonction de faire sous astreinte

Si l'entreprise n'établit pas de plan, si elle ne l'exécute pas ou ne le rend pas public, après une mise en demeure infructueuse de trois mois, elle pourra être contrainte par le juge, dans le cadre d'une action en référé, de se conformer à ses obligations légales, éventuellement sous astreinte[74]. La question demeure de savoir si cette injonction est un préalable à l'action en responsabilité ou une simple option.

L'engagement de la responsabilité civile personnelle

La société s'expose également à ce que sa responsabilité extracontractuelle soit engagée dès lors qu'il pourra être démontré l'existence d'une faute ou d'un

duties of Te Awa Tupua must be exercised or performed, and responsibility for its liabilities must be taken, by Te Pou Tupua on behalf of, and in the name of, Te Awa Tupua, in the manner provided for in this Part and in Ruruku Whakatupua—Te Mana o Te Awa Tupua». Cette loi met fin à un conflit entre les *Whanganui Iwi* et le gouvernement néozélandais depuis les années 1870, aux fins de reconnaissance des relations entre les *Whanganui Iwi* et le fleuve *Whanganui*.

72) Notamment eu égard aux avant-projets de réforme du droit des obligations. CATALA P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr, 2006, article 1360, et TERRÉ F., *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, article 7.

73) D'AVOUT L., « Droit du commerce international août 2016-juillet 2017 », *D*, 2017, p. 2054. L'auteur salue ces évolutions entre la proposition de loi et la loi, au nom de l'« Orthodoxie juridique seule à même de prévenir contre des délocalisations massives de sièges sociaux initialement français ». Il poursuit : « adoptant un principe de responsabilité de plein droit des sociétés mères françaises, du fait de leurs filiales et sous-traitants, la France aurait une fois de plus joué contre son camp en traitant plus mal les entités établies sur son territoire par rapport à leurs homologues étrangers. Elles ne seront qu'indirectement saisies par la réglementation française ».

74) Le Conseil constitutionnel a censuré l'amende civile de dix millions d'euros qui était prévue en cas de manquement, à raison de l'insuffisance de caractérisation du périmètre de la vigilance. Décision nº 2017-750 DC du 23 mars 2017, sur la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises

Cap VII libro 4.pmd 225 28/06/2018, 17:56

manquement ou d'une omission de la société concernée qui a causé dommage à autrui. Ainsi, en cas de préjudice subi par un tiers dans le champ du périmètre de vigilance, attribuable à l'une des entités couvertes par le plan, les manquements à l'origine de ces préjudices pourront constituer une faute civile génératrice de responsabilité personnelle au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil. Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, « en renvoyant aux articles 1240 et 1241 du code civil dans le nouvel article L. 225-102-5 du code de commerce, le législateur a seulement entendu rappeler que la responsabilité de la société à raison des manquements aux obligations fixées par le plan de vigilance est engagée dans les conditions du droit commun français, c'est-à-dire si un lien de causalité direct est établi entre ces manquements et le dommage »[75]. La responsabilité contractuelle, les responsabilités de plein droit ou pour faute présumée, ainsi que la responsabilité du fait d'autrui sont donc écartées.

La référence au droit commun de la responsabilité civile impose l'exigence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux. Pourtant, comme l'analysent Geneviève Viney et Anne Danis-Fatôme, « ces trois notions sont affectées d'un particularisme marqué dans le texte » puisque la faute est nommée, le dommage englobe le risque de dommage et le lien de causalité est très difficile à prouver[76].

La faute susceptible d'être invoquée concerne en effet le manquement à l'obligation d'élaborer et de mettre en œuvre le plan de vigilance qui comporte les activités relevant de la sphère d'influence de la société mère ou de la société donneuse d'ordres et les mesures listées par la loi[77]. Les dommages sont également visés par le texte et doivent être graves, mais couvrent un large éventail de possibilités, des dommages patrimoniaux aux dommages extrapatrimoniaux. Un point essentiel du texte est de considérer les dommages réalisés comme les dommages futurs, ainsi que le permet le principe de précaution[78]. Un dommage pourra à ce titre résulter de l'absence du respect d'une norme susceptible de causer des dommages concrets, ce qui justifie la restriction de l'étendue de la sphère d'influence aux entreprises dont la société mère

donneuses d'ordre, point 13.

75) Ibid., point 27.

76) DANIS-FATÔME A., VINEY G., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*

77) La formulation du Code de commerce, dans son article L 225-102-4, I, alinéa 3 : « le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement… », pourrait servir d'assise à un élargissement de la portée du devoir de vigilance et justifier une déclinaison de la responsabilité personnelle à la limite de la responsabilité du fait d'autrui, *Ibid.*, citant ABADIE P. « La responsabilité sociale et environnementale des entreprises », *Gazette du Palais*, 2015, hors-série 2, p. 2019 et s.

78) VINEY G., « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.*, 2007, p. 1542 et s.

Cap VII libro 4.pmd 226 28/06/2018, 17:56

ou la société donneuse d'ordres peut s'assurer du respect des obligations. Enfin, le texte prévoit que l'auteur des manquements aux obligations relatives au plan de vigilance sera obligé de réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter, seulement si un lien de causalité direct est établi entre les manquements et le dommage, ce qui renvoie aux difficultés tenant à la preuve de la causalité entre le manquement et le dommage. Dans le cadre du réseau d'entreprises offshore, prenons l'hypothèse d'un opérateur principal opérant dans un État d'accueil étranger à travers une filiale au 3ème degré, laquelle fait appel à un fournisseur local pour s'approvisionner en matériaux, lesquels sont construits par un sous-traitant du fournisseur local qui réalise les pièces confectionnées dans des conditions qui portent atteinte aux droits de l'homme[79]. Il ne sera pas aisé d'établir le lien direct entre le manquement à la vigilance de la société mère, à travers sa sous-filiale qui s'est contentée de passer commande auprès d'un fournisseur qui ne respecte pas les droits de l'homme. Il est envisageable que le manquement au devoir de vigilance soit analysé au regard de la perte de chance d'éviter le dommage subi par la société mère, ce qui ne donnera lieu qu'à une réparation partielle[80]. Ainsi, il est proposé d'assouplir les conditions d'établissement du lien de causalité, à travers les notions de « rôle actif » de la société mère ou donneuse d'ordre, ou par l'établissement d'une présomption de causalité[81]. Dans notre hypothèse, la société mère devrait démontrer

---

79) L'hypothèse arrive fréquemment eu égard aux clauses de *local content* intégrées au contrat initial.

80) Il paraît difficile de concilier l'ambition préventive de la loi sur le devoir de vigilance avec les exigences tenant à ce qu'un préjudice, pour donner lieu à réparation, doit être actuel, direct et certain. La perte de chance autorise la prise en compte de l'incertitude sur le lien de causalité entre la faute commise par la société mère ou la société donneuse d'ordre et le dommage occasionné. Dans notre cas, il serait possible d'envisager qu'une attention plus poussée de la part de la société aurait permis de relever l'atteinte aux droits de l'homme et de mettre en œuvre des procédures pour y remédier, mais cela n'est pas certain. L'incertitude tenant à la causalité peut constituer une perte de chance pour la personne victime du dommage, et ainsi engager la responsabilité de la société mère. On dira que la responsabilité est partielle, en ce sens que le préjudice tenant à la chance perdue est autonome du préjudice total subi, c'est-à-dire que les indemnisations ne seront pas équivalentes. Ainsi, le calcul du préjudice résultant de la perte de chance est élaboré par l'application d'un ratio fonction de la perte de chance. Par exemple, le juge peut établir que si la société mère avait été plus diligente dans la mise en œuvre de son obligation de vigilance, la victime des dommages aurait bénéficié de quatre chances sur dix de ne pas subir le dommage, alors la réparation du dommage sera de 4/10ème le montant du dommage intégral. La perte de chance résulterait alors de l'apparition d'un risque ou d'un évènement compromettant des chances réelles d'éviter qu'une situation se détériore. Certains auteurs ne partagent pas la conception de la perte de chance comme susceptible de couvrir la création d'un risque, et entendent réserver la perte de chance à la probabilité d'un évènement favorable et non d'un dommage, c'est-à-dire les « chances perdues d'éviter un dommage » v. BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4ème éd., 2016, nº 184. L'auteur précise qu'en tout état de cause, le fait imputé au défendeur, s'il n'a fait disparaître qu'une probabilité, « n'en doit pas moins l'avoir oblitéré de manière certaine », nº 185.

81) DANIS-FATÔME A., VINEY G., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*, les auteures plaidant pour le choix de la présomption de causalité, le rôle actif se rapprochant de l'immixtion déjà retenue par la jurisprudence pour engager la responsabilité d'une société mère auprès du cocontractant d'une filiale, dès lors que cette immixtion a créé une apparence trompeuse faisant croire à ce dernier que la société mère était effectivement engagée. Sur la présomption de causalité, v. HANNOUN C., « Propositions pour un devoir

Cap VII libro 4.pmd 227 28/06/2018, 17:56

que ses obligations tenant à l'élaboration et à la mise en œuvre du plan de vigilance n'ont pas permis de relever les dommages subis consécutivement au non-respect des droits de l'homme par le fournisseur de sa sous-filiale[82].

Enfin, concernant la réparation du dommage, en dehors de l'hypothèse de la perte de chance, et l'amende civile ayant été censurée par le Conseil constitutionnel, celle-ci pourra consister en une réparation du dommage en nature, lorsque le manquement au devoir de vigilance demeure cantonné au risque du dommage. La réparation du dommage pourra également donner lieu à des dommages et intérêts obéissant aux règles de la responsabilité civile. La question se pose également de la possibilité pour la société mère qui a pris en charge le dommage de se retourner contre sa filiale par l'intermédiaire du recours en contribution. Écartant la responsabilité du fait d'autrui, il semble que la société mère et la filiale puissent être envisagées comme des coauteurs dont les fautes respectives ont participé à la réalisation d'un même dommage. À ce titre, une responsabilité *in solidum* pourra être prononcée à l'encontre des deux sociétés si elles étaient toutes deux attraites en la cause, ce qui permettrait de s'assurer la réparation intégrale du préjudice.

3. L'applicabilité internationale de la loi sur le devoir de vigilance

Reste une question de taille à résoudre, celle de l'applicabilité internationale de la loi sur le devoir de vigilance concernant l'activité offshore. À l'occasion de sa décision relative à la loi sur le devoir de vigilance, le Conseil constitutionnel affirme que « les dispositions de la loi permettent, le cas échéant, que la responsabilité d'une société puisse être engagée, sur le fondement de ces dispositions, à raison de dommages survenus à l'étranger »[83]. Cette affirmation semble ne pas tenir compte des implications de la loi en matière de droit international privé. Le problème soulevé au regard de l'application internationale du devoir de vigilance aux entreprises offshore ayant leur siège social en France est particulièrement saisissant dans la mesure où l'exploration ou l'exploitation pétrolière offshore se réalisent quasi-exclusivement selon le schéma d'une entreprise transnationale organisée en sous-filiales sises dans divers États, liées contractuellement à une multitude d'autres entreprises sous-traitantes, pour la réalisation d'une activité à l'étranger. Or, l'application de la loi sur le devoir de vigilance lorsque le dommage survient à l'étranger pose paradoxalement de sérieuses questions de droit international privé, notamment en matière de conflits de lois.

Si nous reprenons notre exemple, il s'agit de savoir quelle est la loi compétente[84] à l'occasion d'un litige opposant la victime étrangère d'un dommage, par exemple un

---

de vigilance des sociétés mères », *in* Mélanges offerts en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN, LexisNexis, 2015, p. 381 et s.

82) On pourrait dire que pèse alors sur la société mère ou donneuse d'ordre une obligation de moyens.

83) Décision nº 2017-750 DC du 23 mars 2017, *op. cit.*, point 28.

84) Nous n'évoquerons pas ici les questions relatives à la compétence juridictionnelle, et à la problématique

Cap VII libro 4.pmd 228 28/06/2018, 17:56

travailleur de la société locale de fournitures qui subit des dommages en raison du non-respect des droits de l'homme par son employeur, à la sous-filiale sise à l'étranger et à la société mère dont le siège social est situé en France. La question se posera principalement de savoir si on considère la qualification sociétaire, désignant la loi du siège social[85], la qualification délictuelle, relevant généralement de la loi du lieu de survenance du dommage, ou la qualification de règle impérative de comportement civilement sanctionnée, relevant du mécanisme de la prise en compte incidente ou de l'application des lois de police du for[86].

En matière extracontractuelle, la loi sur le devoir de vigilance devra être analysée au regard du Règlement 864/2007/CE du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit « Rome II ». Le règlement prévoit des règles générales, ainsi que des critères de rattachement spécifiques à certains dommages. À ce titre, l'article 7 du Règlement Rome II concerne l'atteinte à l'environnement. Il précise que : « la loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens est celle qui résulte de l'application de l'article 4, paragraphe 1[87], à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit ». En cas de saisine du juge français, en se fondant sur l'article 7 du Règlement Rome II, il sera possible pour la victime d'un dommage lié à une atteinte à l'environnement de choisir l'application de la *lex fori*, étant donné la localisation du siège social de la société mère qui élabore et met en œuvre le plan de vigilance dont le manquement constituera certainement le fait générateur du dommage. Il s'agira ensuite de se demander si la loi étrangère doit être consultée pour caractériser l'atteinte grave constitutive de la faute.

La plupart du temps, il est nécessaire de revenir à l'article 4 du Règlement qui pose la règle générale relative à la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable. Sauf dispositions contraires, cette loi est celle du pays où survient le dommage, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent, sauf lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, alors cette loi s'applique[88]. Enfin, l'article 4 § 3 comporte

---

plus générale de l'accès à la justice dans ces situations.

85) Comment remonter à la tête lorsque les sociétés dont la responsabilité est engagée sont des sociétés liées à la société mère à un degré éloigné, et situées dans des États étrangers.

86) Voir les articles 17 et 16 du Règlement « Rome II », cf. *infra*. Sur ces possibles qualifications, v. PIRONON V., QUEINNEC Y., « Les aspects «transfrontières» de la responsabilité dans les groupes », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai 2017, dossier 3.

87) Il s'agit de la loi du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent.

88) Article 4 § 2.

Cap VII libro 4.pmd 229 28/06/2018, 17:56

une clause d'exception, par laquelle « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé précédemment », alors cette loi s'applique. La caractérisation du lien étroit peut être fondée sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. Concernant les réseaux d'entreprise offshore, cette relation existe généralement concernant les filiales ou les entreprises de sous-traitance de premier degré, mais elle ne sera généralement pas constituée pour les autres. Il n'est par ailleurs pas évident que ces contrats puissent permettre un rattachement au droit français étant donné qu'ils comportent bien souvent des clauses concernant la loi applicable à la relation contractuelle qui permettent d'éloigner la proximité du lien avec la France. De plus, ni le mécanisme de l'exception d'ordre public, qui permettrait d'écarter la loi désignée par la règle de conflit lorsqu'elle est contraire aux principes généraux reconnus par le droit français, ni le recours aux lois de police[89], clairement écarté du texte de la loi, ne semblent être des solutions satisfaisantes[90]. Les chances d'application de la loi française à la situation seront d'autant plus minces que les fautes seront commises par des filiales ou des sous-traitants de 2ème, 3ème degrés, etc., situés à l'étranger.

En pratique, il est probable que dans la situation que nous prenions en exemple, à savoir une société de droit français dont la responsabilité est invoquée par une personne victime de dommages à l'étranger résultant du non-respect des obligations relatives au plan de vigilance en matière de droits de l'homme par la société mère, la loi sur le devoir de vigilance s'appliquerait à la société mère, en tant que *lex societatis*[91]. Néanmoins, la loi étrangère pourrait s'appliquer comme loi de lieu de survenance du dommage de nature à caractériser la faute génératrice de responsabilité. En revanche, le juge pourrait tenir compte des « règles de comportement » prévues par le Règlement « Rome II » en vigueur en France, sans passer par la loi de police afin de caractériser la faute génératrice de responsabilité.

Les voies pour « ancrer la RSE des multinationales »[92] sont encore à défricher, tant on voit que la loi sur le devoir de vigilance, malgré ses bonnes intentions, n'est pas aboutie en la matière. Bien sûr, comme le remarque Olivera Boskovic, une des voies

---

89) Les lois de police sont prévues à l'article 16 du Règlement.

90) BOSKOVIC O., « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.*, 2016, p. 385. Il nous semble que, concernant des atteintes manifestes et graves aux droits de l'homme, l'exception d'ordre public pourrait éventuellement être amenée à jouer un rôle.

91) Sur ce point, v. PIRONON V., QUEINNEC Y., « les aspects «transfrontières» de la responsabilité dans les groupes », *op. cit.*

92) Nous reprenons ici en partie le titre d'un article de Laurence SINOPOLI, « Ancrer la «RSE» des multinationales. Pistes sur le terrain des conflits de lois », *Cahiers de droit de l'entreprise*, nº 5, septembre 2017, dossier 31. L'auteure évoque, en sus des pistes que nous avons évoquées, la possibilité d'ancrer l'obligation de prévenir les risques en matière de droits humains et libertés fondamentales et de droit social international à l'autre bout de la chaîne de valeur par l'intermédiaire de l'information du consommateur.

Cap VII libro 4.pmd 230 28/06/2018, 17:56

les plus efficaces consisterait d'abord à lever le voile des personnalités morales, puis à faire des sociétés transnationales qui s'organisent et réalisent leur activité en s'affranchissant et en se servant des frontières étatiques, des sujets du droit international susceptibles de voir leur responsabilité engagée pour non-respect du droit international. Cette voie ne semble pas être adoptée pour l'heure mais, dans la combinaison et l'enchevêtrement des instruments du droit de la responsabilité, il est d'ores et déjà possible de responsabiliser les entreprises transnationales. Cette responsabilisation naissante, fondée sur des mécanismes de co-régulation, n'est toutefois pas encore un contrepoids satisfaisant aux pouvoirs et fonctions exercés par certaines entreprises cruciales, notamment par les entreprises pétrolières transnationales offshore.

Cap VII libro 4.pmd 231 28/06/2018, 17:56

CHAPTER 8
Offshore Oil Spill and Punitive Damages in Brazil

Raphael Magno VIANNA GONÇALVES[1]
Lawyer in Brazil, PhD in Law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France
Post PhD Human Sea Programme, University of Nantes, France

Résumé: *Ce chapitre aborde la responsabilité civile dans les cas de déversement d'hydrocarbures dans la mer provenant de navires pétroliers et des installations offshore au Brésil. Nous analyserons la légalité des dommages punitifs accordés par les tribunaux brésiliens en plus des dommages-intérêts compensatoires.*

Abstract: *This paper addresses civil liability for offshore oil spills caused by oil tankers and offshore facilities in Brazil. It will analyse the legality of punitive damages awarded by Brazilian courts in addition to compensatory damages.*

---

1) Lawyer in Brazil, PhD in Law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Post PhD Human Sea Programme at the University of Nantes: The development of human activities at sea? "For a new Maritime Law", ERC (European Research Council) 2013 Advanced Grant, SP2-Ideas, FP7 (Seventh Framework Programme) of the European Union (2007-2013) Agreement No. 340770, Master's Degree in Maritime and Transportation Law at the University Aix-Marseille III, Founder and Vice-President of the Maritime Arbitration Chamber of Rio de Janeiro.

Cap VIII libro 4.pmd 233 15/05/2018, 17:38

Introduction

Brazil has under its jurisdiction and sovereignty a maritime extension of approximately 3.6 million square kilometres. These dimensions, plus the region of the Brazilian continental shelf, are equivalent to the size of the Amazon rainforest. For this reason, the Brazilian maritime territory is usually called the Blue Amazon.[2]

The marine environment is the crossroads of many human activities and, therefore, subject to potential threats. It is known that the discovery of large quantities of hydrocarbons in the offshore region called pre-salt[3] might bring great wealth to the country; however, the risks to the environment are also evident. The development of offshore oil exploration and exploitation activities, as well as the transportation of this product by oil tankers, presents enormous risks to the environment and to human beings.

The threat of the pre-salt's exploitation is mainly due to the fact of the great depth to reach the oil reservoir rocks. In addition, some areas of pre-salt have very fragile geological characteristics allowing the oil to infiltrate through geological fissures.[4] This natural fragility combined with the risks inherent to the exploration, exploitation and transport of hydrocarbons make the exploitation of this region even more risky.

The phases of oil exploration on the seabed, from prospecting, through the extraction and transport of this product, present a significant challenge because of the high risk of causing environmental disasters.

---

2) The Blue Amazon is approximately 4.5 million square kilometres (with the extension of the continental shelf): almost half of the area of Brazil. This vast maritime area is compared to the Amazon rainforest (Green Amazon). This term was originally used by the Commander of the Brazilian Navy in the newspaper *Folha de São Paulo* in February 26, 2004 (*Tendências/Debates: A outra Amazônia*). From that time, the Navy adopted this concept as an educational, cultural and political goal. See VIDIGAL, Armando Ferreira e outros. *Amazônia Azul*: *O mar que nos pertence*. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 308.

3) The term pre-salt refers to a set of rocks located in the seabed of a large portion of the Brazilian coast, with the potential for the generation and accumulation of oil. It has been agreed to call it pre-salt because it constitutes a range of rocks that extend under a substantial layer of salt which, in some areas of the coast, reaches thicknesses of up to 2,000 metres. The total depth of these rocks, which is the distance between the sea surface and oil reservoirs below the salt layer, can reach over 7,000 metres. The first results indicate very large volumes. To get an idea, only the Tupi deposit, in the Santos basin, has recoverable volumes estimated at five to eight billion barrels of oil equivalent (oil plus gas). The Guara deposit, also located in the Santos basin, has volumes of 1.1 to 2 billion barrels of light oil and natural gas with a density of about 30º API. See website: http://www.petrobras.com.br/minisite/presal/pt/perguntas-respostas/
See also: https://www.iea.org/oilmarketreport/omrpublic/currentreport/#OECD%20Stocks

4) See report of Chevron oil spill case in Rio de Janeiro of July 2012 (investigation of the oil spill incident in the *Campo de Frade* - Brazilian National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels).

Cap VIII libro 4.pmd 235 15/05/2018, 17:38

Brazil is concerned, then, not only with oil tankers that often serve Brazilian waters, but especially with offshore oil facilities. Offshore oil exploitation has demonstrated, in many situations, its capacity to cause environmental disasters. The considerable increase of offshore oil exploration and exploitation at great depth and therefore of maritime oil transport in Brazilian waters, requires a well-detailed civil liability system to ensure, in an effective way, victim compensation, payment of removal costs incurred by the state and damages caused to natural resources and to the environment.[5]

It must be said that the adverse effects of pollution caused by offshore oil spills are not limited to the destruction of surrounding wildlife, marine sediments and coastal ecosystems. Pollution can also lead to unimaginable economic and non-economic damage.

Development of environmental civil liability regime in Brazil

In the Brazilian legal system, the general regime of civil liability for environmental damages results from article 225, § 3 of the Federal Constitution: *"Behaviours and activities considered harmful to the environment shall subject offenders, individuals or legal entities, to criminal and administrative sanctions, besides the obligation to repair the damages caused"*.[6]

Even before the 1988 Federal Constitution, Brazil had a very innovative environmental legislation. The National Environmental Policy Act of 1981 (Law no. 6,938) and the Public Civil Action Act of 1985 (Law no. 7,347) are legal instruments of great importance for the protection of the environment and compensation issues.

In fact, the National Environmental Policy Act of 1981 (*lex specialis*) replaced the civil liability regime of the 1916 Civil Code (*legi generali*) regarding the environment, providing for strict liability and placing the environment as macro environment and the environmental resources as micro environment and not only as a mere property subject to ownership rights. The legal regime established by the former Civil Code of 1916 only provided for fault-based liability[7] within property rights.

---

5) Brazilian's National Environmental Policy Act of 1981 provides for a difference between environment and environmental resources. According to its article 3, "*I – environment: the set of conditions, laws, influences and interactions of a physical, chemical and biological order, which allows, shelters and governs life in all its forms; V – environmental resources: the atmosphere, inland, surface and underground waters, estuaries, territorial sea, soil, subsoil, elements of the biosphere, fauna and flora*" (Redaction given by Law no. 7,804 of 1989).

6) The Brazilian legislation adopted the triple liability in case of environmental damage, namely civil, criminal and administrative liability.

7) See article 159 of the 1916 Civil Code (revoked). There was, however, a presumed liability in some cases, as, for example, in cases of damage caused by animals. According to article 1,527 (revoked), "*The*

Cap VIII libro 4.pmd 236 15/05/2018, 17:38

At that time, the Brazilian legal system had to be adapted to the new regime established by the National Environmental Policy Act of 1981. Thus, as a means of procedure, the Public Civil Action Act of 1985 was created to allow the protection of this new collective right. In other words, these laws have provided effective instruments for environmental protection in the Brazilian legal system.

Professor Paulo Affonso Leme Machado states that "the Public Civil Action can really bring about improvement and restoration of the defended assets and interests, but its effectiveness depends, in addition to the sensitivity of judges and the dynamism of attorneys and associations, on the spectrum of actions proposed".[8]

Strict liability, therefore, arises in view of the harmful potential of the activity, according to the regime established by the Civil Code of 2002[9] or, in cases of environmental damage, according to the special regime established by environmental laws.

Strict civil liability for environmental damage

Civil liability for environmental damage in Brazil is governed by the National Environmental Policy Act of 1981. The goal of the 1981 Act, among other objectives, is the imposition, upon the polluter and the exploiting party, of the obligation to compensate damages and restore the place in which environmental degradation has occurred.[10]

According to the National Environmental Policy Act of 1981, article 14, paragraph 1, *"Without prejudice to the penalties provided in this Article, the polluter is required, regardless of the existence of fault, to compensate or recover the damage caused to the environment and to third parties affected by his activities. The Public Prosecutor's Office of the Union and of the States shall have the right to file civil and criminal liability claims for damages caused to the environment"*. This article provides the possibility for victims of pollution to file a civil liability action against the responsible party. It establishes, as well, the right of the Public Prosecutor's Office not only to

owner or keeper of the animal shall compensate the damage caused by it if it is not proven that: I. They kept it and monitored it with the due care; II. The animal was provoked by another; III. There was imprudence of the offended; IV. The fact resulted from a fortuitous event or force majeure".

8) MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22 edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 434.

9) The general civil liability regime provided for by the Civil Code of 2002 provides for strict liability. According to the paragraph of article 927: "*There will be an obligation to repair the damage, regardless of fault, in cases specified by law, or when the activity normally developed by the perpetrator of the damage implies, by its nature, risk to the rights of others*".

10) See article 4, VII of the National Environmental Policy Act of 1981.

Cap VIII libro 4.pmd 237 15/05/2018, 17:38

protect the environment but also to claim compensation and criminal penalties for environmental damages.[11]

In the context of collective actions and defense of the environment, as stated in the National Environmental Policy Act of 1981, article 14, paragraph 1, the Law no. 7,347 of 1985 (Public Civil Action Act of 1985)[12] was created to provide a legal instrument to prevent environmental damage and / or to compensate for damages caused to the environment and to collective rights.[13]

Brazil adopted strict liability not only for the direct responsible party (direct polluter) but also for the indirect responsible party (indirect polluter - companies or individuals indirectly contributing to environmental damages). According to article 3, IV, of the National Environmental Policy Act of 1981, polluter means *"individuals or legal entities, public or private, responsible, directly or indirectly, for any activities causing environmental degradation"*.[14] This extremely broad concept of polluter (responsible party) was the basis for the condemnation, for example, of a company time-chartering a vessel responsible for an oil spill in Brazilian waters.[15]

This fact could lead to legal uncertainty for the activity's responsible party and in particular, for its co-contractors related to the exploration or exploitation of offshore oil reservoirs and oil tanker transport.

Furthermore, strict liability, as established by Superior Court of Justice[16] and federal courts jurisprudence, in environmental cases, comes together with jointly liability between direct and indirect polluters, on the basis of article 14, paragraph 1, of the National Environmental Policy Act of 1981.[17]

---

11) See STJ - Recurso Especial no. 20.401-3 – São Paulo de 27/10/1993.

12) For more details about environmental protection instruments available in the Brazilian legal system, see MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22 edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 425 e ss.; and FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 3 edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 281.

13) This Law regulates the Public Civil Action of liability for damage caused to the environment, consumers and to goods and rights of artistic, aesthetic, historical, tourist and scenic value.

14) The direct polluter can be found more easily. For example, in the case of damage caused by offshore oil platforms, the directly responsible party is the lessee or permitee of the area in which the facility is located. In the case of an oil spill from a ship, the directly responsible party would be its operator. However, indirect liability can be difficult to verify. In case of oil spill caused by ships, for example, the charterer (owner of the cargo) may have indirect liability. For chains of liability, see Law n. 9.966 of 2000, Article 25.

15) See STJ - Recurso Especial n. 467.212-RJ (2002/0106671-6), 1ª Turma, STJ, Julgamento 28/Out./2003, DJ 15/Dez./2003.

16) See STJ - Rescurso Especial n. 107971-3 – DJE 31/08/2009; TRF 4ª Região AG 9604633430/SC 3ª Turma DJU 29/09/1999.

17) The adoption of the integral risk theory by the Supreme Court leads to the inapplicability of defenses of liability cases even vis-à-vis the indirect polluter. See STJ - REsp 1114398 / PR Recurso Especial

Cap VIII libro 4.pmd 238 15/05/2018, 17:38

With regard to oil pollution, the Decree no. 8,127 of 2013 adopts a concept similar to the National Environmental Policy Act of 1981. According to its article 2, VI, polluter (responsible party) means *"individuals or legal entities, public or private, responsible, directly or indirectly, for an oil pollution incident"*.

It is therefore clear that the Brazilian legal system, by providing for the obligation to recover the environment or to compensate the damage caused, favours recovery instead of compensation, even if there is the possibility of coexistence between recovery and compensation.

The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, concluded in Brussels on November 29, 1969 (CLC/69), was ratified by Brazilian authorities and promulgated by Decree no. 79,437 of March 28, 1977. This Convention also provides for strict liability in cases of oil pollution damage caused by oil tankers, but it does not provide for a civil liability system in cases of oil spills caused by offshore oil installations.

However, the 1969 Civil Liability Convention finds limits in the Brazilian legal system. The applicability of certain provisions of the CLC is not accepted by the Brazilian courts. The limitation of shipowner's liability18 and the defense cases[19] established in CLC/69, for example, meet barriers in Brazilian legislation. The channelling[20] of the civil liability to the owner of the ship is also contrary to the system of joint and several liability adopted by Brazilian legislation in cases of environmental damage. In addition,

2009/0067989-1 Relator (a) Ministro Sidnei Beneti, Órgão Julgador S2 - Segunda Seção, Data do Julgamento 08/02/2012. Nonetheless, in the Vicuña Case, the Supreme Court held that the purchasers of the goods transported and which caused the pollution can be qualified as indirect polluter only if the following is established: (i) their omissive behaviour; (ii) that the risk of an explosion in the performance of the maritime transport of chemical products acquired was a result of their activities or (iii) that it was their responsibility, and not the selling company, to contract the transportation of the cargo destined for them. That is, the reading of item III suggests that the fact of hiring the transport of the goods could give rise to the liability of the consignee (acquirer of the goods). This award, however, is not very clear and does not make the correct distinction between charter-party agreement and the purchase and sale agreement, mentioning that "the appellants acquired the methanol transported by the VICUÑA vessel of the company METHANEX CHILE LIMITED, responsible for both the contracting and payment of sea freight, in which the freight modality CIF – Cost, insurance and freight – was adopted, and so the transfer of ownership of the goods occurs at the moment of its actual delivery to the buyer, and not in the act of shipment of the product, which is characteristic of the FOB – free on board modality." "[I]t is essential, for the configuration of the duty to compensate, the demonstration of the causal link to entail the injurious result to the conduct effectively perpetrated by its alleged responsible party." "Although the liability for environmental damage is strict, joint and several, it is necessary to prove the causal link between the wrongful act and the damages." See STJ, REsp 1602106 / PR – Recurso Especial 2016/0137679-4, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Órgão Julgador S2 - Segunda Seção, data do Julgamento 25/10/2017.

18) See article V.

19) See article III, 2 and 3.

20) See article III, 4 and 5.

Cap VIII libro 4.pmd 239 15/05/2018, 17:38

the prohibition[21] of the application of Brazilian law of public policy by CLC/69 is contrary to the Brazilian legal system.

Although it is in force in Brazil, the CLC/69 Convention has not yet been applied by Brazilian courts, without even a single decision providing for the application of the limitation of liability, defense of liability or the channelling of liability to the shipowner for environmental damage.[22] Neither has the IOPC Fund been introduced into the Brazilian legal system, which causes a considerable gap in the compensation mechanism provided for in the CLC/69 Convention.

Consequently, the analysis of this article will focus on the Brazilian legislation, due to the lack of authority of the international regime established by the CLC/69 Convention in Brazil.

Punitive damages

The application of punitive damages by Brazilian courts is a very complex subject, notably due to the fact that there is no legal provision authorising this kind of condemnation. It should be noted that the Brazilian legislation does not provide for this possibility, although the jurisprudence demonstrates that Brazilian courts have been applying this type of punishment.

Regarding environmental civil liability, article 225 of the Brazilian Federal Constitution stipulates that the polluter must remedy the damages caused to the environment and to the victims. This is a constitutional command that must be respected by the lower hierarchical laws.

In accordance with the constitutional commands, article 14, §1 of the National Environmental Policy Act of 1981, provides that "*the polluter is responsible, irrespective of the existence of a fault, to compensate or recover the damage caused to the environment and to third parties affected by its activity*".[23]

---

21) According to article 3, § 4, of the CLC/69, "*No claim for compensation for pollution damage shall be made against the owner otherwise than in accordance with this Convention. No claim for pollution damage under this Convention or otherwise may be made against the servants or agents of the owner*".

22) However, there are awards regarding the recognition of strict liability based on the CLC/69 Convention. See TRF 3ª Região - AC - Apelação Cível – 650739 – Processo 0401857-02.1992.4.03.6103 - 09/10/2012.

23) In accordance with the National Environmental Policy Act of 1981, article 4, VII, the National Environmental Policy aims for, among other objectives, "the imposition, on the polluter and the exploiting party, of the obligation to recover and/or compensate the damage".

Cap VIII libro 4.pmd 240 15/05/2018, 17:38

Similarly, we must also mention the writing of article 3 of the Public Civil Action Act of 1985 (Law no. 7,347 of 1985): *"The civil action may have as its object the condemnation in money or the performance of an obligation to do or not to do"*.

The conjunction "or" provided for in the mentioned articles causes much discussion at the level of Brazilian jurisprudence and doctrine. In general terms, it is an alternative coordinating conjunction which joins independent clauses, indicating a succession of facts which deny each other or which indicate that the occurrence of one of the facts in a sentence supposes the exclusion of the facts in the other sentence.

Nevertheless, in environmental legal matters, the conjunction "or" must be interpreted with an additional meaning in cases where there is no possibility of full recovery[24] of the damaged environment (obligation to do), requiring the payment of compensation. It should also take into account the period in which the environment has remained in recovery, which should be seen as a compensable damage.[25]

Therefore, in case of environmental damage of a reversible nature, the polluter would be responsible for the recovery of the damaged environment (*in natura* recovery), or, as an alternative, in case of irreversible damage, the polluter would be responsible for compensating the damage caused.

Article 497 of the Brazilian Code of Civil Procedure provides for the technique of civil procedure as regards the obligation to do or not to do. According to article 497, *"In the action which aims to fulfill an obligation to do or not to do, if the request is accepted, the judge will grant the specific protection of the obligation or will determine measures to ensure the equivalent practical result to the performance due"*.

Article 499 of the Code of Civil Procedure[26] states that the obligation to do (i.e. recover the damaged environment) or not to do (i.e. stop with the polluting activity) will become an obligation to compensate the damage only if a specific protection or the achievement

---

24) While there are no universally-accepted criteria for the assessment of environmental recovery, a widely-accepted definition is that "recovery is marked by the re-establishment of a healthy biological community in which the plants and animals characteristic of that community are present and are functioning normally" (The International Tanker Owned Pollution Federation Limited – Submission to the Seventh Intersessional Working Group of the 1971 IOPC Fund. January 1994. Criteria for the Admissibility of Claims for Compensation: 3. Environmental Damage).

25) In this sense, see the award of the Superior Court of Justice: "The possibility is established of cumulating the condemnation in money and an obligation to do in the public civil action". "[T]he conjunction 'or' must be considered in the sense of the addition (which allows, with the addition of demands, the full protection of the environment) and not to the exclusion of replacement (this that civil action may become an inappropriate instrument for its purposes)". Resp no. 625.249/PR, Ministro Relator Luiz Fux, in DJ 31/8/2006.

26) Article 499. "*The obligation will only be converted into damages if the author requests it or if the specific protection or the obtaining of the protection by the equivalent practical result is impossible* ".

Cap VIII libro 4.pmd 241 15/05/2018, 17:38

of a corresponding practical result is impossible. However, in environmental matters, the interpretation of certain laws may be distinct from the general civil liability regime.

The Superior Court of Justice has already positioned itself on this issue. In an award of October 7th, 2010, the Superior Court of Justice considered that Public Civil Action may involve the accumulation of a conviction in an obligation to do or not to do, with financial compensation.[27]

It is known that recovering the damaged environment is almost always more difficult than compensating the damages. However, if recovery is possible, it should be preferred.[28]

According to Professor Édis Milaré, the request for a monetary ruling presupposes the occurrence of damage to the environment and only makes sense when the recovery is not possible, technically or factually. In the case of monetary rulings, the establishment of the amount of compensation is a very complicated matter. It is not always possible to calculate the total amount of damage.[29]

"(...) [I]n a civil compensation claim for damage caused to the environment, the judge has no power to opt for ecological or monetary compensation when there is the possibility of recovery *in natura*, because the recovery of the damaged environment must be full and the environment restored to the state it was in before the damage occurred, if possible and feasible".[30]

The junction of recovery and compensation may also occur if the recovery *in natura* is not sufficient to fully restore the environment to the state it was in before the damage occurred. Thus, according to Brazilian law, the reversible damage caused to the environment might be repaired and the irreversible damage might be compensated.[31]

---

27) See REsp n. 1.181.820-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 7/10/10.

28) Some Brazilians authors argue that if the *in natura* recovery is technically and economically unfeasible, compensation can be sought in court. "The principle of proportionality limits the recovery of environmental degradation, that is to say, when the benefit to be achieved by this recovery is not in balance with the technical cost of the activity. Thus, where there is a disparity between the cost and benefits of the recovery in nature, alternative means of environmental damage remediation are required, with ecological compensation in the same location of the damage or not". STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 248.

29) MILARE, Edis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência e glossário. 7 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 418.

30) MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 327.

31) It is certain that the determination of the value of compensation is too complex and often depends on the imagination of the judges. An award of a Brazilian Federal Court demonstrates this difficulty: "Presumption of ecological damage: (...) argues in favor of the thesis of the occurrence of the damage a

Cap VIII libro 4.pmd 242 15/05/2018, 17:38

In this sense, we can refer to the following ruling: "(…) in this case, all damage to the environment can be repaired, and as such is compatible with an *in natura* recovery, according to the report on pages 83/86. The possibility of cumulating the obligation to do is established, according to the implementation of the reforestation programmes, and the payment of compensation for the damage caused to the environment. However, double condemnation (obligation to recover and compensate) is admissible when the *in natura* recovery is insufficient. In this case, the defendant was ordered to plant seedlings in quantities fifteen times higher than the devastated trees, which seems sufficient to compensate for the lack of specimens, in the period between the damage and the development of the plantations. Thus, the total recovery of the area appears possible, which excludes the possibility of applying the payment of indemnity".[32]

The ruling quoted above is an exception to the rule created by Brazilian jurisprudence which has established the possibility of cumulating full recovery with the payment of compensation. It must be emphasised, however, that there is an inconsistency between the positioning of the Brazilian jurisprudence and the literalness of Brazilian laws (recovery or compensation).[33]

The accumulation of recovery *in natura* and indemnity as a punitive sanction can create legal uncertainty for entrepreneurs, as they can also be held criminally responsible, with the risk of imprisonment and fines and, in addition, they may be administratively responsible with the possibility of seeing their activity blocked, punishable by fines, etc.

In a ruling concerning the discharge of oil by a ship into the sea, the Federal Regional Court considered that "concerning the amount of compensation, it is known that there is no exact measure, in monetary terms, for environmental damage. In this part, the judicial subjective factor is inevitable, which must act mainly on the basis of the principle of reasonableness, that is to say, consider the value of the indemnity according to the intensity of the damage to the environment. It is, without doubt, an important value appropriate to the case, given the significance of oil spills in marine waters, requiring rigour of the authorities constituted, especially, to avoid the repetition of events".[34]

---

presumption *'hominis'*, because it seems more reasonable to believe that the dumping of tons of oil causes damage to the ecosystem than to imagine that such an amount of harmful substance is discreetly assimilated by the ecosystem". TRF / 3, 3 Turma, AC 795 909, Desembargadora Cecilia Marcondes, 13/12/04.

32) TJRS – Apelação Cível n. 70047721493, Relator Desembargador Jorge Maraschin dos Santos, 09/05/2012.

33) See article 14, §1, of the National Environmental Policy Act of 1981 and article 3 of the Public Civil Action Act of 1985.

34) See TRF-3 – Apelação Cível/SP n. 96.03.014267-0, Relator Juiz Federal Rubens Calixto, 01/08/2007.

Cap VIII libro 4.pmd 243 15/05/2018, 17:38

This award clearly demonstrates the punitive characteristic of judicial condemnations in Brazil. Brazilian jurisprudence adopts a kind of compensation that can be called compensation-punishment (punitive damages) instead of applying an obligation to indemnify to compensate the loss suffered, as required by law.[35]

The theory of punitive damage, based on the common law system, advocates that civil conviction, beyond repairing the damage done to the victim, must also deter the perpetrators from committing similar acts (theory of the value of discouragement) and punishes them for antisocial behavior.[36]

Sérgio Pinheiro Marçal, discussing about the application of punitive damages by Brazilian courts, states that "when setting the indemnity with reference to the financial capacity of the offender, there is a total distortion of our civil liability system. The damage is not taken into account in order to consider the punishment intended".[37]

The context of Brazilian environmental liability laws does not allow the application of punitive damages as the US courts do, especially because in the Brazilian system, apart from the application of the moral and material compensation,[38] the responsible party may respond at the administrative and criminal levels. Fines can go up to 50 million for each offence. In the case of recidivism, the responsible party may be required to pay three times the value for each offence.[39]

Despite the jurisprudence's position, we cannot forget that the repressive and pedagogical functions are intrinsically linked to the administrative and criminal[40] sanctions and should not be confused with civil compensation.

---

35) See STJ, 3e Turma, REsp 1173272 / MG Recurso Especial 2009/0245987-1. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 26/10/2010. "In the public environmental civil action, there is the possibility of combined conviction in obligation to do (reforestation of an area) and the payment for the material damage caused". "Recovery + Compensation (preventive measures and environmental education): Any pollution generates a kind of environmental damage and the fact that nature supports its own recovery does not prevent the conviction of the person who caused the degradation. In addition, the condemnation of the polluter is not only for the recovery of the polluted area, but also for the payment of prevention and environmental education measures". TRF2, 5e Turma Especializada, AC 384869, Des. Vera Lúcia Lima, 15/10/08.

36) The Brazilian legal system is based on the Romano-Germanic system (civil law). It does not mean, however, that case law is not important. Article 4 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (Decreto-Lei no. 4,657 of 1942) provides that "When the law is silent, the judge will decide the case according to the analogy, customs and general principles of law".

37) MARÇAL, Sérgio Pinheiro. *Reparação de danos morais – teoria do valor do desestímulo*. No. 7. Juris Síntese. CD-ROM.

38) The Federal Constitution of 1988, in items V and X of article 5, expressly guarantees the right to compensation for material or moral damages, but it does not provide for punitive damages.

39) See Law n. 9.605 of 1998.

40) The criminal condemnation aims to prevent and disapprove of crimes. The penalty is intended to condemn the criminal act, and also to prevent the commission of crimes. The mixed theory was adopted by Brazilian law, Penal Code article 59: The judge, in view of the guiltiness, the background, the social

Cap VIII libro 4.pmd 244 15/05/2018, 17:38

We must also pay attention to the disproportionate application of environmental moral damages, especially when it is not possible to demonstrate the damage caused to the environment and, regardless of this lack of evidence, Public Civil Actions frequently claim astronomical amounts that do not correspond to the damage suffered (for example the oil spill caused by the company Chevron in 2011 at the Campos basin, Rio de Janeiro: the *Parquet* asked for 20 billion dollars).

Faced with the impossibility of demonstrating material damage to the environment, in the defence of collective interests, Public Civil Actions camouflage the demand in environmental moral damage seeking for punishment, thus lacking a legal basis.

Brazilian jurisprudence accepts, to a certain extent, punitive condemnations as if they were moral damages compensation: "Collective moral damage: the polluter must be condemned, (…) simultaneously in the restoration of the environment, as a form of sanction, and in addition to compensating the damages as a punitive sanction (...), also called educational or didactic compensation, or for collective moral damage".[41]

But unlike the United States legal system, that accepts the application of punitive damages for oil spill cases, in accordance with Oil Pollution Act and Clean Water Act, but does not provide for moral damages, in Brazil, in our view, the courts are getting the wrong idea applying punitive damages, sometimes masked in moral damages, but, at other times, cumulating moral and punitive damages.

However, the application of punitive damages in Brazil is quite contradictory, since te Brazilian legal system adopts the principle of full compensation (based on the abnormally dangerous activity doctrine)[42] to refuse the application of the limitation of liability, but dismisses this same principle to apply punitive damages.[43]

---

behavior, the personality of the perpetrator, the reasons, the circumstances and the consequences of the crime and the behaviour of the victim, must establish, consistent with the necessary and sufficient measures to condemn and prevent crime: I - the applicable sanctions; II - the amount of the penalty, within the specified limits; III - the initial regime of the execution of the sentence of deprivation of liberty; IV - substitution of deprivation of liberty applied by other type of sanction, if any.

41) See TRF / 2, 5e Turma Especializada. Apelação Cível no. 200.202.010.310.543. Desembargador Luiz Paulo S. Araujo Filho, 24/06/09.

42) The development of new technologies has resulted in the creation of a large number of activities that can cause enormous damage. Thus, it was necessary to create a regime of civil liability dissociated from the idea of fault, based on the exercise of a dangerous activity. The abnormally dangerous activity doctrine is that whoever benefits from this kind of activity must bear the costs, which includes compensation for the damage the activity causes. "Risk is the danger it is likely to harm, apart from that, saying that one who carries out a dangerous activity must assume the risks and repair the damage caused". See CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4 edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 145.

43) According to article 944 of the Brazilian Civil Code, *"Indemnity is measured by the extent of damage"*.

Cap VIII libro 4.pmd 245 15/05/2018, 17:38

For all these reasons, in terms of environmental civil liability, we must emphasise that the Brazilian legal system (law) has adopted the compensatory nature of civil condemnation and not the sanctioning nature.[44]

The principle of full reparation, which excludes any idea of sanction and profit, is contrary to the system of punitive damages, "All the damage but nothing other than the damage". The repressive and educational functions must remain in the criminal and administrative sphere.

Conclusion

The Brazilian legislature was very clear when it adopted a regime of integral civil liability, making any civil condemnation that extrapolates the damage suffered impossible. The Brazilian judges must judge within the limitations imposed by the law given that, in the Roman Germanic system, unlike the common law system where judges have more discretionary powers, this type of judicial discretion that exceeds the legal limits is not possible, otherwise, it risks the arbitrariness of an unpredictable personal decision.

Therefore, in light of the Brazilian legislation, all compensation made in view of environmental damage should only affect the extent of the damage caused. There is no legal provision to justify the application of punitive damages by Brazilian courts.

The application of punitive damages by Brazilian courts, lacking a legal basis, provokes the growth of legal uncertainty for businessmen in the sector, and, as a result, amongst other issues, distances investors who would normally have an interest in the Brazilian oil market.

44) See also, articles 402 to 405 of the Brazilian Civil Code.

Cap VIII libro 4.pmd 246 15/05/2018, 17:38

CHAPTER 9
Civil Liability for Exploration and Exploitation of Offshore Oil and Gas in the Arctic: the situation in the Barents Sea

Kristoffer SVENDSEN*
Ph.D. of the Arctic University of Norway (UiT),
Associate Member at the Aberdeen University Centre for Energy Law, Scotland, UK,
Guest researcher of the Human Sea programme, University of Nantes, France

Résumé : *Ce chapitre montre qu'il y a une incohérence dans l'exécution des demandes d'indemnisation des parties lésées russes, victimes du côté russe de la frontière maritime norvégienne-russe par une compagnie pétrolière norvégienne du côté norvégien de la frontière maritime. Cette incohérence place les parties lésées russes dans une situation où elles ne peuvent légalement faire valoir des demandes d'indemnisation contre les compagnies pétrolières norvégiennes (parties responsables) en dehors de la juridiction russe.*

Abstract: *This chapter shows that there is an inconsistency in the enforcement of compensation claims from Russian injured parties, injured on the Russian side of the Norwegian-Russian sea border by a Norwegian oil company on the Norwegian side of the sea border. This inconsistency puts Russian injured parties in an position where Russian injured parties in an position where Russian injured partiesthey cannot legally enforce compensation claims against Norwegian oil companies (harm-doers) outside of the Russian jurisdiction.*

---

* Dr. Kristoffer Svendsen, LL.B. (Bond), LL.M. (Bond), LL.M. (MGIMO-University of MFA), and PhD (UiT – Arctic University of Norway) is a guest researcher of the Human Sea Programme, University of Nantes: The development of human activities at sea? "For a new Maritime Law", ERC (European Research Council) 2013 Advanced Grant, SP2-Ideas, FP7 (Seventh Framework Programme) of the European Union (2007-2013) Agreement No. 340770, and an Associate Member at the Aberdeen University Centre for Energy Law.

Cap IX libro 4.indd 247 28/06/2018 18:00:15

Introduction

There is already a well-known appetite for drilling in the Arctic (when the oil price facilitates). Norway and Russia entered into the delimitation agreement[1] of 15 September 2010, which was ratified on 7 June 2011, about the sea border dispute in the Barents Sea.[2] The formerly disputed area is estimated to consist of as much as 62 billion barrels (Aker Solutions) of oil equivalents of oil and gas.[3] Previous estimates of the area have been 12 billion barrels (Statoil) and 47.8 billion barrels (Russian estimates).[4] In Norway, it is expected that large amounts of oil are produced close to the Russian border in the Barents Sea.[5] Some of the larger fields cross the sea border and are located on each side of the border.[6] To illustrate, the Fedynsky/Hjalmar Johansen block, with 18.7 billion barrels of oil, stretches from the Russian side over to the Norwegian side of the Norwegian-Russian sea border.[7] As a consequence, the agreement has resulted in an increased focus on oil and gas exploration in the formerly disputed areas. However, the agreement does not mention or make any reference to a possible oil spill, pollution damage, or a cross-border pollution scenario. The delimitation agreement refers specifically to cross-border hydrocarbon deposits in Annex II and bases exploitation of a cross-border hydrocarbon deposit on concluding an unitisation[8] agreement for cross-border unitisation[9], according to which the parties from each of the two countries will explore the deposits.

Russian companies have started joint development efforts with foreign companies in the Arctic, and the Russian authorities have stepped up hydrocarbon mapping in the

1) The Treaty between the Kingdom of Norway and the Russian Federation concerning Maritime Delimitation and Cooperation in the Barents Sea and the Arctic Ocean (Murmansk, 15 September 2010).

2) MFA Norway, 'Delelinjeavtalen med Russland' (2011), retrieved 30 August 2017, from http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/kampanjer/delelinje.html?id=614002.

3) Stenberg, 'Snart blir avgjørelsen endelig' (31 August 2008), retrieved 30 August 2017, from http://www.petro.no/modules/module_123/proxy.asp?C=14&I=14881&D=2.

4) Id.

5) Rystad Energy, 'Petro foresight – 2030 aktivitetsnivået innenfor olje og gass i Nord-Norge (2013). See also Rystad Energy, 'Aktivitetsnivået innenfor olje og gass i Nord-Norge på lang sikt' (5 November 2013).

6) For example, the Fedyn Arch and Kurchatovskaya fields. See Stenberg, supra footnote 3.

7) Ramsdal, 'Fedynskyhøyden. Her kan Norge måtte dele gassen med Russland', TU Petroleum (13 November 2013), retrieved 10 March 2014, from http://www.tu.no/petroleum/2013/11/13/dette-kan-bli-provesteinen-pa-samarbeidet-norge-russland.

8) 'Unitization is the joint, coordinated operation of an oil and gas reservoir by all the owners of rights in the separate tracts overlying the reservoir or reservoirs.' See Weaver and Asmus, 'Unitizing oil and gas fields around the world: a comparative analysis of national laws and private contracts.' Houston Journal of International Law (2006) 28 (1), pp. 4 and 12.

9) 'Cross-border unitization: unitization which takes place for a reservoir underlying two or more countries that have a delimited border between them. Such unitization will typically involve two or more different licensees.' Iid. at pp. 4 and 14.

Cap IX libro 4.indd 249 28/06/2018 18:00:33

Arctic, which has revealed significant new oil resources.[10] However, joint cooperation has been suspended due to the US/EU imposed sanctions on Russia.[11] The sanctions are still on-going.

The first oil field in the Barents Sea, Goliat, was discovered in 2000 and started production on 12 March 2016.[12] Russia's first oil production on the Arctic continental shelf started in 2013.[13] The production platform on location is the first Arctic-class ice-resistant oil platform in the world.[14] Gazpromnefteshelf's pumps oil from the oil field Prirazlomnoe in the Pechora Sea, southeast of the Barents Sea.[15]

This chapter shows the impact of choice-of-law rules in cross-border pollution damage situations when the damage is caused by oil spills from offshore rigs and installations on the Norwegian Continental Shelf in the Barents Sea. Norway and Russia share the Barents Sea, and the ocean currents go from West to East. Therefore, the chapter shows the impact of an oil spill from a Norwegian licensee on the Norwegian side of the Barents Sea on a Russian harmed party on the Russian side of the Barents Sea. The Norwegian Petroleum Act enacts the *lex loci damni* principle with a unilateral extension of protection in delict law to Norwegian interests harmed in Russia, which protection is not extended to Russian injured parties harmed within the Russian jurisdiction, for situations where the source of harm is located on the Norwegian side of the Barents Sea. A Russian injured party forced to pursue a delict claim against a Norwegian licensee has no legal avenue to get compensation.

10) Staalesen, 'Mapping reveals significant new oil resources' (22 November 2013), retrieved 30 August 2017, from: http://barentsobserver.com/en/energy/2013/11/mapping-reveals-significant-new-oil-resources-22-11

11) Hill, 'U.S. sanctions against Russia stymie Western oil companies' Arctic aspirations', The Washington Times (30 September 2014), retrieved 30 August 2017, from http://www.washingtontimes.com/

12) Eni Norge, 'Goliat on stream' (2017) retrieved 29 August 2017, from: http://www.eninorge.com/en/field-development/goliat/

13) Gazprom, 'Алексей Миллер: "Газпром" стал пионером освоения российского шельфа Арктики' (20 December 2013), retrieved 20 August 2017, from: http://www.gazprom.ru/press/news/2013/december/article181128/.

14) Wikipedia, 'Prirazlomnoye field' (24 August 2011), retrieved 10 October 2017, from: http://en.wikipedia.org/wiki/Prirazlomnoye_field

15) It should be noted however that Prirazlomnoe is located at a depth of 19-20 metres, and that the platform weights 500,000 tonnes. The platform sits on the ocean floor and is practically unmovable. Vasil'iev, 'Article of the Ambassador-at-large of the MFA of Russia representative of Russia in the Arctic Council A.V. Vasil'iev "international cooperation in the Arctic and Russia's approach" (mezhdunarodnoe sotrudnichestvo v Arktike i podkhodi Rossii)' Arctic News (10 January 2012), retrieved 10 August 2017, from: http://www.mid.ru/brp_4.nsf/newsline/ED626437EBBC719C44257981005590FE

Cap IX libro 4.indd 250 28/06/2018 18:00:33

1 Prelude

1.1 Lack of an international regime

There is no international legal liability regime for pollution damage caused by oil spills from offshore installations.[16] The closest attempt at an international agreement on oil pollution damage from offshore subsoil activities is the regional Convention of Civil Liability for Oil Pollution Damage resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources (CLEE), 1977.[17] The CLEE was an attempt to ensure adequate compensation for persons who suffer damage caused by 'oil pollution posed by the exploration for, and exploitation of, certain seabed mineral resources',[18] and to 'adopt uniform rules and procedures for determining questions of liability and provide adequate compensation in such cases'.[19] The convention was intended to be applicable to the North-East Atlantic and the Baltic Sea and was initially signed by Norway, the United Kingdom, and the Netherlands.[20] The convention is still open for signatures, but is not yet in force.[21]

The Council of Europe made an attempt to create a regional liability regime for damage resulting from activities dangerous to the environment through the Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, 1993.[22] The Convention places objective liability on the operator for damage caused by dangerous activity[23] and aims at 'ensuring adequate compensation for damage resulting from activities dangerous to the environment.'[24] The Convention enacts non-fault liability and requires operators conducting a dangerous activity to participate in a compulsory financial security scheme,[25] a financial guarantee, an insurance

16) There is a multilateral agreement on cooperation on marine oil pollution preparedness and response in the Artic, (Kiruna, 15 May 2013) and bilateral agreement between Norway and Russia concerning combatement of oil pollution in the Barents Sea, (Moscow, 28 April 1994).

17) Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage Resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources, (London, 1 May 1977).

18) Id. at Preamble.

19) Id. at Preamble.

20) Norway, the United Kingdom, and the Netherlands signed the Convention 4 May 1977. Sweden signed 11 May 1977 followed by the Republic of Ireland 27 April 1978 and Germany 28 April 1978.

21) See participant status on Foreign & Commonwealth Office, UK, retrieved 15 October 2017, from: http://www.fco.gov.uk/en/treaties/treaties-landing/records/03000/03006

22) Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, (Lugano, 1993).

23) Id. at art. 6.

24) Id. at art. 1. While 'a dangerous activity means an activity performed professionally involving dangerous substances, genetically modified organisms or micro-organisms and operations concerning waste', art 9. See also articles 1.1. and 1.2 for definitions of 'dangerous activity' and 'dangerous substance'.

25) Id. at art. 12.

Cap IX libro 4.indd 251 28/06/2018 18:00:33

contract, or a financial co-operation between operators.[26] No country has yet ratified the Convention. Thus, both Norway's and Russia's signatures are absent from the Convention.[27]

The applicable regional agreements to the Barents Sea do not assist in determining the compensability and extent of liability for oil spills from offshore installations. The Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR), 1992, applies geographically to the Barents Sea.[28] Norway is a contracting party to the Convention, while Russia has not yet signed and ratified the convention. The Norwegian Government sees the convention as the primary instrument in the North-East Atlantic region to comply with the obligations of Part XII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS).[29,30] OSPAR covers pollution from land-based sources,[31] dumping at sea,[32] pollution from offshore sources such as offshore installations,[33] etc. However, Annex III of the Convention only requires Contracting Parties to take appropriate measures to prevent pollution from accidents on offshore installations. Significantly, the Convention does not provide for the allocation of liability, insurance, or financial guarantees in relation to accidents from offshore installations.

UNCLOS leaves it to the states to form a system of compensation for environmental pollution.[34] Even though UNCLOS is signed and ratified by Norway[35] and Russia[36], this broad formulation does not assist in examining the legal impacts of an oil spill from an offshore installation in the Barents Sea.

In early 2012, the Legal Committee of the International Maritime Organization (IMO) examined the possibility of expanding the Organisation's Strategic Plan to include 'offshore oil exploration and exploitation activities'[37] and 'liability and compensation

28) Council of Europe, Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment (8 March 1993) (ETS No. 150) Explanatory Report. Section 67.

27) Council of Europe, Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment CETS No. 150 (2012).

28) The Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic, (Paris, 22 September 1992). The Barents Sea is labelled as region I – Arctic Waters.

29) United Nations Convention on the Law of the Sea, (Montego Bay, 10 December 1982).

30) NOU 2005: 10 Lov om forvaltning av viltlevende marine ressurser.

31) OSPAR, supra footnote 28, art. 3.

32) Id. at art. 4.

33) Id. at art. 5 and art. 1(k).

34) UNCLOS, supra footnote 29, art. 235.2. Article 235.3 encourages cooperation and development of international environmental liability law.

35) Ratified UNCLOS 24 June 1996.

36) Ratified UNCLOS 12 March 1997.

37) IMO Legal Committee, 'Any Other Business (i) Analysis of liability and compensation issues connected

Cap IX libro 4.indd 252 28/06/2018 18:00:33

issues connected with transboundary pollution damage resulting from offshore oil exploration and exploitation activities'[38] into the IMO's Strategic Direction 7.2.[39] However, the proposal, set forth by Indonesia, was blocked at the 99th session of the IMO's Legal Committee held in April 2012 by countries, such as UK, USA, Norway, and Canada, as it fell outside the scope of the IMO.[40] Balkin, the Director of Legal Affairs and External Relations Division of the IMO, stated that regulation of offshore oil platforms by the IMO is not purely a legal issue, but rather financially and politically influenced. The IMO has addressed safety and construction aspects of offshore oilrigs, but not liability and compensation issues.

With the lack of international conventions, regional agreements, and other uniform rules of liability for oil spills from offshore installations, Norwegian and Russian law must be examined to see the effect of the two countries' regulation of the same legal area in the same geographical area through the same delict liability institute.[41]

1.2 Applicable law

Norway and Russia have independently enacted legislation which, among other things, specifically addresses compensation of harm caused by petroleum spills. This was not always the case. Norway and Russia enacted this legislation at different times, respectively in 1985 and 2013. The historical backdrop to these amendments indicates a difference in focus concerning the urgency of developing the Norwegian and Russian continental shelves and in regulating the compensation of harm arising from exploration and exploitation activities on the respective shelves.

Compensation for harm caused by oil spills from offshore oilrigs and installations is initially regulated by Chapter 7 of the Norwegian Petroleum Act[42] with the corresponding article 22.2 of the Russian Federal Continental Shelf Law[43] and the

---

with transboundary pollution damage from offshore exploration and exploitation activities, including a re-examination of the proposed revision of Strategic Direction 7.2. LEG 99/13. Note by the Secretariat.' (5 January 2012), para. 1.

38) Id. at para. 1.

39) Id.

40) Ostman, 'IMO fails to prioritise global offshore liability regime' (2 May 2012), retrieved 17 September 2012, from: http://www.bellona.org/articles/articles_2012/1335958347.82

41) The EU Offshore Directive is too general to assist in determining questions of compensation raised in this article. Its applicability in Norway is also an issue. Directive 2013/30/EU on safety of offshore oil and gas operations and amending Directive 2004/35/EC (12 June 2013). The Directive points to the importance of a robust liability regime with accompanying sufficient physical, human and financial resources to prevent and limit the consequences of major accidents. Preamble, para. (63).

42) Lov om petroleumsvirksomhet (29 November 1996 Nr. 72).

43) Федеральный закон "О континентальном шельфе Российской Федерации" N 187-ФЗ (30 November 1995).

Cap IX libro 4.indd 253 28/06/2018 18:00:33

accompanying Federal Environmental Protection Law.[44] These statutes naturally interact with the delict law of the respective countries. Accordingly, Norwegian and Russian legislation places liability without fault[45] on the licensee[46] and the operator[47] for harm caused by petroleum spills from offshore oilrigs and installations.

1.3 Access to Norwegian courts

A harmed Russian party, injured in Russia as a result of cross-border pollution, initiating legal action against a Norwegian harm-doer domiciled in Norway, has access to Norwegian courts under the Lugano Convention, or in the alternative, the Norwegian Civil Procedure Act. A foreign party, initiating legal action in Norway, must fulfil the court's requirements for general jurisdiction in §4-4 to §4-6 of the Norwegian Civil Procedure Act,[48] the specific rule on jurisdiction over a dispute of international character in §4-3,[49] and the accompanying Lugano Convention.[50] The Lugano Convention is a 'parallel convention' to the Brussels Regulation[51] and part of the Civil Procedure Act.[52] The Convention prevails when in conflict with, for example, the rules in §4-1 to §4-8.[53] In the present scenario, a Russian not domiciled in an EEA country initiating legal action in Norway against a company domiciled in Norway would possibly fall within

---

44) Федеральный закон "Об охране окружающей среды" от 10.01.2002 N 7-ФЗ (10 January 2002).

45) Liability without fault contains several aspects. It is a mechanism to firstly compensate and mitigate a damage caused, but also to deter damage from occurring. It can also be seen as a liability mechanism that 'prices' behaviour, while negligence set a standard for behaviour, as a harm-doer's behaviour does not effect the imposition of liability without fault.

46) The Norwegian Petroleum Act separates between a licensee and an operator. A licensee is a 'physical person or body corporate, or several such persons or bodies corporate, holding a licence according to this Act or previous legislation to carry out exploration, production, transportation or utilisation activities.' Supra footnote 42 §1-6 j). An operator is 'anyone executing on behalf of the licensee the day-to-day management of the petroleum activities', §1-6 k).

47) The Federal Continental Shelf Law uses the term 'operating organisation', which is defined as the organisation that conducts exploitation, utilisation of artificial islands, installations, construction, and subsea pipelines, as well as realises drilling operations in the course of regional geological studies, geological studies, and exploration and production of hydrocarbon crude. The term also applies to transportation and storage of oil and oil products on the continental shelf. Supra footnote 43, art. 22.2 second sentence.

48) Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) (17 June 2005 nr 90).

49) Schei, et al., Tvisteloven Kommentarutgave Bind I (Universitetsforlaget, Oslo, 2 ed. 2013), p. 139 note 4.

50) Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, (Lugano, 30 October 2007).

51) European Communities, Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (22 December 2000).

52) Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) (17 June 2005 nr 90). §4-8. The Lugano Convention is attached to the Civil Procedure Act through §4-8, which was implemented by the Ministry of Justice and Public Security, Lov om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker (19 June 2009 Nr 79).

53) Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) (17 June 2005 nr 90), §1-2.

Cap IX libro 4.indd 254 28/06/2018 18:00:33

the Lugano Convention, if the Russian can show a connection to Norway other than the company's domicile. If not, the legal action falls within the Civil Procedure Act's requirement in §4-4 and §4-3.[54]

1.4 Venue

Chapter 7 of the Petroleum Act contains specific rules on venue in §7-8, which applies the term 'legal venue' ('verneting'). The proper venue for legal claims arising from delict compensation for pollution damage is the court district where the effluence or discharge of petroleum has taken place or where damage has been caused. This also applies to the current scenario. The Court Act[55] opens for regulation which court districts have jurisdiction over facilities and constructions for exploration, extraction, storage, and transportation of submarine natural resources on the Norwegian continental shelf and in the Norwegian economic zone.[56] Regulation grants jurisdiction over facilities and constructions when located north of 68th latitude and 30 minutes (roughly in between Bodø and Tromsø) to Nord-Troms District Court[57] and Hålogaland Court of Appeal.[58] Even though the regulation does not specify which court districts hold jurisdiction over pollution damage, it would be natural and reasonable to also apply the regulation to the location of pollution damage, as defined in §7-1.

2 Choice-of-law rules

2.1 Introduction

Choice-of-law rules are national rules regulating whether to apply national or foreign law to a dispute heard in a national court. It is not uncommon that national courts hear cases governed by foreign law. A national court uses its national choice-of-law rules to determine the applicable law. The implication of applying one set of national delict

54) In-depth analysis in Kristoffer Svendsen, Compensable damage *ex delicto* as a result of harm in the Barents Sea caused by petroleum spills from offshore installations. A Norwegian and Russian comparative legal analysis of conflict of laws, the concept of harm, losses suffered by third parties, and environmental damage and its valuation and calculation, caused by petroleum spills from offshore oil rigs and installations in the Barents Sea (2015) Tromsø Ph.D. in law, Faculty of Law, UiT - Arctic University of Norway), part 5.3.3.

55) Lov om domstolene (domstolloven) (13 August 1915 Nr 5).

56) Id. at §26a. See also Tvisteloven, supra footnote 49, p. 138.

57) Nord-Troms District Court include the following municipalities: Tromsø, Balsfjord, Karlsøy, Lyngen, Storfjord, Kåfjord, Skjervøy, Nordreisa, Kvænangen. Forskrift om domssogns- og lagdømmeinndeling (16 December 2005 Nr 1494), 2a).

58) Forskrift om politidistrikt, namsmannsdistrikt, lagdømme og domssogn for utøvelse av politimyndighet, namsmannsmyndighet og domsmyndighet på kontinentalsokkelen og i norsk økonomisk sone, samt politimyndighet i havområdet utenfor Svalbards territorialfarvann (17 December 1999 Nr 1391), §1.

Cap IX libro 4.indd 255 28/06/2018 18:00:34

rules compared to another set of national delict rules can play a significant role in the outcome.

Norway and Russia share the Barents Sea. Chapter 7 of the Norwegian Petroleum Act[59] set forth specific choice-of-law rules applicable only to delict compensation for pollution damage caused by petroleum spills from offshore installations. This is different from the Russian Federal Continental Shelf Law[60] and the Russian Federal Internal Waters and Territorial Seas Law,[61] which do not contain specific choice-of-law rules regulating the issue, but instead the Russian Civil Code[62] contains general choice-of-law rules (called collision-of-law rules) for delict compensation involving a foreign element.

2.2 The geographic scope of Chapter 7

§7-2 is the specific rule of scope for Chapter 7, while §1-4 of the Petroleum Act contains the Act's general rule of scope. §7-2 indicates whether Norwegian courts should decide a case of compensation for pollution damage according to Norwegian- or a foreign state's law.[63] Chapter 7 of the Petroleum Act is 'applicable to liability for pollution damage from a facility'[64] when occurring:

> […] in Norway[65] or inside the outer limits of the Norwegian continental shelf[66] or affects a Norwegian vessel, Norwegian hunting or catching equipment or a Norwegian facility in adjacent sea areas. With regard to measures to avert or limit pollution damage it is sufficient that damage may occur in such area.[67]

---

59) Lov om petroleumsvirksomhet, supra footnote 42.

60) Федеральный закон "О континентальном шельфе Российской Федерации", supra footnote 43.

61) Федеральный закон "О внутренних морских водах, территориальном море и прилежащей зоне Российской Федерации" N 155-ФЗ (31 July 1998).

62) Гражданский кодекс РФ (ГК РФ) от 26.11.2001 N 146-ФЗ - Часть 3 (26 November 2001).

63) U. Hammer, et al., Petroleumsloven (Universitetsforlaget, Oslo. 2009), p. 542.

64) Lov om petroleumsvirksomhet, supra footnote 42, §7-2.

65) The term 'in Norway' (i riket) includes mainland Norway, which includes Svalbard and Jan Mayen (Svalbard and Jan Mayen are excluded from the general scope of the Act in §1-4), and Norwegian internal waters. See Ot. prp.nr. 72. Lov om petroleumsvirksomhet. (1982-1983), p. 70.

66) §1-6l) defines the terminology Norwegian continental shelf, see Lov om petroleumsvirksomhet, supra footnote 42.

67) Id. at §7-2. It should be noted however that this is not the full citation of §7-2. The second paragraph of §7-2 explains the scope of the Act as applicable to The Nordic Environmental Protection Convention (and Protocol), Stockholm. Implemented in Norwegian law through Lov av 9. april 1976 nr 21 om gjennomføring i norsk rett av miljøvernkonvensjon mellom Norge, Danmark, Finland og Sverige, undertegnet 19 februar 1974. The third paragraph of §7-2 grants the state the ability to 'issue rules relating to liability for pollution damage caused by petroleum activities pursuant to this Act' by agreement with a foreign state. Thus, the state may enter into a treaty about liability for pollution damage with a foreign state, and implement the convention into Norwegian law.

Cap IX libro 4.indd 256 28/06/2018 18:00:34

The applicability of Chapter 7 rules is limited to the geographic area of Norway and all waters as far as the outer limits of the Norwegian continental shelf. Additionally, only Norwegian interests outside of this area enjoy the protection of Chapter 7 rules. In contrast, the Chapter 7 liability without fault applies to installations and not geographic areas.[68]

2.3 The law of the place of damage or harm

The place of harm (*lex loci damni*) governs the application of Chapter 7 of the Act,[69] and not where the delict was committed (*lex loci delicti commissi*), making the geographic location of the source of harm irrelevant. Thus, the connecting factor is the place of harm. Based on *lex loci damni*, harm caused outside of the legislative scope of §7-2 is compensated according to that state's delict compensation rules in which the harm occurred.

The Norwegian Government intentionally removed any requirement for a geographic location of the facility,[70] to also include pollution damage inflicted by facilities located on other states' continental shelves and the open sea.[71] Thus, it is not decisive where the facility is located; for example, whether the harm-inflicting facility is located within the outer limits of the Norwegian continental shelf or within the outer limits of another state's continental shelf, such as the Russian continental shelf.[72] This ability to impose liability for pollution damage within the outer limits of the Norwegian continental shelf due to the occurrence of harm on the Russian continental shelf is the implication of the extended definition of scope by §7-2 compared to the Petroleum Act's general definition of scope in §1-4.

§7-2 is the continuance of §38 of the old and repealed 1985 Petroleum Act.[73] If the legislator had continued the same wording of §38 in full, the rules would have been clearer. §38 clarifies situations where the Nordic Convention on Environment Protection of 1974 and other bilateral treaties do not apply:

> For pollution damage that occurs outside the areas as specified in the first and second paragraphs, the delict compensation rules in that state in which the harm occurred shall apply.[74]

---

68) Lov om petroleumsvirksomhet, supra footnote 42, §7-3.

69) Id. at §7-2.

70) Ot.prp.nr.43. Om lov om petroleumsvirksomhet (1995-1996), p. 56.

71) Ot. prp.nr. 72. Lov om petroleumsvirksomhet (1982-1983), p. 70.

72) It should be noted that §7-2 also includes pollution from facilities located onshore. This was an extension of the 1985 Act, which only applied to pollution from offshore facilities. See Ot.prp.nr.43. supra footnote 70, p. 56.

73) Lov om petroleumsvirksomhet (repealed) (22 March 1985 nr 11).

74) Id. at §38.

Cap IX libro 4.indd 257 28/06/2018 18:00:34

Keeping this enactment in §7-2 was 'according to the Ministry's view unnecessary next to the rule in §7-2 third paragraph',[75] as the Government can enter into agreements about compensation for pollution damage with other countries.

The current §7-2 does not contain any requirement for a connecting factor between a Norwegian harm-doing company and harm inflicted in countries not part of the Nordic Convention on Environment Protection, such as in Russia.[76] Thus, the removal of §38 reduces the ability to cover all choice-of-law scenarios and to an extent amputates the choice-of-law heading of §7-2.

2.4 Compensation of pollution damage to Norwegian interests only in adjacent sea areas

§7-2 contains a unilateral extension of privilege granting 'Norwegian interests' protection in delict law under Chapter 7 for pollution damage suffered in adjacent sea areas.[77] The term 'Norwegian interests' means the three groups eligible for compensation under §7-2 when pollution damage is suffered in adjacent waters, namely: 1) a Norwegian vessel, 2) Norwegian hunting or catching equipment, or 3) a Norwegian[78] facility. The preparatory works emphasise that harm and injury to personnel and/or equipment located on a vessel (group 1) or a facility (group 3) are included in the scope of §7-2.[79]

This privilege started as discrimination against all countries, except countries adhering to the Nordic Convention on Environment Protection. The Lugano Convention granted their members equal footing, which left Russian interests as the only unprotected interests under Chapter 7. Chapter 8 of the Petroleum Act contains a similar unilateral extension of privilege expressly requiring fishermen to be Norwegian to claim delict

75) Ot.prp.nr.43. supra footnote 70, p. 56.

76) Cordero-Moss, Internasjonal Privatrett på formurettens område (Universitetsforlaget, 2013), p. 357.

77) Lov om petroleumsvirksomhet, supra footnote 42, §7-2.

78) Neither the Petroleum Act nor the preparatory works define the terminology Norwegian with respect to vessels and facilities. However, the Norwegian Maritime Code sets out conditions for nationality of vessels (§1), drilling ships (§4), and drilling platforms and similar mobile constructions (§507). The general rule requires registration of vessels and facilities in the Norwegian Ordinary Ship Register (NOR) or the Norwegian International Ship Register (NIS), (§§ 11, and 507) see Norwegian Maritime Authority, NIS-NOR, The Norwegian International Ship Register. §7-2 does not appear to require actual registration in one of the registers as long as the conditions for nationality are fulfilled. However, for further information on the issue of registration and fulfilment of the conditions of nationality, as well as the non-appliance of the conditions of nationality to fixed facilities, see Hammer, et al., supra footnote 63, p. 540, and Bull and Falkanger, Sjørett (Sjørettsfondet Akademisk, Oslo, 7 ed. 2010), chapter 2.

79) Ot. prp.nr. 72., supra footnote 71, p. 71. Neither §7-2 nor the preparatory works differentiate between Norwegian or foreign nationals. Thus, nationality does not affect a claim for personal injury or damage to equipment when on a Norwegian vessel or Norwegian facility (within the Norwegian or other state's continental shelf). However, both Norwegian and foreign nationals would be ineligible to claim for personal injury and damage to equipment if located on a foreign vessel or facility outside the Norwegian continental shelf. See Hammer, et al., supra footnote 63, p. 541.

Cap IX libro 4.indd 258 28/06/2018 18:00:34

compensation for inconveniences as a result of petroleum activities.[80] The application of Chapter 7 rules does not discriminate as to ownership or nationality when harm is inflicted in Norway or within the outer limits of the Norwegian continental shelf, but only when Norwegian and Russian interests are harmed in the Russian jurisdiction. The Norwegian party receives the protection of Chapter 7 even though harmed in the Russian jurisdiction, while the Russian party must seek remedy in Russian legislation and, as a result, is left without legal enforcement of such remedy.

The term 'in adjacent sea areas' received some attention by the bodies entitled to comment on the bill when passed through the legislative process, as many found the terminology confusing.[81] The committee stated that the term 'sea areas' which border to the Norwegian continental shelf includes 'other states' continental shelves[82] that have a common dividing line with the Norwegian continental shelf [as well as] nearest adjoining states' continental shelves, and the immediate high seas ('frie havområder').'[83] The Ministry of Petroleum and Energy emphasised that the terminology 'adjacent sea areas' 'does not only think about the sea areas to the states that have a common dividing line with the Norwegian continental shelf, but also other parts of the North Sea, Norwegian Sea and the Barents Sea.'[84] These statements were made long before the Norwegian-Russian delimitation agreement came into effect, and appear to be aimed at ensuring the unsettled dividing-line dispute was included in the scope of the Act. Based on these clarifications and the fact that the source of pollution may be located outside the Norwegian continental shelf (for example, on another country's continental shelf), the rules in Chapter 7 reach widely.

2.5 Compensation of measures to avert or limit pollution damage to the Norwegian jurisdiction when initiated in Russia

A factor in compensating reasonable measures[85] executed to avert or limit pollution damage is the intention to encourage the execution of necessary measures to limit

80) Chapter 8 of the Petroleum Act does discriminate with respect to nationality when compensating fishermen for inconveniences as a result of petroleum activities. The Chapter only applies Norwegian fishermen, which are 'persons registered in the registration list of fishermen and owners of vessels listed in the registry of Norwegian fishing vessels subject to registration licences'. Chapter 8 does not apply to Chapter 7 pollution damage and compensate financial losses for 1) occupation of fishing fields, 2) pollution and waste, or 3) damage caused by a facility or actions in connection with the placing of a facility. See Lov om petroleumsvirksomhet, supra footnote 42, §8-1.

81) Ot. prp.nr. 72., supra footnote 71, p. 71.

82) The committee considers the continental shelf of other states to include 'the assumed territorial waters and the internal waters'. See Hammer, et al., supra footnote 63, p. 540.

83) NOU: Erstatningsansvar for forurensningsskade som følge av petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel. 1981:33, p. 36.

84) Ot. prp.nr. 72., supra footnote 71, p. 71.

85) §7-1 defines pollution damage as, amongst others, '…costs of reasonable measures to avert or limit such damage or such loss…' Lov om petroleumsvirksomhet, supra footnote 42.

Cap IX libro 4.indd 259 28/06/2018 18:00:34

the extent of pollution damage.[86] '[I]t is sufficient that damage may occur in such areas.'[87] As discussed earlier, 'such areas' include adjacent sea areas. Measures executed in adjacent sea areas seem compensable when executed to avert or limit pollution damage to within the Norwegian jurisdiction. The preparatory works state that:

> '[E]xpenses for measures to avert or limit pollution damage should also be covered by the act when the measure is initiated in adjacent sea areas to hinder pollution damage occuring [in internal waters, territorial waters, the continental shelf] or on the Norwegian mainland.'[88]

The preparatory works continue by stating that the licensee should compensate expenses for measures to avert or limit pollution damage by a source located outside the Norwegian continental shelf, for which the measures are initiated to combat petroleum pollution before the petroleum enters the Norwegian continental shelf.[89] The same applies if petroleum drifts from within the Norwegian continental shelf to outside the Norwegian continental shelf, and threatens to drift back into the Norwegian continental shelf.[90] The first example appears problematic. If Russian fishermen or the Coast Guard execute measures that avert or limit damage, which may occur on the Norwegian continental shelf from a Russian oilrig on the Russian side of the Barents Sea, §7-2 allows for Russian claims of compensation in a Norwegian court against a Russian licensee. Enforcing a Norwegian court judgment against a Russian licensee in Russia is difficult, as well as enforcing a court judgment in Norway against a Russian licensee without assets in Norway. Likewise, if Norwegian fishermen and/or the Norwegian Coast Guard cross the sea border to assist their Russian colleagues in the liquidation of the oil spill, the Norwegian participants may then claim compensation for measures in a Norwegian court with the same challenge, namely, to enforce a Norwegian judgment against a Russian licensee in Russia.

Measures executed in the Russian jurisdiction to avert or limit pollution damage to Norwegian interests (three groups) located in the Russian jurisdictions (seas) appear not compensable. As such, it would be better for these Norwegian interests to suffer damage. As an example, a Norwegian trawler accruing expenses to save its trawl from pollution damage in the Russian part of the Barents Sea is excluded from compensation under Chapter 7.[91] Similarly, if a foreign trawler salvages Norwegian fishing equipment in the Russian jurisdiction, the expenses are likely not compensable.[92] If the foreign trawler suffers pollution damage (such as property damage), the trawler is likely also

86) Ot. prp.nr. 72., supra footnote 71, p. 71.

87) Lov om petroleumsvirksomhet, supra footnote 42, §7-2.

88) Ot. prp.nr. 72., supra footnote 71, p. 71.

89) Id.

90) Id.

91) Hammer, et al., supra footnote 63, p. 541.

92) Id.

Cap IX libro 4.indd 260 28/06/2018 18:00:34

not eligible for compensation under Chapter 7.[93] This is likely not the legislator's intent, which was to encourage the execution of necessary measures.[94]

3 Recognition and enforcement of foreign judgments

3.1 Introduction

A Russian injured party will be unsuccessful in pursuing a claim of compensation in a Norwegian court against a Norwegian licensee that inflicted harm in Russia from the Norwegian side of the sea border in the Barents Sea. The Russian injured party can always, as an alternative, sue the same party under Russian law in a Russian court for the same harm. Russian law is straight forward on compensation of this kind. Assuming that a claimant, injured from a Norwegian licensee, receives a favourable court judgment in a Russian court under Russian law against the Norwegian licensee, the claimant would presumably like to actually receive the money. The Russian injured party must take the Russian court judgment to Norway and ask a Norwegian court for recognition and enforcement.

The inability to recognise and enforce a foreign judgment in the country in which the assets of a harm-doer are located may severely limit an injured party's ability to obtain a remedy. An important aspect of harm inflicted across borders in the Barents Sea is whether Norwegian and Russian courts will recognise and enforce each other's judgments. In and of themselves, court decisions from one state have no force in another state.[95] States recognise and enforce foreign judgments differently; some states require a valid international agreement with the state of the rendered judgment, while other states recognise and enforce foreign judgments similar to domestic judgments.[96] States are under no obligation to recognise and enforce foreign judgments in the absence of an international agreement under international law, and even though many states do recognise and enforce foreign judgments on a regular basis, such state practice is not specific enough to create rules of customary international law.[97]

---

93) Id.

94) Ot. prp.nr. 72., supra footnote 71, p. 71.

95) Michaels, 'Recognition and Enforcement of Foreign Judgments'. Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL] (March 2009), retrieved 28 August 2017, at http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1848?rskey=4Sjuxc&result=10&prd=EPIL, #1.

96) Id. at #10.

97) Id. at #11. 'However, the enforcement of foreign judgments can violate international law if the judgment itself is incompatible with international law.' (See #12).

Cap IX libro 4.indd 261 28/06/2018 18:00:34

3.2 European recognition and enforcement regimes of foreign judgments in civil and commercial matters

The international principles of comity and reciprocity were introduced with the arrival of the ideas of sovereignty to facilitate the recognition and enforcement of foreign judgments.[98] The Russian Commercial Court relies on these principles today. Enforcing foreign judgments only based on either comity or reciprocity was considered either too vague or too strict and, as a result, European countries started entering into enforcement treaties, with the treaty between France and Swiss communities in 1715 as the first.[99]

Currently, the European picture of recognition and enforcement of foreign judgments is painted through a couple of multilateral agreements. There is currently no effective global treaty on the recognition and enforcement of foreign judgments. The Hague Conference on Private International Law (HCCH)[100] started the work on a global instrument with several failed attempts.[101] Another attempt to negotiate a global project on unifying the rules of international jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters came about in June 1993.[102] This attempt can also be considered unsuccessful.[103]

Multilateral agreements in Western Europe on recognition and enforcement are traditionally the 2001 Brussels I regulation[104] in the EU (formerly, with a separate extension agreement with Denmark) and the Lugano Convention linking the EU

98) Id. at #6-9.

99) For an overview over the earliest enforcement treaties in Europe, see: id. at #9.

100) Russia and Norway are both part of the HCCH. Norway joined the HCCH 15 July 1955 and Russian Federation re-joined the HCCH 6 December 2001.

101) Convention on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of goods (s-Gravenhage, 15 April 1958), art. 5. Convention on the Choice of Court (the Hague, 25 November 1965). Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (the Hague, 1 February 1971). This is to some extent in force between Cyprus, the Netherlands, Portugal and Kuwait. However, the Brussels I regulation has displaced large parts of the dynamics of the Convention.

102) To read more about the Hague Convention, see: Lau, 'Update on the Hague Convention on the Recognition & Enforcement of Foreign Judgments', Annual Survey of International & Comparative Law (2000) 6(1), pp. 13-25. Baumgartner, The Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments (Germany, Mohr Siebeck, 2003). Ralf Michaels, Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions, Conflict of Laws in a Globalizing World: A Tribute to Arthur von Mehren (2006).

103) The negotiation ended in an amputated version of the original concept titled: Convention on Choice of Court Agreements (the Hague, 30 June 2005). Mexico is the only ratified party, while EU (except for Denmark) signed in 2009 and the US signed in 2007.

104) Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Official Journal of the European Communities L 12/1 16.1.2001. EC.

Cap IX libro 4.indd 262 28/06/2018 18:00:34

countries (except for Denmark) with Iceland, Switzerland, Norway and Denmark.[105] The EU adopted a recast Brussels I regulation[106] in 2012, which takes effect in 2015. In 2013, Denmark informed the Commission it would implement the Brussels I regulation (recast).[107] The EU also has regulations for uncontested claims and payments procedures,[108] as well as judgments opening insolvency proceedings.[109]

Most of the former Soviet countries have entered into similar agreements through the following two Commonwealth of Independent States (further CIS)[110] agreements: the Multilateral Agreement on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments[111] and the Agreement on a Procedure for Commercial Dispute Settlements.[112]

3.3 Recognition and enforcement of foreign judgments in Norway

In Norway a judgment (or arbitral award) holds no legal force unless legally authorised by law[113] or based on an agreement ('overenskomst')[114] with the rendering court's

105) The Lugano Convention is an example of an international agreement about the recognition and enforcement of foreign judgments as well as of the legal authority to demand recognition and enforcement. The Civil Procedure Act §19-16 states that foreign judgments hold legal force in Norway in accordance with law or international agreements. The section confirms that the Lugano Convention is Norwegian law according to §4-8. See: Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) (17 June 2005 nr 90), §19-16 and §4-8.

106) (12 December 2012). Regulation (EU) no. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) OJ L 351.

107) Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 79/4) (21 March 2013).

108) Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council creating a European Enforcement Order for uncontested claims (21 April 2004). Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council creating a European order for payment procedure (12 December 2006).

109) Council regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings (29 May 2000), art. 16.

110) Members are Armenia, Azerbaijan, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, Russia, Tajikistan, and Uzbekistan.

111) Convention of 22 January 1993 on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases. Adopted at Minsk, Belarus, on 22 January 1993 and amended on 28 March 1997. Came into effect on 19 May 1994.

112) Agreement of 20 March 1992 on Procedure of Settling Disputes with Regard to Carrying on Business Activities, Kyiv.

113) As an example, Norway does to a large extent recognise and enforce foreign judgments with the absence of international agreements in the area of family law. Even foreign judgments in the area of family law without basis in an Act or an international agreement would be to a large extent recognised and enforced. NOU 2001:32 A. Rett på sak, pp. 414-415. See also the Acts concerning foreign divorce and separation, and parental responsibility and return of children: Lov om anerkjennelse av utenlandske skilsmisser og separasjoner (6 February 1978 Nr 38) and Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven) (8 July 1988 Nr 72). The latter implements into Norwegian law European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children (Luxemburg, 20 May 1980) and also Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (Hague, 25 October 1980).

Cap IX libro 4.indd 263 28/06/2018 18:00:34

state.[115] Family law is an area authorising recognition and enforcement of foreign court decisions by law.[116] Interestingly, Norway had multilateral agreements with many countries covering recognition and enforcement of foreign judgments in civil matters (which would have included compensation judgments for pollution damage from an offshore source of pollution damage located within Norwegian jurisdiction), except with Russia. Before the Lugano Convention, Norway had entered into two agreements, namely, the Convention between Norway and the United Kingdom providing for the reciprocal recognition and enforcement of judgments in civil matters[117] and the Convention between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden on the recognition and enforcement of judgments.[118] The latter Convention was updated in 1977 by the Convention between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden on the recognition and enforcement of judgments in civil matters[119]. However, the Lugano Convention supersedes these three Conventions, which are all listed in Annex VII, to the extent the Lugano Convention covers the same matters as the three Conventions.[120]

Schei, et al., Tvisteloven, supra footnote 49, §19-16 para. 5.

114) This chapter does not try to define the meaning of agreement ('overenskomst'), but an agreement ('overenskomst') is called by many names when entered into, such as 'treaty', 'convention', and 'agreement' in front of which words like 'international', 'multilateral', and 'bilateral' stand. The agreement must be entered into with a foreign state. The chapter also does not elaborate on international legal terminology 'foreign state'.

115) Lov om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker [luganoloven] (repealed) (8 January 1993 Nr. 21), §1. See also: Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) (17 June 2005 nr 90), §19-16, §19-15, §19-14 and §1-2.

116) The Ministry of Children, Equality and Social Inclusion (the Ministry of CES) can recognise fatherhood and motherhood issues based on foreign (Russian) court decisions on a case-by-case basis, according to the Children Act §85 (Lov om barn og foreldre (barnelova) (8 April 1981 Nr. 7)). This was the case in a 27 February 2009 decision, in which the Ministry of CES that the Norwegian citizen B was the father of C. The court noted that there was no regulation or agreement between Norway and Russia within this area. The case illustrates the process by which a Russian court decision may be evaluated for recognition in Norway. The courts can then verify the correctness of the Ministry's decision and rule for or against recognition and enforcement of the Russian decision. The court in obiter dictum referred to the principle of reciprocity but did not apply it without examining the facts of the case and the procedural approach by the Russian court. The court further expressed a hesitation to trust a first instance court decision (case in question: Luga Municipal Court in St. Petersburg on 28 October 2004). Such distrust is not in the spirit of recognition and enforcement of foreign judgments; in other words, there should be no requirement that the parties need to appeal their case once or twice to receive the court's trust to recognise and enforce the foreign judgment. Frostating Appellate Court of Norway (LF 2011 Nr. 160687).

117) The Convention between Norway and the United Kingdom providing for the reciprocal recognition and enforcement of judgments in civil matters (London, 12 June 1961).

118) The Convention between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden on the recognition and enforcement of judgments, Copenhagen. The Convention is relevant only for judgments, which are older then 1978 and with relation to Iceland (16 March 1932).

119) The Convention between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden on the recognition and enforcement of judgments in civil matters (Copenhagen, 11 October 1977).

120) Lugano Convention, supra footnote 50 at art. 65 and Annex VII. See also art. 63(2), 66, and 67.

Cap IX libro 4.indd 264 28/06/2018 18:00:34

The term 'legal force' ('rettskraft') and 'capable of being enforced' ('tvangskraft') must initially be commented upon. Even though a plaintiff's/defendant's court judgment is final, the judgment may not necessarily be legally enforceable.[121] A court judgment or other court decision receives legal force ('rettskraft') when the judgment cannot be disputed with regular judicial relief.[122] The common regular judicial relief is appeal. Generally, when the parties stop appealing, the judgment is granted legal force after a specific period of time. A court decision of legal force is legally binding on the parties, and possibly on other associated parties.[123] A foreign court judgment or decision is granted legal force when provided by a Norwegian statute or an agreement with that specific country.[124] Commonly, court judgments and decisions of legal force, imposing a duty to omit or execute an action, are basis for enforcement.[125] The Legal Enforcement Act also grants legal basis to enforce civil and public legal decisions of foreign courts or authority, foreign governmental out-of-court settlements and arbitration decisions, which by agreement with the foreign state or by law are enforceable in Norway.[126] The applicant must petition the District Court for enforcement of the foreign judgment.[127] The foreign judgment is taken into consideration without any recognition procedure. The courts will assess whether the foreign judgment can be considered equal to a Norwegian judgment based on an international agreement, national legislation, or the absence of both.[128] This formal control is called an exequatur. When the foreign judgment is a final and enforceable judgment, the Norwegian courts will not assess its substantive 'correctness'.[129] However, the foreign judgment must be determined final and enforceable according to the foreign understanding of the rules of final and enforceable and not upon the Norwegian legal understanding of final and enforceable.[130] The foreign court judgment has legal force and is enforceable with the exequatur.

---

121) Bratholm and Hov, Sivil Rettergang (Oslo, Universitetsforlaget, 1987), p. 434.

122) Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) (17 June 2005 nr 90), §19-14(1).

123) Id. at §19-15(1). For more information about this separation between 'legal force' ('rettskraft') and 'capable of being enforced' ('tvangskraft') in Norwegian law, see: Schei, et al., Tvisteloven, supra footnote 49, pp. 841 ff. Michelsen, Sivilprosess (Oslo, Ad Notam Gyldendal AS, 1999), pp. 245 ff. Skoghøy, Tvisteløsning (Oslo, Universitetsforlaget, 2014), pp. 1003 ff. Bratholm et al, supra footnote 121, pp. 586 ff.

124) Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), p. 442, §19-16.

125) See the Legal Enforcement Act (the special procedural statute about enforcement) (Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) (26 June 1992 Nr. 86)), §4-1.

126) Id. at §4-1f).

127) Id. at §7-3 third part, §8-3 second part, §9-3, §10-3, and §13-3 first part.

128) A legally enforceable judgment of a claim is without substantive discussion relied upon in a new case where the court has to consider the claim to decide the case. Furthermore, the court will dismiss a new case between the same parties concerning a claim which has been rendered legally enforceable, unless the plaintiff, due to a dispute about the decision's legally binding character or other particular circumstances, still has legal standing. See §§19-15 (2) and (3) of (17 June 2005 nr 90). Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). Norway.

129) Schei, et al., Tvisteloven, supra footnote 49, §19-16 para. 6.

130) Hambro, Jurisdiksjonsvalg og lovvalg i norsk internasjonal kontraktsrett (Oslo, Universitetsforlaget, 1957), pp. 118-119 (§147).

Cap IX libro 4.indd 265 28/06/2018 18:00:34

The Civil Procedure Act does not, however, state the effect of a foreign court judgment when Norway has not entered into an agreement with the country of the rendering court. The foreign court judgment does not hold the same strong position as a foreign court judgment from a country with which Norway entered into an agreement.[131] However, these foreign court judgments from non-agreement countries must hold some value. The foreign court judgment is precedence in the rendering country and between the parties of the foreign judgment, which contains an argumentative aspect not usually contradicted by other decisions. Thus, the foreign court judgments from non-agreement countries hold degrees (stronger or weaker) of argumentative power creating a presumption of right or correctness without creating anything more.[132]

A foreign court judgment from a non-agreement country generally receives legal force in Norway when a Norwegian court tries the subject matter of the judgment again, based upon which enforceability is imposed.[133] Remedies are then enforced based on the Norwegian judgment, and not on the foreign court judgment.

Russia and Norway have not yet entered into a bilateral agreement on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters,[134] and the two states do not share membership in any one convention explicitly on the recognition and enforcement of foreign judgments.

4 Conclusion

The chapter has shown that there are small hurdles to jump for a Russian harmed party to get access to Norwegian courts. *Lex loci damni* is the principle enacted in Chapter 7, with a unilateral extension of protection in delict law to Norwegian interests harmed in Russia, which is not extended to Russian injured parties harmed within the Russian jurisdiction, for situations where the source of harm is located on the Norwegian side of the Barents Sea. This privilege has resulted in discrimination against only Russian interests, which in some situations do not enjoy delict law protection under Chapter 7. A Russian injured party forced to pursue a legal claim against a Norwegian licensee without assets in Russia may receive no compensation, because there is no agreement about recognition and enforcement of foreign court judgments between Norway and Russia. The best of reasons argues for a legislative amendment by the Norwegian Parliament to allow also Russian injured parties to pursue compensation claims

131) Id. at p. 120 (§149).

132) Id.

133) Id.

134) Norway and Russia (through the USSR) have both ratified, however, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York City, United Nations, 1958) (Came into effect for the USSR 22 November 1960 and for Norway 12 June 1961).

Cap IX libro 4.indd 266 28/06/2018 18:00:34

against Norwegian licensees inflicting pollution damage in Russia from oil spills on the Norwegian Continental shelf. This ability to forum shop could have preventive and restorative functions.[135] Such a choice could have a positive effect on limiting cross-border pollution, from which the neighbouring country will have difficulty protecting itself.[136]

135) NOU 1982: 19 Generelle lovregler om erstatning for forurensningsskade, p. 49.

136) Id. at p. 50.

Cap IX libro 4.indd 267 28/06/2018 18:00:34

CHAPTER 10
Exploration and Exploitation of Offshore Oil and Gas
What Future for Civil Liability in the EU?

Béatrice SCHÜTTE
PhD degree in Law, Aarhus University, School of Business and Social Sciences, Denmark
Guest researcher of the Human Sea programme, University of Nantes, France[1]

Résumé : *Pour les entreprises pétrolières, l'exploration et l'exploitation gazières et pétrolières en mer continuent à être une affaire importante. L'offshore en tant que source de production est même susceptible d'augmenter à l'avenir. Malgré plusieurs accidents ayant causé une pollution de l'environnement marin et des dommages aux gens, aucun régime étendu concernant la responsabilité civile pour dommages causés au cours de l'exploration et l'exploitation gazières et pétrolières en mer n'est en vigueur au niveau de l'Union européenne. En se fondant sur l'idée que les règles de responsabilité civile peuvent aider à augmenter le niveau de la protection de l'environnement, cette contribution présente et compare les cadres juridiques sur la pollution et la responsabilité civile, entre autres des conventions internationales, des directives de l'Union européenne et des lois nationales. Le résultat de l'analyse sert de base pour des réflexions quant à un possible cadre juridique harmonisé sur la responsabilité civile pour des dommages causés à l'occasion de l'exploration et de l'exploitation gazières et pétrolières en mer. Compte tenu des multiples impacts qui affectent le fragile environnement marin, il faut réglementer profondément ces activités afin de préserver les océans pour les futures générations.*

1) Human Sea Programme of the University of Nantes: The development of human activities at sea? "For a new Maritime Law", ERC (European Research Council) 2013 Advanced Grant, SP2-Ideas, FP7 (Seventh Framework Programme) of the European Union (2007-2013) Agreement No. 340770.

Cap X libro 4.pmd 269 15/05/2018, 18:39

Abstract: *For petroleum companies, the exploration and exploitation of offshore oil and gas remains an important business. Offshore source production is even likely to increase in the future. Despite a number of accidents causing both environmental pollution and harm to people, no overarching civil liability framework is yet in force for the EU. Based on the idea that liability rules can help to increase the level of environmental protection, this paper presents and compares regulatory frameworks on pollution and liability, among them International Conventions, EU Frameworks and selected national laws of EU Member States. The result of the analysis is taken as a starting point for reflections as to what a harmonised civil liability framework could look like. Given the manifold forms of impact on the delicate marine environment, these activities must be thoroughly regulated in order to preserve the oceans for future generations.*

Cap X libro 4.pmd 270 15/05/2018, 18:39

Introduction

With oil and gas being natural resources of limited reserves, companies are eager to exploit as much as possible. Demand is growing and possible alternatives are either not yet suitable for mass use, or they still lack acceptance among the public.

Thus, offshore exploitation of oil and gas is still an important business for the respective companies. According to data from 2012, almost 9% of the EU's gross petroleum products consumption and almost 14% of the gross natural gas consumption were produced in the EU.[2] More than 90% of this originates from offshore installations, most of which are located in the North Sea.[3] So far, there is one installation in the Baltic Sea, in the EEZ of Poland. Further offshore installations are to be found in the Mediterranean Sea and in the Black Sea.

Oil spills can have disastrous consequences. For instance, the damage caused by the 1989 Exxon Valdez spill was still visible 20 years later, and nowadays the entire coastline where the spill occurred is still being monitored in order to observe long-term consequences.[4] Back then, the Alaskan economy lost billions of dollars and fishermen lost their income in the long term. In the offshore sector, more than 40 blowouts have been reported since 1955.[5]

Serious accidents on offshore platforms also happened in Europe, such as the capsizing of the Alexander Kjelland platform in Norwegian waters where 123 people lost their lives, or the explosion of the Piper Alpha platform in UK waters with 167 victims.[6]

Even though technologies have advanced and stricter safety measures have been taken, there is no guarantee that catastrophic oil spills like the Deepwater Horizon disaster will not be repeated. For the advanced technology also facilitates operations further off shore and in deeper waters than before.[7] When the preparations for the Offshore Safety Directive started, there were already almost 1000 offshore oil and

---

2) Offshore oil and gas production in Europe, via EU Offshore Authorities Group Web Portal, euoag.jrc.ec.europa.eu/node/63 (accessed 6 October 2017).

3) Lindøe, Preben; Engen, Ole, *Offshore Safety Regimes – A Contested Terrain* in: The Regulation of the Continental Shelf Development, p. 196.

4) The Complete Story of the Exxon Valdez Oil Spill, via https://www.marineinsight.com/maritime-history/the-complete-story-of-the-exxon-valdez-oil-spill/ (accessed 6 October 2017).

5) Palmer, Vernon Valentine, *The Great Spill in the Gulf . . . and a Sea of Pure Economic Loss: Reflections on the Boundaries of Civil Liability* Penn State Law Review Vol. 116 (2012), p. 108

6) Christou, Michalis; Konstantinidou, Myrto, *Safety of offshore oil and gas operations: Lessons from past accident analysis*, pp. 16/17.

7) European Parliament Report on liability, compensation and financial security for offshore oil and gas operations (2016), p. 10/19.

Cap X libro 4.pmd 271 15/05/2018, 18:39

gas installations in the EU.8 Other than in the case of the Deepwater Horizon, most drillings in EU waters happen in relatively shallow waters at a depth of often less than 100 metres. Yet, experts state that the risks are not automatically lower.[9] For the years to come, the production of oil and gas from offshore sources is expected to increase.[10]

In general, environmental protection is one of the objectives of the European Union, as determined in both the TEU and the TFEU, which state that the EU aims at a high level of protection and improvement of the environment.[11]

Two types of damage may occur in this context: on the one hand, there is the damage to the marine environment and, on the other hand, individuals and legal entities can also suffer damage in different ways, for instance death, bodily harm, damage to things or economic loss. So far, the international community fails in agreeing on a binding framework. The International Maritime Organization (IMO) rejected the need for a framework for oil pollution emerging from offshore installations, despite having a very elaborate one on vessel source oil pollution. It was argued that bilateral and regional arrangements were more appropriate.[12] By contrast, the European Parliament, in a resolution published in December 2016, regrets that the Offshore Safety Directive does not establish a comprehensive framework on civil liability including damage sustained by individuals and legal entities.[13]

As regards offshore activities, damage may not only be caused through oil spills, but also through other substances being released during the process, such as sewage water, produced water or displacement water which may be contaminated.[14]

---

8) EU Commission Press Release 27 October 2011: Commission proposes new rules on the safety of offshore oil and gas activities, via http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-740_en.htm?locale=en (accessed 03 October 2017).

9) Faure, Michael et al., *A Multilayered Approach to cover Damage caused by Offshore Facilities* Virginia Environmental Law Journal 2015, p. 368.

10) Rochette, Julien; Wemaere, Matthieu; Chabason, Lucien, Callet; Sarah, *Seeing beyond the Horizon for Deepwater Oil and Gas: strengthening the International Regulation of Offshore Exploration and Exploitation*, p. 5.

11) Walter, Antonia *Environmental Protection in the EU and the WTO: Is Article XX GATT in its Present Interpretation Consistent with the Current Standard of Environmental Protection of the EU?* European Energy and Environmental Law Review 2014, p. 2.

12) Faure, Michael et al. *A Multilayered Approach to cover Damage caused by Offshore Facilities* Virginia Environmental Law Journal 2015, p. 372.

13) European Parliament resolution of 1 December 2016 on liability, compensation and financial security for offshore oil and gas operations, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0478+0+DOC+XML+V0//EN (accessed 06 October 2017)

14) Rochette, Julien; Wemaere, Matthieu; Chabason, Lucien; Callet, Sarah, *Seeing beyond the Horizon for Deepwater Oil and Gas: strengthening the International Regulation of Offshore Exploration and Exploitation*, p. 7/8.

Cap X libro 4.pmd 272 15/05/2018, 18:39

The purpose of this paper is to give a comparative overview of existing regulation concerning oil pollution, at an EU level, an international level and in selected national laws. Based on the outcome of the analysis, it will examine what regulation in the EU could look like in the future. In this context, the focus will be on the liability rules as such and not on compensation mechanisms.

1. Current Regulation

A number of regulatory frameworks concerning oil spills exist both on an EU level as well as on an international level. In addition to that, the national laws of the EU member states contain legal provisions on this matter.

1.1. International Principles

Important international principles include the 'polluter pays' principle, the preventive principle and the precautionary principle.

1.1.1. The Polluter-Pays Principle

The polluter pays principle (PPP) has been developed based on the simple fact that the polluters are the ones responsible for the pollution they have caused. Nowadays, it is a basis of European environmental policy.[15] Originally, it was based on economic considerations like the Coase theorem, and it was officially formulated for the first time in an OECD recommendation on economic aspects of environmental policies.[16] In 1986, it was implemented in the EU Treaties by the Single European Act.[17] The more precise meaning of the principle, as well as its application to actual cases, are open to interpretation.[18]

The PPP further evolved through the practice of the European Court of Justice, for instance regarding the requirement of causation, the question of who is a polluter, or concerning the differentiation of contributions from categories of polluters.[19] The causal

---

15) Lindhout, Petra; Van den Broek, Berthy, *The Polluter Pays Principle: Guidelines for Cost Recovery and Burden Sharing in the Case Law of the European Court of Justice* Utrecht Law Review Volume 10, Issue 2 (May) 2014, p. 46.

16) Stoczkiewicz, Marcin, *The polluter pays principle and State aid for environmental protection* Journal for European Environmental and Planning Law 2009, p. 172.

17) Bergkamp, Lucas; Goldsmith, Barbara, *The EU Environmental Liability Directive – A Commentary* p. 26.

18) Sands, Philippe; Peel, Jacqueline (eds.) *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. 2012, p. 228.

19) Lindhout, Petra; Van den Broek, Berthy, *The Polluter Pays Principle: Guidelines for Cost Recovery*

Cap X libro 4.pmd 273 15/05/2018, 18:39

link must be established between either the environmental damage or the imminent danger of environmental damage on the one hand, and the act or omission of the operator on the other hand. The polluter pays principle must be interpreted in the light of other principles of European Environmental Law, particularly regarding the principle of an increased level of environmental protection and the precautionary principle.[20] The PPP is binding not only for the institutions of the EU but also for the national authorities when transposing European law. The PPP applies only to the damage caused to the environment, not to consequential damage caused to people's health or belongings or economic loss.

1.1.2. The Preventive Principle

The preventive principle is an essential part of the EU's environmental policy. It was adopted in the EU's first environmental action programme in 1972.[21] The preventive principle deals with known risks and is based on the conviction that it is better to prevent than to cure.[22] It means that the creation of nuisance and pollution must be prevented at source. It is implemented in article 191 (2) TFEU. The preventive principle furthermore served as a basis for the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal from 1989.[23]

1.1.3. The Precautionary Principle

On the EU level, the precautionary principle is implemented in article 191 TFEU. It is not further defined in the treaty itself and its actual meaning has been disputed among academics. The precautionary principle is meant to be used by decision-makers in the assessment of risk.[24] Its actual scope of application goes beyond the environmental field.

Internationally, the precautionary principle was acknowledged for the first time in the UN World Charter for Nature in 1982. It was furthermore implemented into the Rio Declaration in 1992. In contrast to the Prevention Principle, the Precautionary Principle

---

and Burden Sharing in the Case Law of the European Court of Justice Utrecht Law Review Volume 10, Issue 2 (May) 2014, p. 49.

20) Moussoux, Youri, *L'application du principe du pollueur-payeur à la gestion du risque environnemental et à la mutualisation des couts de la pollution* Lex Electronica, vol. 17 .1 (Été/Summer 2012), p. 2.

21) https://www.eea.europa.eu/environmental-time-line/1970s (accessed 05 October 2017).

22) http://glossary.eea.europa.eu/terminology/concept_html?term=prevention%20principle (accessed 05 October 2017).

23) https://www.britannica.com/topic/environmental-law/Principles-of-environmental-law (accessed 02 October 2017).

24) Communication from the Commission on the precautionary principle, p. 2; eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001&from=EN (accessed 30 September 2017).

Cap X libro 4.pmd 274 15/05/2018, 18:39

refers to uncertain or unknown risks.[25] The fact that a risk is not proven shall not keep an operator from taking incentives to minimise possible risks.

1.2. International Conventions

International conventions dealing with oil spills in a broad sense are the CLC Convention together with the Convention on the IOPC Fund, MARPOL and the OSPAR Convention.

The CLC Convention and MARPOL only apply to vessel source pollution, so they will not provide for liability provisions in the case of a spill emerging from a platform. These frameworks are only applicable to incidents with so-called mobile offshore drilling units (MODUs) when they are in transit, as in that case they qualify as ships under the scope of the conventions.[26]

1.2.1. UNCLOS

The United Nations Convention on the Law of the Sea is one of the broadest international treaties on environmental matters.[27] The convention aims to be the overarching framework regulating almost all possible activities at sea.[28] It has influenced both the development of regional frameworks concerning the protection of the marine environment and broader international environmental law.[29] The purpose is to establish a legal order for the seas and oceans and contracting parties must prevent, reduce and control pollution of the marine environment and provide appropriate legal remedies for damage caused through pollution.

In general, the contracting states are the addressees of UNCLOS, and the latter does not determine any compensation mechanism itself.[30] Rather, UNCLOS provides guidelines and names the most important matters to be taken into account by the states party to the convention.[31] UNCLOS is of particular relevance since other

---

25) Bergkamp, Lucas; Goldsmith, Barbara, *The EU Environmental Liability Directive – A Commentary* p. 28.

26) Faure, Michael et al., *A Multilayered Approach to cover Damage caused by Offshore Facilities* Virginia Environmental Law Journal 2015, p. 372.

27) Sands, Philippe; Peel, Jacqueline (eds.), *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. 2012, p. 349.

28) Churchill, Robin R., *The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea* in: The Oxford Handbook of the Law of the Sea, p. 25

29) Sands, Philippe; Peel, Jacqueline (eds.), *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. 2012, p. 350.

30) Ibid. p. 730.

31) Vinogradov, Sergej, *The Impact of the Deepwater Horizon: The Evolving International Legal Regime for Offshore Accidental Pollution Prevention, Preparedness, and Response* Ocean Development &

Cap X libro 4.pmd 275 15/05/2018, 18:39

frameworks, conventions and EU directives refer to it with regard to certain definitions.32 Environmental pollution, or more exactly its prevention, is addressed in part XII of the Convention. States party to UNCLOS must develop international standards and norms regarding the control, prevention and reduction of marine pollution from different sources.[33] Thus, UNCLOS basically provides for the establishment of international rules on liability.[34]

1.2.2. The CLC Convention

The CLC Convention, adopted by the IMO, was the first international treaty dealing with civil liability for oil pollution damage. The CLC convention covers civil liability for marine oil pollution. Strict liability is imposed on the ship owners in article 3. The servants or agents of the ship owner and members of the crew, the pilot, any charterer, as well as any person performing salvage or any preventive actions, are exempt from damages claims. The related convention on the IOPC fund establishes an international fund for the compensation for oil pollution damage in order to recover damage caused through pollution in cases where the CLC convention 1992 does not offer sufficient protection and in order to give effect to the purposes of the convention on the IOPC fund.[35] Under the scope of the CLC Convention, injured parties may have a damages claim for pure economic loss if a sufficient causal link can be established.[36] But, as mentioned above, the framework only applies to pollution from ships and under this scope to mobile drilling units in transit, but not to offshore platforms as such.

1.2.3. MARPOL

MARPOL is the main international treaty concerning the prevention of marine pollution emerging from ships.[37] It contains discharge standards, technical specifications and navigation standards but also punitive aspects. The ship owner and the master, as well as other persons causing environmental damage, can be liable.[38] According to

International Law 2013, p. 340.

32) See for instance article 2 II OSD concerning the definition of territorial waters.

33) Churchill, Robin R., *The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea* in: The Oxford Handbook of the Law of the Sea, p. 29.

34) Rochette, Julien; Wemaere, Matthieu; Chabason, Lucien; Callet, Sarah, *Seeing beyond the Horizon for Deepwater Oil and Gas: strengthening the International Regulation of Offshore Exploration and Exploitation*, p. 9.

35) Sands, Philippe; Peel, Jacqueline (eds.), *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. 2012; pp. 748, 749.

36) Noussia, Kyriaki, *Environmental Pollution Liability and Insurance Law Ramifications in Light of the Deepwater Horizon Oil Spill*, The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2009 & 2010, p. 8/9.

37) International Convention for the Prevention of Pollution from Ships http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-%28MARPOL%29.aspx (accessed 19 September 2017).

38) Alam, Shawkat et al. (eds.), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, p. 284.

Cap X libro 4.pmd 276 15/05/2018, 18:39

article 4 of the convention, violations shall be prohibited and sanctions established under the law applicable to the ship concerned, or when a violation occurs under the jurisdiction of a party to the convention, the applicable law shall be that of the respective party. MARPOL covers pollution through oil, noxious liquid substances, harmful substances in packaged form, sewage and garbage.[39]

The MARPOL convention does not provide a liability framework either but instead refers to national laws. And just as the CLC Convention it applies only to MODUs in transit and not to platforms as such.

1.2.4. The 1993 Lugano Convention

The 1993 Lugano Convention was adopted by the Council of Europe and deals with Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment. It refers to the desirability of strict liability and the implementation of the PPP. Under the scope of the convention, damage not only means damage caused to the environment, but also loss of life and personal injury as well as damage to property.[40] However, it only refers to a limited number of noxious activities. It leaves out activities like fisheries and exploitation of resources as well as tourism.

1.2.5. The OSPAR Convention

The OSPAR Convention applies to the North Sea and the Northeast Atlantic and aims at covering all kinds of pollution. In the relevant area, it is even applicable to the high seas. It entered into force in 1992 and replaced the Oslo and Paris Conventions.[41] The OSPAR Convention applies to platforms and offshore installations, monitors their development and keeps an inventory.[42] The addressees of the convention are the contracting parties and they are obliged to protect the marine environment from the detrimental consequences of human activities.[43]

1.2.6. The Helsinki Convention

The 1992 Helsinki Convention applies to the Baltic Sea, probably the most polluted sea in Europe. Parties to the Convention are obliged to prevent and eliminate pollution and to foster the ecological restoration of the marine environment of the Baltic Sea.

---

39) Ibid, p. 284 *et seq.*

40) Sands, Philippe; Peel, Jacqueline (eds.), *Principles of International Environmental Law*, p. 652.

41) https://www.ospar.org/convention.

42) https://www.ospar.org/work-areas/oic/installations (accessed 01 October 2017); Basse, Ellen Margrethe *Miljøretten* (Vol. 6), p. 193.

43) Basse, Ellen Margrethe *Miljøretten* (Vol. 6), p. 193.

Cap X libro 4.pmd 277 15/05/2018, 18:39

To achieve these goals, they must apply both the precautionary principle and the polluter pays principle.[44]

1.2.7. The Barcelona Convention

The Barcelona Convention, or Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean, was adopted in 1976 as part of the UNEP. It has 22 contracting parties, which are all of the countries adjacent to the Mediterranean Sea.[45] The Convention contains an offshore protocol, which was adopted in 1994. The EU accessed the Protocol in 2012, just before implementing the offshore safety directive.

The Barcelona Convention as such aims at assessing and controlling marine pollution, ensuring sustainable management of natural resources, integrating the environment in both social and economic development, protecting marine environment, coastal zones and natural heritage from pollution through prevention measures, as well as at fostering the cooperation between the Mediterranean states and improving the quality of life in the area.[46]

The Offshore Protocol has a broad scope as regards exploration and exploitation activities. It regulates licensing procedures as well as the handling of waste and other hazardous and noxious substances. The protocol does not contain any liability rules; however, in article 27 it obliges the parties to cooperate regarding the establishment of an appropriate framework on civil liability and compensation concerning the activities regulated in the protocol. In more detail, they shall adopt rules that channel liability to the operator, grant prompt and adequate payment of compensation and include compulsory insurance or another financial guarantee.[47]

1.2.8. Summary

The CLC Convention is the only framework that contains actual liability rules. But, as mentioned above, it does not apply to offshore oil and gas platforms. Criticism brought forward against the CLC Convention and the Convention on the IOPC Fund states that in the end these frameworks are more favourable to the oil companies than to the victims, as the liability is mostly channelled to the ship owner and, even when there is

---

44) Sands, Philippe; Peel, Jacqueline (eds.), *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. 2012, p. 363.

45) http://ec.europa.eu/environment/marine/international-cooperation/regional-sea-conventions/barcelona-convention/index_en.htm (accessed 04 October 2017).

46) http://ec.europa.eu/environment/marine/international-cooperation/regional-sea-conventions/barcelona-convention/index_en.htm (accessed 04 October 2017).

47) Scovazzi, Tullio *Maritime Accidents with Particular Emphasis on Liability and Compensation for Damage from the Exploitation of Mineral Resources of the Seabed,* p. 299.

Cap X libro 4.pmd 278 15/05/2018, 18:39

a compensation fund, intervention remains limited.[48] The other conventions do not include any explicit liability rules but pass the duty to establish such rules and to apply the polluter pays principle to the states party to the conventions. This does not open for harmonisation as the states have a margin of discretion regarding the implementation of these principles. And even though several conventions oblige the respective contracting parties to cooperate concerning the establishment of frameworks on civil liability for pollution damage, none is in force yet.

1.3. EU Law

With the protection of the environment being one of the objectives of the European Union, a number of directives and other instruments have been adopted throughout the years.

1.3.1. EU Offshore Safety Directive

The Offshore Safety Directive (OSD) is the most relevant instrument with regard to exploration and exploitation of offshore oil and gas and it was enacted in 2013. The EU wanted to make reference to the increased awareness on security issues related to offshore oil and gas operations in the wake of the Deepwater Horizon blowout.[49]

It establishes minimum requirements, which means that the member states are free to enact stricter rules than those foreseen in the Directive. The framework is, furthermore, of relevance for the European Economic Area.

Article 7 OSD deals with the liability for environmental damage. The member states shall ensure that the licensee is financially responsible for both prevention and remediation of environmental damage. For the definition of environmental damage, the provision refers to the Environmental Liability Directive, which in general remains applicable alongside the offshore safety directive. The directive does not contain any explicit liability provisions. The term, 'environmental liability', is approached in a public administrative liability manner, referring to the society as a whole being affected by the pollution.[50] Stating that the member states shall ensure the financial liability of the licensee rather means that it is up to them to enact specific rules. It is exactly for the lack of liability rules that the directive has been criticised. Furthermore, the OSD only applies to pollution arising from an accident. Operational pollution or even voluntary discharges are not covered.

---

48) De Sadeleer, Nicolas, *The Polluter-pays Principle in EU Law – Bold Case Law and Poor Harmonisation*, p. 415.

49) See (5) Considerations regarding the Directive.

50) COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Liability, Compensation and Financial Security for Offshore Accidents in the European Economic Area (2015), p. 8.

Cap X libro 4.pmd 279 15/05/2018, 18:39

In 2015, the Commission released both a report on liability, compensation and financial security for offshore oil and gas operations and a staff working document concerning the Liability, Compensation and Financial Security for Offshore Accidents in the European Economic Area.51

Operators must ensure coverage of damage including economic loss where the national laws provide for it. But reference to existing national laws does not foster harmonisation. By contrast, particularly with regard to transboundary pollution, people exposed to the same risk are not equally protected as the national laws do not necessarily grant compensation to the same extent. Just like the Environmental Liability Directive, the Offshore Safety Directive provides the member states with a broad margin of discretion and does not introduce any explicit liability regime.

1.3.2. Environmental Liability Directive

The Environmental Liability Directive was enacted in 2004 and deals with the prevention and remediation of environmental damage.[52] The framework does not apply to cases falling under the scope of international conventions on oil pollution, carriage of goods, the EURATOM Treaty or conventions on nuclear damage. That means the directive would not be applicable in case of oil pollution from a MODU in transit.

Legal academics have criticised it for actually lacking efficiency. In its original scope, the ELD applied only to coastal waters as it protected only those waters listed in the Water Framework Directive. With the implementation of the Offshore Safety Directive, its scope was extended and it now applies to all marine waters – except for the high seas.[53] Yet, the ELD does not set up a real liability regime either. In particular, it fails to provide injured parties with a damages claim. In number 14 of the preamble, applicability to cases of personal injury, property damage or any economic loss is explicitly excluded. The directive applies only to environmental damage per se which is defined in its article 2. It is more of an administrative regime empowering the competent authorities to enforce it, even though it uses characteristic civil liability terms.[54]

51) https://ec.europa.eu/energy/en/topics/oil-gas-and-coal/offshore-oil-and-gas-safety

52) http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/ (accessed 29 September 2017).

53) See art. 2 no. 5 Environmental Liability Directive and art. 2 no. 7 Water Framework Directive; http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/ (accessed 29 September 2017).

54) De Smedt, Kristel, *Is Harmonisation Always Effective? The Implementation of the Environmental Liability Directive* European Energy and Environmental Law Review 2009, p. 2; Bergkamp, Lucas *The EU Environmental Liability Directive: A Commentary*, p. 38.

Cap X libro 4.pmd 280 15/05/2018, 18:39

1.3.3. EU Marine Strategy Framework Directive

The aim of the Marine Strategy Framework Directive from 2008 is to achieve a so-called good environmental status for the EU marine waters by 2020. It applies to marine waters under the jurisdiction of EU member states.

Member states shall apply an ecosystem-based approach to the management of human activities impacting the marine environment.[55] The adoption of the directive marked the starting point of holistic ocean governance.[56] The postulation of an integrated maritime policy for the EU was already made in 2006 in a corresponding Commission Green Paper. The directive addresses issues like excessive exploitation of living resources, the introduction of alien species, marine pollution and the need to protect biodiversity.[57]

1.3.4. Summary

None of the above mentioned frameworks, neither the international conventions nor the EU directives, establish an actual comprehensive framework for civil liability for damage resulting from exploration and exploitation of offshore oil and gas. They either apply only to a small part of the offshore operations which is the use of MODUs in transit, or they impose obligations on the member state to establish liability rules. The new Offshore Safety Directive redirects to the ELD regarding civil liability. However, the latter is not a genuine civil liability framework either, as it can only be enforced by public authorities. Claims filed by individuals for consecutive damage like bodily harm, property damage and pure economic loss are explicitly excluded.

1.4. National Laws

In this part, selected national laws concerning liability for damage caused by offshore oil and gas operations will be examined, namely those of Denmark, Germany and the UK. The national legislation of the UK is particularly interesting as the country is still the EU's major producing country[58] but will soon cease to be a member state.[59] Germany and Denmark are both EU member states having offshore installations in

---

55) http://ec.europa.eu/environment/marine/eu-coast-and-marine-policy/marine-strategy-framework-directive/index_en.htm (accessed 05 October 2017).

56) Koivurova, Timo, *A Note on the European Union's Integrated Maritime Policy* Ocean Development & International Law, Vol. 40 (2009), p. 175.

57) Juda, Lawrence, *The European Union and the Marine Strategy Framework Directive: Continuing the Development of European Ocean Use Management* Ocean Development & International Law, 41:1, p. 35.

58) Offshore oil and gas production in Europe, via EU Offshore Authorities Group Web Portal, https://euoag.jrc.ec.europa.eu/node/63 (accessed 06 October 2017).

59) See below, section 3.1.

Cap X libro 4.pmd 281 15/05/2018, 18:39

the North Sea. And as regards oil and gas, Denmark is self-sufficient which means it does not need to import anything from abroad.[60]

Furthermore, from a comparative legal point of view, the countries represent different legal families, with German law representing the Germanic legal family, Danish law as part of the Nordic legal family and English law from the Anglo-American legal family.[61]

National laws are particularly relevant when it comes to damages claims filed by individuals and legal entities since due to a lack of a comprehensive framework these claims will be solved according to the law applicable under private international law. The country of jurisdiction is to be determined in accordance with the Brussels I Regulation which gives the injured party the choice between the country in which the damage occurred and the country in which the event causing the damage took place.[62] As regards the law applicable, the Rome II Regulation provides for the same choice in its article 7.[63]

1.4.1. German Law

Relevant German laws concerning marine pollution are the Water Resources Act (*Wasserhaushaltsgesetz*), the Environmental Damage Act (*Umweltschadensgesetz*) and the general Tort Law.

1.4.1.1. The Water Resources Act

The Water Resources Act aims at ensuring the protection of all waters as part of natural resources, as livelihood for humans, the natural habitat of flora and fauna and useable goods by means of sustainable governance. It also applies to marine waters including the continental shelf, among others.[64] Liability for changing the water quality is regulated in § 89 of the Water Resources Act. The provision imposes strict liability on anyone who discharges substances into a body of water or influences its quality by other means. If the activities mentioned in the provision are committed by several people, they will be jointly liable. According to § 89 II Water Resources Act, the owner of an installation which is meant to produce, to process, to store, to dispose of, to

60) Basse, Ellen Margrethe, *Miljøret* (Vol. 4), p. 189.

61) Zweigert, Konrad; Kötz, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, pp. 130, 177 et seq., 272.

62) See article 5 (3) Brussels-I Regulation.

63) See article 7 Rome II Regulation; The provision applies to both damage to the environment per se and damage suffered by persons as well as property damage.See also Hinteregger, Monika *Transboundary Environmental Damage and the Law of the European Union* Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol.105, Harmony and Dissonance in International Law (2011), pp. 434, 435.

64) See § 3 Nr. 2a WHG.

Cap X libro 4.pmd 282 15/05/2018, 18:39

transport or to deduct substances, and from which these substances escape without being discharged into the water, is strictly liable if the water quality is deteriorated. As opposed to § 89 I, the escape of the substances happens without any active interference by the owner.[65] In this context, the owner is the person running the installation in their name and on their account.[66] The term 'installation' is to be understood in the widest possible sense.[67] § 89 II refers to a danger inherent to an activity which results in the deterioration of the water quality. It differs from most other general liability provisions as it does not require the violation of a protected interest. Even pure economic loss is recoverable as long as it is a consequence of the degradation of the water quality.[68]

Environmental damage is addressed in § 90 of the Water Resources Act. The provision defines water damage referring to the Environmental Damage Act. The duties of the person responsible for the water damage are regulated in § 90 II Water Resources Act stating that they must, in accordance with the ELD, take the necessary measures to restore the damaged environment.

1.4.1.2. The Environmental Damage Act

Regarding environmental damage per se, Germany enacted in 2007 the Environmental Damage Act in order to transpose the ELD into national law. The responsible person must take appropriate measures to prevent environmental damage and, if damage has already occurred, mitigate it and take the necessary actions to restore the damaged environment. It is an administrative law framework, just like the ELD, which leaves the enforcement to the public authorities.[69] The Environmental Damage Act is subsidiary to laws containing stricter and further-reaching rules.

1.4.1.3. General Tort Law

The general tort law regulated in § 823 et seq. of the German Civil Code (BGB) is applicable in addition to the special environmental legislation. The most relevant provisions are § 823 I, § 823 II and § 826. General tort liability is fault-based and governed by § 823 I. § 823 II refers to the violation of a statutory rule and § 826 regulates the intentional infliction of damage *contra bonos mores*. Under the scope of

---

65) Sieder/Zeitler WHG, § 89, p. 59.

66) Sieder/Zeitler WHG, § 89, p. 68.

67) Sieder/Zeitler WHG, § 89, p. 56; In this context, the Water Resources Act has a wider scope than the Environmental Liability Act. The latter only applies to installations enumerated in its Annex I (Ibid. p. 9).

68) Fuchs, p. 262. So for instance, a municipality could claim the costs for the examination of water samples from the polluter, BGHZ 103, 129.

69) Marty, Michael Umweltschutz durch Umwelthaftung - Das Umweltschadensgesetz, via http://docplayer.org/11089790-Umweltschutz-durch-umwelthaftung-das-umweltschadensgesetz.html (accessed 05 October 2017).

Cap X libro 4.pmd 283 15/05/2018, 18:39

§ 823 I, there has been a tendency in court practice to establish specific duties of care related to environmental protection.[70] This is based on the assumption that everyone keeping or creating a source of danger is obliged to take all reasonable safety measures required to minimise the risk of damage.[71] A successful damages claim based on § 823 I requires the violation of a protected interest, namely life, health, bodily integrity, freedom, property or another right. 'Another right' is a grey legal concept which has been further developed by court practice. Related to damage caused through exploration and exploitation of offshore oil and gas, fishery rights will be particularly relevant.[72] The intentional infliction of damage *contra bonos mores* according to § 826 will be of little, if any, relevance.

1.4.2. Danish Law

Relevant legal frameworks in Danish law are the Subsoil Act (*Undergrundsloven*), the Environmental Damage Act (*Miljøskadeloven*), the Environmental Liability Act (*Miljøskadeerstatningsloven*), the Marine Environment Act (*Havmiljøloven*) and the Continental Shelf Act (*Kontinentalsokkelloven*). The Environmental Damage Act is mainly explanatory and defines the scope of application and the types of environmental damage. One must take into account that the Danish legislation does not apply to Greenland.

1.4.2.1. The Environmental Liability Act

The Environmental Liability Act applies to damage caused in the course of commercial or administrative activity.[73] Under its scope, the injured party can claim compensation for bodily harm, loss of caregiver, damage to things, economic loss. The tortfeasor must also bear the reasonable costs of prevention and the restoration of the environment.[74]

Liability under the scope of this act is strict.[75] The activities to which the framework applies are listed in its appendix 1. Exploitation of oil and gas is listed under lit. c, but it only includes those parts of the territorial sea that are close to the shore (*kystnære dele af søterritoriet*). This term is not further defined in the law, it just makes clear that not the entire 12 nautical mile zone is covered.

---

70) Staudinger, Umwelthaftungsrecht Einleitung zum Umwelthaftungsrecht, marginal no. 58.

71) Staudinger, Umwelthaftungsrecht Einleitung zum Umwelthaftungsrecht, marginal no. 59.

72) Staudinger, Umwelthaftungsrecht Einleitung zum Umwelthaftungsrecht, marginal no, 65.

73) See § 3 Danish Environmental Liability Act.

74) See § 2 Danish Environmental Liability Act.

75) Basse, Ellen Margrethe *Miljøretten* (Vol. 3), p. 341.

Cap X libro 4.pmd 284 15/05/2018, 18:39

1.4.2.2. The Marine Environment Act

The Marine Environment Act covers most of the environmental aspects regarding exploration and exploitation of offshore oil and gas.[76] The act explicitly applies to the Exclusive Economic Zone and the continental shelf of Denmark. According to its § 1, the law aims at protecting nature and the environment in order to provide a sustainable basis for the development of society. Pollution and other influences on nature and the environment, particularly the marine environment, shall be limited and prevented, especially with regard to activities that can endanger human health, damage natural and cultural goods on and in the sea and on the seabed or present obstacles to lawful exploitation of the sea. It refers to limiting and preventing pollution from both ships and platforms and also contains provisions regarding the response to pollution incidents.[77] The act contains further provisions on forbidden activities as well as provisions on criminal liability[78] but it does not establish any civil liability rules concerning marine pollution. Violation of certain rules of the Marine Environment Act may give rise to a damages claim under the scope of the general Danish tort law.[79]

1.4.2.3. The Subsoil Act

The Danish subsoil act regulates the exploitation of Danish underground resources and it applies to the country's EEZ and the continental shelf.[80] The law aims at a reasonable exploitation of underground resources and requires special permission and approval concerning all stages of exploration and exploitation of resources originating from underground.[81] According to § 35 of the Danish Subsoil Act, the licensee is strictly liable to compensate damage caused under the performance of the licensed activity even if the damage results from an accident.[82] The provision refers to damage caused in relation to preliminary inquiries, exploration, exploitation, storage and scientific examinations.[83] In addition to that, the general Danish law of torts, i.e. the tort liability act (*Erstatningsansvarsloven*) and the culpa-rule, remain applicable.[84]

---

76) Basse, Ellen Margrethe *Miljøretten* (Vol. 6), p. 250.

77) Skou, Anders *Havmiljøloven* in Den Store Danske, Gyldendal. http://denstoredanske.dk/index.php?sideId=89569 Accessed 02 oktober 2017

78) In August 2017, the Danish Environmental Protection Agency reported Mærsk Oil to the police for violation of the Marine Environment Act by illegal dumping of chemicals http://mst.dk/service/nyheder/nyhedsarkiv/2017/aug/miljoestyrelsen-politianmelder-maersk-oil/ (accessed 02 October 2017).

79) v. Eyben, Bo; Isager, Helle, *Lærebog i Erstatningsret*, p. 92 et seq.

80) http://www.fao.org/faolex/results/details/en/?details=LEX-FAOC105433; Anita Rønne: *Undergrundsloven* in Den Store Danske, Gyldendal. http://denstoredanske.dk/index.php?sideId=176858 (accessed 02 October 2017).

81) Basse, Ellen Margrethe *Miljøretten* (vol. 6), p. 213.

82) Sandroos, Bo *Undergrundsloven med kommentarer*, p. 263.

83) Basse, Ellen Margrethe *Miljøretten* (vol. 6), p. 231.

84) COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Liability, Compensation and Financial Security for

Cap X libro 4.pmd 285 15/05/2018, 18:39

1.4.2.4. The Continental Shelf Act

The Continental Shelf Act states in its § 1 that natural resources in the Danish continental shelf belong to the Danish state and may only be exploited with permission granted by the state. Danish law applies to all installations used for the exploration and exploitation in the area of the continental shelf. The act contains a liability provision in § 4 IV. The owner is strictly liable for damage caused by the installation.[85]

1.4.2.5. The Offshore Safety Act

The Offshore Safety Act originally dates from 2005, but has been amended in order to implement the EU Offshore Safety Directive into Danish law.[86] It mainly regulates aspects concerning health and safety at work and the constructional safety of the platform.[87] In its § 10, for instance, it places upon the employer the duty to identify and to minimise health and safety risks as far as possible with reasonable effort. The employer must also inform the employees about all the risks that may be inherent to their work.[88]

1.4.2.6. General Tort Law

In Danish tort law, damages claims are based on the so-called culpa rule and the Tort Liability Act. As the name 'culpa rule' indicates, liability in general is fault-based, i.e. the tortfeasor must act either intentionally or negligently. However, the courts in Denmark have in some environmental liability cases either applied strict liability or a reversed burden of proof, particularly when damage was a consequence of technical or material problems. When fault-based liability applies, the courts usually set a low threshold for negligence.[89]

1.4.3. UK Law

The UK does not have any legal regime in force that specifically deals with liability for pollution damage resulting from offshore activities.[90]

Offshore Accidents in the European Economic Area (205), p. 15.

85) Basse, Ellen Margrethe Miljøretten (vol. 6), p. 235.

86) Basse, Ellen Margrethe *Ny Lovgivning skaber forvirring* http://www.altinget.dk/energi/artikel/ny-lovgivning-skaber-forvirring (accessed 02 October 2017).

87) Basse, Ellen Margrethe *Miljøretten* (Vol. 6), p. 235.

88) Basse, Ellen Margrethe *Miljøretten* (Vol. 6), p. 240.

89) Basse, Ellen Margrethe *Miljøretten* (Vol. 3), p. 334; see also Basse, Ellen Margrethe *Miljøretten* (Vol. 4), p. 528.

90) Faure, Michel, *Civil Liability and Financial Security for Offshore Oil and Gas Activities*, p. 100.

Cap X libro 4.pmd 286 15/05/2018, 18:39

According to the Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations from 2009 which are model rules, licensees are required to respect the method customarily used in good oilfield practice.[91]

1.4.3.1. General UK Law

For each part of the country, i.e. for England, Wales and Scotland, there are Environmental Damage Prevention and Remediation Regulations. Relevant in this context is the Environmental Protection Act 1990 and the Environmental Damage (Prevention and Remediation) (England) Regulations 2015. The former includes some provisions concerning pollution at sea. The latter deals with damage to the environment per se and defines different kinds of environmental damage as well as water damage. The person responsible for the damage is liable to remediate it.

Concerning third party damage, the general tort law rules apply. One can consider the tort of negligence, nuisance, breach of statutory duty or the rule in Rylands vs Fletcher.[92]

The rule in Rylands vs Fletcher used to be a strict liability rule in English tort law. Throughout the years, it was turned into a negligence rule with a reversed burden of proof.[93] It has been applied to a large number of things, among them fire, gas, electricty but also oil and petrol.[94] However, the applicability of the rule in Rylands vs Fletcher can be questioned as in its original context it would require that the continental shelf where the exploration and exploitation take place can be seen as land owned by someone.[95] But the courts also applied the rule also to parties possessing a licence to occupy land, for instance in order to lay gas pipes or electricity cables.[96] The applicability is furthermore not limited to adjacent land. Then again, it is being argued that the continental shelf cannot be seen as land in the traditional sense even though one might consider amplifying the notion due to policy considerations. This would though be contrary to the tendencies in court practice regarding the development of the application of the rule in Rylands vs Fletcher.[97] Additionally, the rule only provides for

---

91) Faure, Michel, *Civil Liability and Financial Security for Offshore Oil and Gas Activities*, p. 101.

92) Environmental law and practice in the UK (England and Wales): overview https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-503-1654?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1 (accessed 25 September 2017); Gordon, Greg, *Oil, Water and Law don't mix: environmental liability for offshore oil and gas operations in the UK (Part I)* Environmental Law and Management Volume 25 (2013), p. 5.

93) Van Dam, Cees, *European Tort Law*, p. 446.

94) Winfield and Jolowicz on Tort, p. 770/771. Blackburn J held that it could be 'anything likely to do mischief'. Street on Torts, p. 467.

95) Gordon, Greg *Oil, Water and Law don't mix: environmental liability for offshore oil and gas operations in the UK (Part I)* in Environmental Law and Management Volume 25 (2013), p. 5.

96) Winfield and Jolowicz on Tort, p. 773.

97) Gordon, Greg *Oil, Water and Law don't mix: environmental liability for offshore oil and gas operations*

Cap X libro 4.pmd 287 15/05/2018, 18:39

property damage in a very restrictive sense so that not even a consequential economic loss may be recovered.[98]

The tort of nuisance is part of the law of neighbourhood and focuses on the enjoyment of one's own land. It requires a major interference with the injured party's property, of a tangible or intangible nature.[99] The noxious event must originate from the tortfeasor's land, which means that the defendant will be either the owner or the occupier.[100] Nuisance has previously been applied in case of contamination of a river by a land owner living upstream who was liable to pay compensation to land owners downstream. Thus, one could also apply it to cases where an oil spill causes damage at a place far from where it originated. The recoverable damages under the scope of nuisance include damage to land as such, consequential economic loss and loss of amenities. Neither personal injury nor pure economic loss can be recovered.[101]

In order to claim damages under the scope of the tort of negligence, the injured party must prove that the tortfeasor violated a duty of care owed to him and that he suffered damage as a consequence.[102] If the claim is successful, the injured party can recover damages for both property damage and consequential economic loss as well as for bodily harm. The burden of proof rests upon the claimant.[103]

Pure economic loss will not be recoverable in this area of law. The courts do not impose a duty of care concerning this kind of loss in order to avoid 'liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class'.[104] The claimant would have to prove that the defendant owed him the duty to protect him against exactly the kind of loss he suffered.[105]

---

in the UK (Part I) in Environmental Law and Management Volume 25 (2013), p. 6/7.

98) Gordon, Greg *Oil, Water and Law don't mix: environmental liability for offshore oil and gas operations in the UK (Part I)* in Environmental Law and Management Volume 25 (2013), p. 7.

99) Street on Torts, p. 425.

100) Markesinis & Deakin's *Tort Law*, p. 535.

101) Gordon, Greg *Oil, Water and Law don't mix: environmental liability for offshore oil and gas operations in the UK (Part I)* in Environmental Law and Management Volume 25 (2013), p. 7/8.

102) Winfield and Jolowicz on Tort, p. 150.

103) Winfield and Jolowicz on Tort, p. 297

104) Gordon, Greg *Oil, Water and Law don't mix: environmental liability for offshore oil and gas operations in the UK (Part I)* in Environmental Law and Management Volume 25 (2013), p. 5; A duty of care concerning pure economic loss has only been assumed in a limited number of cases, for instance regarding negligent misstatements and negligence in the performance of a service. Markesinis & Deakin's *Tort Law*, p. 198/199.

105) Street on Torts, p. 81.

Cap X libro 4.pmd 288 15/05/2018, 18:39

1.4.3.2. OPOL

In addition to the national legislation, another interesting instrument originates from the UK: the Offshore Pollution Liability Agreement (OPOL Agreement) which was adopted in September 1974. Behind this Agreement is the Offshore Pollution Liability Association.

It is a private agreement between operators in the offshore sector, not a treaty. Within the UK, operators are obliged to be OPOL members in order to obtain a license.[106] OPOL was meant to be an interim solution until the Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage resulting from Exploration for and the Exploitation of Seabed Mineral Resources (CLEE) entered into force. However, the framework never received enough ratifications and thus never entered into force.

The financial responsibility rests upon the operator who must ensure the ability to cover costs of incidents up to 250 million dollars. OPOL applies to escapes or discharges of oil from offshore facilities within the jurisdiction of states associated with OPOL. In the beginning, it applied to installations within the jurisdiction of the United Kingdom. Throughout the years, it has been extended to offshore facilities within the jurisdictions of Denmark, the Federal Republic of Germany, France, the Republic of Ireland, the Netherlands, Norway, the Isle of Man, the Faroe Islands and Greenland. It does not apply to facilities in the Baltic and Mediterranean Seas. The regime is open to be extended so as to apply to offshore facilities within the jurisdiction of any other state. The decisive factor to determine the applicability of OPOL in a liability case is the location of the offshore installation.[107] OPOL has a broad scope regarding the forms of installations. It applies to any kind of installation, fixed or mobile, well or pipeline according to article 8 of the agreement.

Throughout the years, OPOL got accepted by the British government as the best means of addressing these liability issues.[108]

1.4.4. Comparative Summary

The national laws have in common that the general rules on tort law remain applicable alongside the specific rules.

As the examination of national laws shows, some states are reluctant when it comes to compensation of pure economic loss. But with regard to oil spills as well as other

---

106) Faure, Michel; Wang, Hui, *Compensating victims of a European Deepwater Horizon accident: OPOL revisited* in: Marine Policy 62 (2015), p. 26.

107) http://www.opol.org.uk/about-1.htm (accessed 06 October 2017).

108) Cameron, Peter *Liability for Catastrophic Risk in the Oil and Gas Industry* International Energy Law Review 2012, p. 211.

Cap X libro 4.pmd 289 15/05/2018, 18:39

types of environmental pollution, economic loss frequently affects residents in the polluted areas. They might not suffer damage to their health or to their belongings, but polluted beaches in a region that is usually very popular with tourists can mean the loss of earnings for all those who depend on the tourism in the long term. Both German and Danish law have strict liability regimes in force. Unlike German and Danish law, in practice, the UK relies primarily on a private agreement which is not a treaty or an act and only damage not covered by OPOL is being claimed under application of the general tort law.

So far, there are no harmonised rules based on which individuals and legal entities can recover damage suffered as a consequence of a spill or a blowout arising from offshore operations. Throughout the EU, in order to file a damages claim, one must rely on the Brussels I and Rome II Regulations to determine the country of jurisdiction and the applicable – national – law. As seen above, the national laws differ with regard to the recoverable damages. That means, people in different countries are exposed to the same risks, but they are not protected to the same extent.

2. Future Regulation in the EU

Based on the outcome of the analysis above, the question is if, and to what extent, civil liability concerning exploration and exploitation of offshore oil and gas could be harmonised on a European level. This question is particularly relevant with regard to third party damage.

Regulatory options include, furthermore, hard law and soft law means. Throughout the years, the EU institutions have adopted an increasing number of soft law instruments. Although they are not legally binding they have legal impact.[109] This is a result of the development of a new regulatory policy promoting the use of both alternative and complementary regulatory instruments.[110] There are both formal and informal soft law instruments. Formal ones are the above-mentioned recommendations and opinions, but there are also informal instruments used by EU institutions in daily practice.[111] One will have to consider carefully if an implementation by means of soft law is feasible. International organisations that work to a large extent with soft law instruments have in the past experienced that they have little impact in the field of environmental measures.[112] Criticism brought forward against soft law means includes

109) Egelund Olsen, Birgitte, Engsig Sørensen, Karsten (eds.), *Regulation in the EU*, p. 171.

110) Senden, Linda, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?* EJCL 2005, p. 1.

111) Senden, Linda, *Soft Law and its Implication for Institutional Balance in the EC* Utrecht Law Review 2005, p. 79 (82).

112) Krämer, Ludwig, *EU Environmental Law*, 7th ed. 2007, p. 53.

Cap X libro 4.pmd 290 15/05/2018, 18:39

that they often do not receive sufficient attention by decision makers. Hard law means, on the other hand, also enable the establishment of enforcement measures.[113]

Given the fact that the lack of a comprehensive framework was regretted in an EU Parliament resolution, the EU institutions appear to be open to the adoption of such rules.[114]

2.1. Brexit

A major challenge in this context will be the Brexit, the UK's resignation from the European Union. According to the current status quo,[115] the UK's EU membership will end in March 2019. It is a challenge, as the UK is the EU's major oil and gas producer: roughly half of the European offshore installations are in waters under the jurisdiction of the UK and 75% of the offshore oil and 54% of the gas produced in the EU comes from there.[116]

Enacting a European directive after 2019 would thus only cover a quarter of the offshore oil and less than half of the offshore gas produced in what is still EU28. One might try to aim at a treaty between EU27 and the UK. However, it could be difficult to achieve since the country no longer wants to be subject to rules drafted in Brussels. With regard to environmental protection in general, Brexit might even be a challenge for the UK itself as it has been said that roughly 1100 EU environmental laws will need to be transposed into national UK law.[117]

2.2. Regulation for the entire EU or Regional Frameworks?

Another question to deal with is whether it is favourable to enact a framework covering the entire EU or whether one should establish rules according to the regions. The advantage of the latter is that it would allow the framework to take into account the natural and geographical circumstances of the respective regions, as for instance for the Mediterranean Sea there will be different factors to consider than there are for the Baltic Sea or the EU territorial waters in the Atlantic Ocean. Also, in a directive, one could implement provisions concerning particular regions only. Furthermore, regional

---

113) Rochette, Julien; Wemaere, Matthieu; Chabason, Lucien; Callet, Sarah, *Seeing beyond the Horizon for Deepwater Oil and Gas: Strengthening the International Regulation of Offshore Exploration and Exploitation*, p. 28.

114) See above, section 1.

115) As of March 2018.

116) Offshore oil and gas production in Europe, via EU Offshore Authorities Group Web Portal, euoag.jrc.ec.europa.eu/node/63.

117) Newspaper Article in 'The Guardian', 13 February 2017 https://www.theguardian.com/environment/2017/feb/13/uk-unprepared-for-exiting-europes-green-legislation-says-mp (accessed 06 October 2017).

Cap X libro 4.pmd 291 15/05/2018, 18:39

agreements seem most appropriate for bodies of water that are almost closed and have only a little exchange of water with other marine areas.

An argument brought forward in favour of regional agreements is that the further conventions reach with regard to their territorial scope, the weaker they are concerning compliance and effectiveness.[118] Frameworks covering smaller regions may be used as basis for a corresponding more global one if they prove successful, thus one might take a bottom-up approach. A global approach has the advantage that it increases legal certainty on international level, which can be particularly relevant for multinational companies.[119] Another option could be to take the OPOL agreement as a starting point. The downside of this agreement is that liability is capped to 250 million dollars.

2.3. Liability according to the Draft Common Frame of Reference

The Draft Common Frame of Reference (DCFR) is an academic model framework elaborated by the Study Group on a European Civil Code and that aims to be an example of what a unified European Civil Code could look like.

Article VI-3:206 DCFR deals with environmental liability, i.e. the accountability for damage caused by dangerous substances or emissions to third parties.

The provision imposes strict liability on the keeper of a substance or the operator of an installation if the substance or emissions from the installation have caused damage to another. Additional requirements are the danger inherent in such a substance or emission to cause tangible damage, and the damage occurred being the realisation of that danger. The danger must be related to the properties of the substance or emission.

The rule contains an exoneration clause for cases where the operator of an installation or the keeper of a substance proves that they complied with statutory standards. This refers to the management of the installation or the control of the substance. For instance, liability will not be imposed when statutorily prescribed emission levels were not exceeded. Transferring this to offshore oil and gas installations, it means that the operator will be strictly liable in case of a major accident, but not for damage caused by operational discharge if it is within the limits set by the law.[120] The recoverable

118) Balsiger, Jörg; Vandeveer, Stacy D., *Navigating Regional Environmental Governance* in: Global Environmental Politics 2012, p. 3.

119) Rochette, Julien; Wemaere, Matthieu; Chabason, Lucien; Callet, Sarah *Seeing beyond the Horizon for Deepwater Oil and Gas: Strengthening the International Regulation of Offshore Exploration and Exploitation*, p. 30.

120) Study Group on a European Civil Code PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW Draft Common Frame of Reference (DCFR) Articles and Comments (Interim Edition), p. 1410.

Cap X libro 4.pmd 292 15/05/2018, 18:39

damage under the scope of article VI-3:206 DCFR includes bodily harm, loss of breadwinner and loss consequential to property damage. Other forms of damage can only be recovered in case of intentional or negligent behaviour.[121] This rule does not give a claim for pure economic loss.

Article VI-3:206 DCFR summarises the common core of liability for damage caused through environmental pollution of the majority of the EU member states.[122] Damage to the environment per se is regulated in article VI-2:209 stating that "burdens incurred by the State or designated competent authorities in restoring substantially impaired natural elements constituting the environment, such as air, water, soil, flora and fauna, are legally relevant damage to the state or the authorities concerned". That means, only public authorities are able to claim damages under the scope of this provision.[123]

For the term of impairment of the environment, the DCFR refers to the ELD being the prevailing European framework on this matter. The part of the DCFR dealing with non-contractual liability did not remain uncriticised among academics. It was particularly held that the proposed solutions concerning pure economic loss or non-pecuniary loss opened all of the floodgates since they exceed the prevailing standards in most EU member states.[124]

2.4. Liability according to the Principles of European Tort Law

The Principles of European Tort Law (PETL) are another academic model framework. They were published in 2005 by the European Group on Tort Law.

The PETL contain a provision on strict liability for abnormally dangerous activities. The question to ask in this context is whether exploration and exploitation of offshore oil and gas can count as an abnormally dangerous activity.

According to the PETL, an activity is abnormally dangerous if it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even if all due care is exercised and it is not a matter of common usage.[125] Accidents with oil platforms have shown how disastrous

121) Study Group on a European Civil Code PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW Draft Common Frame of Reference (DCFR) Articles and Comments (Interim Edition), p. 1406.

122) Study Group on a European Civil Code PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW Draft Common Frame of Reference (DCFR) Articles and Comments (Interim Edition), p. 1406.

123) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Edition, via http://www.ccbe.org/NTCdocument/DCFRpdf1_1262861061.pdf, p. 1355 (accessed 03 October 2017).

124) Zimmermann, Reinhard, *The Present State of European Private Law* The American Journal of Comparative Law Vol. 57 (2009), p. 496.

125) See article 5:101 (2) PETL.

Cap X libro 4.pmd 293 15/05/2018, 18:39

the consequences can be. So the main question is whether or not offshore exploration and exploitation is common usage. The approach taken is thus very narrow. The wording of this provision in the principles is the same as in the Restatement (Third) of Torts § 20 b in US law. According to that, an activity is common usage if a significant part of the community engages in it. Concerning exploration and exploration of offshore oil and gas, despite a relatively high number of installations, one cannot say that a significant part of the community engages in it. The principles state furthermore that this strict liability rule shall not apply when an activity is "specifically subjected to strict liability by any other provision of these Principles or any other national law or international convention."

Both of the analysed model frameworks agree upon the point that liability for damage caused through offshore activities should be strict. The concept is favourable compared to fault liability, because the potential consequences of spills and blowouts can be detrimental and affect both the environment and the people for a very long time. It provides stronger incentives for the operator the take necessary safety measures and to employ a comprehensive risk management scheme.

3. Concluding Remarks

In order to provide potential victims of pollution resulting from exploration and exploitation of offshore oil and gas with adequate protection, the rules on civil liability should be harmonised at the European level. Considering the problem of transboundary pollution, it is not fair to have people in the same maritime region exposed to the same risks but who may not be able to recover the same amount of damages, depending on the applicable law according to private international law. In addition to that, a duty to establish such a framework is enacted in several international conventions.

Such a framework should be based on strict liability. Liability should not be channelled, i.e. operator and licensee should be jointly and severally liable. The rules set out in the model frameworks DCFR and PETL presented above would provide a good basis of liability.

In addition to that, pure economic loss should be recoverable if it is not too remote. The burden of proof concerning economic loss should rest upon the claimant in order to not open the floodgates. For instance, a fisherman claiming the loss of his earnings as fish stocks died from pollution must prove that his fishing area is affected, and he must demonstrate his regular earnings from fisheries. One may also consider limiting the indemnification for pure economic loss to a certain period of time, for instance maximum six months or one year.

Cap X libro 4.pmd 294 15/05/2018, 18:39

When drafting a framework for the EU, one should still envisage a collaboration with the UK after Brexit, as it is – and most likely will be in the future as well – Europe's major producer of offshore oil and gas.

References

Alam, Shawkat et al. (eds.), *Routledge Handbook of International Environmental Law,* London 2013.

Balsiger, Jörg; Vandeveer, Stacy D., *Navigating Regional Environmental Governance* Global Environmental Politics, Vol. 12 (2012), pp. 1-17.

Basse, Ellen Margrethe (ed.), *Miljøretten Vol. 3 – Affald, jord, vand og råstoffer*, Copenhagen 2006. *Miljøretten Vol. 4 – Forurenende anlæg og processer,* Copenhagen 2007. *Miljøretten Vol. 6 – Energi og Klima,* Copenhagen 2008.

Basse, Ellen Margrethe, *Ny lovgivning skaber forvirring* Altinget, 21 October 2014.

Bergkamp, Lucas; Goldsmith, Barbara (eds.), *The EU Environmental Liability Directive: A Commentary* Oxford 2013.

Cameron, Peter, *Liability for Catastrophic Risk in the Oil and Gas Industry* International Energy Law Review, Vol. 6 (2012), pp. 207-219

Christou, Michalis; Konstantinidou, Myrto, *Safety of offshore oil and gas operations: Lessons from past accident analysis* (2012). http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC77767/offshore-accident-analysis-draft-final-report-dec-2012-rev6-online.pdf.

Churchill, Robin R. *The 1982, United Nations Convention on the Law of the Sea* in: Donald R. Rothwell, Alex G. Oude Elferink et al. (eds.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford 2015.

Deakin, Simon; Johnston, Angus; Markesinis, Basil, *Markesinis & Deakin's Tort Law* 6th ed. Oxford 2008.

De Sadeleer, Nicolas, *The Polluter-pays Principle in EU Law – Bold Case Law and Poor Harmonisation* Pro natura: festskrift til Hans Christian Bugge på 70-årsdagen 2 mars 2012, Oslo 2012, pp. 405-419.

De Smedt, Kristel, *Is Harmonisation Always Effective? The Implementation of the Environmental Liability Directive* European Energy and Environmental Law Review Vol. 18 (2009), pp. 2-18.

Egelund Olsen, Birgitte; Engsig Sørensen, Karsten (eds.), *Regulation in the EU*, Copenhagen 2006.

Eyben, Bo; Isager, Helle, *Lærebog i Erstatningsret* 8th ed. Copenhagen 2015.

Faure, Michael et al., *A Multilayered Approach to cover Damage caused by Offshore Facilities* Virginia Environmental Law Journal Vol. 33, (2015), pp. 356-422.

Cap X libro 4.pmd 295 15/05/2018, 18:39

Faure, Michel (ed.), *Civil Liability and Financial Security for Offshore Oil and Gas Activities* Cambridge 2016.

Faure, Michel; Wang, Hui, *Compensating victims of a European Deepwater Horizon accident: OPOL revisited* Marine Policy Vol. 62 (2015), pp. 25-36.

Feess, Eberhard: *Das Umwelthaftungsgesetz bei alternativer Kausalität — eine ökonomische Analyse* Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften /Review of Economics, Vol. 46 (1995), pp. 184-211.

Fuchs, Maximilian, *Deliktsrecht* 7th ed. Berlin/Heidelberg 2009.

Gordon, Greg, *Oil, Water and Law don't mix: environmental liability for offshore oil and gas operations in the UK (Part I)* in Environmental Law and Management Volume 25 (2013), pp. 1-11.

Hinteregger, Monika, *Transboundary Environmental Damage and the Law of the European Union* Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol.105, Harmony and Dissonance in International Law (2011), pp. 433-436.

Juda, Lawrence, *The European Union and the Marine Strategy Framework Directive: Continuing the Development of European Ocean Use Management* Ocean Development & International Law, Vol. 41 (2010), pp. 34-54.

Kohler, Jürgen (ed.), *Umwelthaftungsrecht* J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2017.

Koivurova, Timo, *A Note on the European Union's Integrated Maritime Policy* Ocean Development & International Law, Vol. 40 (2009), pp. 171-183.

Krämer, Ludwig, *EU Environmental Law,* 7th ed. London 2011.

Lindhout, Petra; Van den Broek, Berthy, *The Polluter Pays Principle: Guidelines for Cost Recovery and Burden Sharing in the Case Law of the European Court of Justice* Utrecht Law Review Volume 10, Issue 2 (May) 2014, pp. 46–59.

Lindøe, Preben; Engen, Ole, *Offshore Safety Regimes – A Contested Terrain* in: Myron H. Nordquist et al. (eds.) The Regulation of the Continental Shelf Development, Leiden 2013, pp. 195-214.

Moussoux, Youri, *L'application du principe du pollueur-payeur à la gestion du risque environnemental et à la mutualisation des couts de la pollution* Lex Electronica, vol. 17.1 (Été/Summer 2012), pp. 1-24.

Murphy, John *Street on Torts*, 12th ed Oxford 2006. Oxford University Press.

Noussia, Kyriaki, *Environmental Pollution Liability and Insurance Law Ramifications in Light of the Deepwater Horizon Oil Spill* The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2009 & 2010, pp. 137-176.

Cap X libro 4.pmd 296 15/05/2018, 18:39

Palmer, Vernon Valentine, *The Great Spill in the Gulf . . . and a Sea of Pure Economic Loss: Reflections on the Boundaries of Civil Liability* Penn State Law Review Vol. 116 (2012), pp. 105-143.

Rochette, Julien; Wemaere, Matthieu; Chabason, Lucien; Callet, Sarah, *Seeing beyond the Horizon for Deepwater Oil and Gas: strengthening the International Regulation of Offshore Exploration and Exploitation* IDDRI Study no. 1, February 2014 http://www.iddri.org/Publications/Collections/Analyses/ST0114_JR%20et%20al._offshore%20EN.pdf

Rogers, W.H.V. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 18th ed. 2010 Sweet & Maxwell London.

Sandroos, Bo *Undergrundsloven med Kommentarer* Copenhagen 2012.

Sands, Philippe; Peel, Jacqueline (eds.), *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. Cambridge 2012.

Scovazzi, Tullio, *Maritime Accidents with Particular Emphasis on Liability and Compensation for Damage from the Exploitation of Mineral Resources of the Seabed* in Andrea de Guttry, Marco Gestri, Gabriella Venturini (eds.), *International Disaster Response Law*, The Hague 2012, pp. 287-320.

Senden, Linda, "Soft Law and its Implication for Institutional Balance in the EC" *Utrecht Law Review* 2005*,* 79.

Senden, Linda "Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?" *Electronic Journal of Comparative Law* 2005, 1.

Sieder, Frank; Zeitler, Herbert et al. (eds.), *Wasserhaushaltsgesetz, Wasserabgabengesetz – Kommentar*, München 2016.

Stoczkiewicz, Marcin, *The Polluter-pays Principle and State Aid for Environmental Protection* Journal for European Environmental and Planning Law Vol. 6 (2009), pp. 171-196.

Van Dam, Cees, *European Tort Law,* 2nd ed. Oxford 2013.

Vinogradov, Sergej *The Impact of the Deepwater Horizon: The Evolving International Legal Regime for Offshore Accidental Pollution Prevention, Preparedness, and Response* Ocean Development & International Law Vol. 44 (2013), pp. 335-362.

Walter, Antonia, *Environmental Protection in the EU and the WTO: Is Article XX GATT in its Present Interpretation Consistent with the Current Standard of Environmental Protection of the EU?* European Energy and Environmental Law Review Vol. 23 (2014), pp. 2-20.

Zimmermann, Reinhard, *The Present State of European Private Law* In: The American Journal of Comparative Law Vol. 57 (2009), pp. 479-512.

Cap X libro 4.pmd 297 15/05/2018, 18:39

Zweigert, Konrad; Kötz, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3rd ed. Tübingen 1996.

Cap X libro 4.pmd 298 15/05/2018, 18:39

CHAPTER 11
La gouvernance des océans et la contribution de l'Union européenne à la structuration de l'ordre juridique international

Serge BESLIER
Administrateur en chef des Affaires maritimes (R).
Ancien fonctionnaire de la Commission européenne.

***Abstract**: The European Union contributes to the governance of the oceans in the approach of one of its constituent elements, which is to replace the balance of power between nations with legal relations. Two examples will illustrate the EU method for managing international negotiations leading to new legal instruments aimed at structuring international relations in a field in which it exercises exclusive competence, fisheries, and in a field where it exercises a shared competence with its member states, environment. The growing role of non-governmental organizations (NGOs) will also be mentioned.*

***Résumé** : L'Union européenne contribue à la gouvernance des océans dans la logique de l'un de ses éléments constitutifs qui est de remplacer les rapports de force entre les nations par des rapports de droit. Deux exemples permettront d'illustrer la méthode communautaire pour gérer les négociations internationales conduisant à de nouveaux instruments juridiques visant à structurer les relations internationales dans un domaine où elle exerce une compétence exclusive : la pêche, ainsi que dans un domaine où elle exerce une compétence partagée avec ses États membres : l'environnement. Le rôle croissant des organisations non gouvernementales (ONG) sera également évoqué.*

Cap XI libro 4.pmd 299 15/05/2018, 18:59

Parler de la gouvernance des océans et de celle de l'Union européenne (UE) permet d'évoquer la rencontre de deux systèmes originaux de gouvernance partageant un objectif commun. Le premier concerne la gestion collective, par les États, d'un espace non approprié dans la logique intergouvernementale des Nations Unies. Le second repose sur un système supranational de délégations de souveraineté à géométrie variable. Les deux sont à la recherche d'une approche globale ou cohérente de la gestion des océans.

Les Nations Unies et l'UE ont pour point commun d'avoir été créées pour substituer des rapports de droit aux rapports de force entre les nations. Les Nations Unies le font avec un succès relatif, alors que l'UE a réussi à établir une paix durable, voire perpétuelle selon l'expression de Kant, entre les nations qui la composent. Alors que la société internationale demeure encore largement régie par des rapports de force, même si cela ne va pas systématiquement jusqu'à l'usage de la force armée, l'édiction de normes juridiques contraignantes, parfois jusqu'à l'excès, est au cœur de la construction européenne.

La gouvernance des océans est essentiellement régie par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (CNUDM) et ses deux accords d'application : celui relatif à l'application de la Partie XI de la Convention de 1994 et celui relatif à la conservation et à la gestion des stocks chevauchants et aux grands migrateurs de 1995. Un troisième accord d'application est en cours de gestation au sein des Nations Unies, il s'agit de réglementer la conservation et l'exploitation durable de la biodiversité marine au-delà de la juridiction nationale.

La brièveté de cet exposé ne permet pas d'évoquer les autres instruments de gouvernance des océans, que ce soient les accords conclus au sein de l'Organisation maritime internationale ou au sein de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) ou encore de l'Autorité internationale des fonds marins. Le cas des Organisations de Mer Régionales adoptées dans le cadre du Programme des Nations Unies pour l'environnement ou celui des Organisations régionales de gestion des pêches (ORGP) ne sera pas non plus abordé, même si l'Union européenne joue un rôle important dans certaines d'entre elles.

L'exemple de l'accord d'application sur la pêche et celui concernant le projet d'accord sur la conservation et l'exploitation durable de la diversité biologique permettront d'illustrer le processus d'élaboration des accords internationaux au sein du système des Nations Unies en soulignant le rôle qu'y joue l'Union européenne. Il permettra également de voir l'influence croissante que les ONG s'efforcent de conquérir sur la scène internationale.

Cap XI libro 4.pmd 301 15/05/2018, 18:59

L'Accord aux fins d'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs ou Accord des Nations Unies sur la pêche (ANUP)

L'idée d'un accord des Nations Unies sur la pêche a été lancée par le Canada au Sommet de la Terre à Rio en 1992. Il est né d'un conflit sur l'exploitation des stocks halieutiques du Nord-Ouest Atlantique, entre le Canada et l'Union européenne.

À la fin des années 80, l'Union européenne a systématiquement fait objection aux propositions, faites par le Canada, dans le cadre des travaux de l'Organisation des pêcheries du Nord-Ouest Atlantique (OPANO) pour la conservation et la gestion des stocks de cabillaud et de flétan situés dans cette zone. L'UE contestait les données scientifiques fournies par le Canada et les Canadiens voulaient réduire les Européens à la portion congrue. En conséquence, l'UE fixait chaque année un total admissible des captures (TAC) applicable aux navires de ses États membres dans la zone OPANO, reposant plus sur l'historique de ses données de capture que sur une base scientifique.

Lors de sa nomination au poste de vice-président de la Commission européenne en charge de la pêche, en janvier 1989, Manuel Marín décida d'enterrer la hache de guerre avec le Canada et fit engager, par ses services, des négociations bilatérales avec le Canada qu'il finalisa lui-même en 1990.

Lors du Conseil de pêche de décembre 1990, la Commission proposa aux États membres un TAC d'environ 35 000 tonnes pour le cabillaud dans la zone OPANO, alors que leurs captures antérieures avoisinaient les 70 000 tonnes. Le Conseil adopta la proposition à la majorité qualifiée, l'Espagne ayant voté contre.

Le premier janvier 1991, 14 chalutiers espagnols passèrent sous pavillon panaméen et continuèrent à pêcher allègrement les 35 000 tonnes de cabillaud qu'ils ne pouvaient plus capturer sous pavillon espagnol. Ces navires continuèrent à débarquer, sans entrave, leurs captures dans leurs ports d'origine, en Galice.

Les Canadiens, ulcérés par ce qu'ils considéraient comme une application de mauvaise foi aussi bien du Droit de la Mer que de l'accord conclu avec la Commission, saisirent l'opportunité de deux conférences internationales, celle de Cancún sur la pêche responsable tenue au Mexique en mai 1992 et celle des Nations Unies sur l'environnement et le développement plus connue sous le nom de Sommet de la Terre ou Conférence de Rio, tenue au Brésil en juin 1992, pour faire adopter des résolutions dénonçant des comportements incompatibles avec une gestion durable des stocks halieutiques.

Cap XI libro 4.pmd 302 15/05/2018, 18:59

Dès la fin de la même année, le Canada réussit à faire adopter par l'Assemblée générale des Nations unies une résolution (N° 47/192 du 22 décembre 1992) reprenant les termes de celles adoptées à Cancún et à Rio, convoquant une conférence diplomatique, sous l'égide du Secrétaire général des Nations Unies, afin de faire l'inventaire des problèmes posés et de faire des propositions. L'objectif annoncé n'était pas encore d'aboutir à un accord juridiquement contraignant mais d'identifier les problèmes et de proposer des solutions adaptées.

Tout au long de cette négociation, le gouvernement canadien organisa une opération de communication remarquable dans les médias pour faire pression sur les participants à la conférence afin de faire évoluer le mandat de la Conférence vers un instrument juridique contraignant, alors que l'UE sous la pression de l'Espagne, soutenue par la France, y était au départ opposée.

Le point d'orgue en fut l'arraisonnement, en mars 1995, du chalutier Estaï, battant pavillon espagnol, dans les eaux internationales, et son déroutement vers le port d'Halifax. Cet arraisonnement eut lieu quelques mois avant la clôture des travaux de la Conférence en août 1995. Non seulement les Canadiens arraisonnèrent le chalutier mais réussirent ensuite à récupérer le train de pêche que ce navire avait abandonné en coupant ses funes lors de l'opération de contrôle, ils l'amenèrent sur une barge sur l'East River, l'amarrèrent sous les fenêtres de l'immeuble des Nations Unies et distribuèrent, dans la salle de la Conférence, des échantillons du cul de chalut de l'Estaï qui avait un maillage non conforme à la réglementation de l'OPANO.

L'arraisonnement de l'Estaï était certes formellement illégal au regard du droit international puisqu'il portait atteinte au principe de l'exclusivité de juridiction de l'État de pavillon sur ses navires en haute mer, mais le Canada avait pris la précaution, 6 mois avant la date de l'arraisonnement, de retirer son accord à toute intervention de la Cour internationale de justice en matière de conflit portant sur l'interprétation du droit de la mer. Le Tribunal international du droit de la mer ne peut quant à lui être saisi que s'il y a accord préalable entre les Parties. Toutes les possibilités de recours juridictionnel de la part de l'Espagne étaient ainsi vouées à l'échec.

L'Espagne fit sortir sa marine de guerre avec pour mission d'aller assister les navires de pêche battant son pavillon sur les bancs de Terre-Neuve. Sous la pression de la Commission et du Conseil, l'Espagne rappela ses navires et accepta d'entrer dans le jeu de la négociation. Pendant le même temps, la flotte de pêche britannique opérant dans les eaux communautaires arborait systématiquement le pavillon canadien aussi bien au port qu'en action de pêche.

La mise en scène orchestrée par le Canada eut un impact certain sur le comportement des États membres de l'UE. Ceux qui avaient suivi les travaux de la Conférence avec un intérêt relatif se mobilisèrent en faveur de l'accord, notamment pour les clauses les plus innovantes, en particulier celle concernant le schéma de contrôle en haute mer et sa dérogation à l'exclusivité de juridiction de l'État de pavillon en haute mer.

Cap XI libro 4.pmd 303 15/05/2018, 18:59

Cet Accord précise certaines des obligations incombant à l'État dont les navires opèrent en haute mer et définit les modalités de la coopération entre États pour conserver et gérer les ressources halieutiques de la haute mer. Il les invite à mettre en place des mécanismes de coopération appropriés en matière d'observation, de contrôle, de surveillance et de police (article 10) au sein des organisations de gestion des pêcheries. Il indique clairement (article 8 § 4) que seuls les États qui s'acquittent de leur obligation de coopérer ont le droit de pêcher librement en haute mer. Sa principale novation consiste dans l'introduction d'un schéma de contrôle des pêches (articles 21 et 22) qui permet à un État d'arraisonner, en haute mer, un navire battant pavillon d'un autre État en ayant recours, si besoin est, à l'usage de la force. Bien que la primauté de la juridiction de l'État de pavillon lui soit reconnue par la possibilité de reprendre le contrôle de son navire à tout moment, il s'agit bien d'une exception à l'exclusivité de la juridiction de l'État de pavillon, d'autant que si celui-ci ne réagit pas dans les trois jours, l'État arraisonneur peut dérouter le navire présumé fraudeur, vers un de ses ports.

La négociation de l'ANUP n'a duré que trois ans et a été menée par les États. Elle a été intensive aussi bien entre les États membres de l'Union eux-mêmes qu'entre les États participant à la Conférence, notamment entre pays côtiers et pays ayant des activités de pêche en haute mer. Lors de la session de clôture de la Conférence et de l'adoption par consensus des résultats de ses travaux, l'ambassadeur d'Argentine, en s'adressant à la Commissaire Bonino qui représentait l'Union, salua la performance de la Commission européenne qui avait certainement eu plus de difficultés avec ses propres États membres qu'avec le reste du monde. L'UE, en obligeant ses EM à rechercher un terrain d'entente entre eux, a joué un rôle de catalyseur qui a permis de rallier les positions extrêmes des différents acteurs engagés dans cette négociation.

Il a constitué un tournant aussi bien au niveau international que de l'Union européenne dans la prise de conscience des méfaits de la pêche illégale pour la gestion durable des ressources halieutiques qui constituent un bien commun de la collectivité internationale. Sous l'impulsion de la Commission, l'UE s'est dès lors résolument engagée à ce que l'océan ne soit plus un « Far West » selon l'expression de la Commissaire Bonino.

L'UE a contribué aussi bien politiquement et techniquement que financièrement, en collaboration en particulier avec l'Australie et le Canada, à faire adopter le Plan d'action international visant à prévenir, à contrecarrer et à éliminer la pêche illicite[1], non déclarée et non réglementée (INN), adopté par la FAO en 2001.

Le Plan d'action INN[2] de l'UE, adopté par le Conseil en 2002, préconisait, notamment au niveau international, l'adoption de mesures pour lutter contre les ports de

1) PAI INN plus connu sous son acronyme en anglais IPOA IUU.

Cap XI libro 4.pmd 304 15/05/2018, 18:59

complaisance (obligations de l'État de port) ou les pavillons de complaisance (lien substantiel de la CNUDM).

Ces propositions de l'UE ont conduit la FAO à adopter en 2007, en partant de l'expérience de certaines organisations régionales de pêche[3], un « dispositif-type » non contraignant, approuvé par le Comité des pêches (COFI-FAO), avant de parvenir en 2009 à un texte juridiquement contraignant : l'Accord relatif aux mesures de l'État de port visant à prévenir, à contrecarrer et à éliminer la pêche INN[4].

Le débat sur la responsabilité de l'État de pavillon fut plus difficile. De nombreux États, craignant un précédent à l'égard du transport maritime, s'opposèrent à une définition du lien substantiel propre au secteur de la pêche. La FAO se lança, en 2008, dans une démarche visant à élaborer des critères d'évaluation des performances des États du pavillon et à définir des mesures susceptibles d'être prises à l'encontre soit de navires battant le pavillon d'États qui ne sont pas à la hauteur de ces critères soit de l'État de pavillon lui-même. Cette approche devait permettre de contourner la difficulté rencontrée par de très nombreux États à accepter un débat sur le lien substantiel, en se focalisant sur son contenu et non plus sur sa définition. Ce changement de méthode qui repose essentiellement sur un glissement sémantique a, en effet, permis de progresser et a conduit la FAO à élaborer des « Directives volontaires pour la conduite de l'État du pavillon » adoptées par le Comité des pêcheries de la FAO en juin 2014.

Le règlement INN adopté par le Conseil en 2008[5] s'inscrit dans ce processus entamé depuis un peu moins de quinze ans sur la scène internationale, auquel l'UE a largement contribué. Ce règlement novateur permet à l'UE d'assumer sa responsabilité de premier importateur de produits de la pêche sur le marché mondial en interdisant l'accès à son territoire de produits pêchés frauduleusement. L'évolution de la doctrine internationale en matière de contrôle des activités de pêche l'a rendu difficile à contester, en particulier à l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[6]. Cette

---

2) Communication de la Commission COM (2002) 180 final du 28.5.2002 « Plan d'action communautaire en vue d'éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée ».

3) En particulier le premier du genre, adopté en 2007 par la Commission des pêches du Nord-Est Atlantique (CPANE) à l'initiative de l'UE et de la Norvège.

4) Accord approuvé par la Conférence de la FAO le 22 novembre 2009, par la résolution nº 12/2009.

5) Règlement CE nº 1005/2008 du Conseil du 29 septembre 2008 établissant un système communautaire destiné à prévenir, à décourager et à éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée et ses Règlements d'application nº 1010/2009 du 22 octobre 2009 et nº 86/2010 du 29 janvier 2010 de la Commission.

6) Le Canada, pays résolument engagé dans la lutte contre la pêche INN, a paradoxalement, sans s'opposer au consensus, émis une réserve sur la compatibilité des mesures de rétorsion commerciale, prévues par l'Accord FAO sur la responsabilité de l'État de port, avec les règles de l'OMC. Reflet de luttes intestines entre départements ministériels. Le règlement de l'UE n'a fait, en presque 10 ans, l'objet d'aucun recours à l'OMC bien qu'il ait été mis en œuvre à de nombreuses reprises à l'encontre de pays tiers.

Cap XI libro 4.pmd 305 15/05/2018, 18:59

intervention législative communautaire s'inscrit dans la logique des actions menées, par ailleurs, au sein des ORGP dont l'UE est membre. Elle va au-delà puisqu'elle couvre la pêche INN effectuée tant en haute mer que dans les eaux communautaires ou celles des pays tiers.

Le processus de signature et de ratification de l'ANUP montre également l'importance du positionnement de la Commission en matière de reconnaissance du rôle de l'UE, sur la scène internationale, pour ce qui concerne la perception de sa contribution à la structuration de l'ordre juridique international. La Commission proposa aux États membres de ratifier cet accord sous couvert de compétence exclusive, c'est-à-dire une signature et une ratification par l'Union seule. Le Conseil, à l'unanimité, décida que ces procédures devaient être accomplies sous une compétence mixte ou partagée. L'Accord étant ouvert à la signature le 5 décembre 1995, la Commission n'avait pas le temps de procéder à la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) si elle voulait contester la décision du Conseil. La Commissaire Bonino décida donc, contre l'avis du Service Juridique (SJ) de la Commission, d'accepter une signature sous compétence mixte afin que l'UE puisse afficher son soutien à ce nouvel Accord en étant dans les premiers à le signer. À défaut, l'UE aurait été absente de la cérémonie de signature et celle-ci aurait été différée de plusieurs mois, voire plusieurs années. Dans ce cas, l'affichage politique de l'attachement de l'UE à l'édiction de nouvelles normes internationales a été privilégié par rapport à des considérations juridiques d'exercice des compétences au sein de l'Union.

En contrepartie, le SJ exigea que les instruments de signature, et par voie de conséquence de ratification, soient déposés simultanément par le représentant de l'Union (la présidence en exercice du Conseil) et par chacun des États membres afin d'éviter tout risque d'inégalité de traitement entre les ressortissants des EM exerçant des activités de pêche en haute mer. Dans les négociations d'élargissement ultérieures, il exigea que tous les nouveaux EM s'engagent à ratifier cet Accord dès leur date d'adhésion, même les États enclavés. Le SJ regretta que l'arrêt de la CJUE concernant le recours de la Commission contre le Conseil dans le cas de l'Accord de la FAO de 1993 visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation, présentant de nombreuses analogies avec l'ANUP, ne soit intervenu que le 19 mars 1996. La Cour a reconnu que cet Accord (FAO 93) devait être ratifié au titre de la compétence exclusive de l'UE car son contenu relevait, pour l'essentiel, de cette compétence. Il suffisait donc qu'il soit ratifié par l'UE pour que ses dispositions soient automatiquement applicables par chacun des EM. Le même résultat aurait vraisemblablement été obtenu si le cas de l'ANUP avait été porté devant la CJUE.

Les ONG suivirent assidûment les travaux de la Conférence des Nations Unies sur l'ANUP, mais leur influence y fut en réalité relativement peu perceptible. Ce qui ne fut pas le cas d'un autre processus onusien pour la création d'un nouvel accord d'application de la CNUDM.

Cap XI libro 4.pmd 306 15/05/2018, 18:59

Projet d'accord des Nations unies sur la conservation et l'exploitation durable des ressources biologiques marines au-delà de la juridiction nationale[7]

Le point de départ d'un accord sur la biodiversité marine se trouve dans une offensive lancée en 2002 par deux ONG (WWF et Greenpeace) à l'encontre du chalutage dans les grands fonds marins, dans le cadre des travaux de l'Assemblée générale des Nations Unies.

L'UE essaya dans un premier temps de rediriger le débat vers la FAO, puisqu'il s'agissait d'une question relevant de la compétence de cette organisation. Le manque de réactivité de celle-ci pour des raisons budgétaires et la volonté des ONG de maintenir ce débat dans une enceinte plus politique, où elles pensaient avoir plus d'influence, firent que l'Assemblée générales des Nations Unies continua à s'intéresser à la question.

L'UE joua un rôle de médiateur décisif lors des travaux préparatoires en vue de l'adoption des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) relatives à la pêche de 2004[8] et de 2006[9] pour trouver un équilibre entre les tenants du moratoire, des pays n'ayant généralement pas d'activité de pêche en haute mer, et ceux qui, ayant des ressortissants qui pratiquaient des activités de chalutage en eaux profondes, considéraient que le problème n'avait pas à être réglé par l'AGNU.

Dans le même temps, l'UE soutint, dans la logique de la politique maritime intégrée en cours d'élaboration dans les instances européennes, une autre approche qui consistait à envisager la protection de l'environnement marin d'une façon plus globale. Les résolutions de l'AGNU utilisent l'expression *« exploitation durable de la diversité biologique »*. Il s'agit d'un vocabulaire emprunté à la CDB alors que celui de la CNUDM fait référence à la *« conservation et gestion des ressources biologiques de la haute mer »*.

Faute d'obtenir le moratoire qu'elles demandaient pour ce qui concerne le chalutage en haute mer, les ONG se rallièrent rapidement à cette approche. D'autant que le Comité des pêches de la FAO avait permis de lancer le débat en 2005, au sein de cette instance, sur la question des pêches profondes en haute mer et de sensibiliser les autorités budgétaires à la nécessité d'allouer les ressources appropriées au Département des pêches de la FAO. La FAO a adopté en 2009 des Directives

---

7) Pour une description plus détaillée de ce processus de négociation, cf. l'article du même auteur sur « Gouvernance de la haute mer. Vers un accord d'application pour la conservation et l'exploitation durable de la biodiversité marine au-delà de la juridiction nationale ». A.D. Mer (2015, tome XX, page 57).

8) Résolution 59/25, § 66 à 71.

9) Résolution 61/105, § 81 à 91.

Cap XI libro 4.pmd 307 15/05/2018, 18:59

internationales sur la gestion de la pêche profonde en haute mer afin d'aider les États et les ORGP à assurer une gestion durable de la pêche profonde. Les résolutions de l'AGNU n'ont à partir de ce moment fait que confirmer les résolutions adoptées en 2004 et 2006.

Il a fallu attendre 2015 pour que l'Assemblée générale adopte une résolution envisageant la possibilité d'un accord juridiquement contraignant sur la biodiversité en haute mer.

Les Nations Unies devraient convoquer en 2018 une Conférence diplomatique internationale afin d'élaborer ce qui devrait constituer le troisième accord d'application de la Convention de Montego Bay.

La négociation est loin d'être terminée.

Les débats sur le champ d'application de l'accord, tant au sein du Comité préparatoire que dans les couloirs, montrent que les ONG n'ont pas renoncé à inclure des dispositions spécifiques à la pêche dans cet accord et continuent de faire pression sur les États pour les rallier à leur approche. Ces organisations estiment qu'elles bénéficieraient d'un meilleur « entrisme » dans les organisations internationales à vocation environnementale que dans celles spécialisées dans la gestion des pêcheries de la haute mer, telles que les ORGP, où les débats sont moins politisés et donc plus difficilement influençables. Cette question n'est pas encore totalement résolue. La Nouvelle-Zélande qui soutient le principe de l'inclusion de la pêche dans ce nouvel accord indique qu'il reste à savoir « comment ? ».

L'UE est défavorable à cette inclusion qui n'est pas dans la logique de l'accord et qui pourrait amener certains pays pêcheurs, tels que la Norvège, l'Islande ou le Japon, à s'opposer à la conclusion d'un tel accord. Il n'existe, en outre, aucun argument juridique permettant de justifier l'inclusion de dispositions spécifiques à la pêche, en tant qu'activité sectorielle, dans ce projet d'accord d'application. La pêche sera concernée par la mise en œuvre de cet accord, comme le seront les autres activités humaines qui s'exercent dans les ZAJN telles que les activités minières, les rejets de déchets en haute mer, la pose de câbles ou de pipe-lines sous-marins et dans certains cas la navigation maritime.

Plusieurs pays en développement ont proposé d'inclure les poissons dans la définition des ressources génétiques marines alors que d'autres pays proposent d'y inclure les produits génétiques dérivés du poisson. L'inclusion de poissons ou de parties de poisson à des fins d'exploitation génétique, issus d'activités de pêche, dans la définition des ressources génétiques marines risque d'être délicate si on ne veut pas remettre en cause un des équilibres de la CNUDM, celui de la liberté de la pêche en haute mer. Par contre, les poissons prélevés dans le milieu marin sous forme de spécimens à des fins d'exploitation génétique devraient entrer dans le champ d'application du

Cap XI libro 4.pmd 308 15/05/2018, 18:59

projet d'accord au regard de la définition des ressources biologiques et génétiques donnée par la CDB.

Compte tenu des divergences exprimées lors des prémisses de ces négociations pour créer un nouvel instrument international juridiquement contraignant dans le cadre de la CNUDM, il est fort probable que l'accord, s'il intervient, risque de se faire *a minima*. Sa mise en œuvre, la mise en place des structures et la mobilisation des moyens nécessaires prendront du temps. Cet accord ne réglera pas non plus tous les problèmes environnementaux des océans. Les questions liées à la pollution d'origine tellurique (acidification, contamination, déchets…) qui constituent une cause majeure (80 %) de la détérioration du milieu marin, sont loin d'être réglées. Il ne s'agit donc pas de la fin de l'histoire de la gouvernance des océans.

Il s'agit d'un test sur la capacité des États à gérer ensemble les espaces marins non appropriés qui représentent 70 % de la surface de la planète, au moyen d'instruments reposant sur une souveraineté exercée collectivement.

Le risque est de voir ressurgir, à défaut d'un accord, certaines revendications d'expansion vers le large actuellement latentes. Certains États côtiers en avaient proféré la menace[10], lors d'un blocage de la négociation qui devait aboutir à l'adoption de l'accord d'application de la CNUDM cité *supra*, l'ANUP en 1995.

L'échec de ce processus serait, en partie, un échec pour l'UE qui a beaucoup investi sur le plan diplomatique pour le faire aboutir. La non-conclusion de cette négociation constituerait également un échec pour les Nations Unies ainsi que pour la réalisation de ses objectifs de maintien de la paix et de la sécurité dans le monde, de développement des relations amicales entre les nations et de mise en pratique de la coopération internationale.

Conclusion

L'avenir des politiques maritimes européennes sera, sans aucun doute, sérieusement affecté par le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.

Le retrait d'une grande nation maritime comme le Royaume-Uni de l'Union ne peut se faire sans conséquences pour l'économie maritime de l'UE.

---

10) Le Canada avait modifié, dans le contexte de la négociation sur l'ANUP, sa loi sur la protection des pêches côtières le 12 mai 1994 pour étendre sa juridiction à toute la zone de l'Organisation des pêcheries de l'Atlantique du Nord-Ouest (OPANO). Cette loi, lui donnant des compétences de police au-delà de 200 milles, lui a permis en 1995 d'arraisonner le navire de pêche espagnol l'Estaï. Le Canada avait été soutenu par de nombreux pays d'Amérique latine, dont le Chili qui a introduit dans une loi de 1991 le concept de *« Mar presencial »* qui lui permettrait de projeter son influence au-delà de sa ZEE.

Cap XI libro 4.pmd 309 15/05/2018, 18:59

Non seulement le Royaume-Uni est un pays à forte tradition maritime, c'est aussi un pays dont la conception de la construction européenne est assez différente de celle des six États membres fondateurs.

Les conséquences de ce retrait pourraient être paradoxales.

L'espace maritime européen va considérablement se réduire du fait du départ du Royaume-Uni. Certains projets risquent de tomber à l'eau. D'autres pourront être relancés lorsqu'ils étaient freinés par des réticences britanniques.

Pour l'instant, les efforts se sont principalement focalisés sur la négociation de sortie elle-même. Il n'est pas certain qu'une évaluation de l'avenir des politiques maritimes de l'UE ait pu être faite. Cela restera une opération extrêmement spéculative tant que l'on ne connaîtra pas le résultat des négociations de sortie du Royaume-Uni de l'UE et que le cadre juridique des relations futures n'aura pas été établi. Le secteur de la pêche est le seul pour lequel on puisse, dès à présent, diagnostiquer que le Brexit aura des conséquences économiques majeures.

La présence du Royaume-Uni au sein de l'UE donne à celle-ci un poids particulier dans les enceintes internationales quand on y aborde des questions maritimes. Par contre, la conception qu'a le Royaume-Uni de la construction européenne ne facilite pas toujours l'émergence de compromis au sein des instances européennes. Le Royaume-Uni pourrait être amené à soutenir d'autres positions que celles qu'il soutenait en tant qu'État membre de l'Union. Le Royaume-Uni s'est rallié sans vraiment d'enthousiasme à l'idée d'un troisième accord d'application de la CNUDM et a accepté la proposition d'introduire le concept de partage des bénéfices applicable aux ressources génétiques marines dans la négociation, pour rallier les PVD, parce que ce concept n'était pas vraiment défini. Le Royaume-Uni en tant qu'État n'appartenant pas à l'UE aurait certainement été plus réticent à s'engager dans cette négociation comme l'était au départ le Canada ou les États-Unis.

Cap XI libro 4.pmd 310 15/05/2018, 18:59

CHAPTER 12
L'action en mer de l'Union européenne et la protection des droits de l'Homme

Danilo GARCÍA-CÁCERES
Docteur en Sciences juridiques, Université Paris 1, Panthéon - Sorbonne
Enseignant-chercheur à l'Université Centrale de l'Équateur
Avocat-fonctionnaire du Comité d'éthique de l'Université Centrale de l'Équateur
Chercheur postdoctoral du programme *Human Sea*[1], Université de Nantes, France

Abstract: *"The European Union's action at sea and protection of Human Rights". The protection of human rights in the context of the actions taken by the European Union at sea focuses both on the responsibility of states and the international community as a whole, as well as on the efforts taken by the European Union to develop international law towards ocean governance.*

The actions of the European Union are not part of a single legal framework. The actors implementing them come from a number of sectors. Thus, it is necessary to consider the close relationship between the law of the sea (including the United Nations Convention on the Law of the Sea) with international human rights law (IHRL) and international humanitarian law (IHL), representing two distinct and complementary legal corpuses, which would then allow to analyse the obligations of states and the European Union to protect individuals.

Issues such as the increase in the number of armed conflicts around the world that multiply migratory models towards Europe, the European ecological transition (more specifically concerning renewable marine energies), as well as the new human activities at sea, require a legal analysis allowing us to answer the question of whether the action at the sea of the European Union is respectful with regard to the legal postulates of human rights. Or, on the other hand, is it utopian in a reality that may exceed the capacity of European institutions?

---

1) Human Sea Program at the University of Nantes: The development of human activities at sea - What legal framework? "For a new maritime Law", ERC (European Research Council) 2013 Advanced Grant, SP2-Ideas, FP7 (Seventh Framework Programme) of the European Union (2007-2013) Agreement No. 340770.

Cap XII libro 4.pmd 311 28/05/2018, 11:26

In this way, the present study opens the reflection on the rights and obligations of EU member states in their mutual relations and common objective for the protection of human rights. The rights of EU member states should be legally translated into their political commitments, and the international obligations of the same states must be performed in good faith.

More precisely, this chapter offers an innovative legal perspective on the relationship between humans and oceans which finds its place at the heart of a global problem of sustainable development and guaranteeing human rights

Résumé : *La protection des droits de l'homme dans le cadre de l'action en mer de l'Union européenne (UE) relève de la responsabilité de cette dernière qui s'efforce de développer un corpus juridique visant une gouvernance des océans ; cependant, elle dépend également de la responsabilité des États et de la communauté internationale dans son ensemble.*

Les actions de l'Union européenne ne s'inscrivant en effet pas dans un cadre juridique unique et cloisonné, il convient d'étudier la relation étroite qui existe entre le droit international de la mer (notamment la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer) avec le droit international des droits de l'homme (DIDH) et le droit international humanitaire (DIH). L'examen de ces corpus juridiques, distincts mais complémentaires, permet de mettre en évidence les obligations qui reposent sur les États en la matière, en particulier les États membres de l'Union européenne.

Des sujets tels que l'augmentation du nombre de conflits armés dans le monde engendrant une multiplication des flux migratoires vers l'Europe, la transition écologique européenne (plus précisément la question des énergies marines renouvelables), ainsi que les nouvelles activités de l'homme en mer, exigent une analyse juridique visant à répondre à une question centrale : l'action en mer de l'Union européenne est-elle respectueuse des postulats juridiques des droits de l'homme ou, au contraire, est-elle utopique au regard d'une réalité qui risque de dépasser les capacités juridiques des institutions européennes ?

Dès lors, la présente étude ouvre une réflexion sur les droits et les obligations des États membres de l'Union européenne dans leurs relations réciproques orientées vers l'objectif commun de protection des droits de l'homme. Les droits des États membres de l'Union européenne devraient à cet égard traduire juridiquement les engagements politiques pris tandis que les obligations internationales qui reposent sur eux appellent une exécution de bonne foi.

Plus précisément, ce chapitre propose un regard juridique novateur sur la relation entre l'homme et les océans qui trouve sa place au cœur d'une problématique globale de développement durable et de garantie des droits de l'homme.

Cap XII libro 4.pmd 312 28/05/2018, 11:26

Introduction

L'Union européenne respecte les droits fondamentaux *« en tant que principes généraux de droit »*[2]. Cependant, la conception matérielle de ces droits, entendus comme désignant les droits de l'homme et les libertés fondamentales par la doctrine[3] et la Cour de justice de l'Union européenne, conduit à les envisager au-delà de la source formelle des principes généraux de droit[4]. Les droits fondamentaux sont aussi modelés par la réalité sociale globale, par exemple par la crise migratoire en Méditerranée.

La création de l'Agence des droits fondamentaux en 2007[5], l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en 2000, l'insertion dans ses traités de dispositions d'habilitation des institutions à édicter des mesures protectrices des droits de l'homme, l'adoption de plusieurs directives ayant cet objet, ou encore le développement d'une jurisprudence protectrice de droits qualifiés de « fondamentaux » démontrent une contribution effective de l'Union européenne à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales[6]. L'action en mer de l'Union est un domaine dans lequel ses engagements sur cette question sont particulièrement importants (I). Ils sont néanmoins aujourd'hui mis à l'épreuve, comme en témoigne notamment l'action d'agences comme FRONTEX qui doit gérer les flux migratoires en Méditerranée. En mer, l'Union européenne doit désormais faire face à un défi humanitaire d'envergure (II).

I. Les engagements humanitaires de l'Union européenne en mer

Le traité de Lisbonne pose les bases juridiques de l'aide destinée aux personnes en détresse ; quels que soient leur nationalité, leur religion, leur sexe ou leur origine ethnique. L'Union est ainsi engagée dans des opérations de secours, comme actuellement en Méditerranée. Pourtant, la question reste posée de l'efficacité des mécanismes de protection prévus au regard des droits fondamentaux ; des droits qui, d'après la CJUE, *« font partie intégrante des principes généraux du droit dont le*

---

2) Article 6, paragraphe 3 du Traité sur l'Union européenne, issu du traité de Lisbonne.

3) RIDEAU J., *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, La Haye, Martinus Nijhoff, RCADI, 1997, t. 265, p. 76 et 78.

4) COHEN-JONATHAN G., « Les droits de l'homme dans les Communautés européennes », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Ed. Cujas, 1977, p. 399 et p. 410.

5) Créée en 2007 par l'Union européenne, la FRA fournit des conseils indépendants fondés sur des éléments de preuve en matière de droits fondamentaux. Voir : Règlement (CE) nº 168/2007 du Conseil du 15 février 2007, portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE L 53/1 du 22 février 2007.

6) PICOD F., « Droit de l'Union européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *LexisNexis JurisClasseur Libertés*, Fasc. 120, 2007.

Cap XII libro 4.pmd 313 28/05/2018, 11:26

juge communautaire assure le respect »[7]. Une formule qui a fait l'objet d'une jurisprudence continue[8].

Pour que l'Union soit un acteur crédible, elle doit agir de manière cohérente, conformément aux traités et à son droit dérivé, mais aussi réussir à concilier sa politique des droits de l'homme avec sa politique extérieure[9], notamment en matière migratoire et de surveillance de ses frontières.

En effet, la responsabilité de l'Union dans la garantie des droits de l'homme (A) a été mise à mal par la crise en mer provoquée par des flux migratoires importants (B).

A. La responsabilité de l'Union européenne pour garantir les droits de l'homme

L'Union européenne a fait du respect des droits de l'homme un principe majeur. Elle a l'obligation juridique, énoncée dans les traités, de les placer au centre de toutes ses politiques et d'en assurer la considération par les États membres. L'Union a ainsi mis en place un large éventail d'instruments afin de stimuler la coopération dans le cadre de la gouvernance maritime ainsi que garantir le respect des droits de l'homme[10].

Plus précisément, les droits de l'homme constituent l'un des huit objectifs des politiques communes et des actions dans le domaine des relations internationales[11]. Sur le plan juridique, l'objectif de respect des droits de l'homme innerve donc l'ensemble de ses politiques extérieures.

En vertu du traité de Lisbonne, les compétences de l'Union en matière de politique extérieure concernent plusieurs domaines, tels que la politique étrangère et de sécurité commune[12], la politique de sécurité et de défense commune (PSDC) [13], la politique

---

7) CJUE, 10 juill. 2003, aff. jtes C-20/00 et C-64/00, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood* : Rec. CJUE, 2003, I, p. 7411, point 65. Voir aussi : CJUE, 14 oct. 2004, aff. C-36/02, *Omega* : Rec. CJCE, 2004, I, p. 9609, point 33.

8) TPICE, 22 oct. 1997, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, *SCK et FNK c/ Comm. CE* : Rec. CJUE, 1997, II, p. 1739, point 53. Voir aussi : TPICE, 14 déc. 2005, aff. T-210/01, *Gén. Electric c/ Comm. CE* : Rec. CJUE, 2005, II, p. 5575, point 725.

9) Résolution du Parlement européen du 18 avril 2012 sur le rapport annuel sur les droits de l'homme dans le monde en 2010 et la politique de l'Union européenne en la matière, Journal Officiel du 7 septembre 2013 - Numéro C 258, p. 9.

10) Résolution du Parlement européen du 13 décembre 2012 concernant la stratégie de l'UE dans le domaine des droits de l'homme (2012/2062(INI)). Journal Officiel du 23 décembre 2015 - Numéro C 434.

11) Article 21 du traité sur l'Union européenne.

12) Titre 5, chapitre 2 du traité sur l'Union européenne.

13) Titre 5, chapitre 2, section 2 du traité sur l'Union européenne.

Cap XII libro 4.pmd 314 28/05/2018, 11:26

commerciale commune[14], la coopération au développement[15], la coopération technique[16] et l'aide humanitaire[17].

De plus, plusieurs politiques de l'Union comportent une dimension extérieure. Elles sont elles-mêmes subdivisées en politiques intégrées d'une part (comprenant notamment la politique commerciale commune, la coopération au développement et l'aide humanitaire), et politique étrangère et de sécurité commune d'autre part, qui est d'essence intergouvernementale et recouvre les domaines de la politique étrangère mais aussi l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union[18].

Aujourd'hui, la question qui retient principalement l'attention européenne est celle des flux migratoires toujours plus nombreux vers l'Europe qui pose d'énormes difficultés en matière de contrôle en mer Méditerranée.

B. La crise en mer provoquée par des flux migratoires importants

Si l'afflux de migrants s'est réduit en Europe en 2017, rien qu'en 2016, au moins 5 098 personnes sont décédées en Méditerranée selon les sources officielles[19]. L'une des plus belles mers du monde est aujourd'hui teintée de sang.

L'idée que l'Europe doit faire face à une « crise migratoire » a été actée en avril 2015, à la suite de deux naufrages qui se sont successivement produits en mer Méditerranée. Ces incidents ont conduit le Conseil européen à adopter un « Plan d'action en dix points sur la migration » [20].

Notons que plusieurs types de migrants peuvent être distingués : les migrants s'échappant de la guerre - venant notamment de Libye, de Syrie, ou encore de Jordanie - ; les migrants qui sont obligés de fuir la dangerosité de leur pays d'origine ; ou qui n'ont pas la capacité d'y survivre. Pour ces dernières catégories, les migrants sont principalement issus d'Afrique.

Derrière l'afflux de migrants de 2015 avec près d'un million de migrants vers l'Europe, se trouve toute la situation humanitaire mondiale à cause des guerres et crises

---

14) Partie 5, titre 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

15) Partie 5, titre 2, chapitre 1er du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

16) Partie 5, titre 2, chapitre 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

17) Partie 5, titre 2, chapitre 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

18) Commission nationale consultative des droits de l'homme, avis sur l'action extérieure de l'Union européenne en matière de droits de l'homme, Journal Officiel du 8 juillet 2014 - Numéro 156, p. 3.

19) Source : Organisation internationale pour les migrants, *Analyse des décès et disparitions de migrants dans le monde*, rapport OIM, 2016, p. 2.

20) Conseil européen, IP/15/4813. Conseil conjoint des Ministres des affaires étrangères et de l'intérieur : Plan d'action en dix points sur la migration du 20 avril 2015.

Cap XII libro 4.pmd 315 28/05/2018, 11:26

économiques, dont l'Afrique est un *hot spot*. Rien qu'en 2011, 42,5 millions de personnes dans le monde avaient été contraintes de quitter leur pays ou leur région, 800 000 nouveaux réfugiés[21]. L'Europe est toutefois encore loin de « l'invasion », mythe populiste qui sert entre autres à justifier des politiques migratoires toujours plus sévères[22].

Alors que l'Union européenne a aboli les contrôles à ses frontières intérieures, les politiques migratoires européennes suivent des orientations répressives qui se manifestent par des barrières juridiques et des murs physiques. En mer, des organisations comme l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures (FRONTEX) des États membres doit parfois jouer des rôles contradictoires de protection et de répression. Or, l'agence est un organisme décentralisé de l'Union européenne, ce qui implique qu'elle doive respecter ses règles[23].

Cependant, le principal dilemme de l'Union européenne ne concerne pas aujourd'hui la capacité de surveillance de ses agences dont l'action est parfois attentatoire aux droits de l'homme, sinon sa capacité à accueillir les migrants qui traversent la Méditerranée ; une problématique réelle mais surdimensionnée par des partis nationalistes dans presque tous les pays européens[24].

L'Union européenne doit rechercher une réponse plus humanitaire et plus holistique à cette problématique migratoire. Sa réponse doit prendre la forme non seulement de mécanismes juridiques, institutionnels et opérationnels à destination des migrants en route vers l'Europe ; mais aussi d'une coopération plus technique cherchant à garantir la paix dans les pays d'origine des migrants.

II. L'action en mer de l'Union européenne, un défi humanitaire

Le Comité européen des régions, à travers sa résolution pour une approche durable de l'UE en matière de migrations[25], a demandé en septembre 2015 à tous les acteurs

21) Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), « Le HCR très préoccupé par l'exode croissant des Syriens », 20 juillet 2012 ; disponible sur : www.unhcr.org/fr/news/stories/2012/7/500d6498c/hcr-tres-preoccupe-lexode-croissant-syriens.html

22) PARROT K., IMBERT L., « La «crise migratoire» fantasmée ou l'échec programmé de la forteresse Europe », *Revue des Juristes de Sciences Po*, nº 12, décembre 2016, 131, p. 1.

23) BILLET C., « Quelle(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex ? », présentation orale dans le cadre du Séminaire du Programme Human Sea de l'Université de Nantes, 26 octobre 2017.

24) Renaud Muselier président de la Région Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA) à l'occasion de la Méditerranée du Futur, événement qui s'est déroulé à Marseille le 22 novembre 2017.

25) Comité européen des régions, résolution pour une approche durable de l'UE en matière de migrations, 22 septembre 2015, Journal Officiel - Numéro C 313 - Page 0001.

Cap XII libro 4.pmd 316 28/05/2018, 11:26

concernés - à savoir les institutions européennes, les pouvoirs publics nationaux, régionaux et locaux, les médias et la société civile - de ne pas stigmatiser les migrants, ni l'immigration. Il a aussi insisté sur le fait que les politiques de relocalisation et de réinstallation de personnes devaient impliquer tous les pays européens. On observe en effet que la coopération, par exemple avec les gouvernements stables d'Afrique du Nord, diminue les départs depuis les côtes de ces pays et, partant, réduit les risques de décès en mer[26].

L'Union européenne souhaite limiter l'afflux de réfugiés qui traversent la Méditerranée pour rejoindre l'Europe et étudie de nouvelles mesures à mettre en place. Tout d'abord, améliorer le cadre juridique et renforcer le rôle des agences de contrôle des frontières et des garde-côtes. D'autres mesures ont été prises[27], comme un soutien aux organismes internationaux présents dans les pays africains riverains de la Méditerranée et des aides aux ONG locales[28] pour prévenir le trafic de migrants. Par ailleurs, l'Union européenne s'efforce de permettre un retour des migrants, en particulier de ceux qui n'ont pas besoin d'une protection internationale.

Cependant, les États membres de l'UE n'ont pas réussi à aboutir à un consensus quant à la manière de gérer cette problématique et sont loin d'arriver à trouver une réponse commune qui puisse convenir à tous. Tel est le cas, notamment, des mesures provisoires prises en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce[29], créant un Système européen de relocalisation des réfugiés[30]. Défendu par l'Italie[31] et l'Allemagne mais contesté par d'autres pays comme la Hongrie et la Slovaquie[32], ce mécanisme a opéré du 25 septembre 2015 au 26 septembre 2017.

Il convient de préciser les caractéristiques de cette réponse de l'Union européenne à la crise migratoire en Méditerranée (A) et de saisir le rôle des agences européennes

---

26) Ibidem, p. 5.

27) Déclaration de M. Dimitris Avramopoulos, commissaire européen chargé de la migration le 4 juillet 2017.

28) Certaines ONG sont particulièrement engagées pour l'aide aux réfugiés, comme : SOS Méditerranée - Association Européenne de Sauvetage en Mer Méditerranée, Médecins sans frontières, Save the Children et Sea Eye, entre autres.

29) Décision (UE) 2015/1523 du Conseil, 14 septembre 2015. JO 2015, L 239 p. 146.

30) Il s'agit d'un mécanisme de quotas pour mieux répartir les migrants entre États membres. Instaurée par l'Union européenne en septembre 2015, la relocalisation désigne le transfert de personnes ayant besoin d'une protection internationale d'un État membre de l'UE vers un autre État membre de l'UE.

31) Le Système européen de relocalisation des réfugiés a été défendu à plusieurs reprises par le Premier ministre italien Paolo Gentiloni, spécialement lors de la conférence «Towards a global social contract on migration and development», qui s'est déroulée à Berlin du 28 au 30 juin 2017.

32) La Hongrie et la Slovaquie ont intenté un recours devant la Cour de justice de l'Union pour échapper à cette obligation mais leur demande a été rejetée au début du mois de septembre 2017. Finalement, la Slovaquie a accepté 16 des 902 demandeurs d'asile qui lui avaient été attribués et la République tchèque, 12 sur 2 691. Voir : CJUE, Aff. jointes C-643/15 et C-647/15, *Slovaquie et Hongrie c/ Conseil*.

Cap XII libro 4.pmd 317 28/05/2018, 11:26

de contrôle en matière de garantie des droits de l'homme afin de pouvoir identifier les éléments d'une action plus humanitaire de l'Union européenne (B).

A. Réponse de l'Union européenne à la crise migratoire en Méditerranée

Aux termes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), *« au cas où un ou plusieurs États membres se trouvent dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures provisoires au profit du ou des États membres concernés. Il statue après consultation du Parlement européen »*[33].

Or, la crise migratoire qui a frappé l'Europe entre 2014 et 2015 a délaissé de nombreuses personnes ayant manifestement besoin d'une protection internationale[34]. En réponse à cette situation, le Conseil de l'Union européenne a adopté en 2015 la décision 1601[35] visant à mieux gérer l'afflux massif de migrants. Cette décision a prévu la relocalisation de réfugiés sur une période de deux ans, soulageant ainsi les États membres recevant le plus des migrants ; à savoir l'Italie et la Grèce. Cependant, la Slovaquie et la Hongrie, à l'instar de la République tchèque et de la Roumanie, ont voté contre l'adoption de cette décision tandis que la Finlande s'est abstenue.

À partir de ce moment a débuté l'une des pires périodes d'instabilité politique interne de l'Union européenne qui a conduit certains États membres de l'Union à se prononcer à l'encontre de ses valeurs humanitaires.

La Slovaquie et la Hongrie ont ainsi demandé à la CJUE d'annuler la décision 1601 en invoquant, d'une part, des erreurs d'ordre procédural ou liées au choix d'une base juridique inappropriée[36] et, d'autre part, qu'en tout état de cause l'Union européenne n'était pas apte à répondre à la crise migratoire[37]. Il convient de remarquer que durant la procédure suivie devant la Cour, la Pologne est intervenue à faveur de la Slovaquie et de la Hongrie. La Belgique, l'Allemagne, la Grèce, la France, l'Italie, le Luxembourg et la Suède et la Commission sont intervenus au soutien du Conseil[38].

---

33) Article 78, paragraphe 3 du TFUE.

34) Selon les recensements officiels du Conseil de l'Europe. Voir : CJUE, communiqué de presse nº 91/17, 6 septembre 2017.

35) Décision (UE) 2015/1601 du Conseil, du 22 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce (JO 2015, L 248, p.80).

36) Non-observation de la norme qui dispose que : le Conseil peut statuer des mesures après consultation du Parlement européen. Voir phrase finale de l'article 78, paragraphe 3 du TFUE.

37) CJUE, affaires jointes C-643/15 et C-647/15.

38) CJUE, communiqué de presse nº 91/17, 6 septembre 2017.

Cap XII libro 4.pmd 318 28/05/2018, 11:26

L'argumentation de la Slovaquie et de la Hongrie soutenait qu'une procédure législative appropriée prévue par le TFUE[39] aurait dû être appliquée du fait que son article 78, paragraphe 3 prévoit la consultation du Parlement européen lorsqu'une mesure fondée sur cette disposition est adoptée. La CJUE a toutefois rejeté ces recours dans leur intégralité[40].

Les juges ont en effet précisé que les exigences de l'article 78 précité n'étant applicables que pour les actes législatifs et puisque la décision attaquée était un acte non législatif, son adoption n'était pas soumise à une consultation parlementaire.

Dans la pratique, le Système européen de relocalisation des réfugiés ne s'est pas distingué par une grande efficacité. La décision 2015/1523 visait à relocaliser, sur une base volontaire, 40 000 personnes en se basant sur une estimation du nombre de migrants. Cependant, l'Europe connut un afflux sans précédent de migrants en juillet et août 2015. C'est pourquoi, en septembre, la Commission européenne proposa la relocalisation, sur deux ans, de 120 000 personnes se trouvant à l'époque en Italie[41] et en Grèce[42]. Moins de 28 000 personnes ont été transférées. Le bilan est décevant : la Hongrie avait pour obligation d'accueillir 1 300 personnes et la Slovaquie 800 migrants, mais deux ans plus tard, aucune n'a été reçue en Hongrie et 16 sont arrivées en Slovaquie[43].

La CJUE a alors souligné dans son communiqué de presse nº 91/17 que le nombre peu élevé de relocalisations effectuées en application de la décision 2015/1523 s'expliquait par un ensemble d'éléments que le Conseil ne pouvait prévoir au moment de l'adoption de celle-ci, dont, notamment, « le manque de coopération » de certains États membres.

B. Vers un rôle plus humanitaire des agences européennes et de l'Union européenne

« L'UE a besoin de frontières externes sûres, mieux gérées et donc du corps de garde-frontières et garde-côtes européen dès que possible »[44]. Cependant, comment coordonner la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne pour lutter

---

39) Procédure législative ordinaire ou procédure législative spéciale. Voir : article 289 TFUE.

40) CJUE, arrêt 91/2017 de la Cour (grande chambre) ECLI:EU:C:2017:631, 6 septembre 2017.

41) L'Italie a reçu 30 755 demandes d'asile en 2015. Source : Commission européenne, Solidarité européenne : Un système de relocalisation pour les réfugiés. Document du portail européen, 2016.

42) La Grèce a reçu 7 475 demandes d'asile en 2015. Source : Commission européenne, Solidarité européenne : Un système de relocalisation pour les réfugiés. Document du portail européen, 2016.

43) LEROUGE V., LE PAGE B., Note de presse, France info, « Quotas de réfugiés : la Hongrie et la Slovaquie rappelées à l'ordre par la justice européenne », Bruxelles, 2017.

44) ARTIS Pabriks, (rapporteur). Conférence de presse sur l'Agence européenne de garde-côtes et de garde-frontières, 31 mai 2016.

Cap XII libro 4.pmd 319 28/05/2018, 11:26

contre le terrorisme et faire face à l'afflux de réfugiés dans l'UE, tout en respectant les engagements juridiques et politiques pris en faveur des droits de l'homme et des libertés fondamentales ?

Depuis sa mise en place[45], FRONTEX a été fortement critiquée[46] quant à son rôle et sa responsabilité au regard de la violation de droits fondamentaux. Déjà en 2012, la CJUE relevait ainsi que l'arrestation et le renvoi de personnes appréhendées constituaient des *« ingérences dans des droits fondamentaux des personnes concernées »*[47]. Sur ces questions délicates de politique extérieure, le respect des droits de l'homme et des droits fondamentaux ne doit pas être oublié[48].

Cette problématique est d'autant plus prégnante aujourd'hui que, de l'autre côté des frontières maritimes européennes, le problème s'est accentué faute d'une véritable coopération avec l'Union européenne. Ainsi, le 10 août 2017, la Libye a lancé la création de sa propre zone de recherche et de sauvetage (SAR), au-delà des 12 milles nautiques de ses eaux territoriales. La largeur des eaux territoriales relève du Droit international[49]. Les zones SAR découlent de la Convention de Hambourg de 1979 ; faute de moyen et d'instance de coordination (MRCC), la Libye n'avait jamais déclaré de zone SAR. Jusque-là, les ONG pouvaient naviguer et patrouiller aux limites des eaux territoriales libyennes pour effectuer des sauvetages. Ensuite, les autorités libyennes les ont interdites dans la zone SAR déclarée par la Libye, imposant une autorisation préalable des mêmes autorités libyennes. Après cette mesure, la quasi-totalité des organisations humanitaires de sauvetage en Méditerranée ont l'une après l'autre annoncé la suspension de leurs opérations[50]. Il est possible de déplorer un détournement de la Convention SAR dans un tel cas[51].

---

45) FRONTEX a été mise en place par le règlement (CE) nº 2007/2004 du Conseil. Voir : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R2007:FR:NOT

46) L'approche de la migration de FRONTEX principalement centrée sur la sécurité est remise en cause, en particulier par les ONG qui, depuis 10-15 ans, dénoncent les violations des droits de l'homme auxquelles elle a conduit : traitements inhumains et dégradants, non-respect du droit d'asile, refoulement des migrants, en particulier vers des pays tiers - tels que la Libye - dans lesquels le respect des droits de l'homme n'est pas garanti. Source : équipe du MPC en collaboration avec Julien Jeandesboz, King's College, London, « Frontex : vers une meilleure prise en compte des droits fondamentaux ? », *European University Institute*, 2017.

47) CJUE, arrêt de la cour (grande chambre) ECLI:EU:C:2012:516, 5 septembre 2012, affaire C 355/10.

48) TRIPOTEAU L., « Qu'en est-il des droits fondamentaux dans le «futur Frontex» ? », article publié sur *Cafébabel*, 31 mai 2016.

49) Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, article 3.

50) Cette décision de Médecins sans frontières, Save the Children et Sea Eye fait suite à l'interdiction pour les navires étrangers de se rapprocher de la Libye. Source : article de Salvatore Aloïse, *Le Monde*, 13 août 2017.

51) CHAUMETTE Patrick, « Détournement de la convention SAR ? Sauvetage en mer, code italien de déontologie des ONG et garde-côtes libyens », Carnet de Recherche du programme Human Sea, 28 août 2017 ; disponible sur : http://humansea.hypotheses.org/889

Cap XII libro 4.pmd 320 28/05/2018, 11:26

Finalement, l'agence européenne FRONTEX a officiellement lancé, le 1er février 2018, l'opération Thémis en Méditerranée centrale et en Adriatique[52]. Thémis succède à Triton[53] et sera conduite en parallèle de l'opération EUNAVFOR Sophia de lutte contre les trafics d'êtres humains au large de la Libye.

Nulle coopération technique n'a toutefois été mise en place d'un point de vue strict, parce que celle-ci relève d'une politique d'aide au développement qui englobe des activités destinées à accroître les capacités des pays en développement[54].

Les États membres devraient pouvoir poursuivre la coopération à un niveau opérationnel avec d'autres États membres et/ou des pays tiers aux frontières extérieures, y compris en lançant des opérations militaires à des fins de maintien de l'ordre, dans la mesure où cette coopération est compatible avec les actions de l'Agence. La mise en place d'activités conformes aux droits de l'homme est un travail qui exige un engagement collectif pour construire une politique européenne qui prenne mieux en compte les droits fondamentaux.

Conclusion

Des principes tels la « solidarité » entre les États membres de l'Union européenne sont indispensables pour la survie de sa structure même. Or, aujourd'hui plus que jamais, la réalité sociale internationale exige une action collaborative des États membres dans leur ensemble en vue notamment de relever les défis humanitaires auxquels l'Union européenne doit faire face.

Certes, des accords avec les pays d'origine des populations migrantes peuvent aider à mieux gérer les flux migratoires, ainsi que le montrent les résultats positifs après les accords signés avec des pays tels que la Turquie, le Maroc, l'Algérie ou la Tunisie. La prévention, et surtout la coopération technique avec des États tiers, semblent constituer des mécanismes plus efficaces que l'instauration d'agences de contrôle et de surveillance en mer, ou le transfert de nouvelles compétences aux agences existantes.

La Commission européenne doit mettre en place un programme européen spécifique en matière de retour, conforme aux droits de l'homme, avec un engagement collectif

---

52) Succédant à l'opération Triton et considérant l'afflux massif de migrants en provenance des côtes africaines, Thémis doit aider l'Italie à lutter contre les trafics illicites en mer. Source : article de Vincent Groizeleau, Mer et Marine, 1er février 2018.

53) Triton a été mis en place en novembre 2014 pour relever l'opération Mare Nostrum de la marine italienne, face à l'afflux massif de migrants.

54) OCDE, « Rapport 2005. Efforts et politiques des membres du Comité d'aide au développement », *Revue de l'OCDE sur le développement*, Vol. 7. 2006, p. 122.

Cap XII libro 4.pmd 321 28/05/2018, 11:26

et une coopération authentique des États membres entre eux et des États membres avec des États tiers.

Force est de constater que la promotion des droits de l'homme est une responsabilité conjointe de l'Union et de ses États membres dans leur ensemble et que seule une action globale, coordonnée et cohérente, permettra de progresser dans ce domaine.

Bibliographie :

- ARTIS P. (rapporteur). Conférence de presse sur l'agence européenne de garde-côtes et de garde-frontières, mardi 31 mai 2016.
- BILLET C., « Quelle(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex ? ». Présentation orale, dans le cadre du Séminaire « La dimension européenne de la sûreté et de la sécurité maritimes. Aspects juridiques et opérationnels de l'action en mer ». Programme Human Sea, Université de Nantes, 26 octobre 2017.
- CHAUMETTE P. « Détournement de la convention SAR ? Sauvetage en mer, code italien de déontologie des ONG et garde-côtes libyens », Carnet de Recherche du programme Human Sea, 28 août 2017.
- COHEN-JONATHAN G., « Les droits de l'homme dans les Communautés européennes », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann,* Paris, Cujas, 1977.
- GENTILONI P., Premier ministre italien. Déclaration lors de la conférence «Towards a global social contract on migration and development». Berlin, – 28-30 juin 2017.
- GROIZELEAU V., Mer et Marine. Article publié le 1er février 2018.
- LEROUGE V., Le Page B., Note de presse, France info, *« Quotas de réfugiés : la Hongrie et la Slovaquie rappelées à l'ordre par la justice européenne »*, Bruxelles, 2017.
- MUSELIER R., Président de la Région Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA), interview à l'occasion de la Méditerranée du Futur, l'évènement qui s'est déroulé à Marseille le 22 novembre 2017.
- PARROT K., IMBERT L., « La «crise migratoire» fantasmée ou l'échec programmé de la forteresse Europe ». Revue des Juristes de Sciences Po nº 12, automne 2016.
- PICOD F., « Droit de l'Union européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Fasc. 120. LexisNexis JurisClasseur Libertés. 2007.
- RIDEAU J., « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », La Haye, Martinus Nijhoff, RCADI 1997.

Cap XII libro 4.pmd 322 28/05/2018, 11:26

- SALVATORE A., « Plusieurs ONG suspendent le sauvetage de migrants en Méditerranée », article publié dans le journal LE MONDE, le 13 août 2017.
- TRIPOTEAU L., « Qu'en est-il des droits fondamentaux dans le «futur Frontex» ? », article publié sur Cafébabel, le 31 mai 2016

Documents officiels des organisations locales, régionales et internationales :

- Commission européenne, Solidarité européenne : Un système de relocalisation pour les réfugiés. Document du portail européen, 2016.
- Commission nationale consultative des droits de l'homme. Avis sur l'action extérieure de l'Union européenne en matière de droits de l'homme. Journal Officiel du 8 juillet 2014 - Numéro 156
- Commission européenne. Déclaration officielle du Commissaire européen chargé de la migration M. Dimitris Avramopoulos, du 4 juillet 2017.
- Conseil européen, IP/15/4813. Conseil conjoint des Ministres des affaires étrangères et de l'intérieur : plan d'action en dix points sur la migration, du 20 avril 2015.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés - HCR, « Le HCR très préoccupé par l'exode croissant des Syriens », 20 juillet 2012.
- Conseil européen. Décision (UE) 2015/1523 du Conseil, du 14 septembre 2015. JO 2015, L 239 p. 146.
- Conseil européen. Décision (UE) 2015/1601 du Conseil, du 22 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce. JO 2015, L 248, p.80.
- Médecins sans frontières, Save the Children et Sea Eye. Déclaration faite suite à l'interdiction pour les navires étrangers de se rapprocher de la Libye. 2017.
- « Migration Policy Center – MPC » de l'European University Institute, en collaboration avec Julien Jeandesboz, King's College, London. Frontex : vers une meilleure prise en compte des droits fondamentaux ? European University Institute. Florence, 2017.
- OCDE. Coopération pour le Développement : Rapport 2005 – Efforts et politiques des membres du Comité d'aide au développement. Revue de l'OCDE sur le développement. Vol. 7. 2006.
- Organisation internationale pour les migrants. Rapport « Analyse des décès et disparitions de migrants dans le monde ». OIM, 2016, p. 2.

Cap XII libro 4.pmd 323 28/05/2018, 11:26

Instruments juridiques :

- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer - CNUDM. Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1833, nº 31363.
- Résolution du Parlement européen du 18 avril 2012 sur le rapport annuel sur les droits de l'homme dans le monde en 2010 et la politique de l'Union européenne en la matière. Journal Officiel du 7 septembre 2013 - Numéro C 258.
- Résolution du Parlement européen du 13 décembre 2012 concernant la stratégie de l'UE dans le domaine des droits de l'homme (2012/2062(INI)). Journal Officiel du 23 décembre 2015 - Numéro C 434.
- Règlement (CE) nº 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. JOUE L 53/1 du 22.2.2007.
- Règlement (CE) nº 2007/2004 du Conseil européen.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, issu du traité de Lisbonne.

Jurisprudence :

- CJCE, 10 juill. 2003, aff. jtes C-20/00 et C-64/00, Booker Aquaculture et Hydro Seafood : Rec. CJCE, 2003, I, p. 7411.
- CJCE, 14 oct. 2004, aff. C-36/02, Omega : Rec. CJCE, 2004, I, p. 9609.
- TPICE, 22 oct. 1997, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, SCK et FNK c/ Comm. CE : Rec. CJCE, 1997, II, p. 1739.
- TPICE, 14 déc. 2005, aff. T-210/01, Gen. Electric c/ Comm. CE : Rec. CJCE, 2005, II, p. 5575.
- Comité européen des Régions. Résolution pour une approche durable de l'UE en matière de migrations. Journal Officiel du 22 septembre 2015 - Numéro C 313 - Page 0001.
- CJUE, aff. jointes C-643/15 et C-647/15 Slovaquie et Hongrie/Conseil.
- CJUE, communiqué de presse nº 91/17, publié le 6 septembre 2017.
- CJUE, affaires jointes C-643/15 et C-647/15.
- CJUE, communiqué de presse nº 91/17, du 6 septembre 2017.
- CJUE, arrêt 91/2017 de la Cour (grande chambre) ECLI:EU:C:2017:631, du mercredi 6 septembre 2017.
- CJUE, arrêt de la cour (grande chambre) ECLI:EU:C:2012:516, du 5 septembre 2012, dans l'affaire C 355/10.

Cap XII libro 4.pmd 324 28/05/2018, 11:26

CHAPTER 13
L'engagement militaire de l'Union européenne dans la lutte contre le trafic de migrants en mer et le rôle du Conseil de sécurité des Nations Unies

Federica MUSSO
Docteur en Droit international et de l'Union européenne,
Université de Macerata, Italie,
Chercheuse invitée du programme ERC Human Sea[1],
Université de Nantes, France

***Abstract**: In order to fight against migrant smugglers in the Mediterranean, the European Union has established Operation Sophia, empowered to adopt measures involving the use of force. The United Nations Security Council, exercising its powers in the field of the maintenance of international peace and security, has authorised the (partial) implementation of the Operation in an atypical manner: the smuggling of migrants off the coast of Libya has not been explicitly qualified as a threat to international peace and the formula «all necessary measures» has been replaced by the formula «all means commensurate to the specific circumstances». The prudent approach taken by the Security Council in the determination of both the circumstances justifying the authorisation to use force and the extent of the authorised coercive powers can be explained by the scenario the Council is faced with: the repression of an illicit activity which takes place at sea and involves migrants, thus requiring a balance between the law of the sea, the human rights law and collective security.*

---

1) Human Sea Program, University of Nantes: The development of human activities at sea – What legal framework? "For a new maritime Law", ERC (European Research Council) 2013 Advanced Grant, SP2-Ideas, FP7 (Seventh Framework Programme) of the European Union (2007-2013) Agreement No. 340770.

Cap XIII libro 4.pmd 325 28/05/2018, 11:20

Résumé *: Afin de lutter contre les passeurs de migrants en Méditerranée, l'Union européenne a établi l'Opération Sophia, dont le mandat prévoit l'adoption de mesures impliquant l'emploi de la force. Le Conseil de sécurité des Nations unies, exerçant ses pouvoirs dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales, a autorisé la mise en œuvre (partielle) de l'Opération en s'exprimant d'une manière atypique : le trafic de migrants au large des côtes libyennes n'a pas été explicitement qualifié comme une menace contre la paix internationale et la formule classique « toutes les mesures nécessaires » a été remplacée par la formule « tous les moyens dictés par les circonstances spécifiques ». L'approche prudente suivie par le Conseil de sécurité dans la détermination, soit des circonstances justifiant l'autorisation de recourir à la force, soit des pouvoirs coercitifs autorisés, peut s'expliquer par le scénario auquel le Conseil est confronté, c'est-à-dire la répression d'une activité illicite qui, ayant lieu en mer et impliquant des migrants, demande un équilibrage entre le droit de la mer, les droits de l'homme et la sécurité collective.*

Cap XIII libro 4.pmd 326 28/05/2018, 11:20

1. Introduction

« La situation en Méditerranée est une tragédie ». C'est la phrase d'introduction de la déclaration du Conseil européen qui a fait suite au naufrage de migrants du 19 avril 2015 dans les eaux méditerranéennes qui a coûté la vie de plus de huit cents personnes[2].

Après cet énième drame en mer, l'Union européenne (ci-après « UE ») s'est rendu compte qu'une opération navale dans le cadre de sa politique de sécurité et de défense commune (ci-après « PSDC ») ne pouvait plus être différée. La nécessité se fait sentir d'établir une opération qui, loin d'avoir pour seul objectif le sauvetage de migrants plutôt que la surveillance des frontières extérieures de l'Union[3], était chargée de lutter contre les trafiquants de migrants, sans perdre de vue en même temps le respect des obligations découlant du droit international en matière d'assistance et sauvetage en mer. L'Opération EUNAVFOR MED Sophia (ci-après « Opération Sophia ») répond à ce besoin[4].

Une attention particulière doit être donnée au fait que le mandat conféré à l'Opération Sophia permet aux forces navales européennes d'employer la force. Il est bien connu que toute action militaire que le droit international n'autorise pas peut être entreprise par les États ou les organisations régionales avec le consentement de l'État concerné ou, en l'absence de ce dernier, une fois obtenue l'autorisation de recourir à la force par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies (ci-après « ONU »)[5].

Une telle autorisation au bénéfice de l'UE a été accordée par le Conseil de sécurité. Il convient de souligner que le Conseil, en donnant ladite autorisation, a façonné l'Opération Sophia en ce qui concerne l'étendue de ses pouvoirs coercitifs et son domaine spatial, dans la mesure où toutes les activités envisagées par son mandat n'ont pas vu le jour, le Conseil n'ayant autorisé qu'une mise en œuvre partielle de la mission.

Cet exposé vise à analyser l'Opération Sophia dans l'optique de la sécurité collective. D'abord, il sera analysé le rôle joué par le Conseil de sécurité en ce qui concerne soit

---

2) Réunion extraordinaire du Conseil européen, 23 avril 2015, http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2015/04/23/special-euco-statement/.

3) Pour une vue d'ensemble sur les missions de sauvetage et de surveillance en Méditerranée organisées au niveau national ou coordonnées par l'Agence européenne de garde-côtes et gardes-frontières (Frontex) avant que l'UE n'ait commencé à agir au titre de la PSDC, voir Balmond L. (2015), « L'Opération EUNAVFOR MED SOPHIA », Paix et Sécurité Européenne et Internationale, numéro 2, http://revel.unice.fr/psei/index.html?id=699.

4) Voir Bevilacqua G., "Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities", *in* Andreone G. (ed.) (2017), *The Future of the Law of the Sea*, Springer, p. 165 et ss.

5) Sur l'usage de la force dans les relations internationales, voir Corten O. (2014), *Le droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, 2ème édition, Pedone.

Cap XIII libro 4.pmd 327 28/05/2018, 11:20

les circonstances qui constituent le fondement juridique de l'autorisation accordée soit l'ampleur des pouvoirs autorisés en dérogation au droit international. Ensuite, il sera évalué la relation qui a été établie entre l'UE et l'ONU dans le lancement de l'Opération Sophia.

2. L'Opération Sophia conçue par l'Union européenne

Comme on le sait, la PSDC, qui trouve son fondement dans les dispositions combinées des articles 42 et 43 du Traité sur l'UE, permet à l'Union d'entreprendre des missions militaires en dehors de ses frontières afin d'assurer le maintien ou le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. La lutte de l'Union contre le trafic de migrants en Méditerranée s'inscrit dans ce cadre juridique[6].

Le 20 avril 2015, le Conseil de l'UE, inquiété du grand nombre de migrants qui ont perdu la vie en mer en tentant de parvenir en Europe à partir de la Libye, s'est engagé à agir contre les contrebandiers, à travers une opération navale sur le modèle de la mission anti-piraterie au large des côtes de la Somalie[7]. Le 18 mai 2015, cet engagement s'est concrétisé par la décision du Conseil de mener l'opération militaire EUNAVFOR MED[8] – plus tard rebaptisée Sophia[9] – visant à démanteler le modèle économique des réseaux de trafic de clandestins dans la partie sud de la Méditerranée centrale en identifiant, capturant et neutralisant les embarcations soupçonnées d'être utilisées par les passeurs[10].

En vue d'atteindre ces objectifs, le Conseil de l'UE a privilégié une approche progressive qui s'explique essentiellement par l'audace du mandat attribué à l'Opération Sophia.

---

6) Pour plus d'informations sur la base juridique de l'Opération Sophia, voir Gestri M. (2016), «EUNAVFOR MED: Fighting Migrant Smuggling Under UN Security Council Resolution 2240(2015)», The Italian Yearbook of International Law, p. 24 et ss. ; Butler G., Ratcovich M. (2016), "Operation Sophia in Uncharted Waters: European and International Law Challenges for the EU Naval Mission in the Mediterranean Sea", Nordic Journal of International Law, p. 238 et ss.

7) Conseil des affaires étrangères, 20 avril 2015, http://www.consilium.europa.eu/fr/meetings/fac/2015/04/20/.

8) Décision (PESC) 2015/778 du Conseil du 18 mai 2015 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED). Aux termes de l'article 13 de ladite décision, l'EUNAVFOR MED prend fin douze mois au plus tard après avoir atteint sa pleine capacité opérationnelle. L'opération a été lancée par la Décision (PESC) 2015/972 du Conseil du 22 juin 2015 lançant l'opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED). Le mandat de l'EUNAVFOR MED a été prorogé, respectivement, jusqu'au 27 juillet 2017 par la Décision (PESC) 2016/993 du Conseil 20 juin 2016 et jusqu'au 31 décembre 2018 par la Décision (PESC) 2017/1385 du Conseil du 25 juillet 2017.

9) https://www.bruxelles2.eu/2015/08/26/sophia-nee-en-mediterranee-vaste-journee-de-sauvetage-pour-les-navires-europeens/.

10) Article 1, paragraphe 1, de la Décision 2015/778.

Cap XIII libro 4.pmd 328 28/05/2018, 11:20

Il est prévu que le démantèlement des réseaux de trafic de migrants sera réalisé à travers des étapes successives.

Dans une première phase, les forces navales européennes se contentent d'observer, de sorte qu'elles puissent tracer les trajectoires des trafiquants et collecter des informations sur les moyens employés et les personnes impliquées[11].

Ensuite, la véritable opération militaire prend corps avec la possibilité d'arraisonner, fouiller, saisir et dérouter les bateaux soupçonnés d'être utilisés pour le trafic de migrants. Pour être précis, cette deuxième phase se décompose en deux sous-parties en fonction de la zone maritime où l'intervention se déroule et de la nationalité des navires faisant l'objet de ces mesures. Les opérations conduites par les forces navales européennes, d'un côté, peuvent avoir lieu dans les eaux internationales et contre des bateaux sans pavillon[12] ; de l'autre côté, elles peuvent se dérouler contre des bateaux de nationalité d'un État ou contre des bateaux sans pavillon se trouvant dans les eaux territoriales ou intérieures d'un État côtier[13].

La mise hors d'usage et la destruction des bateaux utilisés pour le trafic de migrants, voire sur le territoire de l'État côtier concerné, fait l'objet de la troisième et dernière phase[14].

En lisant la décision qui établit l'Opération Sophia, on a l'impression que l'UE tient compte de la nécessité d'œuvrer avec le soutien du Conseil de sécurité de l'ONU ou, en alternative, avec l'accord des autorités étatiques concernées seulement par rapport aux actions qui se déroulent contre des navires qui battent pavillon d'un État ou contre des navires sans pavillon se trouvant dans les zones maritimes qui relèvent de la souveraineté d'un État côtier, ainsi que par rapport aux actions ayant lieu dans le territoire dudit État côtier[15].

---

11) Article 2, paragraphe 2, alinéa *a*, de la Décision 2015/778.

12) Article 2, paragraphe 2, alinéa *b*(i), de la Décision 2015/778.

13) Article 2, paragraphe 2, alinéa *b*(ii), de la Décision 2015/778.

14) Article 2, paragraphe 2, alinéa *c*, de la Décision 2015/778.

15) Le texte de l'article 2 de la Décision 2015/778 est libellé comme suit : « L'EUNAVFOR MED: […] b) durant la deuxième phase: i) procède à l'arraisonnement, à la fouille, à la saisie et au déroutement en haute mer des navires et des embarcations soupçonnés d'être utilisés pour la traite des êtres humains ou le trafic illicite de migrants, dans les conditions prévues par le droit international applicable […] ; ii) *en conformité avec toute résolution applicable du Conseil de sécurité des Nations unies, ou avec l'accord de l'État côtier concerné*, procède à l'arraisonnement, à la fouille, à la saisie et au déroutement en haute mer ou dans les eaux territoriales et les eaux intérieures de l'État côtier, des navires et des embarcations soupçonnés d'être utilisés pour la traite des êtres humains ou le trafic illicite de migrants, dans les conditions prévues par ladite résolution ou ledit accord ; c) durant la troisième phase, *en conformité avec toute résolution applicable du Conseil de sécurité des Nations unies, ou avec l'accord de l'État côtier concerné*, prend toutes les mesures nécessaires à l'encontre d'un navire ou d'une embarcation et des ressources connexes soupçonnés d'être utilisés pour la traite des êtres humains ou le trafic illicite de migrants, y compris en les éliminant ou en les mettant hors d'usage, sur le territoire dudit État, dans les conditions

Cap XIII libro 4.pmd 329 28/05/2018, 11:20

En effet, parmi les mesures militaires confiées à l'Opération Sophia, il y en a certaines que l'UE peut mettre en œuvre de façon autonome étant autorisées par le droit international. Sans aucun doute, tel est le cas de l'arraisonnement des bateaux sans nationalité croisés par les forces européennes en haute mer et soupçonnés de se livrer au trafic de migrants, comme il ressort de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après « CNUDM ») de 1982 et du Protocole de 2000 contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer (ci-après « Protocole contre le trafic illicite de migrants »), additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale.

En vertu de l'article 110 de la CNUDM, un navire de guerre qui croise en haute mer un navire étranger peut l'arraisonner s'il a de sérieuses raisons de soupçonner que ce navire est sans nationalité. Dans ce cas, le navire de guerre peut procéder à la vérification de ses documents et, si les soupçons subsistent, il peut poursuivre l'examen à bord du navire[16]. Le même droit de visite d'un navire sans nationalité et soupçonné de se livrer au trafic illicite de migrants est repris à l'article 8, paragraphe 7, du Protocole contre le trafic illicite de migrants[17].

Dans le cas des mesures allant au-delà de l'arraisonnement vis-à-vis des bateaux qui ne battent pas pavillon d'un État, en revanche, des doutes subsistent quant aux pouvoirs coercitifs dont disposent les États. Ni la CNUDM ni le Protocole contre le trafic illicite de migrants ne donnent d'indications précises sur les mesures que les États peuvent adopter en haute mer à l'encontre des bateaux sans pavillon si les soupçons pour lesquels ils ont été arraisonnés s'avèrent justifiés[18]. Il convient aussi

---

prévues par ladite résolution ou ledit accord » (italique ajouté).

16) À l'article 110, paragraphe 1, de la CNUDM on lit ce que suit : « 1. Sauf dans les cas où l'intervention procède de pouvoirs conférés par traité, un navire de guerre qui croise en haute mer un navire étranger […] ne peut l'arraisonner que s'il a de sérieuses raisons de soupçonner que ce navire a) se livre à la piraterie ; b) se livre au transport d'esclaves ; c) sert à des émissions non autorisées […] ; d) est sans nationalité, ou e) a en réalité la même nationalité que le navire de guerre, bien qu'il batte pavillon étranger ou refuse d'arborer son pavillon. 2. Dans les cas visés au paragraphe 1, le navire de guerre peut procéder à la vérification des titres autorisant le port du pavillon. À cette fin, il peut dépêcher une embarcation, sous le commandement d'un officier, auprès du navire suspect. Si, après vérification des documents, les soupçons subsistent, il peut poursuivre l'examen à bord du navire, en agissant avec tous les égards possibles. […] ».

17) L'article 8, paragraphe 7, du Protocole contre le trafic illicite de migrants dispose que « [u]n État Partie qui a des motifs raisonnables de soupçonner qu'un navire se livre au trafic illicite de migrants par mer et que ce navire est sans nationalité ou peut être assimilé à un navire sans nationalité peut l'arraisonner et le visiter […] ».

18) À vrai dire, si la CNUDM est complètement muette sur la possibilité de saisir un navire sans pavillon, le Protocole contre le trafic illicite de migrants semble constituer un pas en avant dans la mesure où l'article 8, paragraphe 7, du Protocole, après avoir prévu le droit de visite, stipule que « [s]i les soupçons sont confirmés par des preuves, cet État Partie prend les mesures appropriées conformément au droit interne et au droit international pertinents », sauf que la référence au droit international – qui est loin d'être claire sur ce point – ne fait que laisser la question ouverte." En ce sens, Gestri M., précité, p. 33. D'autres auteurs vont dans le sens opposé. Voir Attard F. (2016), "Is the Smuggling Protocol a Viable Solution to

Cap XIII libro 4.pmd 330 28/05/2018, 11:20

de rappeler que la question de savoir si les navires sans pavillon peuvent être soumis à la juridiction de tout État (et donc faire l'objet d'une saisie par l'État qui exerce le droit de visite) est controversée dans la doctrine[19].

En ce qui concerne les bateaux battant pavillon d'un État, il est incontestable que le droit international de la mer, au nom du principe de la compétence exclusive de l'État du pavillon sur ses navires, décrit à l'article 94 de la CNUDM[20], demande que toute mesure à leur égard, y compris l'arraisonnement, soit autorisé par l'État du pavillon ou, alternativement, par le Conseil de sécurité de l'ONU, peu importe si ces bateaux se trouvent en haute mer ou dans les eaux relevant de la souveraineté de l'État du pavillon. Il en va de même pour les actions à entreprendre à l'égard des bateaux sans pavillon se trouvant dans les eaux territoriales ou intérieures d'un État côtier, comme l'exige le principe de souveraineté territoriale, incorporé dans l'article 2, paragraphe 1, de la CNUDM[21].

Afin que les forces navales européennes puissent arraisonner, saisir et dérouter les embarcations des passeurs qui battent pavillon d'un État ou qui, bien que sans nationalité, naviguent dans les espaces maritimes relevant de la souveraineté d'un État côtier, l'UE envisage deux solutions alternatives : l'autorisation du Conseil de sécurité de l'ONU ou l'accord de l'État côtier concerné. Même si la référence à la Libye n'apparaît pas dans la décision du Conseil, il est évident que l'État côtier qui aurait dû donner son consentement est celui libyen, étant bien connu que les flux migratoires proviennent des côtes de la Libye[22]. Et c'est l'absence du consentement des autorités libyennes aux activités des forces navales européennes contre leurs

---

the Contemporary Problem of Human Smuggling on the High Seas?", Journal of Maritime Law & Commerce, p. 230-231. Cet auteur affirme que l'article 8, paragraphe 7, du Protocole "reinforces the view that stateless vessels do not enjoy the protection of any State and may therefore be subject to enforcement measures provided for in the domestic law of the boarding State".

19) Sur ce point, voir Coppens J., "Interception of Migrant Boats at Sea", *in* Moreno-Lax V., Papastavridis E. (eds.) (2016), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Brill-Nijhoff, p. 213 et ss.

20) Au titre de l'article 94, paragraphe 1, de la CNUDM « [t]out État exerce effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon ».

21) Selon l'article 2, paragraphe 1, de la CNUDM « [l]a souveraineté de l'État côtier s'étend, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures et, dans le cas d'un État archipel, de ses eaux archipélagiques, à une zone de mer adjacente désignée sous le nom de mer territoriale ». Comme le souligne l'article 3, la largeur de la mer territoriale ne dépasse pas 12 milles marins mesurés à partir de lignes de base établies conformément à la Convention.

22) Ceci est reconnu expressément dans d'autres actes de l'Union. Par exemple, dans la Décision (PESC) 2016/118 du Comité politique et de sécurité du 20 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de la résolution 2240 (2015) du Conseil de sécurité des Nations unies par l'EUNAVFOR MED Opération Sophia, il est dit que « [c]ette résolution renforce le pouvoir de prendre des mesures contre le trafic de migrants et la traite d'êtres humains *ayant le territoire libyen et le large des côtes libyennes comme point de départ* (italique ajouté) ».

Cap XIII libro 4.pmd 331 28/05/2018, 11:20

navires, mais surtout dans les eaux soumises à leur souveraineté, qui a rendu nécessaire le soutien du Conseil de sécurité[23].

Il faut dire que le Conseil de sécurité, informé des préparatifs en cours en vue d'une mission navale contre les passeurs des migrants par la Haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité le 11 mai 2015[24], n'a pas entendu s'écarter beaucoup de la position du Gouvernement libyen, comme le démontre le fait que l'autorisation de l'inspection et de la saisie des bateaux des passeurs, donnée avec la résolution 2240 adoptée le 9 octobre 2015[25], est limitée *ratione loci* à la haute mer.

Il est indubitable que l'autorisation contenue dans la résolution 2240 (2015) se réfère aux forces navales européennes. Cependant, il est à noter que le Conseil de sécurité n'a pas autorisé directement l'UE, mais il s'est adressé aux États membres (des Nations unies) engagés dans la lutte contre le trafic de migrants, agissant individuellement ou dans le cadre d'organismes régionaux.

Il est curieux que le Conseil n'ait pas explicitement autorisé le déploiement de l'Opération Sophia, si l'on considère que cette mission a été mise en place avant que le Conseil lui-même ne décide d'exercer les pouvoirs dont il dispose en vertu du chapitre VII de la Charte de l'ONU ; mise en place dont, d'ailleurs, on prend note dans le préambule de la même résolution 2240 (2015)[26]. En réalité, lorsque l'on regarde la pratique du Conseil de sécurité en matière d'autorisations, on s'aperçoit qu'il n'est pas rare que des autorisations sont octroyées aux États généralement considérés plutôt qu'aux organismes régionaux déterminés, même s'il est évident que les mesures autorisées seront mises en œuvre par ces derniers[27].

3. L'autorisation accordée par le Conseil de sécurité de l'ONU à la mise en œuvre de l'Opération Sophia

Comme le souligne la doctrine[28], en théorie le système de sécurité collective des Nations unies est inadapté pour réagir aux activités illicites perpétrées par des personnes

23) Voir "Mediterranean migrants: Libya rejects EU military plans", BBC, 11 May 2015, http://www.bbc.com/news/world-africa-32686579.

24) https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-Homepage/2173/crise-migratoire-federica-mogherini-intervient-au-conseil-de-securite-des-nations-unies_fr.

25) Conseil de sécurité, S/RES/2240(2015), 9 octobre 2015.

26) Considérant 17 du préambule de la résolution 2240 (2015).

27) En ce qui concerne l'UE, voir Paladini L. (2008), "Alcune considerazioni sulla prassi delle missioni di pace dell'Unione europea nel quadro del sistema di sicurezza collettivo delle Nazioni Unite", Il diritto dell'Unione europea, p. 319-348.

28) Neri K. (2013), *L'emploi de la force en mer*, Bruylant, p. 230 et ss.

Cap XIII libro 4.pmd 332 28/05/2018, 11:20

privées. Cela est vrai pour le déclenchement de mesures impliquant l'emploi de la force en haute mer contre des navires battant pavillon d'un État, étant donné que l'emploi de la force dans ce cas porte nécessairement atteinte à la souveraineté de l'État du pavillon. Cela vaut aussi pour le déclenchement de mesures impliquant l'emploi de la force dans les eaux relevant de la souveraineté d'un État contre des navires sans pavillon, étant donné que l'emploi de la force dans ce cas porte nécessairement atteinte à la souveraineté de l'État territorial.

Force est de constater, toutefois, que le Conseil de sécurité, en pratique, a démontré un intérêt pour les activités illicites de personnes privées se déroulant en mer. L'exemple le plus significatif est fourni par la réaction aux actes de piraterie commis au large des côtes somaliennes[29]. Avec l'autorisation à la mise en œuvre de l'Opération Sophia, à l'hypothèse de la piraterie s'ajoute celle de la lutte contre le trafic de migrants au large des côtes libyennes.

En examinant la résolution 2240 (2015), il y a deux aspects qui méritent d'être explorés : en premier lieu, il faut déterminer quelles sont les circonstances sur la base desquelles l'autorisation a été accordée ; en deuxième lieu, il est tout aussi important d'évaluer l'ampleur des mesures autorisées en dérogation au droit international.

3.1. Quelle menace contre la paix et la sécurité internationales ?

Le point de départ pour explorer le premier aspect est le fait que le Conseil de sécurité, dans sa résolution 2240 (2015), a invoqué expressément le chapitre VII de la Charte des Nations unies qui crée le cadre dans lequel le Conseil peut prendre des mesures coercitives.

On peut lire dans le texte de la résolution que le Conseil de sécurité, dans le but de mettre fin au trafic de migrants et au danger qu'il représente pour la vie humaine et en agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies[30], condamne les actes des trafiquants[31] et pour les combattre exhorte les États à utiliser les pouvoirs dont ils disposent en vertu du droit international de la mer et les autorise à recourir à des actions coercitives impliquant l'emploi de la force[32].

---

29) Voir Tancredi A. (2008), "Di pirati e Stati falliti: il Consiglio di sicurezza autorizza il ricorso alla forza nelle acque territoriali della Somalia", Rivista di Diritto Internazionale, p. 937-966 ; Treves T. (2009), "Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia", European Journal of International Law, p. 399-414.

30) Considérant 25 du préambule de la résolution 2240 (2015).

31) Paragraphe 1 du dispositif de la résolution 2240 (2015).

32) Paragraphes 5-10 du dispositif de la résolution 2240 (2015).

Cap XIII libro 4.pmd 333 28/05/2018, 11:20

On sait que le chapitre VII permet au Conseil de déterminer si une situation donnée représente une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression au sens de l'article 39 de la Charte de l'ONU et de recourir, le cas échéant, à des mesures militaires ou non militaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales[33]. Le Conseil de sécurité, en faisant usage de son pouvoir de recourir à des mesures militaires, a considéré le chapitre VII comme la base juridique de son action, mais a omis d'effectuer l'opération de qualification selon les termes de l'article 39.

Bien entendu, des trois situations qui figurent à l'article 39 de la Charte, seule celle de menace contre la paix pouvait servir de fondement à l'autorisation de lutter contre le trafic de migrants. En effet, contrairement aux notions de rupture de la paix ou d'acte d'agression, celle de menace contre la paix non seulement ne se fonde pas sur l'existence d'un conflit armé, mais a fait l'objet d'un processus d'élargissement en vertu duquel elle est devenue très étendue[34].

Il n'est pas rare que le Conseil de sécurité ne détermine pas explicitement si la situation dont il s'occupe correspond à une menace contre la paix et la sécurité internationales. Une telle pratique ne pose pas de problème. Il est vrai qu'une telle détermination constitue une condition de validité pour l'exercice des pouvoirs coercitifs qui découlent du chapitre VII de la Charte des Nations unies[35]. Toutefois, il est vrai aussi que la détermination au titre de l'article 39 peut être omise lorsque la résolution se place dans le cadre du chapitre VII de la Charte, étant donné que l'invocation de ce chapitre implique nécessairement que le Conseil de sécurité ait réalisé une opération de qualification, bien qu'implicitement[36].

La résolution 2240 (2015) n'est pas un fait isolé, comme la pratique du Conseil de sécurité le démontre[37], et il faut s'interroger sur les liens entre la menace contre la paix et la sécurité internationales et le trafic de migrants par mer.

---

33) Voir Krisch N., "Chapter VII Powers: The General Framework", *in* Simma B., Nolte G., Khan D.-E., Paulus A. (eds.) (2012), *The United Nations Charter*: A *Commentary*, 3ème édition, Oxford University Press, p. 1237-1356.

34) Sur ce point, voir Odendahl K., « La notion de menace contre la paix selon l'article 39 de la Charte des Nations unies. La pratique du Conseil de sécurité », *in* Bannelier-Christakis K., Christakis T., Lanfranchi M.-P., Norodom A.-T., Maljean-Dubois S. (sous la direction de) (2014), *Les 70 ans des Nations Unies : Quel rôle dans le monde actuel ? Journée d'étude en l'honneur du Professeur Yves Daudet*, Pedone, p. 37 et ss.

35) Pour une analyse détaillée de cet aspect, voir Cadin R. (2008), *I presupposti dell'azione del Consiglio di Sicurezza nell'articolo 39 della Carta delle Nazioni Unite*, 2ª edizione, Giuffrè, p. 234 et ss.

36) Cohen Jonathan G., « Article 39 », *in* Cot J.-P., Pellet A. (sous la direction de) (1991), *La Charte des Nations unies. Commentaire article par article*, 2ème édition, Economica, p. 651.

37) Voir Lavalle R. (2010), "The 'Acting under Chapter VII Clause' in Security Council Resolutions under Article 41 of the United Nations Charter: A Misconceived and Harmful Way of Invoking Authority", The Italian Yearbook of International Law, p. 234.

Cap XIII libro 4.pmd 334 28/05/2018, 11:20

Il a été observé en doctrine que les afflux massifs de migrants sont susceptibles de créer des tensions dans le pays de destination qui peuvent avoir une incidence à l'échelle internationale[38]. En effet, il existe des cas où le Conseil de sécurité a explicitement établi un lien entre les afflux massifs de migrants et le maintien de la paix et de la sécurité internationales. La résolution adoptée pour faire face à la crise haïtienne de 2004 est exemplaire à cet égard, étant donné que le Conseil a qualifié la situation en Haïti de menace pour la paix et la sécurité internationales et pour la stabilité dans les Caraïbes, en particulier parce qu'elle aurait pu provoquer un exode vers d'autres États de la sous-région[39].

L'hypothèse selon laquelle les flux migratoires vers l'Europe peuvent avoir été considérés comme une menace au sens de l'article 39 de la Charte de l'ONU est dénuée de fondement. La résolution 2240 (2015) ne fait allusion nulle part à la menace pour la sécurité européenne découlant du phénomène migratoire ; sans surprise, on pourrait ajouter, si l'on considère que pas même l'UE, en établissant l'Opération Sophia, n'a posé le problème des migrants en termes de sécurité en Europe, en privilégiant plutôt des raisons humanitaires.

Également, il peut être exclu que la résolution 2240 (2015) traduise la volonté du Conseil de sécurité de promouvoir une lutte généralisée contre le phénomène du trafic de migrants. Le Conseil, en autorisant la mise en œuvre de l'Opération Sophia, n'a pas joué le rôle d'un législateur mondial – qui ne lui revient pas à la lumière de la Charte et dont la légitimité aurait été douteuse[40] – dans la mesure où il n'a pas qualifié, même pas implicitement, une situation abstraite, c'est-à-dire le trafic de migrants en soi, de menace contre la paix et la sécurité internationales. En d'autres termes, on ne peut pas reprocher au Conseil de sécurité d'avoir adopté la même approche qui ressortait des résolutions qui ont suivi les attentats de 2001 aux États-Unis, où tout acte de terrorisme a été qualifié de menace contre la paix et la sécurité internationales[41].

L'identification d'une menace abstraite ne se retrouve pas dans la résolution 2240 (2015). Même si la lutte contre le trafic de migrants constitue la motivation de cette résolution, l'activité illicite en tant que telle n'a pas été considérée comme une menace contre la paix et la sécurité internationales. Cela est confirmé par le fait que le Conseil de sécurité a pris soin de préciser que l'autorisation donnée s'applique uniquement à

---

38) Trevisanut S. (2012), *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Jovene, p. 213 et ss.

39) Conseil de sécurité, S/RES/1529 (2004) du 29 février 2004, considérant 9 du préambule.

40) Voir Cadin R., précité, p. 274 et ss. *Contra* Mananashvili S. (2015), "The Legal and Political Feasibility of the EU's Planned 'War on Smuggling' in Libya", https://www.ejiltalk.org/author/smananashvili/.

41) Voir Conseil de sécurité, S/RES/1968(2001) du 12 septembre 2001, paragraphe 1 ; UN S/RES/1973(2001) du 28 septembre 2001, considérant 3 du préambule. Pour un commentaire, voir Condorelli L. (2001), « Les attentats du 11 septembre et leur suites : où va le droit international ? », *Revue générale de droit international public*, p. 829-848.

Cap XIII libro 4.pmd 335 28/05/2018, 11:20

la lutte contre les trafiquants de migrants au large des côtes libyennes[42], donc à une situation concrète, dont les parties intéressées et les territoires concernés ont été prédéterminés.

Reste à savoir si c'est la situation de la Libye, zone de transit ou point de départ des flux migratoires, qui a été implicitement qualifiée de menace contre la paix et la sécurité internationales. En effet, en regardant la résolution 2240 (2015) de plus près, on s'aperçoit que le Conseil de sécurité à plusieurs reprises s'est déclaré préoccupé par les répercussions de la crise de migrants sur la situation libyenne, reconnaissant que le processus de stabilisation du pays est fragilisé par les activités des trafiquants de migrants[43] ou encore par la difficulté du Gouvernement d'entente nationale de gérer les flux migratoires qui transitent par son territoire[44]. Ces formules rappellent le 'critère aggravant'[45] que le Conseil de sécurité a utilisé pour faire face à la piraterie au large des côtes somaliennes[46]. À cette occasion, le Conseil avait constaté que les actes de piraterie aggravaient la situation de la Somalie, laquelle menaçait en elle-même la paix et la sécurité internationales[47].

Sur le modèle de la réaction à la piraterie en Somalie, il est raisonnable de soutenir que, dans le cas d'espèce, le Conseil de sécurité a considéré le trafic de migrants au large des côtes libyennes comme une composante d'une menace contre la paix préexistante, représentée justement par la situation de la Libye. Il faut se rappeler qu'une telle détermination est contenue dans les résolutions précédemment adoptées par le Conseil relativement à ce pays[48], mais le plus intéressant est qu'en vertu du projet de résolution sur la crise des migrants présenté par le Royaume-Uni, la situation de la Libye était qualifiée de menace contre la paix et la sécurité internationales[49]. Dans la version finale de la résolution 2240 (2015), cette détermination expresse disparaît pour céder au Gouvernement libyen qui, tout en reconnaissant que le trafic de migrants représente une menace pour la paix et la sécurité internationales[50], était contraire à l'établissement d'un lien direct entre la situation de la Libye et la crise

42) Paragraphe 11 du dispositif de la résolution 2240 (2015).

43) Paragraphe 1 du dispositif de la résolution 2240 (2015).

44) Considérant 14 du préambule de la résolution 2240 (2015).

45) Neri K., précité, p. 246.

46) Conseil de sécurité, S/RES/1816 (2008) du 2 juin 2008. Voir Bo M. (2015), "Fighting Transnational Crimes at Sea under UNSC's Mandate: Piracy, Human Trafficking and Migrant Smuggling", https://www.ejiltalk.org/author/mbo/.

47) Considérant 12 du préambule de la résolution 1816 (2008), précité.

48) Conseil de sécurité, S/RES/2213(2015) du 27 mars 2015, considérant 13 du préambule ; Conseil de sécurité, S/RES/2238(2015) du 10 septembre 2015, considérant 20 du préambule.

49) http://www.whatsinblue.org/2015/10/vote-on-a-resolution-on-human-trafficking-and-migrant-smuggling-in-the-mediterranean.php#.

50) Voir UN doc. S.PV.7531, 9 October 2015, p. 10.

Cap XIII libro 4.pmd 336 28/05/2018, 11:20

migratoire, selon toute probabilité pour conjurer le risque d'une nouvelle intervention militaire étrangère sur son territoire[51].

3.2. Quel le contenu de l'autorisation ?

Le deuxième aspect de la résolution 2240 (2015) qui mérite de retenir l'attention concerne l'examen des pouvoirs coercitifs et des modalités d'exercice de ces pouvoirs qui ont fait l'objet de l'autorisation du Conseil de sécurité.

Comme indiqué précédemment, avec cette résolution le Conseil de sécurité n'a pas soutenu totalement le mandat conféré à l'Opération Sophia par l'UE, dans le sens où le Conseil a empêché que cette opération puisse s'étendre aux eaux territoriales et intérieures de la Libye, délimitant son domaine spatial à la haute mer au large des côtes libyennes.

On a vu que le droit international, en haute mer, autorise la visite des bateaux qui ne battent pas pavillon d'un État et ça explique pourquoi par rapport à l'inspection des bateaux sans pavillon soupçonnés de transporter des migrants, le Conseil de sécurité s'est limité à exhorter les forces navales européennes à le faire[52].

Dans l'hypothèse des bateaux à l'égard desquels il y a les mêmes soupçons mais qui battent pavillon d'un État, les paragraphes 6 et 7 de la résolution s'appliquent. Conformément au paragraphe 6, les États sont exhortés « à inspecter les navires en haute mer au large des côtes libyennes avec l'autorisation de l'État du pavillon […] ». En revanche, au titre du paragraphe 7, les États sont autorisés à inspecter les bateaux naviguant en haute mer au large des côtes libyennes […] à condition que ces États Membres cherchent de bonne foi à obtenir le consentement de l'État du pavillon avant de procéder à l'inspection […] ».

L'interprétation de la portée de l'obligation de demander le consentement de l'État du pavillon avant de procéder à l'inspection n'est pas aisée.

Le libellé de la résolution semble exiger le consentement de l'État du pavillon ou, pour être plus exact, l'absence du rejet exprimé par l'État du pavillon, à l'égard de l'inspection de ses navires par l'État requérant. En d'autres termes, on pourrait penser que le Conseil s'est gardé d'autoriser des mesures par dérogation au principe de la

51) En ce sens. Gestri M. précité, p. 29.

52) Au paragraphe 5 du dispositif de la résolution 2240 (2015), le Conseil de sécurité « [e]xhorte les États Membres […] à inspecter, comme le droit international l'autorise, en haute mer au large des côtes libyennes, tous les bateaux sans pavillon, y compris les bateaux, radeaux et canots pneumatiques, s'ils ont des motifs raisonnables de penser qu'ils ont été utilisés, sont utilisés ou sur le point de l'être par des groupes criminels organisés se livrant au trafic de migrants ou à la traite d'êtres humains en provenance de Libye ».

Cap XIII libro 4.pmd 337 28/05/2018, 11:20

compétence exclusive de l'État du pavillon sur ses navires, se limitant plus simplement à atténuer la portée dudit principe dans la mesure où il permet de procéder à l'inspection sur la base d'un consentement tacite. Toutefois, si l'on suppose que le consentement – bien que tacite – de l'État du pavillon est indispensable, on ne voit pas pourquoi le Conseil de sécurité a pris soin de préciser que l'autorisation à inspecter, saisir et détruire les navires qui battent pavillon d'un État n'affecte pas les droits et les obligations des États en vertu du droit international de la mer pour ce qui est de toute autre situation[53].

De manière tout aussi significative, si l'inspection est subordonnée au consentement de l'État du pavillon, il n'aurait pas de sens l'exhortation du Conseil aux États membres à inspecter les navires soupçonnés de transporter des migrants avec l'autorisation de l'État du pavillon qui figure au paragraphe 6 de la même résolution. C'est comme si, en présence du consentement de l'État du pavillon à l'inspection, les États sont exhortés à y procéder, tandis que l'autorisation du Conseil de sécurité supplée au manque de tel consentement. Dans ces circonstances, on peut raisonnablement supposer que les forces de l'Opération Sophia sont autorisées à inspecter les navires soupçonnés de transporter des migrants même si le consentement de l'État du pavillon manque, à condition que l'on ait essayé de bonne foi de l'obtenir[54].

La résolution 2240 (2015) laisse ouverte une autre question. En la lisant, en effet, il est difficile d'apprécier l'ampleur des pouvoirs dont les forces navales européennes disposent par rapport aux navires sans nationalité qui transportent des migrants. En particulier, des difficultés d'interprétation se posent par rapport au paragraphe 8, aux termes duquel le Conseil autorise « les États Membres […] à saisir, en vertu du pouvoir conféré par le paragraphe 7, des navires inspectés dont ils ont la confirmation qu'ils sont utilisés à des fins de trafic de migrants ou de traite d'êtres humains en provenance de Libye, et souligne que des mesures complémentaires concernant les navires inspectés en vertu du paragraphe 7, notamment leur destruction, seront prises conformément au droit international en vigueur en prenant dûment en considération les intérêts de tiers qui agissent de bonne foi ».

Si l'on interprète littéralement ce paragraphe, force est de conclure que les mesures allant au-delà de l'inspection ne peuvent pas être adoptées, ne serait-ce que parce que l'autorisation du Conseil de sécurité à procéder à la saisie et à la destruction des navires des passeurs se réfère uniquement à celles qui font l'objet du paragraphe 7 de la résolution, à savoir les navires battant pavillon d'un État.

Un tel résultat serait toutefois déraisonnable, non seulement parce qu'il impliquerait une action plus dure quand un État est affecté et une action plus douce quand aucun

53) Paragraphe 11 du dispositif de la résolution 2240 (2015).

54) Contra Gestri M., précité, p. 39-40.

Cap XIII libro 4.pmd 338 28/05/2018, 11:20

État n'est affecté, mais aussi et surtout parce que la grande majorité des bateaux impliqués dans le transport des migrants ne battent pas pavillon d'un État. On pourrait alors penser que le Conseil a trouvé superflue l'autorisation par rapport à la saisie et à la destruction des navires sans pavillon utilisés par les trafiquants estimant que le droit international – pas clair sur ce point, comme on l'a vu – déjà autorise l'exercice de ces pouvoirs. Ou encore, on pourrait en déduire que la limitation en question constitue tout simplement un oubli fortuit. Dans un cas et dans l'autre, le manque de précision reste critiquable.

Les limites auxquelles les forces navales européennes sont soumises dans l'exercice des pouvoirs conférés par la résolution 2240 (2015) sont décrites par le paragraphe 10 de ladite résolution, où on lit que le Conseil de sécurité « [d]écide d'autoriser les États Membres agissant individuellement ou dans le cadre d'organismes régionaux à utiliser tous les moyens dictés par les circonstances spécifiques pour lutter contre les trafiquants de migrants et d'êtres humains et à mener les activités prévues aux paragraphes 7 et 8 […] et demande […] d'assurer en priorité absolue la sécurité des personnes à bord […] ».

Cette formule évoque manifestement la possibilité d'employer la force. L'examen de la pratique du Conseil de sécurité révèle que l'autorisation d'adopter des mesures impliquant l'usage de la force est exprimée par la formule selon laquelle les États sont autorisés à utiliser tous les moyens nécessaires[55]. Ce n'est pas négligeable, toutefois, qu'une telle formule figurait dans la première version de la résolution 2240 (2015)[56] même si, sur la demande de certains membres du Conseil, elle a été remplacée par celle qui incorpore l'exigence de proportionnalité.

La formule qui met l'accent sur les moyens dictés par les circonstances spécifiques est certainement atypique, et pourtant elle se prête mieux aux situations caractérisées par les activités illicites des personnes privées qui ont lieu en mer. Cela pour deux raisons.

En premier lieu, par la résolution 2240 (2015), le Conseil autorise le recours à la force non pas contre l'État libyen en tant que responsable de la violation de la paix et de la sécurité internationales, mais à la place de l'État libyen qui s'est révélé incapable de maintenir l'ordre public au large de ses côtes, comme d'ailleurs le Conseil lui-même a reconnu dans cette même résolution en soulignant les difficultés qu'éprouve le Gouvernement libyen à gérer les flux migratoires qui transitent sur son territoire[57].

---

55) Voir Blokker N., "Outsourcing the Use of Force: Towards More Security Council Control of Authorized Operations?", *in* Weller M. (ed.) (2015), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, p. 211 et ss.

56) http://www.whatsinblue.org/2015/10/vote-on-a-resolution-on-human-trafficking-and-migrant-smuggling-in-the-mediterranean.php#.

57) Considérant 14 du préambule de la résolution 2240 (2015).

Cap XIII libro 4.pmd 339 28/05/2018, 11:20

La lutte contre le trafic de migrants ressemble à une activité de police en mer visant à remédier aux manquements des autorités territoriales plutôt qu'à une mesure militaire à l'encontre de la Libye. D'ailleurs, comme le Conseil de sécurité le souligne expressément, la résolution 2240 (2015) a pour objectif de déstabiliser les entreprises criminelles impliquées dans le trafic de migrants et de prévenir la perte de vies humaines[58]. Cela permet aussi d'expliquer pourquoi le Conseil ne demande pas que les mesures adoptées soient conformes au droit international humanitaire – qui, comme on le sait, cherche à limiter les effets des conflits armés – en se limitant, en revanche, à exiger le respect des droits de l'homme[59].

En deuxième lieu, la formule en vertu de laquelle les États sont autorisés à utiliser tous les moyens dictés par les circonstances spécifiques se place dans la droite ligne de jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer. Dans l'affaire du navire Saïga, en se référant à l'usage de la force lors de l'arraisonnement de navires en mer, le Tribunal a jugé que le droit international prescrit que le recours à la force, s'il s'avère inévitable, ne doit pas dépasser ce qui est raisonnablement requis par les circonstances[60]. Au vu de cet arrêt, il est évident que l'emploi de la force en mer est soumis non seulement à la condition de nécessité, déjà incorporée dans la formule « tous les moyens nécessaires », mais aussi à l'exigence de proportionnalité, qui imprègne la formule « tous les moyens dictés par les circonstances spécifiques ». C'est intéressant que cette dernière formule se retrouve dans d'autres résolutions du Conseil de sécurité autorisant l'emploi de la force en mer[61].

4. La relation entre l'UE et l'ONU dans le lancement de l'Opération Sophia

Le 18 mai 2015, le Conseil de l'UE a défini le mandat de l'Opération Sophia. Le 9 octobre 2015, le Conseil de sécurité des Nations unies a autorisé les forces navales européennes à exercer certains des pouvoirs coercitifs contenus dans ce mandat.

Ces dates montrent clairement que l'engagement de l'UE pour faire face militairement à la crise migratoire en Méditerranée a précédé l'activation du système de sécurité collective des Nations unies et, en particulier, une résolution du Conseil de sécurité demandant l'engagement des États membres de l'ONU dans la lutte contre les

58) Paragraphe 12 du dispositif de la résolution 2240 (2015).

59) En ce sens, Cadin R. (2015), "La risoluzione 2240 (2015) sul traffico dei migranti nel Mediterraneo: il Consiglio di sicurezza autorizza l'uso … misurato della forza", Ordine internazionale e diritti umani, p. 700.

60) Tribunal international du droit de la mer, Affaire du navire « Saïga » (No. 2), Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, Arrêt, 1er juillet 1999, paragraphe 155.

61) Conseil de sécurité, S/RES/1973 (2011) du 17 mars 2011, paragraphe 13 du dispositif ; Conseil de sécurité, S/RES/2146 (2014) du 19 mars 2014, paragraphe 5 du dispositif.

Cap XIII libro 4.pmd 340 28/05/2018, 11:20

trafiquants de migrants, contrairement à ce qui s'est passé, par exemple, avec l'Opération Atalanta, en ce qui concerne la lutte contre la piraterie dans la Corne de l'Afrique[62].

Cela, toutefois, ne remet pas en cause la responsabilité principale du Conseil de sécurité dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales, dans la mesure où l'action de l'UE s'inscrit dans le cadre du chapitre VIII de la Charte de l'ONU consacré aux relations entre les Nations unies et les organisations régionales (articles 52, 53 et 54)[63].

En particulier, l'article 53, paragraphe 1, de la Charte, concernant l'engagement des organismes régionaux en matière d'action coercitive, se lit ainsi : « [l]e Conseil de sécurité utilise, s'il y a lieu, les accords ou organismes régionaux pour l'application des mesures coercitives prises sous son autorité. Toutefois, aucune action coercitive ne sera entreprise en vertu d'accords régionaux ou par des organismes régionaux sans l'autorisation du Conseil de sécurité […] ». Se déduit de cette disposition que les organisations régionales, d'un côté, peuvent être utilisées pour l'application des mesures coercitives décidées par le Conseil ; de l'autre côté, elles peuvent, en cas d'autonomie institutionnelle, prendre l'initiative d'intervenir militairement par rapport à une certaine situation, à condition que le Conseil de sécurité donne ensuite l'autorisation[64].

Il convient également de faire remarquer que, bien que l'article 53, paragraphe 1, utilise les termes « action » et « entreprise », en suggérant donc que seuls les actes d'exécution de décisions relatives à l'emploi de la force doivent être autorisés, à certaines conditions même l'adoption de telles décisions est soumise à l'autorisation, indépendamment de leur exécution[65]. C'est le cas lorsque les décisions des organisations régionales qui prévoient le recours à la force peuvent constituer des formes de pression sur un État se traduisant ainsi par une menace du recours à la force, interdite par l'article 2, paragraphe 4, de la Charte de l'ONU[66].

L'UE, comme on l'a vu, s'est adressée au Conseil de sécurité afin que les forces navales européennes puissent mettre en œuvre les mesures coercitives qui leur ont été confiées. Cependant, la décision qui établit l'Opération Sophia n'est pas du tout

---

62) Voir Tancredi A., précité, p. 940 et ss.

63) Pour une analyse détaillée du Chapitre VIII, voir Villani U. (2001), « Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix », *in Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, p. 225-436.

64) Voir Boisson De Chazournes L. (2010), « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *in Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, p. 271-272.

65) En ce sens, Peyró Llopis A. (2012), *Force, ONU et organisations régionales. Répartition de responsabilités en matière coercitive*, Bruylant, p. 273-274.

66) Voir Stürchler N. (2007), *The Threat of Force in International Law*, Cambridge University Press, p. 57.

Cap XIII libro 4.pmd 341 28/05/2018, 11:20

équivalente à une menace de recours à la force adressée à la Libye, ne serait-ce que parce que cette décision a subordonné de manière explicite l'exercice des pouvoirs coercitifs à l'autorisation du Conseil de sécurité ou, alternativement, au consentement du Gouvernement libyen. Il s'ensuite que le rôle du Conseil de sécurité à la lumière de l'article 53, paragraphe 1, de la Charte de l'ONU, n'a pas été érodé par le 'zèle' de l'UE.

5. Conclusions

De la comparaison entre la décision de l'UE qui établit l'Opération Sophia et la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU qui en autorise la mise en œuvre, l'ambition de l'UE en matière de lutte contre le trafic illicite de migrants en Méditerranée se démarque[67]. Cela n'est pas surprenant étant donné que la crise des migrants touche surtout l'Europe et a atteint des proportions dramatiques. Ce n'est pas par hasard que l'Opération Sophia, à la différence d'autres missions de paix lancées par l'UE dans le cadre de la PSDC, a été établie indépendamment de la demande d'assistance militaire des autorités territoriales et avant que le Conseil de sécurité n'autorise de sa propre initiative une réaction militaire en vue de rétablir la paix et la sécurité internationales.

Il y a tout lieu de croire que l'UE avait prévu de recevoir le soutien des autorités libyennes ou, au moins, l'aval du Conseil de sécurité sur la mise en œuvre de sa mission navale selon les modalités qu'elle avait définies de son autonomie. L'UE, toutefois, n'a pas prédit le scepticisme des autorités libyennes quant à toute initiative qui aurait pu prêter le flanc à d'autres interventions étrangères sur leur territoire. Également, l'UE n'a pas pris en compte l'intention du Conseil de sécurité de ne pas affaiblir ultérieurement les déjà fragiles prérogatives souveraines du Gouvernement d'entente nationale, « reconnu comme seul gouvernement légitime de Libye »[68].

Le choix du Conseil de sécurité est compréhensible. Il est indéniable que la lutte contre le trafic de migrants serait significativement plus efficace si les forces européennes pouvaient opérer dans les eaux de la Libye et même sur le territoire libyen. En même temps, il faut admettre que le phénomène des flux migratoires illégaux ne peut pas être géré par les seuls moyens militaires : un gouvernement qui dispose du contrôle du territoire et en mesure d'y maintenir la gouvernance s'avère indispensable. Vraisemblablement, le sort du mandat de l'Opération Sophia, jusqu'ici resté lettre morte, dépendra de la volonté des autorités libyennes.

---

67) En ce sens, Estrada-Cañamares M. (2016), "Operation Sophia Before and After UN Security Council Resolution No 2240 (2015)", European Papers, p. 188.

68) Conseil de sécurité, S/RES/2259 (2015) du 23 décembre 2015, paragraphe 3 du dispositif.

Cap XIII libro 4.pmd 342 28/05/2018, 11:20

CHAPTER 14
L'irrésistible construction d'un espace de sécurité maritime

Chahira BOUTAYEB
Maître de conférences HDR
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Abstract: *As regards maritime security, EU action has increased since the 1980s and 1990s. Also, its content became denser: the safety of persons and of ships, the maritime borders of the member states and the protection of the marine environment. The protection of maritime borders is subject to contemporary challenges, based on geopolitical changes and the influx of immigrants. The Commission proposed the creation of a European body of frontier guards and coast guards which should be provided with the right of intervention in case the respective member state is not able to deal with the migratory pressure. The balance prevailing between the different lines of action of the EU is delicate, with the inherent risk of a change in security concerning the protection of the maritime borders.*

Résumé *: En matière de sécurité maritime, l'action de l'Union a connu un mouvement ascendant à partir des décennies 1980 et 1990 ; elle s'est aussi densifiée dans son contenu : la sécurité des personnes, des navires, les frontières maritimes des États et la protection de l'environnement marin. La protection des frontières maritimes de l'Union est sujette à une problématique contemporaine, née des mutations géopolitiques et des flux migratoires. La Commission a proposé la création d'un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, qui sera doté du « droit d'intervenir » lorsque l'État membre n'est pas en mesure de faire face à la pression migratoire. Un délicat équilibre a prévalu entre les différents axes d'action de l'Union, qui présente le risque d'un basculement sécuritaire dans la protection des frontières maritimes.*

Cap XIV libro 4.pmd 343 03/07/2018, 18:32

De manière précoce, l'Union européenne a été amenée à mesurer l'intérêt majeur à construire un espace de sécurité maritime tant les enjeux, tout particulièrement environnementaux, étaient manifestes.

Certes, au départ, elle agira à la faveur de textes proclamatoires comme des résolutions ou recommandations ; mais cette action pré-normative évoluera rapidement vers une production normative certaine, portée par l'octroi de compétences environnementales depuis l'Acte unique européen, ainsi que par des compétences en matière de sécurité maritime avec le traité de Maastricht.

Ces nouvelles dispositions du droit primaire constitueront de réels leviers pour l'action normative de l'Union, qui connaîtra alors un essor irrésistible, comme souvent dans maints domaines en matière d'intégration normative dès l'instant qu'elle acquiert des compétences l'habilitant à agir.

Sur le fond, la construction d'un espace européen de sécurité maritime n'est que l'expression du principe de solidarité qui préside, en application de l'article 4, paragraphe 3, TUE, aux rapports entre États membres. Ces liens solidaires, qui sont une déclinaison de l'obligation de loyauté, sont ici pleinement exprimés dans le processus de construction de l'espace de sécurité maritime.

À cet égard, l'on observera souvent que dans les politiques de l'Union, plus la solidarité et la loyauté sont fortes et perceptibles, plus le champ de compétences donne lieu à de nombreuses actions normatives. Sur ce point, le principe de solidarité, qui est au cœur du projet européen, est devenu au fil du temps un réel indicateur du niveau d'intégration normative, comme c'est le cas dans le cadre maritime.

L'action de l'Union a non seulement connu un mouvement ascendant à partir des décennies 1980 et 1990, mais elle s'est aussi densifiée dans son contenu, et ce dans la mesure où cette action normative ne s'est pas contentée d'un seul axe de sécurité à promouvoir.

En effet, la construction d'un espace de sécurité maritime désigne à la fois l'absence de danger en mer, ainsi que les moyens mis en œuvre pour créer ou faire perdurer une situation sécuritaire en mer. Mais, la sécurité maritime comprend également la sécurité des personnes, des navires, les frontières maritimes des États et bien entendu la protection de l'environnement. Elle est régie par des normes émanant, outre du droit international, du droit de l'Union, permettant de lutter contre les accidents liés à des collisions, incendies, tempêtes, au gel, à la vitesse… Le droit de l'Union a dans une très large mesure sécurisé l'espace maritime par des normes permettant d'améliorer la sûreté et la résistance des navires. Ces normes, nombreuses, concernent tout autant les espaces marins ou littoraux, publics ou privés, dépendant de la responsabilité des États ou en Zone internationale. Prenons à cet égard l'exemple de la Convention des Nations unies sur la haute mer du 29 avril 1958. Et, parallèlement

Cap XIV libro 4.pmd 345 03/07/2018, 18:32

au droit de l'Union, se sont ainsi se développées des conventions régionales ayant pour objectif de protéger le milieu marin (Conventions OSPAR[1], HELCOM[2], CRPM[3]).

Pour autant, il existe un principe qui consiste à ce que prévaut une liberté des mers ; or, en contradiction avec ce principe, se développe au niveau international et tout particulièrement à l'échelle de l'Union, un tel ensemble de normes ayant pour objectif plus de sécurité en mer. Ces règles peuvent être, d'une certaine manière, perçues comme une limitation de ce principe de liberté.

Mais, précisément, il existe, tout particulièrement dans le cadre de l'Union, la recherche d'un précieux équilibre, que nous retrouvons également dans d'autres champs de compétences de l'Union, entre la restriction à une liberté, et l'exigence d'une protection, et dans le cas présent, de nature maritime.

Cet équilibre entre le maintien d'une liberté, notamment celle de circuler, et l'exigence, tout aussi légitime, de protection d'un intérêt, notamment environnemental, s'appréciera à l'aune d'un principe de nécessité, et de proportionnalité.

Porté par un droit primaire conférant compétence à l'Union, le développement du droit européen de la sécurité maritime donnera lieu, à partir des années 1980, à une importante production normative de l'Union, présentant une grande diversité selon la nature des actes adoptés. Aujourd'hui, cette production repose sur une forte différenciation entre la sécurité maritime, laquelle renvoie elle-même à celle des biens et personnes et la lutte contre la pollution, et la protection des frontières maritimes, aujourd'hui mise à l'épreuve par les conséquences nées des mutations géopolitiques.

I Une double articulation normative de la sécurité maritime : sécurité des biens et personnes et lutte contre la pollution

L'action de l'Union en matière de sécurité maritime permet de souligner une dichotomie des régimes de protection qui oscille entre la sécurité des biens et des personnes d'une part et la lutte contre la pollution d'autre part.

---

1) La convention OSPAR (Oslo-Paris) est une convention qui vise à préserver le milieu marin dans l'Atlantique du Nord-Est. Entrée en vigueur le 25 mars 1998, elle remplace les Conventions d'Oslo et de Paris.

2) HELCOM est la Commission gérant la convention d'Helsinki qui a pour objectif de protéger la mer Baltique de la pollution.

3) La CRPM (Conférence des régions périphériques maritimes d'Europe) est une association française (loi 1901) qui a été créée en 1973. Elle regroupe des régions qui ont des problématiques liées à la pollution et à la sécurité maritime en ce qui concerne les littoraux, océans, réseaux de transports… Depuis 2015, la CRPM assure le secrétariat du groupe Mer, Rivières, Îles et Zones côtières du Parlement européen. La CRPM dispose de commissions géographiques et d'un groupe « sécurité maritime ».

Cap XIV libro 4.pmd 346 03/07/2018, 18:32

Mais, indistinctement de ces deux champs d'action, la production normative en la matière se distingue assurément par le levier important que constitue le droit primaire, à la source d'actes dérivés majeurs, et par un texte fondateur, la Résolution de 1983, qui a insufflé les grands principes applicables en matière de sécurité maritime.

A Le levier du droit primaire

C'est en 1992 par le traité de Maastricht que l'Union acquiert des compétences en matière de sécurité maritime, même si sa compétence environnementale est fermement inscrite dans le droit primaire à la faveur du traité de révision précédent, l'Acte unique européen.

En vertu des nouvelles dispositions du traité de Maastricht, le Conseil émettra, le 8 juin 1993, une résolution sur une politique commune de la sécurité maritime[4].

Ce texte, même s'il est dépourvu de force contraignante, posera les bases des futures améliorations en termes de sécurité maritime, de prévention de la pollution des mers ainsi que quant à la mise en place de normes concernant les navires, le personnel marin et le trafic maritime. Il y est tout particulièrement souligné le rôle, en termes de travaux en mer, des instances internationales comme l'Organisation maritime internationale (OMI), ou encore l'Organisation internationale du travail (OIT).

Le texte insiste également sur d'autres initiatives sur lesquelles la résolution inscrit son sillage, à savoir le Mémorandum d'entente de Paris sur le contrôle des navires par l'État du port, signé en 1982, la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, ainsi que la Convention internationale de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Et, à l'aune de la résolution de 1993, la Commission et le Royaume-Uni lanceront, quelques années plus tard, en 1997, la « Quality Shipping Campaign » dont l'objectif est d'augmenter la sécurité maritime.

Mais, l'action de l'Union ne s'arrêtera pas là ; en effet, suite à la catastrophe de l'Erika en 1999, plusieurs recommandations majeures seront de nouveau émises. Le « Paquet Erika » du 21 mars 2000 permettra le renforcement du contrôle des navires dans les ports européens, et celui des États sur les sociétés de classification, entités de droit privé qui génèrent, appliquent et contrôlent le respect des normes concernant la construction de navires.

---

4) Résolution du Conseil, du 8 juin 1993, sur une politique commune de la sécurité maritime, Journal officiel nº C 271 du 07/10/1993 p. 0001 – 0003.

Cap XIV libro 4.pmd 347 03/07/2018, 18:32

Ces recommandations permettront également d'introduire, au sein de l'ordre juridique de l'Union, des mesures concernant la circulation de l'information entre les États et les organismes de sécurité maritime, et ce par l'intermédiaire d'Equasis (Electronic Quality Shipping Information System).

Par le « Paquet Erika II » du 6 décembre 2000, des mesures supplémentaires seront émises. Parmi celles-ci, il y aura la mise en place d'un système à l'échelle de l'Union d'un contrôle du trafic des navires, ainsi que l'augmentation du fonds FIPOL auprès de l'OMI, qui regroupe des fonds internationaux pour remédier aux dommages causés par les hydrocarbures.

Le Paquet Erika III, en novembre 2005, procède pour sa part au renforcement de la prévention contre les accidents et la pollution, au traitement de la suite des accidents et à l'amélioration de la qualité de réparation des dommages. La Commission affinera ce processus de construction normative en publiant, le 8 mars 2006, un Livre vert qui a pour objectif d'amener une politique européenne en ce qui concerne l'énergie et ses conséquences sur l'environnement et le changement climatique. Il y est notamment décliné la manière dont doit être développé un réseau européen d'échanges avec des règles communes.

B Un acte fondateur : la Résolution du Conseil du 8 juin 1993

La résolution du Conseil du 8 juin 1993 constitue certainement un acte fondateur de l'action de l'Union en matière maritime ; de manière précise, elle établira que des mesures doivent être mises en place en ce qui concerne le trafic maritime, les navires, le contrôle des ports, les sociétés de classification, la formation du personnel, les services d'urgence. Elle approuve à cet égard la création d'un comité de sécurité maritime.

C'est ainsi que, à partir de ce texte, s'ensuivra un certain nombre de directives, notamment la directive 1995/21/CE qui règlemente le contrôle des ports et des navires dans les ports, la directive 96/98/CE du Conseil relative aux équipements marins, ou des règlements comme le règlement (CE) 1406/2002, lequel a permis la création d'une base de données sur les accidents maritimes.

En ce qui concerne particulièrement la sécurité des personnes, la résolution du Conseil du 8 juin 1993 recommandera d'harmoniser les règles relatives au nombre et à la qualification du personnel en mer et de veiller à la sécurité des passagers. Cette harmonisation aura assurément un impact sur la sécurité des navires.

Par ailleurs, la directive 98/41/CE du Conseil du 18 juin 1998 imposera l'enregistrement des personnes voyageant à bord de navires à passagers opérant à destination ou au départ des ports d'États membres de la Communauté. De même, dans le but de lutter contre le terrorisme, la directive 2005/65/CE permettra de veiller à la sûreté sur

Cap XIV libro 4.pmd 348 03/07/2018, 18:32

les navires. La STCW développée par l'OMI autorise les États à procéder à la vérification de la formation des personnes en mer.

Quant à la lutte contre la pollution, la résolution du Conseil du 8 juin 1993 mentionne que la protection contre la pollution maritime s'étend à toutes les eaux de l'Union et aux zones côtières. Elle a pour objectif de protéger la vie humaine aussi bien que la faune et la flore. La résolution établit que des zones écologiquement sensibles doivent être déterminées.

À cet égard, la directive 2000/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2000, règlemente les installations de réception portuaires pour les déchets d'exploitation des navires et les résidus de cargaison. La directive 2002/84/CE permet, pour sa part, d'améliorer la législation de l'Union sur ces sujets. En effet, cette directive entraînera l'adoption du règlement 2002/2099/CE qui met en place un comité unique (COSS) qui remplace les différents anciens comités pour la sécurité maritime et la prévention de la pollution par les navires.

De son coté, l'EMSA conceptualisera des critères afin de classer les navires « propres » (Green ships), tout en développant, plus largement, un plan d'actions pour la lutte contre la pollution (« Action Plan for Oil Pollution Preparedness and Response »). Il faut savoir que la lutte contre la pollution, définie par les règlements (CE) 1406/2002 et (CE) 724/2004, mettent en place des navires dépollueurs dans toutes les mers européennes pour éviter que les marées noires n'atteignent les côtes, des moyens terrestres pour lutter contre la pollution (barrages flottants…). Et, en cas de crise majeure, chacun des États membres peut faire appel à l'Agence qui permet la détection des nappes de pétrole et des navires, par satellite depuis 2007.

II La protection des frontières maritimes mise à l'épreuve par une logique sécuritaire

La protection des frontières maritimes de l'Union, qui s'est aujourd'hui construite, est désormais sujette à une problématique contemporaine, née de mutations géopolitiques, à savoir la crise des flux migratoires. Celle-ci a hélas permis de mettre en lumière les profondes limites de la solidarité au sein de l'Union entre les États.

Rappelons à cet égard que l'article 77 TFUE autorise l'Union à adopter de la législation sur une introduction progressive d'un système de gestion intégrée des frontières extérieures. Par ailleurs, l'article 79 TFUE donne compétence à l'Union pour la mise en œuvre des actes concernant l'éloignement de nationaux de pays tiers résidant illégalement dans l'Union.

Cap XIV libro 4.pmd 349 03/07/2018, 18:32

A Une difficile européanisation de la gestion des frontières et des crises

Ces dernières années, et notamment en 2015, la crise humanitaire en Méditerranée, s'accompagnant d'innombrables pertes humaines, a contraint les États membres à adopter un certain nombre de mesures et à promouvoir une franche européanisation de la gestion des frontières. La Commission a été invitée à prendre des mesures rapides.

Cette crise a amené au premier plan la nécessité d'améliorer la sécurité des frontières extérieures de l'Union européenne. Elle a également démontré que l'agence Frontex, qui a actuellement un mandat limité dans le soutien aux États membres pour sécuriser leurs frontières extérieures, ne dispose pas de suffisamment de personnel et de matériel et ne possède pas le pouvoir de procéder à la gestion active des frontières ni de conduire des opérations de sauvetage en mer.

En effet, elle s'appuie sur les contributions volontaires des États membres en ce qui concerne les ressources et ne dispose pas de son propre personnel. Elle ne peut pas effectuer ses propres opérations d'éloignement ou de gestion de frontière, sans la demande préalable d'un État membre. De plus, Frontex ne dispose pas d'un mandat explicite pour mener des opérations de recherche et sauvetage en mer. Un renforcement de l'Agence vise à répondre à toutes ces limitations.

Pour autant, plusieurs États membres mutualiseront déjà du personnel et des équipements dans le cadre de l'opération conjointe dite *Triton*, lancée fin 2014 et renforcée en 2015. Sa mission consiste à procéder à une surveillance de la frontière maritime, principalement entre la Libye et l'Italie, afin d'apporter un soutien opérationnel en première ligne à l'Italie.

De même, ont été créés les « points d'accès » *(hotspots)* ou équipes d'appui à la gestion des flux migratoires. Ce sont des points d'enregistrement et des zones d'urgence migratoire, gérés par le Bureau européen d'appui en matière d'asile Europol, et Frontex, en partenariat avec les autorités nationales. Ces « points d'accès » ont pour mission d'établir l'identité des migrants et de les enregistrer à leur entrée dans l'Union. Ils organisent également des opérations de retour pour ceux qui ne sont pas autorisés à rester.

B Un renforcement du cadre sécuritaire

C'est réellement en décembre 2015 que la Commission a émis un certain nombre de propositions. L'idée est de s'inscrire dans une logique de renforcement significatif du cadre sécuritaire. En effet, il s'agit notamment de renforcer le mandat de Frontex, en l'autorisant par exemple à procéder à l'acquisition directe du matériel, en augmentant de manière substantielle ses moyens humains et financiers, et en développant son

Cap XIV libro 4.pmd 350 03/07/2018, 18:32

rôle dans les opérations de retour. La nouvelle agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes agira dans un rôle de soutien pour les États membres qui en ont besoin, ainsi que dans un rôle de coordination de la gestion d'ensemble des frontières extérieures de l'Europe.

L'agence sera en mesure d'acheter son propre matériel et les États membres seront tenus de mettre à disposition de l'Agence leur matériel lorsque cela est nécessaire (navires de patrouille, avions, hélicoptères…).

L'Agence pourra lancer des opérations avec l'utilisation de drones lorsque cela est nécessaire. Le système d'observation terrestre de l'Agence spatiale européenne, Copernic, devra fournir l'Agence avec des capacités de surveillance satellite, en plus des capacités offertes actuellement par le système de surveillance des frontières Eurosur.

La Commission a ainsi proposé la création d'un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes qui serait doté du « droit d'intervenir » lorsque l'État membre n'est pas en mesure de faire face à la pression migratoire.

Cette proposition a été acceptée le 14 septembre 2016. Ce corps européen se compose d'une agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes chargée du contrôle et de la gestion des frontières extérieures de l'espace Schengen (l'actuelle agence Frontex dotée de missions élargies) et des autorités nationales responsables de la gestion des frontières. Ses activités ont débuté dès l'entrée en vigueur du règlement, le 6 octobre 2016[5]. Elle est désormais chargée de coordonner son travail avec l'Agence européenne de contrôle des pêches et l'Agence européenne pour la sécurité maritime.

Autre proposition mais plus drastique, à l'initiative de la France et l'Allemagne, à la suite des attentats visant de nombreux États de l'Union : instaurer des contrôles obligatoires des citoyens de l'Union lorsqu'ils entrent dans l'espace Schengen ou le quittent par des frontières terrestres, maritimes ou aériennes. Ce contrôle s'opérerait au moyen d'une modification ciblée du code frontières Schengen. L'objectif est ici d'accroître la sécurité dans le cadre de la menace terroriste.

C'est ainsi que, comme indiqué un peu plus haut, le 7 mars 2017, le Conseil a adopté un règlement (UE) 2017/458 qui modifie le code frontières Schengen en ce sens (nouvel art. 8-2 du Code Schengen). En effet, cette modification impose aux États membres d'effectuer des vérifications systématiques dans les bases de données pertinentes sur toutes les personnes, y compris celles jouissant du droit à la libre

5) Règlement (UE) nº 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil, du 14 septembre 2016, relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, *JOUE* nº L 251, 16 sept. 2016.

Cap XIV libro 4.pmd 351 03/07/2018, 18:32

circulation en vertu du droit de l'Union (c'est-à-dire les citoyens de l'Union et les membres de leur famille qui ne sont pas citoyens de l'Union), lorsqu'elles franchissent les frontières extérieures.

Les bases de données, qui font désormais l'objet d'une consultation aux fins des vérifications systématiques, sont le Système d'information Schengen (SIS) et la base de données sur les documents de voyage volés et perdus (SLTD) d'Interpol. Cette nouvelle obligation s'applique à toutes les frontières extérieures (aériennes, maritimes et terrestres), tant à l'entrée qu'à la sortie.

L'espace de sécurité et la protection des frontières maritimes, qui s'est substantiellement étendue à la gestion des flux migratoires vers l'Union, se développe aussi dans la prévention des attaques terroristes. Un centre de contrôle et d'analyse des risques sera établi, et ce avec l'autorisation de réaliser des analyses de risques et de surveiller les flux migratoires vers et au sein de l'Union.

Les analyses du risque devront inclure le crime transfrontalier et le terrorisme, traiter les données personnelles de personnes soupçonnées d'être impliquées dans des actes de terrorisme. À cet égard, l'agence Frontex sera amenée à coopérer avec d'autres agences de l'Union et organisations internationales sur la prévention du terrorisme. Il sera établi une évaluation obligatoire des vulnérabilités des États membres afin de contrôler leur capacité à faire face aux risques actuels ou à venir.

******

Aujourd'hui, l'Union est parvenue à se doter d'un cadre juridique suffisamment solide et ancré dans son ordre juridique pour lui permettre d'agir en matière de sécurité maritime et selon plusieurs versants, notamment ceux fortement protecteurs de l'environnement et des milieux marins.

Néanmoins, lle délicat équilibre qui a toujours prévalu entre les différents axes d'action de l'Union présente le risque d'un étiolement sous l'effet incessant et de plus en plus perceptible d'un encadrement sécuritaire dans la protection des frontières maritimes. Les récentes réformes concernant Frontex en témoignent pleinement. Tout l'enjeu pour l'Union est désormais, en dépit de la progression d'une telle logique sécuritaire, de préserver la vocation humaniste qui a toujours présidé à son action normative en mer.

Cap XIV libro 4.pmd 352 03/07/2018, 18:32

CHAPTER 15
L'Agence européenne pour la sécurité maritime
Entre diversification des missions et renforcement des moyens : les limites de l'intégration maritime européenne

Peter LANGLAIS
Docteur en droit (Université Paris 2 Panthéon Assas)
Chercheur invité du Programme *Human Sea*[1] (Université de Nantes)
Chargé d'enseignements (Université de Nantes)
Elève-avocat (EFB)

Abstract: *The creation of a specialised agency allows the clear identification of a European policy by providing it with institutional visibility and appropriate expertise. It results from a compromise between the impetus for integration brought by pragmatism on the one hand, and the existential reluctance of national authorities to entrust powers to new entities which might escape their control on the other hand.*

EMSA is no exception; the institutional complexity of the national maritime administrations as well as the human, economic and environmental stakes of the maritime safety issue put the agency in the midst of these tensions. Its creation in response to the sinking of the Erika, then the expansion of its missions and the consolidation of its capacities, was balanced by a strengthened control of the national authorities on its activities. With limited autonomy, EMSA appears to be an interface of cooperation among the national maritime administrations and between them and the institutions of the European Union.

If EMSA could originally be seen as the spearhead of an emerging European maritime administration, this tends now to be based on a three-pole structure where Frontex may become the keystone, in response to the migratory crisis

---

1) Human Sea Program at the University of Nantes: The development of human activities at sea - What legal framework? "For a new maritime Law", ERC (European Research Council) 2013 Advanced Grant, SP2-Ideas, FP7 (Seventh Framework Programme) of the European Union (2007-2013) Agreement No. 340770.

Cap XV libro 4.pmd 353 28/05/2018, 12:37

Résumé : *La création d'une agence spécialisée permet de singulariser une politique de l'Union européenne en lui conférant une visibilité institutionnelle et des moyens d'expertise appropriés. Elle résulte d'un compromis entre l'élan d'intégration porté par le pragmatisme d'une part, et la réticence existentielle des autorités nationales à confier des pouvoirs à de nouvelles entités qui pourraient échapper à leur contrôle d'autre part.*

L'AESM ne fait pas exception ; la complexité institutionnelle interne des administrations maritimes nationales autant que les enjeux humains, économiques et environnementaux de la problématique de la sécurité maritime en font même un théâtre privilégié de ces tensions. Sa création en réponse au naufrage de l'Erika, puis l'élargissement de ses missions et la consolidation de ses moyens, sont allés de pair avec un contrôle renforcé des autorités nationales sur ses activités. Jouissant d'une autonomie limitée, l'Agence apparaît comme une interface de coopération entre les administrations maritimes nationales d'abord et entre celles-ci et les institutions de l'Union européenne ensuite.

Si l'AESM a constitué l'avant-garde d'une administration maritime européenne, celle-ci tend - sous l'effet de la crise migratoire - à s'organiser autour d'une structure à trois pôles, dont l'agence Frontex pourrait devenir le centre de gravité.

Cap XV libro 4.pmd 354 28/05/2018, 12:37

« La seule voie qui offre quelque espoir
d'un avenir meilleur pour toute l'humanité
est celle de la coopération et du partenariat »
(Kofi ANNAN, Discours à l'Assemblée générale de l'ONU
24 Septembre 2001).

La diversification et la complexification des missions confiées à l'Union européenne ont eu pour corollaire la sophistication de son cadre institutionnel. Procédant par décentralisation fonctionnelle[2], la délégation, auprès d'instances spécialisées, de la conception et de la mise en œuvre de réglementations sectorielles permet aux institutions de se recentrer sur leurs fonctions essentielles.

Parmi la multitude d'organes subsidiaires ainsi créés, les agences, entités dotées de la personnalité juridique, ont connu un essor certain au cours des dernières décennies. On s'accorde à distinguer les agences exécutives d'une part, placées auprès de la Commission européenne et agissant sous son autorité[3], et les agences décentralisées d'autre part[4]. Conçues pour répondre à des besoins spécifiques, ces dernières présentent, au-delà de quelques traits communs[5], une grande hétérogénéité[6] et

---

2) Voy. I. MULLER-QUOY, « L'apparition et le développement des Agences de l'Union européenne – Recherche sur les organismes communautaires décentralisés », *in* J.-F. COUZINET (dir), *Les Agences de l'Union européenne - Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Toulouse, Presses universitaires de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 13-30. Il ne s'agit pas d'une décentralisation territoriale, qui impliquerait une compétence générale sur toutes les affaires d'intérêt local, mais bien fonctionnelle, c'est-à-dire par problématiques thématiques. La répartition géographique des agences vise à élargir l'ancrage territorial de l'appareil institutionnel de l'UE et à conférer une certaine visibilité à ses actions.

3) Voy. le règlement (CE) nº 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires (*JOCE*, L 11 du 16.1.2003, p. 1-8). À leur sujet, voy. E. CHITI, « Les Agences et l'administration directe dans l'Union européenne », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen,* 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 669-684. La création d'agences exécutives vise à garantir une meilleure efficacité de l'action administrative. Il s'agit de rendre l'action de la Commission européenne plus ciblée et recentrée sur ses tâches principales, tandis que la réalisation des principaux programmes communautaires est confiée à des entités spécialisées.

4) Il convient d'y adjoindre quelques agences liées à la politique de sécurité et de défense commune, et logiquement placées auprès du Conseil, ainsi que les organes créés aux fins de réaliser les objectifs du traité EURATOM.

5) Créées par un acte de droit dérivé et dotées de la personnalité juridique, elles jouissent d'une relative autonomie par rapport aux institutions de l'Union européenne, en particulier la Commission, et sont généralement structurées autour de deux instances : une instance collégiale, qui se présente le plus souvent sous la forme d'un conseil d'administration, véritable « organe de programmation et de surveillance » (F. COMTE, « Agences européennes : relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne ? », *Revue du droit de l'Union européenne*, nº 3, 2008, p. 461-506) chargé de s'assurer que l'Agence s'acquitte correctement des missions qui lui ont été confiées, en décidant notamment de son programme de travail et de son budget ; une instance individuelle, le directeur exécutif, qui prépare le programme de travail annuel, représente l'Agence, en dirige les activités sous le contrôle du conseil

Cap XV libro 4.pmd 355 28/05/2018, 12:37

résistent aux tentatives de systématisation *a posteriori* entreprises par la doctrine ou par la Commission européenne[7].

Une agence de régulation apparaît, selon Edoardo CHITI, comme une interface appelée à structurer la multiplicité de rapports qui s'établissent entre administrations compétentes. Elle se trouve, à l'égard de ces dernières, en « position de prédominance fonctionnelle »[8]. Au-delà de l'expertise technique qu'elle apporte à la Commission européenne et aux administrations nationales, une agence favorise, pour Marc BLANQUET, « l'émergence d'une culture administrative commune permettant de parvenir à une uniformité dans l'application du droit communautaire sans que cela implique de nouveaux transferts de compétence »[9]. Il s'agit, en un mot, de trouver un compromis entre le respect des principes d'administration indirecte et d'autonomie institutionnelle et procédurale d'une part, et le besoin d'une certaine homogénéité dans la mise en œuvre d'une politique commune d'autre part.

La création d'une telle agence de régulation est doublement significative. Sur le plan matériel, elle atteste de la reconnaissance d'un domaine d'action suffisamment singularisé et digne, en raison de sa spécificité et de sa technicité, d'être confié à un organe composé d'experts. Sur le plan formel, le degré d'autonomie accordé à une telle agence témoigne du degré d'intégration de l'Union européenne pour la matière concernée : l'emprise que la Commission, le Parlement européen et le Conseil exercent sur son activité est le reflet de la synthèse des sources de légitimation qui s'opère à travers l'équilibre de leurs pouvoirs respectifs.

La problématique de la sécurité maritime n'a pas échappé à ce phénomène de « mise en agences »[10]. La création d'un tel forum s'y avère même particulièrement opportune dans la mesure où la mise en œuvre du droit européen de la sécurité maritime revient à l'échelon national non seulement à des structures administratives très variées et très anciennes, relevant tantôt des autorités civiles tantôt des autorités militaires, mais aussi à des acteurs économiques privés non moins anciens, tels que les sociétés de classification. Cette hétérogénéité structurelle constitue un défi pour l'homogénéité du droit commun à l'occasion de sa mise en œuvre.

---

d'administration, propose et exécute le budget.

6) Jusqu'à leur dénomination : agence, autorité, bureau, centre, collège, fondation, institut, observatoire, office, organe, unité.

7) Voy. COM(2005) 59 final et COM(2008) 135 final.

8) E. CHITI, « Les Agences, l'administration indirecte et la coadministration », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen, op. cit.*, p. 267-282.

9) M. BLANQUET, « Agences de l'Union et gouvernance européenne », *in* J.-F. COUZINET (dir.), *Les Agences de l'Union européenne - Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, *op. cit.*

10) F. PÉRALDI-LENEUF, « La mise en Agences de l'administration de la sécurité des transports : quelle régulation ? », *in* L. GRARD (dir.), *L'Europe des transports : actes du colloque d'Agen, Université Montesquieu Bordeaux IV, 7 et 8octobre 2004*, travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE), La documentation française, 2005, p. 662-693.

Cap XV libro 4.pmd 356 28/05/2018, 12:37

La création, au lendemain du naufrage de l'*Erika*, de l'Agence européenne pour la sécurité maritime[11] (AESM ou EMSA[12]) mérite donc d'être considérée en soi : elle confirme solennellement l'avènement d'une stratégie systématisée de l'Union européenne en la matière, en lui conférant une assise institutionnelle pérenne[13]. Mais l'Agence mérite aussi de retenir notre attention car elle s'est peu à peu imposée dans le paysage institutionnel, au point de devenir la clef de voûte d'une administration maritime européenne composite.

Si le périmètre de son mandat et l'étendue de ses moyens opérationnels ont été considérablement consolidés depuis sa naissance, au point d'en faire une pièce maîtresse de la gouvernance maritime européenne (I), l'Agence dispose d'une autonomie en définitive limitée (II).

I. Un mandat et des moyens opérationnels renforcés

En 15 ans d'existence, l'Agence a vu l'étendue de son mandat sensiblement élargi (A). Le dépassement d'une approche sectorielle oblige les acteurs concernés à la coordination, au sein de l'Union européenne comme en dehors (B).

A. Une agence polyvalente

Contrairement à ce que le nom de l'Agence laisse entendre, son mandat ne se limite plus à la sécurité maritime, même dans son acception la plus large. Les révisions successives du règlement (CE) nº 1406/2002 ont en effet conduit à lui confier de nouvelles missions en lien avec la protection de l'environnement, la sûreté maritime et, plus récemment, la fonction garde-côtes. Le règlement (UE) nº 100/2013 a en particulier amorcé une nouvelle étape en confiant à l'Agence des missions qui ne sont plus exclusivement maritimes[14].

---

11) Règlement (CE) nº 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002 instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime (*JOCE*, L 208 du 5.8.2002, p. 1-9). Ce règlement fait partie du paquet Erika II, proposé par la Commission (Voy. COM(2000) 802 final, du 7 décembre 2000, *JOCE*, C 120 E du 24 avril 2001, p. 83-88).

12) L'acronyme anglais est plus fréquemment utilisé, y compris dans la littérature en langue française. Les textes juridiques eux-mêmes, qu'il s'agisse des instruments de droit national ou de droit de l'UE dans leur version française, optent le plus souvent pour l'acronyme anglais *EMSA*. Tel est aussi le cas des arrêts et ordonnances du Tribunal et de la Cour de justice.

13) Le Comité économique et social a émis un certain nombre de doutes quant à l'opportunité de la création d'une nouvelle agence dans le domaine de la politique de sécurité maritime (avis du 30 mai 2001, pts 4.4.1 à 4.4.3, *JOCE*, C 221 du 7 août 2001, p. 54-62).

14) Le règlement (CE) nº 1406/2002 ne procédait originellement à aucune catégorisation des compétences de l'Agence. Des tâches présentant certains traits communs étaient ainsi fondées sur des dispositions éparses, dont la lecture est devenue, après plusieurs révisions, particulièrement malaisée. Le règlement (UE) nº 100/2013 a introduit la distinction entre tâches principales et tâches accessoires.

Cap XV libro 4.pmd 357 28/05/2018, 12:37

La lutte contre la pollution

La protection de l'environnement n'est certes pas une dimension nouvelle du mandat confié à l'Agence : elle est étroitement liée à la sécurité maritime dont elle constitue l'une des finalités. Cette proximité avait du reste suscité un premier débat sur le nom même de l'Agence lors de l'adoption du paquet Erika II[15]. Mais ses missions et les moyens dont elle dispose en la matière se sont considérablement étoffés depuis.

La directive 2005/35/CE a d'abord chargé l'Agence d'élaborer des solutions techniques et de fournir aux États une assistance afin de faciliter la détection et le suivi des rejets illicites en mer, et de permettre l'identification de leurs auteurs[16]. Les dispositions du règlement (CE) nº 1406/2002 offraient un fondement suffisamment large pour permettre à l'Agence de développer *CleanSeaNet*, en coopération avec les États membres, les États de l'AELE et l'Agence spatiale européenne notamment[17]. Opérationnel depuis le 16 avril 2007, ce système de surveillance satellitaire complète et renforce les capacités opérationnelles déployées par les administrations nationales pour déceler, combattre et sanctionner les pollutions par hydrocarbures en mer. Pour essentielle que puisse être sa contribution, l'Agence n'a en la matière qu'un rôle d'appui opérationnel, et c'est aux autorités des États qu'il revient d'adopter les mesures appropriées.

Dès les premières années de son fonctionnement, l'AESM s'est également vu confier la gestion d'une flotte de dépollution[18]. Elle conclut avec les armateurs des contrats d'affrètement de réserve (*« stand by »*) de navires qui peuvent être mobilisés à la demande des États en cas de pollution. Là encore, l'Agence facilite l'action des autorités nationales, mais c'est bien sous la responsabilité de ces dernières que sont conduites les opérations de dépollution[19]. Une coopération avec les pays tiers coriverains d'un

15) Voy. le rapport parlementaire du 31 mai 2001 (Rapporteur : Emmanouil MASTORAKIS) ; COM(2001) 676 final ; Position commune du Conseil nº 33/2002.

16) Directive 2005/35/CE, article 10.

17) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 2 (dans sa version initiale). Les modifications introduites par le règlement (UE) nº 100/2013 ont entériné l'existence de ces systèmes et ont consolidé le mandat de l'AESM en conséquence. Après l'accident survenu en 2010 sur la plate-forme *Deepwater Horizon*, elles ont également conduit à une référence explicite au cas des pollutions causées par des installations pétrolières ou gazières au large.

18) Modifications introduites dans le règlement fondateur par le règlement (CE) nº 724/2004.

19) La Commission avait accompagné sa proposition de nombreuses précautions sémantiques (Voy. COM(2003) 440 final). Elle soulignait que l'action de l'Agence « [viendrait] à l'appui », qu'elle « [complèterait] » les dispositifs établis par les administrations nationales, « en suppléant » les moyens des États membres, qu'elle les « [assisterait] » à leur demande, et que c'est sous leur autorité que seraient conduites les opérations de nettoyage. La Commission rappelait enfin que « l'action de la Communauté complète les actions des pays membres et ne les remplace pas ». Le nombre de navires affrétés et les conditions de leur affrètement ont été longuement discutés au sein du conseil d'administration de l'AESM. Les dispositions de l'article 2 du règlement (CE) nº 1406/2002, telles qu'elles ont été introduites par le règlement (CE) nº 724/2004, font écho à ces préoccupations, afin qu'il « [soit] clair (…) que les actions

Cap XV libro 4.pmd 358 28/05/2018, 12:37

bassin maritime bordant l'Union européenne est envisageable, à la condition de respecter les accords de coopération régionaux existants[20].

On pourrait suggérer, à la lumière de l'expérience acquise dans le domaine de la lutte contre la pollution, que l'Agence se voie confier la gestion d'une flotte de réserve de remorqueurs, tant la question de la disponibilité et de la suffisance des moyens nationaux fait débat pour certaines zones maritimes particulièrement exposées aux accidents[21].

La sûreté maritime

Par opportunité[22], le mandat de l'Agence a rapidement été étendu à la problématique – voisine mais bien distincte – de la sûreté maritime.

L'Agence doit ainsi apporter une assistance technique à la Commission dans la réalisation des inspections dont celle-ci a la charge en application du règlement (CE) n° 725/2004[23]. Elle peut en outre lui adresser des suggestions en vue de toute amélioration possible des actes juridiques contraignants en cette matière.

Elle peut encore faire usage de ses moyens opérationnels afin de fournir à la Commission et aux États membres des données en matière de positionnement des navires dans le cadre des mesures préventives adoptées contre les menaces d'actes de piraterie et d'actes illicites intentionnels[24]. Rappelons en effet que l'AESM héberge et exploite le centre de données d'identification et de suivi des navires à distance de l'Union européenne[25], ainsi que le système international d'échange de ces données, créé en application de la convention SOLAS[26].

---

antipollution relèvent de la responsabilité de l'État membre » et que « dans le domaine de la lutte contre la pollution marine, le principe de subsidiarité est d'application ». Pour le Comité économique et social, il s'agissait de ne pas « déresponsabiliser les États membres » (Avis du 28 janvier 2004, *JOUE*, C 108 du 30 avril 2004, p. 52-54). Les parlementaires européens ont tenu à ce que fût explicité que l'Agence ne pourrait mobiliser ses moyens « complémentaires » qu'à la demande des États : « l'Agence assiste l'État membre concerné sous la responsabilité duquel les opérations de dépollution sont conduites ». Les modifications introduites par le règlement (UE) nº 100/2013, ont fait apparaître ces mêmes préoccupations.

20) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 2 § 5. Un exemple peut être trouvé dans la Convention d'Helsinki réunissant les États riverains de la Mer baltique : en 2009, la Commission d'Helsinki dispose d'une flotte de 45 navires, auxquels s'adjoignent deux navires de réserve affrétés par l'AESM.

21) C'est le cas de la Manche, au sujet de laquelle les autorités nationales françaises et britanniques sont en désaccord depuis des années.

22) Voy. COM(2003) 440 final.

23) Règlement (CE) nº 725/2004, du 31 mars 2004, relatif à l'amélioration de la sûreté des navires et des installations portuaires (*JOUE*, L 129 du 29 avril 2004, p. 6-91).

24) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 2 § 4. Ces dispositions ont été introduites par le règlement (UE) nº 100/2013.

25) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 2 § 4.

26) Les moyens opérationnels créés pour les besoins de la sûreté maritime peuvent être mobilisés pour

Cap XV libro 4.pmd 359 28/05/2018, 12:37

Mais la sûreté maritime conserve une singularité au sein des compétences de l'Agence : le mandat de cette dernière se limite à la mise en œuvre du règlement (CE) n° 725/2004. Ce qui relève de la sûreté nationale, de la défense et de la sécurité publique, en est donc très largement exclu[27].

La fonction garde-côtes

La création d'un corps européen de garde-côtes n'est certes pas une idée nouvelle[28], mais elle a trouvé un nouveau souffle avec la création de l'AESM, compte tenu de la diversité des tâches et des moyens opérationnels qui lui ont été confiés[29]. La question est devenue récurrente dans les communications de la Commission et dans les résolutions du Parlement européen, même si elle s'est longtemps arrêtée au stade de l'évocation lointaine, exigeant d'abord la réalisation d'une étude de faisabilité[30].

Tant que ce projet de garde-côtes s'inscrivait dans une perspective environnementale, l'AESM apparaissait légitimement comme le cadre à privilégier pour son développement. Mais il semble que, dans le contexte de l'exode provoqué par les conflits du Moyen-Orient, le centre de gravité du projet se soit déplacé vers la question de la surveillance aux frontières, pour laquelle l'Agence FRONTEX apparaissait plus indiquée[31]. À l'issue de l'étude de faisabilité conduite en 2014[32], la Commission

---

la sécurité maritime, ainsi que l'a rappelé le Comité de sécurité maritime de l'OMI (Voy. la résolution MSC.242(83), du 12 octobre 2007).

27) Voy. COM(2010) 611 final : il n'est donc pas prévu d'associer l'Agence à la mise en œuvre de la directive 2005/65/CE relative à l'amélioration de la sûreté des ports. Le Comité économique et social observait pour sa part que les « plans nationaux comportent parfois des volets militaires auxquels l'accès, même de l'AESM, est nécessairement limité » (avis du 28 janvier 2004, *JOUE*, C 108 du 30 avril 2004, p. 52-54).

Dans le cadre de la gestion du système d'information *SafeSeaNet* par exemple, et pour mettre en œuvre les dispositions de la nouvelle directive 2010/65/UE, l'AESM s'est ainsi vu confier l'élaboration technique de la notification portant les informations relatives aux déchets produits par les navires. En revanche, c'est au comité MARSEC (et plus exactement à un groupe de travail créé par lui) qu'a été confié le soin d'élaborer la notification portant les informations relatives à la sûreté.

28) Question écrite E-3539/93 de B. LANGENHAGEN (PPE), posée le 13 décembre 1993 au Conseil des Communautés européennes et à la Commission, « Garde-côte pour l'environnement (*European Environmental Coast Guard*) » (*JOCE*, C 300, du 27 octobre 1994, p. 43). Réponse donnée par M. PALEOKRASSAS au nom de la Commission le 4 mars 1994.

29) En ce sens, voy. W. DE RUITER, « L'Agence européenne de la sécurité maritime (AESM) : l'aiguillon qui s'ajoute à l'arsenal européen », *op. cit.*

30) Avis du Comité économique et social, du 28 janvier 2004 (*JOUE*, C 108 du 30 avril 2004, p. 52-54) ; Résolution du Parlement européen du 21 octobre 2010 (*JOUE*, C 70 E du 8 mars 2012, p. 70-79) ; COM(2010) 611 final ; Directive 2005/35/CE, article 11.

31) Résolution du Parlement européen du 18 décembre 2008 sur l'évaluation et le développement futur de l'agence Frontex et du système européen de surveillance des frontières EUROSUR (*JOUE*, C 45 E du 23 février 2010, p. 41-47). Voy. aussi COM(2008) 359 final, du 17 juin 2008.

32) Study on the feasibility of improved cooperation between bodies carrying out European Coast Guard functions – Final Report, ICF International - REGS4SHIPS, juin 2014, 94 p.

Cap XV libro 4.pmd 360 28/05/2018, 12:37

européenne a souligné le besoin de renforcer la coopération européenne sur les fonctions de garde-côtes et d'améliorer la coopération et la coordination entre les agences compétentes de l'Union européenne. Il s'agissait d'« accroître les synergies entre leurs services respectifs »[33].

En ce sens, trois règlements parallèles ont été adoptés. Le premier transforme l'Agence Frontex en une nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes[34]. Les deux autres apportent les modifications nécessaires (en termes identiques) aux règlements fondateurs de l'AESM et de l'AECP[35], associées à la nouvelle agence dans le cadre de leurs compétences respectives[36].

Dans cette ère nouvelle, fondée sur l'intégration des politiques sectorielles et la coopération entre agences, l'AESM est particulièrement sollicitée. Au sein d'un réseau complexe régi par un principe de subsidiarité horizontale, la coordination est essentielle.

B. Une agence coordinatrice

L'AESM doit composer avec l'extrême diversité organisationnelle qui caractérise les structures nationales de gouvernance maritime[37], et coordonner son action avec une multitude d'acteurs susceptibles de lui apporter leur concours, au sein de l'Union européenne comme au dehors.

La coordination interne

Le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication a induit de nouvelles capacités d'observation et de nouvelles aides à la navigation qui permettent aux navigants comme aux autorités publiques de disposer d'une image toujours plus précise et complète de leur environnement nautique[38].

---

33) COM(2015) 667 final, du 15 décembre 2015.

34) Règlement (UE) 2016/1624, du 14 septembre 2016 (*JOUE*, L 251 du 16 septembre 2016, p. 1-76).

35) Règlements (UE) 2015/1625 (*JOUE*, L 251 du 16 septembre 2016, p. 77-79) et (UE) 2016/1626 (*JOUE*, L 251 du 16 septembre 2016, p. 80-82) du 14 septembre 2016.

36) L'articulation entre les missions de la nouvelle agence et celles de l'AESM et de l'AECP a été particulièrement débattue lors de la procédure législative.

37) Pour la seule fonction garde-côtes, la Commission « dénombre actuellement dans les États membres plus de 300 autorités civiles et militaires chargées d'exercer des fonctions de garde-côtes dans divers domaines tels que la sûreté, la recherche et le sauvetage en mer, le contrôle aux frontières, le contrôle des pêches, le contrôle douanier, l'application générale de la législation et la protection de l'environnement » (COM(2015) 673 final).

38) Systèmes d'identification automatique, imagerie satellitaire, optronique, nouvelles générations de radars, cartographie électronique, etc. À ce sujet, voy. F. Faye, « La maîtrise de l'information maritime, nouveau paradigme de l'action des États en mer », *La Revue maritime*, nº 468, mai 2004, p. 74-79. Voy. F. Espinosa Navas, « Le système intégré de surveillance maritime », *La Revue maritime*, nº 465, juin 2003, p. 128-133. Voy. également, en ce qui concerne le recoupement de données provenant de plusieurs

Cap XV libro 4.pmd 361 28/05/2018, 12:37

Au sein de l'AESM, cette évolution s'est traduite par la mise en place du réseau *SafeSeaNet*. Initialement développé pour répondre aux exigences de la directive 2002/59/CE concernant le système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information, cette plate-forme d'échange entre administrations maritimes a intégré un nombre croissant d'informations[39], y compris celles exigées dans le cadre d'autres dispositifs européens (contrôle de sécurité par l'État du port[40], contrôle des pêches[41], dépôt des déchets d'exploitation et résidus de cargaison[42], déclarations douanières[43], etc.). Elle offre à l'ensemble des autorités maritimes européennes compétentes – en fonction de leurs droits respectifs d'en connaître – une image instantanée et enrichie du trafic maritime couvrant les eaux européennes, de vastes espaces maritimes adjacents, et même l'ensemble du globe pour les navires sous pavillons européens.

Ce précédent a permis d'envisager la mise en place d'un dispositif plus complet encore. Évoquée dès 2008 par la Commission européenne[44], la création d'un « système de systèmes » concerne l'AESM au premier chef, compte tenu de l'expérience acquise en la matière[45]. Son mandat a été consolidé en conséquence

---

sources coopératives et non coopératives, S. CLAISSE, M. MOREL, « SISMARIS – Système d'information et de surveillance maritime pour l'identification des comportements suspects », *in Nouveaux développements dans le domaine des systèmes de surveillance de la navigation maritime*, Actes des 8èmes journées scientifiques et techniques du CETMEF (Centre d'études techniques maritimes et fluviales), Brest, 8-10 décembre 2010.

39) Le flux d'informations le plus important d'un point de vue quantitatif provient des systèmes d'identification automatique (AIS) dont la directive 2002/59/CE a rendu l'utilisation obligatoire pour un grand nombre de navires.

40) Directive 2009/16/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au contrôle par l'État du port (*JOCE*, L 131 du 28.5.2009, p. 57-100), modifiée en dernière instance par la directive (UE) 2017/2110 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2017 (*JOCE*, L 315 du 30.11.2017, p. 61–77).

41) Règlement (CE) nº 1224/2009 du Conseil du 20 novembre 2009 instituant un régime communautaire de contrôle afin d'assurer le respect des règles de la politique commune de la pêche (*JOCE*, L 343 du 22.12.2009, p. 1-50).

42) Directive 2000/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2000 sur les installations de réception portuaires pour les déchets d'exploitation des navires et les résidus de cargaison (*JOCE*, L 332 du 28.12.2000, p. 81-90).

43) Directive 2010/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 concernant les formalités déclaratives applicables aux navires à l'entrée et/ou à la sortie des ports des États membres (*JOCE*, L 283 du 29.10.2010, p. 1-10).

44) Le nouveau système devrait être fondé sur une architecture « en nuage » semblable à celle de SSN, car elle permet d'éviter le dédoublement de la charge de travail pour collecter les informations maritimes (COM(2007) 575 final ; COM(2008) 68 final). Ce projet a été rapproché de la problématique de surveillance des frontières extérieures de l'Union, même si elle n'a pas vocation à s'y limiter (COM(2008) 68 final). La Commission en a défini les principes directeurs (COM(2009) 538 final, du 15 octobre 2009). Le Conseil l'a chargée de définir une feuille de route et d'effectuer une évaluation des ressources financières nécessaires.

45) COM(2009) 538 final. Qui plus est, *SafeSeaNet* est appelé à en constituer la colonne vertébrale. L'AESM est représentée au sein du groupe de pilotage de haut niveau pour la gouvernance du système et des services maritimes numériques, conformément à la décision (UE) 2016/566 du 11 avril 2016 (*JOUE*, L 96 du 12 avril 2016, p. 46-49).

Cap XV libro 4.pmd 362 28/05/2018, 12:37

par le règlement (UE) n° 100/2013 même si, de fait, les documents de travail de l'Agence y faisaient référence dès 2011[46].

S'ils facilitent d'abord l'action des autorités nationales en charge de la sécurité maritime, les systèmes d'information gérés par l'AESM intéressent aussi, en raison de leur transversalité, un cercle bien plus large d'acteurs. La Commission déplorait le cloisonnement sectoriel, dont il « [résultait] souvent une utilisation inefficace de moyens déjà très limités »[47]. Sans « entraver le développement des systèmes d'information sectoriels existants ou la réalisation de projets dans ce domaine »[48], qui répondent à des besoins propres à ces communautés, cette mutualisation doit permettre à ces dernières de partager les informations qu'elles détiennent. Conçu notamment pour les besoins de la surveillance aux frontières extérieures de l'Union, l'environnement commun de partage de l'information conduit naturellement à un rapprochement entre l'AESM, l'Agence Frontex[49] et l'AECP[50], appelées à exercer conjointement la fonction garde-côtes. D'autres collaborations ont rapproché l'AESM de l'Agence européenne de défense[51], du Centre satellitaire de l'Union européenne (CSUE)[52], ou encore des autorités douanières des États membres[53].

---

46) Les modifications introduites par le règlement (UE) nº 100/2013 entérinent la pratique. Deux groupes de travail ont été créés en 2012 : le VAS (*Value Added Services*) working group, chargé d'identifier les besoins des utilisateurs, et le RVR (*Reference Vessel Registry database*) working group, chargé de se pencher sur les questions plus techniques de la mise en place de l'environnement commun de partage.

47) Voy. COM(2007) 575 final et COM(2009) 538 final : « faute d'échange de données, nombre de communautés d'utilisateurs n'ont pas accès aux informations complémentaires recueillies par les autres utilisateurs sectoriels et n'ont encore qu'une image lacunaire de cette connaissance ».

48) COM(2010) 584 final.

49) Voy. COM(2008) 68 final et COM(2015) 667 final. Voy. également la résolution du Parlement européen du 18 décembre 2008 (*JOUE*, C 45 E, du 23 février 2010, p. 41-47). En ce sens, la Commission européenne avait préconisé dès 2006 d'établir des synergies entre EUROSUR et *SafeSeaNet* (COM(2006) 733 final). L'AESM avait pour sa part suggéré l'ouverture du système *SafeSeaNet* à d'autres administrations communautaires (Documents SSN 7/8/3 et SSN 7/8/4 et SSN 8), dont l'agence FRONTEX. En ce sens, un groupe de travail a été créé et plusieurs projets pilotes ont été lancés à partir de 2009.

50) Le projet pilote « SSN/VMS synergies » a permis d'intégrer au système *SafeSeaNet* les informations relatives aux navires de pêche et à leurs déplacements. En phase de conception à partir de 2009, puis lancée en 2011, cette coopération a permis à l'AECP de renforcer sensiblement le contrôle qu'elle exerce sur les activités de pêche, et de déceler plus facilement les comportements suspects et infractions (Voy. *SSN-VMS synergies pilot project – Evaluation report*, AESM, 17 septembre 2012, 30 p. ; Voy. aussi l'avis du Contrôleur européen de la protection des données, du 28 octobre 2011, sur le règlement d'exécution (UE) nº 404/2011 de la Commission (*JOUE*, C 37 du 10 février 2012, p. 1-5)).

51) La plateforme *SafeSeaNet* est apparue comme l'instrument approprié pour procéder à une mise en commun des informations dans le cadre de la coopération entre autorités civiles et militaires. Des réunions entre les deux Agences se sont tenues à partir de 2007.

52) L'AESM a conclu un Mémorandum d'entente avec ce centre et avec le Centre commun de recherche (JRC, *Joint Research Centre*) de la Commission, en vue de promouvoir l'utilisation des technologies d'observation satellitaires dans le domaine de la surveillance et de la détection.

53) En effet, un projet pilote baptisé *Blue belt*, lancé en 2010 à l'initiative de la présidence belge de l'Union européenne, vise à transmettre aux autorités douanières situées sur la route d'un navire les informations

Cap XV libro 4.pmd 363 28/05/2018, 12:37

La mutualisation des outils de surveillance et des systèmes d'information a placé l'AESM au cœur d'un réseau institutionnel complexe, associant administrations nationales et européennes selon des modalités *ad hoc* définies en fonction des besoins opérationnels. Mais l'AESM doit également nouer des relations avec un grand nombre d'acteurs étrangers à la structure institutionnelle de l'Union européenne.

La coordination externe

L'évolution contemporaine des cadres de la gouvernance maritime fait apparaître un mouvement de différenciation par bassin maritime. Au-delà d'un socle commun d'exigences, chaque bassin maritime est ainsi appelé à devenir l'objet d'un régime et d'une stratégie propres répondant à ses spécificités géographiques, économiques et biologiques. La structure institutionnelle de l'Agence elle-même autorise ce mouvement centrifuge à travers la possibilité d'instituer des antennes régionales visant à « effectuer certaines tâches de l'Agence de la manière la plus efficace possible »[54].

Le redéploiement de stratégies à l'échelle des bassins maritimes conduit l'Union européenne à coopérer avec les États voisins[55], en les associant aux travaux de l'AESM[56] ou aux systèmes d'information dont elle a la gestion[57], en leur accordant une représentation au sein de son conseil d'administration[58], ou en leur apportant une assistance technique[59].

---

disponibles à travers *SafeSeaNet*, afin de faciliter les contrôles documentaires dans les ports d'escale (Voy. Document SSN 15/6/2). Cette initiative, dont l'objectif est d'améliorer l'efficacité du transport maritime à courte distance (*Short Sea Shipping*), s'inscrit dans le cadre des nouvelles tâches attribuées à l'Agence.

54) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 5. La perspective d'une décentralisation des services de l'Agence, par la création de tels centres régionaux, a été envisagée dès la proposition originelle de la Commission. Bien que le règlement (UE) nº 100/2013 en ait étendu les possibilités, cette disposition n'a, à notre connaissance, pas encore reçu d'application.

55) Des coopérations ont également été engagées avec les États nord-américains (Voy. COM(2011) 782 final).

56) En pratique, seules la Norvège et l'Islande participaient régulièrement aux travaux de l'Agence, alors que d'autres États voisins, riverains de la mer Baltique, de la mer Noire et de la mer Méditerranée notamment, avaient fait part de leur intérêt à collaborer avec l'Agence. La Commission a proposé, en vain, de modifier les dispositions de l'article 17 (COM(2010) 611 final).

57) La Norvège est étroitement liée au fonctionnement de *SafeSeaNet*. Elle a activement contribué au développement de l'échange des données AIS par satellite à travers la plate-forme. Elle peut également faire appel au système *CleanSeaNet*.

La Russie, qui participait déjà à l'échange de données AIS dans le cadre de la Commission d'Helsinki, et collaborait avec la Finlande et l'Estonie dans la mise en œuvre d'un système de comptes rendus obligatoires (GOFREP, *Gulf of Finland Reporting System*), est associée également à la plate-forme *SafeSeaNet*.

58) Le règlement (CE) nº 1406/2002 prévoit la possibilité d'une représentation (sans droit de vote) des États membres de l'AELE. La Norvège a ainsi participé à l'ensemble des réunions du conseil d'administration de l'Agence (depuis la 3ᵉ réunion), ainsi qu'à l'ensemble des travaux relatifs au développement de *SafeSeaNet*.
Le règlement fondateur prévoit également la possibilité d'une représentation des États candidats à l'adhésion, possibilité dont il a été fait usage lors des réunions qui se sont tenues de juillet 2003 à mars

Cap XV libro 4.pmd 364 28/05/2018, 12:37

De même, l'Union européenne doit composer avec d'autres cadres de coopération sous-régionaux ou inter-régionaux, à l'instar des Mémorandums d'entente sur le contrôle par l'État du port, de l'Accord de Bonn[60], de la Convention d'Helsinki[61], du Conseil de l'Arctique, de l'Accord de Lisbonne[62], de la Convention OSPAR[63], du Programme d'action pour la Méditerranée développé dans le cadre du Programme des Nations Unies pour l'environnement[64]. Dès lors que ces accords portent sur des problématiques maritimes, l'AESM apparaît naturellement comme leur interlocuteur privilégié au sein de la structure institutionnelle de l'Union européenne[65]. Elle peut même être appelée à intervenir directement, au nom de la Commission européenne, au sein du Mémorandum d'entente de Paris sur le contrôle par l'État du port.

2004 (3e à 7e réunions), puis de juin 2005 à novembre 2006 (11e à 16e réunions), précédant les élargissements de 2004 et 2007.

59) L'Agence peut ainsi fournir une assistance technique aux États candidats à l'adhésion, aux États partenaires voisins, ainsi qu'aux États participant au Mémorandum d'entente de Paris.

60) Accord concernant la coopération en matière de lutte contre la pollution de la mer du Nord par les hydrocarbures et autres substances dangereuses, conclu à Bonn le 13 septembre 1983, remplaçant l'Accord concernant la coopération en matière de lutte contre la pollution des eaux de la mer du Nord par les hydrocarbures, conclu le 9 juin 1969, en réponse au naufrage du *Torrey Canyon* (1967).

61) Convention sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique, qui instaure un cadre de coopération permanent : la Commission d'Helsinki (HELCOM). Les collaborations entre l'UE et la Commission d'Helsinki ont pris des formes diverses : participation à la conception et au financement de projets de coopération, déploiement de moyens opérationnels complémentaires à ceux de l'organisation sous-régionale (notamment dans le domaine de la lutte contre la pollution), etc. Citons par exemple le projet BRISK (*Sub-regional risk of spill of oil and hazardous substances in the Baltic Sea*), mis en œuvre de 2009 à 2012, et financé par l'UE à hauteur de 75 %.

62) Accord de coopération pour la protection des côtes et des eaux de l'Atlantique du Nord-Est contre la pollution, du 17 octobre 1990, complété par le Protocole additionnel du 20 mai 2008, et entré en vigueur le 1er février 2014.

63) Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, conclue à Paris le 22 septembre 1992. Entrée en vigueur le 25 mars 1998, cette Convention se substitue à la Convention pour la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs (Convention d'Oslo) conclue en janvier 1972, et à la Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique (Convention de Paris) conclue en juin 1974. De même, les Commissions d'Oslo et de Paris chargées d'administrer l'application de ces conventions ont cédé la place à la Commission OSPAR, instituée dès 1992, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle convention.

64) Plan d'action pour la Méditerranée (PAM) adopté en 1975, dans le cadre du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) adopté trois ans plus tôt à l'issue de la conférence de Stockholm. La Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution (la Convention de Barcelone), conclue en 1976 et complétée par 7 Protocoles, donne un cadre juridique à la mise en œuvre du PAM. Elle est devenue en 1995 la Convention pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée.

65) L'Union européenne a souvent un rôle d'impulsion pour les projets développés dans le cadre du PAM. La mise en œuvre du projet SAFEMED a été confiée au REMPEC, mais l'AESM joue un rôle important en s'associant aux formations, aux exercices opérationnels, au développement des systèmes de surveillance maritime, etc.

Cap XV libro 4.pmd 365 28/05/2018, 12:37

L'Agence est par ailleurs amenée à collaborer avec des organisations internationales non régionales – telles que l'IALA[66] et l'OMI[67] – ou dont la vocation n'est pas proprement maritime – comme l'Agence spatiale européenne[68]. Dans ce contexte, la Commission a proposé une modification du règlement (CE) nº 1406/2002 visant à permettre au directeur exécutif de conclure des engagements administratifs au nom de l'Agence[69].

Elle est également tenue de nouer des relations directes avec un grand nombre d'opérateurs économiques, qu'il s'agisse par exemple d'armateurs pour constituer une flotte de dépollution, de prestataires d'imagerie satellitaire pour les besoins de *CleanSeaNet*, de sociétés de classification et autres acteurs susceptibles de la renseigner sur l'état des navires, etc.

Les révisions successives du règlement (CE) n° 1406/2002 ont élargi le mandat de l'AESM bien au-delà de la problématique de la sécurité maritime, et ont considérablement renforcé ses moyens opérationnels. Cette évolution en a fait un rouage essentiel du réseau paneuropéen de gouvernance maritime. Mais, alors que sa place se consolide dans le paysage institutionnel de l'Union européenne, les États membres ont pris soin d'encadrer plus fermement son action et de limiter son autonomie.

II. Une autonomie limitée

L'Agence européenne pour la sécurité maritime est dotée de la personnalité juridique : dans chaque État membre, elle jouit de la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales[70]. Cela lui permet d'agir en son nom propre. D'après la Commission, il s'agit là d'une condition de son efficacité et de sa crédibilité.

Les agences décentralisées doivent en effet jouir d'une certaine autonomie statutaire et fonctionnelle, non seulement vis-à-vis des autres institutions de l'Union européenne, mais aussi vis-à-vis des États membres et des opérateurs économiques.

---

66) Il s'agit de l'*International Association of Marine Aids to Navigation and Lighthouse Authorities*, établie en 1957.

67) Rappelons que l'OMI a confié la gestion du réseau international d'échange de données LRIT à l'Agence de Lisbonne (résolution MSC.297(87), du 21 mai 2010).

68) La collaboration entre l'ASE et l'AESM concerne la protection de l'environnement, dans le cadre de *CleanSeaNet* (qui associe également l'Agence spatiale canadienne) et du programme GMES (*Global Monitoring for Environment and Security*), ainsi que la fourniture de données S-AIS (jusqu'au 31 août 2016).

69) COM(2010) 611 final. La Commission prenait soin de préciser qu'il ne s'agirait pas de traités internationaux. Cette proposition a toutefois été écartée par le Conseil.

70) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 5.

Cap XV libro 4.pmd 366 28/05/2018, 12:37

Malgré l'étendue de ses missions et l'importance de son rôle pour coordonner l'action de l'administration maritime européenne, l'AESM jouit d'une autonomie somme toute relative (A). Le régime contentieux applicable à ses actes doit encore être largement précisé par la Cour de justice de l'Union européenne (B).

A. Le pilotage de l'Agence par les États membres

L'Agence ne dispose d'abord d'aucun pouvoir normatif ou décisionnel à l'égard des tiers, et est soumise à un contrôle budgétaire rigoureux sur le plan interne et sur le plan externe. Peut-être pourrions-nous conclure à l'existence d'un pouvoir normatif indirect, et d'un pouvoir quasi décisionnel, à travers l'influence qu'elle exerce sur la Commission. Compte tenu de l'autorité qui s'attache à ses expertises, il apparaît en effet difficile à la Commission européenne de s'en écarter[71]. Mais ce sont bien les actes de cette dernière, et d'elle seule, qui produisent des effets de droit à l'égard des tiers. En second lieu, l'Agence dispose d'une faible autonomie financière : ses recettes proviennent à titre principal d'une dotation du budget général de l'Union européenne[72].

Ce cadre doublement limité ayant été rappelé, la question de l'autonomie d'une agence de régulation renvoie à celle dont dispose chacune des deux instances de direction : le directeur exécutif d'une part, le conseil d'administration d'autre part.

Responsable à titre personnel de la bonne gestion de l'agence, le directeur exécutif est nommé en considération de ses capacités en matière d'administration et de gestion, et de ses compétences et de son expérience dans les domaines d'expertise de l'agence. Il jouit en principe d'une « indépendance totale », même s'il doit répondre « à toutes demandes d'assistance de la Commission ou d'un État membre »[73]. La limitation de la durée et du nombre des mandats sont un moyen éprouvé de lui garantir une certaine liberté décisionnelle[74].

Le directeur exécutif de l'AESM est nommé et, le cas échéant, révoqué par le seul conseil d'administration. Ce pouvoir exclusif – qui doit de surcroît être exercé à la majorité qualifiée des quatre cinquièmes – renforce, sur le plan interne, le lien entre le directeur exécutif et le conseil d'administration et limite, sur le plan externe, l'influence

71) En ce sens, Voy. F. Comte, « Agences européennes : relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne ? », *op. cit.*

72) Depuis 2010 toutefois, les services gérés par l'Agence génèrent des recettes d'exploitation dont le montant et le poids vont croissant. En 2014, ces recettes se sont élevées à 5,6 millions d'euros, représentant 11 % du budget de l'Agence (de 57,8 millions d'euros). En 2015, elles se sont élevées à 12 millions d'euros, soit 23 % du budget total de l'Agence (de 64,7 millions d'euros). Pour l'exercice 2016, il s'agissait de 15,4 millions d'euros, soit 21,6 % d'un budget total de 71,1 millions d'euros.

73) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 15.

74) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 16.

Cap XV libro 4.pmd 367 28/05/2018, 12:37

que pourraient y exercer les autres institutions de l'Union européenne[75], et ce d'autant plus que le directeur exécutif de l'AESM n'est tenu d'effectuer aucune déclaration devant les commissions compétentes du Parlement européen.

Outre le pouvoir de nomination et de contrôle qu'il exerce à l'égard du directeur exécutif, le conseil d'administration est la véritable instance collégiale décisionnelle de l'Agence. Il définit la politique et le calendrier des visites effectuées dans les États membres, ainsi que les procédures administratives dont le directeur doit s'acquitter. Il adopte le rapport annuel d'activité et le plan d'action détaillé dans le domaine de la lutte contre la pollution. Il se prononce sur les demandes d'assistance adressées par les États membres pour l'élaboration de solutions techniques relatives à la mise en œuvre de la législation communautaire. Il arrête l'état provisionnel puis le budget définitif. C'est à l'occasion de l'adoption du programme de travail de l'Agence que l'autonomie dont jouit le conseil d'administration par rapport aux institutions de l'Union européenne se manifeste le plus clairement. La Commission est simplement consultée et le conseil d'administration peut en tout état de cause passer outre son désaccord.

Or, il convient de rappeler que contrairement à la composition équilibrée que la Commission avait d'abord préconisée, le conseil d'administration fait la part belle à la représentation intergouvernementale. L'Agence constitue bien entendu un forum d'échanges entre administrations nationales. Mais c'est aussi un organe assistant la Commission dans la mise en œuvre d'une politique définie conjointement avec le Parlement. Dans sa proposition originelle, la Commission avait donc suggéré que le conseil d'administration fût composé de quatre représentants de chacune de ces trois institutions ainsi que de quatre représentants des secteurs professionnels les plus concernés[76]. En tout état de cause, puisque l'AESM n'était pas appelée à exercer directement et par elle-même la fonction exécutive, une représentation de l'ensemble des États membres au sein du conseil d'administration n'apparaissait pas indispensable.

Cette composition quadripartite équilibrée n'a pas survécu à la procédure législative et a laissé la place à un face-à-face numériquement déséquilibré entre les représentants de la Commission d'une part, et les représentants de l'ensemble des États membres d'autre part[77]. Plus encore, la référence aux « représentants du

75) Le conseil d'administration de l'AESM jouit à cet égard d'une marge de manœuvre plus importante que celui de bon nombre d'autres agences décentralisées.

76) Cette composition équilibrée ne devait pas être exclusive à l'AESM. Dans le projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation qu'elle a présenté en 2005, la Commission a en effet exposé que « la participation de l'agence à l'exercice de la fonction exécutive au niveau communautaire appelle une représentation paritaire des deux branches de l'exécutif communautaire au sein du conseil d'administration ». Cette représentation paritaire visait selon elle à reproduire un « juste équilibre entre la poursuite des objectifs communautaires et la prise en compte des intérêts nationaux » (Voy. COM(2005) 59 final, du 25 février 2005).

77) Les représentants des secteurs professionnels concernés sont pour leur part privés du droit de vote.

Cap XV libro 4.pmd 368 28/05/2018, 12:37

Conseil » a été remplacée par une référence aux « représentants de chaque État membre ». Ce n'est donc même plus l'institution intergouvernementale de l'Union européenne qui est appelée à être représentée au sein du conseil d'administration de l'AESM, mais les États membres eux-mêmes[78].

Le Conseil, à qui l'on doit cette évolution[79], a pu compter sur le concours pour le moins inattendu du Parlement européen, qui non seulement a renoncé à ses propres représentants[80] mais s'est aussi employé, de manière plus générale, à conforter le contrôle des États membres sur le fonctionnement de l'Agence, et à limiter celui de la Commission[81].

L'empreinte de l'intergouvernementalisme ne se limite pas à la composition du conseil d'administration. Les groupes de travail *ad hoc* créés pour le développement des systèmes d'information gérés par l'Agence sont très majoritairement composés de représentants des États membres[82]. Rappelons par ailleurs l'ascendant pris par la branche intergouvernementale du pouvoir budgétaire de l'Union européenne[83].

---

78) Pour Jean-François Couzinet, il y a lieu de craindre que « le développement déjà observé du phénomène des agences de l'Union n'aboutisse à un véritable déplacement du pouvoir de décision de la Commission vers les organes de gestion des Agences et, par suite, à une redistribution dissimulée des compétences par un glissement de certaines d'entre elles de l'Union vers les États membres » (Voy. « Agences et compétences des États et de l'Union », *in* J.-F. Couzinet (dir.), *Les Agences de l'Union européenne*, *op. cit.*).

Ce risque avait d'ailleurs été exposé dans les deux résolutions précitées du Parlement européen, du 19 janvier 1993, sur les aspects financiers des organismes satellites des Communautés européennes, et sur la création et le fonctionnement des organismes et agences spécialisés.

79) Position commune (CE) nº 33/2002 du 7 mars 2002 (*JOCE*, C 119E du 22.5.2002, p. 27-36).

80) Résolution législative du Parlement européen, du 14 juin 2001 (*JOCE*, C 53 E du 28 février 2002, p. 312-316). Ce choix surprend à double titre. D'une part, il contredit le souhait que le Parlement avait manifesté dès le début des années 1990 d'être associé plus étroitement à la création et au fonctionnement des agences de régulation (Voy. la résolution du 19 janvier 1993, *JOCE*, C 42 du 15 février 1993, p. 61-63 ; et la résolution du 19 janvier 1993, *JOCE*, C 42 du 15 février 1993, p. 63-65). D'autre part, les parlementaires n'ont suggéré aucune procédure alternative leur permettant d'avoir une influence au moins indirecte sur la composition du conseil d'administration.

La résolution législative du Parlement européen du 14 juin 2001 ne donne aucune justification concernant une telle renonciation. Et le rapport présenté quelques jours plus tôt par la commission de la politique régionale, des transports et du tourisme, « [salue] l'idée que le Parlement européen nomme quatre représentants ». On en viendrait à penser que c'est par erreur que le Parlement européen a renoncé à être représenté au sein du conseil d'administration de l'agence. La référence par la Commission européenne au « respect sans faille du principe de séparation des pouvoirs législatif et exécutif » n'est pas plus satisfaisante, tant ce principe est inhabituel et peu approprié pour rendre compte de l'équilibre institutionnel au sein de l'Union européenne.

81) Sur cette évolution, voy. P. Langlais, *Sécurité maritime et intégration européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, § 1118-1184.

82) Voy. la décision de la Commission 2009/584/CE, du 31 juillet 2009, établissant le groupe de pilotage de haut niveau *SafeSeaNet* (*JOUE*, L 201 du 1er août 2009, p. 63-64), puis la décision (UE) 2016/566, du 11 avril 2016, établissant le groupe de pilotage de haut niveau pour la gouvernance du système et des services maritimes numériques (*JOUE*, L 96 du 12 avril 2016, p. 46-49). Ce groupe de pilotage réunit des

Cap XV libro 4.pmd 369 28/05/2018, 12:37

Dire que l'AESM est dirigée par le conseil d'administration revient, en définitive, à dire que l'Agence est aux mains des États membres. Et cela ne va pas sans provoquer une certaine incongruité s'agissant de l'assistance que l'Agence prête à la Commission dans le cadre de son rôle de gardienne des traités. Entendons en effet que les États membres négocient au sein du conseil d'administration les termes et les échéances des contrôles auxquels ils sont soumis pour vérifier la bonne application qu'ils font du droit commun[84].

La pratique s'avère certes plus nuancée : que les représentants des États membres disposent arithmétiquement de la majorité des voix ne signifie pas qu'ils s'accordent et forment systématiquement un front uni contre la Commission[85]. Pour autant, la composition actuelle du conseil d'administration, dans le contexte renouvelé d'une Europe élargie, n'apparaît pas satisfaisante, et la question se pose, ici comme ailleurs, d'une limitation du nombre de membres qui en composent le collège[86]. Conciliée avec le souhait d'une représentation paritaire des deux branches de l'exécutif, cette évolution ne pourrait consister, le cas échéant, qu'en une diminution du nombre de représentants des États membres[87].

---

représentants de la Commission et des représentants des États membres. L'AESM y est représentée à haut niveau et jouit du statut d'observateur permanent. Les États membres de l'AELE et de l'EEE y sont également représentés comme observateurs.

83) Que ce soit lors de l'adoption du cadre financier pluriannuel ou du budget annuel, ou à travers les conditions d'élaboration du règlement financier, de la décision relative au système des ressources propres de l'Union et des autres actes législatifs pouvant avoir des implications budgétaires, la branche intergouvernementale du pouvoir budgétaire conserve un avantage incontestable.

84) L'enjeu n'est pas seulement théorique. La 16e réunion du conseil d'administration, en novembre 2006, a ainsi été le théâtre d'une opposition entre les représentants des États et ceux de la Commission, au sujet des visites effectuées par l'Agence et ayant donné lieu à l'ouverture d'une procédure précontentieuse de constat de manquement.

85) Lorsqu'un consensus est trouvé entre les services de l'Agence et la Commission, il est généralement possible d'infléchir les éventuelles réticences des représentants nationaux et de faire adopter une décision par le conseil d'administration. À l'inverse, lorsqu'une position commune est arrêtée entre les États les plus concernés par les questions de sécurité maritime, elle peut emporter la décision du conseil d'administration.

86) Dans une Union à Vingt-Huit, le conseil d'administration de l'AESM se trouve composé d'autant de délégations nationales, fortes de plusieurs membres, chacune le plus souvent (représentant disposant du droit de vote, suppléant, conseiller technique) de représentants de la Commission (jusqu'à 9), de représentants des secteurs professionnels maritimes, d'observateurs d'États tiers, de membres du personnel de l'AESM.
Ainsi la 23e réunion du conseil d'administration, du 12 mars 2009, a-t-elle réuni 56 personnes. Les 25e (des 19-20 novembre 2009), 29e (des 28-29 mars 2011) et 30e (28-29 mars 2011) réunions ont réuni 57 personnes. La 31e réunion (du 10 novembre 2011), 58. La 22e, (des 20-21 novembre 2008), 59. La 42e, (des 1er-2 juin 2015), 62. La 40e (des 13-14 novembre 2014), 63. Chaque réunion du conseil d'administration prend les allures d'une conférence diplomatique internationale, où le consensus est de surcroît préféré au vote.
Sur l'opportunité de limiter la taille du conseil d'administration des agences, voy. COM(2005) 59 final.

87) Il ne serait pas illégitime que les représentants des États membres soient par ailleurs nommés par le Conseil.

Cap XV libro 4.pmd 370 28/05/2018, 12:37

B. Le contrôle juridictionnel incertain des actes de l'Agence

Une agence décentralisée a la personnalité juridique : les actes qu'elle adopte et les actions qu'elle entreprend lui sont donc directement imputables. À mesure que son champ d'intervention s'élargit et que les relations juridiques qu'elle établit avec des tiers se multiplient, le contrôle juridictionnel des actes qu'elle adopte doit être précisé. L'AESM est principalement concernée par le contentieux de la légalité, plutôt limité compte tenu de l'inexistence d'un pouvoir normatif ou décisionnel autonome, et par le contentieux de la responsabilité, appelé à se développer.

S'agissant du premier, le règlement (CE) n° 1406/2002 ne donne guère de précisions[88]. Tout au plus indique-t-il que les décisions prises par l'Agence en ce qui concerne l'accès du public aux documents « sont susceptibles de faire l'objet d'une plainte auprès du médiateur ou d'un recours devant la Cour de justice, dans les conditions prévues respectivement aux articles [228 et 263 FUE] ». Pour le reste, il convient de s'en remettre aux dispositions des traités constitutifs relatives au recours en annulation (263 FUE[89]) et au recours en carence (265 FUE[90]). Il est probable que ce contentieux concerne principalement les décisions adoptées en lien avec l'organisation d'appels d'offre, auxquels l'Agence a recours dans le cadre de certaines de ses missions essentielles (*SafeSeaNet*, *CleanSeaNet*, constitution d'une flotte de réserve pour les opérations de dépollution, etc.)[91].

S'agissant du second, le règlement (CE) n° 1406/2002 reproduit, à l'échelle de l'Agence, le régime qui vaut pour l'ensemble de l'Union européenne[92]. Sa responsabilité

---

88) La proposition originelle de la Commission comportait une disposition relative au « contrôle de légalité ». Cette disposition organisait un contrôle de légalité en deux temps : un premier contrôle, largement ouvert, exercé par la Commission, puis un contrôle exercé par le juge européen sur la décision de cette dernière. Cette disposition a été retirée par le Conseil, au motif que « l'Agence ne [prendrait] pas de décisions juridiquement obligatoires susceptibles d'affecter des tiers » (Position commune nº 33/2002).

89) Ce recours peut être exercé par un État membre, par le Parlement européen, par le Conseil ou par la Commission, par la Cour des comptes, par la Banque centrale européenne ou par le Comité des régions lorsqu'est en jeu la sauvegarde de leurs prérogatives, mais aussi par toute personne physique ou morale contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires – s'il en est – qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution, avec la difficulté que l'on sait pour remplir ces conditions de recevabilité.

90) Compte tenu des modalités de mise en œuvre du recours en carence, et eu égard au droit positif, il est vraisemblable que cette institution ne concerne que les Agences disposant d'un pouvoir décisionnel individuel et tenues d'en faire usage. Il apparaît que les cas dans lesquels l'AESM pourrait faire l'objet d'un tel recours sont assez rares : ce pourrait être le cas d'un défaut de réponse à l'offre d'un soumissionnaire, ou du défaut d'assistance aux États membres ou à la Commission qui en font la demande.

91) TPICE, 2 mars 2010, *Evropaïki Dynamiki / EMSA*, aff. T 70/05, *Rec.*, 2010, p. II-313 ; CJUE, 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki / EMSA*, aff. C 252/10 P.

Voy. aussi Trib. UE, 13 septembre 2011, *Dredging International et Ondernemingen Jan de Nul / EMSA*, aff. T 8/09 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Ecoceane / EMSA*, aff. T 518/09.

92) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 8. Article 340 FUE (ex 288 CE).

Cap XV libro 4.pmd 371 28/05/2018, 12:37

non contractuelle, engagée devant la Cour de justice de l'Union, lui impose de réparer les dommages causés par ses services ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres. Cette référence générique et imprécise promet de donner lieu à des développements prétoriens novateurs, si l'on considère d'une part les dommages que l'Agence est susceptible de causer, au moins indirectement, à l'occasion de la gestion d'informations nombreuses et potentiellement sensibles[93], et d'autre part l'incertitude des régimes de protection des informations à caractère personnel et autres données confidentielles relevant du secret professionnel, commercial ou militaire[94].

La responsabilité contractuelle de l'Agence est régie par la législation applicable au contrat en question, et peut être tranchée par la Cour de justice à la faveur d'une clause compromissoire, ou toute autre juridiction ou instance d'arbitrage à laquelle renverrait le contrat. Ce champ de contentieux est probablement appelé à se développer, compte tenu du nombre croissant d'interlocuteurs de l'Agence, à l'occasion de la constitution d'une flotte de réserve ou de la gestion quotidienne des systèmes d'information[95].

---

93) L'article 24 de la directive 2002/59/CE impose aux États membres d'assurer la confidentialité et l'utilisation loyale des données qui leur sont transmises dans le cadre du système communautaire d'information et de suivi du trafic. En pratique, l'accès aux données échangées à travers *SafeSeaNet* est ainsi régi par le principe dit du « besoin d'en connaître ». Ce principe conditionne la nature et le volume des informations dont la communication est autorisée à la démonstration d'un intérêt légitime à y avoir accès. En pratique, il offre une garantie bien fragile, d'autant que la sécurité informatique du système n'est elle-même pas infaillible. La question de la sécurité des données a été l'objet de nombreuses discussions lors du développement de *SafeSeaNet*. Les précautions adoptées n'ont pas permis de prévenir la diffusion des données AIS sur internet, ce qui n'est pas sans mettre en péril la sûreté des navires et sans trahir la confidentialité (commerciale) de ces données. L'OMI et la Commission européenne ont à plusieurs reprises publiquement réprouvé la diffusion de ces informations sur internet.

94) Des inquiétudes s'étaient notamment manifestées à l'occasion de l'association de *SafeSeaNet* au contrôle des pêches, provoquant le retrait de la France du projet pilote dans lequel elle s'était engagée aux côtés de l'AESM, de l'Espagne et de l'Italie.
Sur ces questions, voy. COM(2008) 68 final, COM(2009) 538 final, COM(2010) 584 final, COM(2010) 609 final ; Résolution du Parlement européen du 6 juillet 2011 sur une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne (*JOUE*, C 33 E du 5 février 2013, p. 101-110) ; Avis du Comité économique et social du 14 juillet 2010 (*JOUE*, C 44 du 11 février 2011, p. 173-177), et du 16 juin 2011 (*JOUE*, C 248, du 15 août 2011, p. 123-129) ; Avis du Contrôleur européen de la protection des données du 8 février 2012 (*JOUE*, C 34 du 8 février 2012, p. 18-26) ; du 14 janvier 2011 (*JOUE*, C 181 du 22 juin 2011, p. 1-23) ; du 28 octobre 2011 (*JOUE*, C 37 du 10 février 2012, p. 1-5).

95) Citons par exemple les prestataires auprès desquels l'AESM obtient les images satellitaires qu'elle utilise dans le cadre de *CleanSeaNet*. Ces images ne lui appartiennent pas et les droits de diffusion sont régis par le contrat et par la législation nationale plus ou moins contraignante à laquelle se trouve soumis le cocontractant.
De manière plus générale, l'Agence est devenue un gestionnaire d'informations au bénéfice de l'ensemble des acteurs européens compétents.

Cap XV libro 4.pmd 372 28/05/2018, 12:37

Les doutes sont plus importants encore en ce qui concerne les actes du directeur exécutif, « totalement indépendant dans l'exercice de ses fonctions »[96], et tenu d'adopter un certain nombre d'actes nécessaires au bon fonctionnement de l'agence. Les dispositions du règlement (CE) n° 1406/2002 le soumettent à un contrôle à la fois politique[97], administratif[98] et budgétaire[99]. Mais la question de l'existence et de l'étendue d'un contrôle juridictionnel de ses actes, distincts de ceux de l'Agence, reste ouverte. Peut-être conviendra-t-il de considérer que le directeur exécutif relève de la catégorie des « organes et organismes de l'Union européenne » afin que lui soient étendues les solutions qui prévalent pour l'Agence elle-même.

Conclusion

Le besoin avéré de synergie entre politiques sectorielles ne s'est pas accompagné d'une fusion institutionnelle. Les agences et autres organes spécialisés sont tenus de collaborer entre eux[100], ainsi qu'avec l'ensemble des acteurs susceptibles de leur apporter leur concours, qu'ils soient publics ou privés, civils ou militaires, infra-étatiques, étatiques ou interétatiques. De ces collaborations croisées naît un vaste réseau intersectoriel, polycentrique et multiniveaux, régi par un principe de subsidiarité vertical et horizontal[101].

L'AESM, qui a vu son mandat s'élargir et ses moyens s'étoffer, prend pleinement part à cette évolution. Les systèmes de surveillance et d'information dont la gestion lui a été confiée intéressent de larges communautés d'utilisateurs, ce qui ne va pas sans soulever à terme de nouvelles questions quant aux responsabilités qui seront les siennes[102].

---

96) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 15.

97) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 16.

98) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 10.

99) Règlement (CE) nº 1406/2002, article 19.

100) Pour un exemple d'une telle collaboration dans le cadre de la fonction garde-côtes, voy. ci-après G. Balan, « La fonction garde-côtes au sein de l'Union européenne : une mise en œuvre inter-agences ».

101) La subsidiarité s'entend ici de la priorité donnée au niveau de régulation promis à la plus grande efficacité.

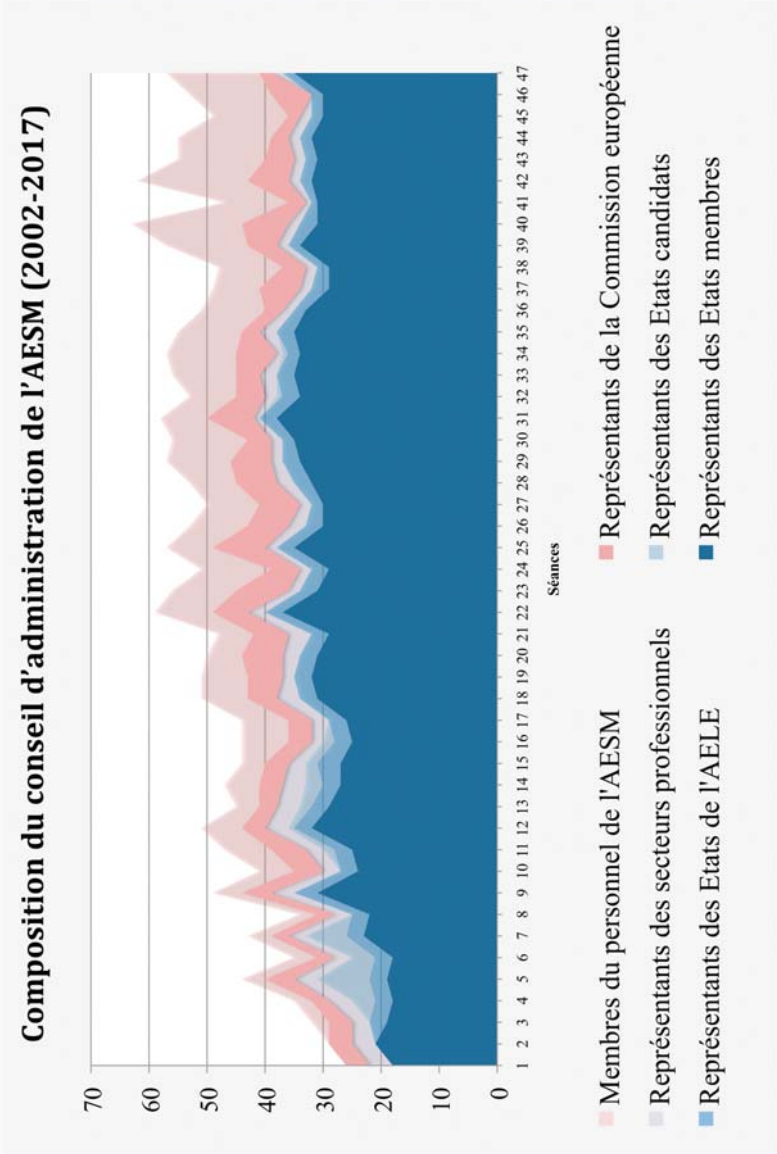
102) Sur la question des responsabilités de l'Agence Frontex, voy. ci-après C. Billet, « Quelle(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex ? ».

Cap XV libro 4.pmd 373 28/05/2018, 12:37

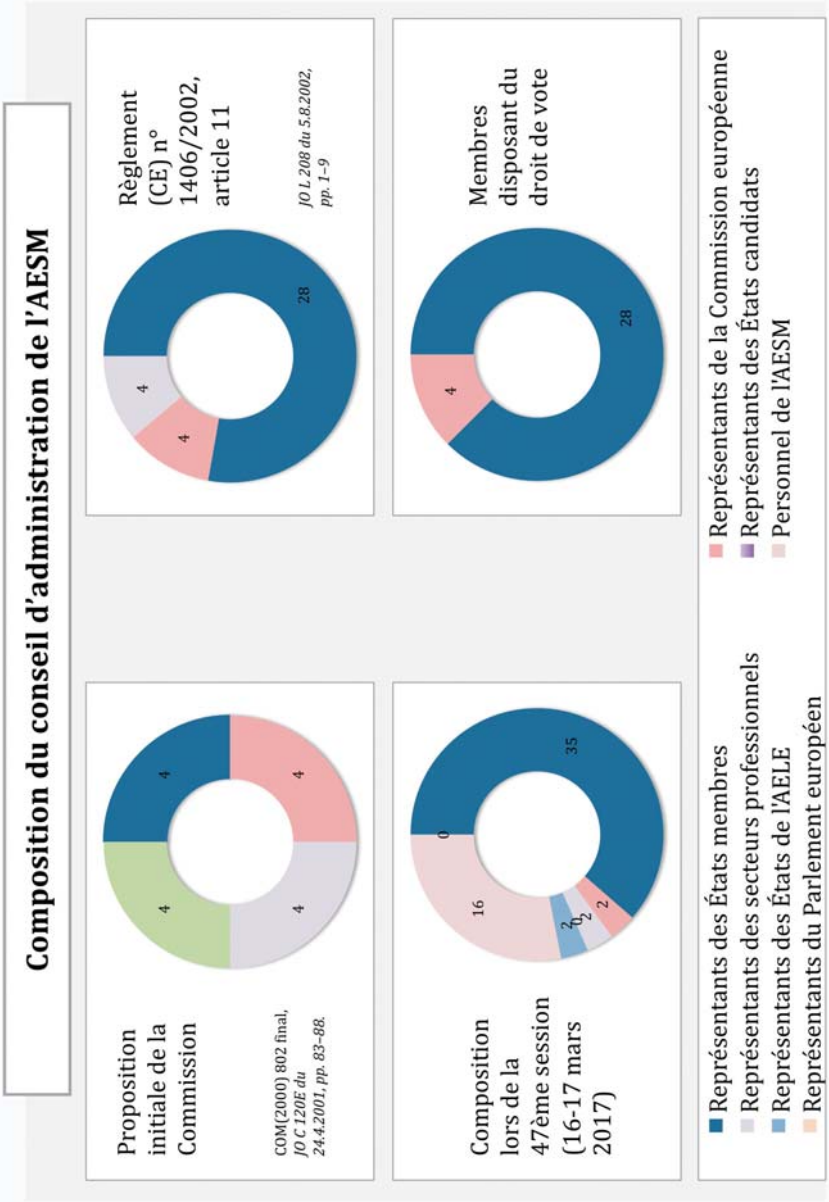
Composition du conseil d'administration de l'AESM
(2002-2017)

Réunions	Nombre de représentants des États membres de l'UE	Nombre de représentants des États de l'AELE	Nombre de représentants des États candidats	Nombre de représentants des secteurs professionnels	Nombre de représentants de la Commission européenne	Membres du personnel de l'AESM
1	18			4	4	
2	21			4	4	
3	19	3		3	4	3
4	18	3	4	4	3	3
5	19	3	9	4	5	4
6	18	3	4	3	3	4
7	23	3	7	3	3	4
8	22	3		3	3	3
9	31	4		4	5	5
10	24	3		3	5	6
11	25	3	2	3	6	8
12	32	3	1	4	4	7
13	29	3	2	4	3	4
14	27	3	3	4	4	6
15	27	4	2	3	4	4
16	25	3	2	2	4	8
17	26	3		3	4	8
18	31	3		4	5	8
19	32	3		2	6	8
20	31	3		3	7	6
21	29	3		4	6	6
22	37	3		3	6	10
23	31	3		2	9	11
24	29	3		2	5	12
25	35	3		2	9	8
26	30	3		3	7	10
27	30	2		2	7	9
28	32	3		3	7	8
29	34	3		2	7	11
30	35	2		2	4	13
31	38	3		1	8	8
32	34	3	1	2	5	8
33	35	3		3	4	11
34	34	2	1	1	7	12
35	35	3		3	3	11
36	33	2		2	3	11
37	29	3		2	7	8
38	29	2		2	4	11
39	34	2		2	5	14
40	31	3		2	8	19
41	31	1		1	3	11
42	32	2		2	7	19
43	31	2		2	5	15
44	32	2		2	3	16
45	30	2		2	2	13
46	30	2		0	7	14
47	35	2		2	2	16

Cap XV libro 4.pmd 374 28/05/2018, 12:37



Cap XV libro 4.pmd 375 28/05/2018, 12:37



Cap XV libro 4.pmd 376 28/05/2018, 12:37

Evolution du budget de l'AESM

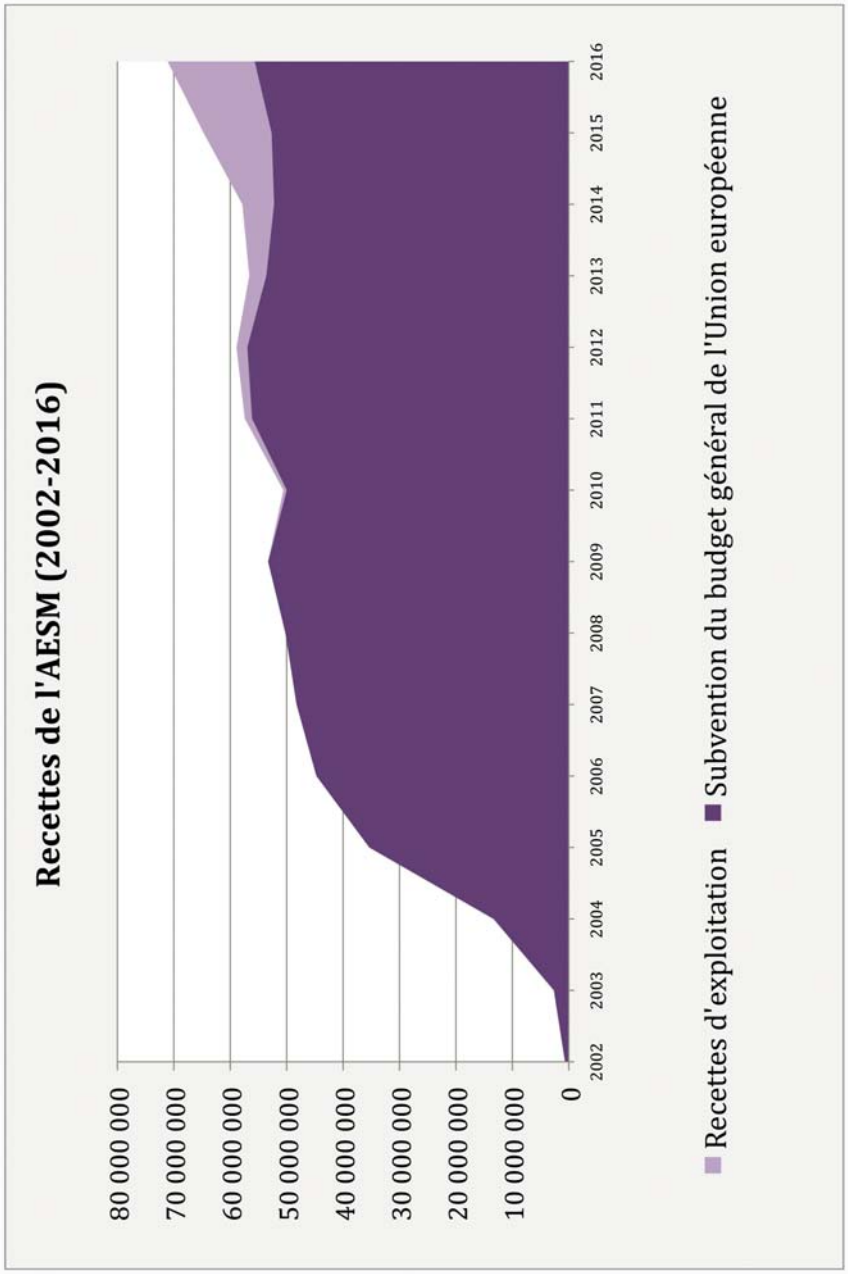
(en euros)

	2002 Paiements	2003 Paiements	2004 Paiements	2005 Paiements	2006 Paiements	2007 Paiements	2008 Paiements
RECETTES							
Subvention du budget général de l'Union européenne	670 000,00	2 650 000,00	13 340 000,00	35 360 000,00	44 738 440,00	48 249 058,00	50 227 866,00
Recettes d'exploitation							
Total	**670 000,00**	**2 650 000,00**	**13 340 000,00**	**35 360 000,00**	**44 738 440,00**	**48 249 058,00**	**50 227 866,00**
DEPENSES	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Personnel							
Personnel en activité		1 349 770,00	3 275 527,07	5 647 293,00	8 519 258,00	10 477 120,00	12 467 091,00
Frais divers de recrutement et de mutation du personn	15 983,16	190 240,00	275 247,10	329 488,00	1 644 255,00	780 414,00	471 572,00
Missions et déplacements		12 480,00	28 737,51	48 972,00	107 266,00	78 020,00	91 398,00
Infrastructure à caractère sociomédical		5 250,00	2 495,00	19 325,00	39 813,00	186 481,00	178 583,00
Formation							
Mesures sociales						263 615,00	289 506,00
Réceptions et représentation		4 760,00	11 509,66	17 575,00	76 475,00	19 656,00	41 922,00
Total	**15 983,16**	**1 562 500,00**	**3 593 516,34**	**6 062 653,00**	**10 387 067,00**	**11 805 306,00**	**13 540 072,00**
Immeubles, matériel et dépenses diverses de fonctionnement							
Location d'immeubles et frais accessoires		153 996,35	388 744,74	1 265 334,00	1 298 331,00	1 381 305,00	1 139 772,00
Acquisitions dans le domaine de l'informatique		556 704,00	97 583,85	171 516,00	316 817,00	186 782,00	499 959,00
Biens meubles et frais accessoires		26 799,65	4 613,67	4 659,00	37 850,00	67 612,00	26 674,00
Dépenses de fonctionnement administratif courant		26 000,00	26 503,98	59 763,00	125 369,00	78 478,00	76 873,00
Affranchissement et télécommunications		17 000,00	75 767,18	73 384,00	85 807,00	104 382,00	97 859,00
Frais de réunions et de convocations	25 000,00	57 000,00	41 852,53	22 895,00	79 734,00	62 880,00	91 216,00
Total	**25 000,00**	**837 500,00**	**635 065,95**	**1 597 551,00**	**1 943 908,00**	**1 881 439,00**	**1 932 353,00**
Dépenses opérationnelles							
Suivi du trafic et information maritime			171 570,40	805 761,00	792 502,00	923 827,00	3 527 620,00
Services d'information et bases de données		85 000,00	171 570,40	805 761,00	792 502,00	923 827,00	1 849 792,00
Système d'identification automatique par satellite (S-AIS) et surveillance maritime							
Centre européen de données d'identification et de suivi des navires à grande distance (LRIT)							1 677 828,00
Coopération concernant les fonctions de garde-côtes							
Mesures antipollution			8 912,16	5 493 157,00	9 299 697,00	15 314 262,00	15 452 978,00
Services de lutte contre la pollution							
CleanSeaNet							
Coopération, coordination et information							
Actions financées au titre d'un projet							
Services d'information maritime							
Aide aux pays candidats et de la PEV							
Contrat de niveau de service de Frontex							
Services CleanSeaNet à des tiers							
Copernicus							
Equasis							
Modules Thetis							
Projet pilote relatif aux Garde-côtes							
Etudes		20 000,00	1 838,16	599 184,00	522 960,00	1 193 580,00	634 180,00
Ateliers et formation opérationnels				79 589,00	83 637,00	156 402,00	567 113,00
Frais de missions liés aux affaires maritimes		55 000,00	121 600,91	235 873,00	387 080,00	702 642,00	579 702,00
Information et publication		15 000,00	29 449,67	81 165,00	158 326,00	60 544,00	96 512,00
Autres (traduction, réunions liées aux activités opérationnelles)		75 000,00	104 071,07	220 470,00	394 196,00	943 654,00	880 742,00
Total	**0,00**	**250 000,00**	**437 442,37**	**7 515 199,00**	**11 638 398,00**	**19 294 911,00**	**21 738 847,00**
Total général	**40 983,16**	**2 650 000,00**	**4 666 024,66**	**15 175 403,00**	**23 969 373,00**	**32 981 656,00**	**37 211 272,00**

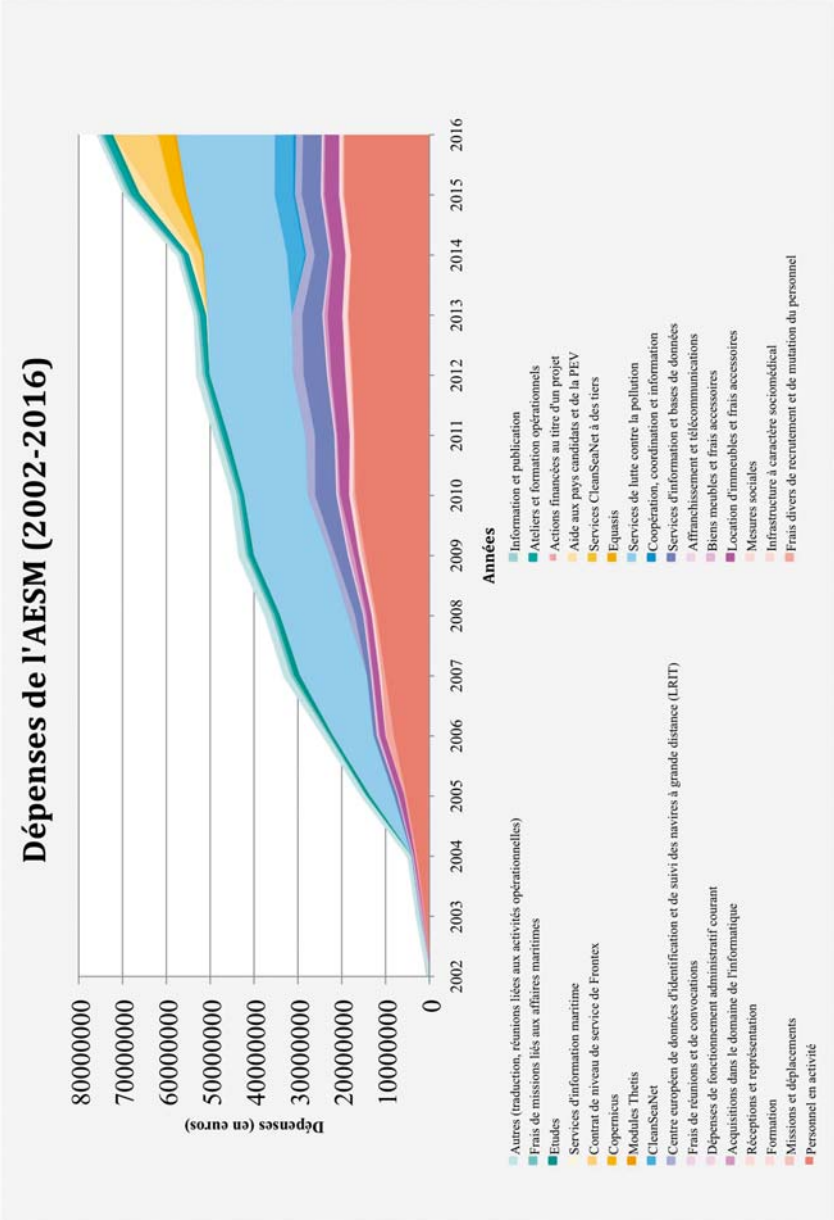
Cap XV libro 4.pmd 377 28/05/2018, 12:37

2009 Paiements	2010 Paiements	2011 Paiements	2012 Paiements	2013 Paiements	2014 Paiements	2015 Paiements	2016 Paiements	2017 Engagements
53 300 000,00	49 994 298,00	56 142 719,00	56 982 159,00	53 617 108,00	52 238 145,00	52 678 256,00	55 689 250,00	74 113 969,00
	580 828,91	1 270 768,91	1 917 554,93	3 007 286,33	5 614 372,75	12 041 033,41	15 424 071,56	431 000,00
53 300 000,00	**50 575 126,91**	**57 413 487,91**	**58 899 713,93**	**56 624 394,33**	**57 852 517,75**	**64 719 289,41**	**71 113 321,56**	**74 544 969,00**
2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	
14 974 201,00	17 239 608,33	17 469 500,30	17 935 920,21	18 820 610,66	18 205 155,27	19 797 250,00	19 762 800,00	21 089 000,00
675 626,00	528 215,61	112 705,36	344 507,83	240 386,03	54 408,10	275 000,00	275 000,00	410 000,00
86 238,00	76 863,74	88 626,15	69 777,00	85 743,60	68 682,80	92 036,82	78 696,65	70 000,00
186 612,00	244 017,27	195 953,56	384 710,14	251 564,90	282 231,91	325 000,00	15 000,00	20 000,00
							310 000,00	260 000,00
458 231,00	578 748,18	666 502,41	788 879,13	814 657,70	847 060,19	465 000,00	465 000,00	460 000,00
45 915,00	22 466,82	25 556,16	10 087,07	17 023,44	21 759,42	30 000,00	30 000,00	25 000,00
16 426 823,00	**18 689 919,95**	**18 558 843,94**	**19 533 881,38**	**20 229 986,33**	**19 479 297,69**	**20 984 286,82**	**20 936 496,65**	**22 334 000,00**
1 109 088,00	2 017 679,44	2 824 343,34	3 222 801,19	3 347 136,25	2 945 934,07	3 305 207,02	3 211 650,64	3 246 841,00
977 470,00	468 115,74	284 085,79	531 997,62	828 184,65	451 922,55	406 095,11	323 587,00	447 000,00
95 008,00	45 508,25	34 862,88	68 736,32	98 815,41	25 541,72	68 000,00	66 500,00	52 500,00
132 661,00	142 833,68	97 284,68	110 431,14	85 170,36	77 187,03	132 500,00	132 500,00	122 500,00
125 611,00	142 403,98	139 538,79	142 214,60	103 927,88	51 932,78	157 033,50	131 995,00	146 195,00
94 348,00	97 002,25	105 448,23	110 976,96	103 138,31	94 074,66	110 000,00	110 000,00	110 000,00
2 534 186,00	**2 913 543,34**	**3 485 563,71**	**4 187 157,83**	**4 566 372,86**	**3 646 592,81**	**4 178 835,63**	**3 976 232,64**	**4 125 036,00**
4 154 316,00	6 542 139,04	6 654 124,02	7 851 178,52	6 981 461,17	5 393 621,75	5 904 506,11	5 902 724,78	22 658 333,00
2 863 615,60	4 824 214,62	4 431 517,62	5 350 895,57	4 605 344,90	3 372 372,49	4 334 444,51	4 277 137,08	4 471 333,00
			85 468,00					
1 290 701,00	1 717 924,42	2 222 606,40	2 414 814,95	2 376 116,27	2 021 249,26	1 570 061,60	1 625 587,78	1 637 000,00
								16 550 000,00
17 302 982,00	14 534 489,07	17 683 285,64	19 044 466,58	19 238 767,89	19 086 306,70	20 052 656,74	22 500 392,70	22 800 000,00
					14 736 929,33	15 430 961,92	17 699 232,00	16 315 800,00
					4 086 366,96	4 304 844,82	4 274 563,70	6 230 000,00
					263 010,41	316 850,00	526 597,00	254 200,00
				247 804,05	3 317 879,17	10 627 154,11	14 883 692,50 p.m.	
					346 961,86			
					622 347,65	2 715 048,09	414,86 p.m.	
					1 909 101,26	4 421 756,02	10 159 277,64 p.m.	
					92 522,77	409 350,00	180 000,00 p.m.	
					0,00	2 500 000,00	3 434 000,00 p.m.	
					274 320,00	416 000,00	450 000,00 p.m.	
					72 625,63	165 000,00	240 000,00 p.m.	
							420 000,00 p.m.	
638 478,00	296 342,09	549 092,30	238 742,00	316 412,22	327 458,70	760 750,00	663 230,00	473 000,00
586 807,00	592 621,19	693 709,11	665 110,87	1 111 472,28	907 256,98	1 301 100,00	1 418 100,00	1 369 600,00
534 786,00	617 704,98	569 389,85	618 965,34	593 318,61	545 649,18	665 000,00	632 452,29	610 000,00
76 575,00	72 802,52	83 382,07	69 801,02	57 351,10	79 699,46	245 000,00	200 000,00	175 000,00
984 822,00	625 361,91	626 276,17	759 945,53	73 504,00	119 178,70			
24 278 766,00	**23 281 460,80**	**26 859 259,16**	**29 248 209,86**	**28 620 091,32**	**29 777 050,64**	**39 556 166,96**	**46 200 592,27**	**48 085 933,00**
43 239 775,00	**44 884 924,09**	**48 903 666,81**	**52 969 249,07**	**53 416 450,51**	**52 902 941,14**	**64 719 289,41**	**71 113 321,56**	**74 544 969,00**

Cap XV libro 4.pmd 378 28/05/2018, 12:37



Cap XV libro 4.pmd 379 28/05/2018, 12:37



Cap XV libro 4.pmd 380 28/05/2018, 12:37

CHAPTER 16
Frontex role in the development of European cooperation on Coast Guard Functions[1]

Vytautas LUKAS
Head of Coast Guard Sector a.i. European Border and Coast Guard Agency (Frontex), Warsaw, Poland

Résumé : *L'article explore le sujet de la coopération dans l'Union européenne sur la question des Fonctions de Garde Côtière, avec une attention particulière aux efforts de la part des Agences de l'UE qui s'occupent des affaires maritime liés à la Garde Côtière : Frontex, EFCA et EMSA. En se concentrant principalement sur les implications de ces développements pour Frontex, l'article trace l'évolution de la coopération pendant l'implémentation d'un Projet Pilote, qui s'est concentré sur quatre domaines principaux : le partage des informations, les services de surveillance, le renforcement de capacités et le partage de capacités. Finalement, l'article traite de l'évolution des Opérations Multifonctions comme un terrain concret sur lequel la coopération dans le domaine des Fonctions de Garde Côtière a été testée, et qui sera inévitablement améliorée et élaborée dans le futur.*

---

1) Human Sea Programme of the University of Nantes: The development of human activities at sea? "For a new Maritime Law", ERC (European Research Council) 2013 Advanced Grant, SP2-Ideas, FP7 (Seventh Framework Programme) of the European Union (2007-2013) Ag[1] Disclaimer: The content of this article does not necessarily reflect the official opinions of any institution or body of the European Union. Neither Frontex nor any person or company acting on behalf of Frontex is responsible for the use that may be made of the information contained in this report.

Cap XVI libro 4.pmd 381 19/05/2018, 12:12

Abstract: *The article explores the evolution of Coast Guard Functions cooperation in the European Union, with particular emphasis on the efforts made by specific EU agencies dealing with many Cost Guard issues related to the maritime domain: FRONTEX, EFCA and EMSA. Mainly focusing on Frontex's involvement in this development, the paper outlines the evolution of cooperation during the implementation of a Pilot Project, which focused on four main areas: information sharing, surveillance services, capacity building and capacity sharing. Finally, the article deals with the evolution of Multipurpose Operations as a concrete area in which Coast Guard Functions cooperation has been tested, and will inevitably be enhanced and elaborated in the future.*

Cap XVI libro 4.pmd 382 19/05/2018, 12:12

1. Background on European cooperation

European cooperation in the maritime domain has experienced greater emphasis and significant growth in recent years, mainly thanks to the efforts of EU institutions and agencies. The Council's 2014 EU Maritime Security Strategy (EUMSS) and the Commission's 2015 European Agenda on Migration were two fundamental steps in creating awareness and fostering concrete actions in order to increase a common response to maritime risks and threats by pooling means and resources available in the EU.

In particular, the European Agenda on Migration stressed out that "upholding our international commitments and values while securing our borders and at the same time creating the right conditions for Europe's economic prosperity and societal cohesion is a difficult balancing act that requires coordinated action at the European level." Cooperation was sought in all domains and without prejudice to member states' sovereignty. Concerning the shared management of European borders, the Agenda supported the development of a European System of Border Guards which "would cover a new approach to Coast Guard Functions in the EU, looking at initiatives such as asset sharing, joint exercises and dual use of resources as well as the possibility of moving towards a European Coastguard."[2]

Further steps have been made by the European Commission when, for the first time, unified efforts led to the drafting of a non-paper on Coast Guard Functions (CGF), presented in September 2015[3] at the European Coast Guard Functions Plenary Conference. The document argued for an increase in cross-sectoral and interagency cooperation, in order to avoid duplications, enhance interoperability and pave the way to further strengthening of the concept of European Coast Guard Functions.

Through this working document, DG HOME, DG MARE and DG MOVE underlined the need to expand coordination through some policy-level actions. Firstly, the non-paper stressed the need to improve governance for policy implementation by the creation of platforms for direct dialogue between all the relevant actors, both at the political and operational level. The document also focused on the enhancement of information sharing between Coast Guard authorities (national and EU level), through the use of existing systems and services, and by the further development of modern technology. Also, attention was drawn to capacity building and capacity sharing, two areas in which cooperation is achievable thanks to the exchange of best practices and guidelines, the establishment of common training and cross-sector joint operations, to be combined with asset sharing and joint planning.

---

2) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the ECOSOC and the Committee of the Regions (2015) *European Agenda on Migration,* p. 2; 17, Brussels.

3) European Commission (2015) "Towards a European Coastguard Capacity", *Non-paper on Coastguard Functions in the EU (17 September 2015).*

Cap XVI libro 4.pmd 383 19/05/2018, 12:12

The non-paper paved the way for the implementation of the Pilot Project aimed at deepening concrete cooperation among the three agencies with the most involvement in and responsibility for coast guard functions activities, i.e. EFCA,[4] EMSA[5] and Frontex.[6] Finally, in order to fully implement the EU Institutions' direction towards Coast Guard Functions cooperation, in September 2016, the mandates of EMSA, EFCA and Frontex were modified and amplified with the introduction of a common article related to European cooperation on Coast Guard Function.[7]

2. The Pilot Project[8]

The Pilot Project "Creation of a European Coastguard Function" (EUCGPP) was launched by the European Parliament and implemented by the European Commission from January 2016 until 2 June 2017, when it was officially closed at a conference hosted by EMSA.

The aim of the project was to foster cooperation in Coast Guard Functions both at an EU and agencies level. This is why it was managed both by a Contact Group between the Agencies and the Steering Group (Commission level), involving mainly DG MARE, DG HOME and DG MOVE. In this way, a wide spectrum of issues could be dealt with, from the political level down to more technical aspects.

Four main tasks derived from the Commission's non-paper were identified for the Steering Committee to address during the Pilot Project, namely, Sharing Information, Surveillance Services, Capacity Building and Capacity Sharing. Coordination roles were also distributed among the Agencies as shown in the following picture:

4) The European Fisheries Control Agency.

5) The European Maritime Safety Agency.

6) The European Border and Coast Guard Agency.

7) (Frontex) Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council, of 14 September 2016; (EMSA) Regulation (EU) 2016/1625 of the European Parliament and of the Council, of 14 September 2016; (EFCA) Regulation (EU) 2016/1626 of the European Parliament and of the Council, of 14 September 2016.

8) Frontex Publications (01/02/2018) – Final report – pilot project "Creation of a European Coast Guard Function".

Cap XVI libro 4.pmd 384 19/05/2018, 12:12

TASK	TOPICS	ACTIVITIES	AGENCY
TASK 1	Sharing information	Fusing and analysing data	EMSA (coordinator)
TASK 2	Surveillance services	Remotely piloted aircraft systems Maritime Patrol Aircraft etc.	EMSA (coordinator) Frontex (coordinator)
TASK 3	Capacity building	Guidelines, recommendations & best practices	EFCA (coordinator)
TASK 4	Capacity sharing	Multipurpose operations	Frontex (coordinator)

Picture 1: Distribution of responsibilities and activities during the Pilot Project

All the tasks of the project were meant to identify existing capacities and cooperation between the three agencies and with the relevant MS authorities, in order to raise awareness on the topic of Coast Guard Functions cooperation, to assess its present validity and mostly to identify areas in which to increase it in the future. In the following paragraphs, the main activities and results of the four tasks of the Pilot Project will be analysed, in order to give a broad understanding of what has been done and what the direction of CGF cooperation is.

2.1. Sharing information

The aim of the first task of the Pilot Project was to develop existing inter-agency cooperation related to information-sharing systems, as well as to further expand it in the future. In particular, this part of the project focused on the analysis of the services that EMSA has already been providing to EFCA and Frontex under Service Level Agreements, in order to test and improve them. EMSA has supported Frontex with 5 services within the EUROSUR[9] Fusion Services framework, generally dealing with the monitoring, tracking, detection and reporting of vessels and activities.

At the same time, EMSA has delivered vessel monitoring support to EFCA through its Integrated Maritime Services (IMS), combined with its services for earth observation, in order to help EFCA fighting against Illegal, Unreported and Unregulated (IUU) fisheries. Specifically, the Integrated Maritime Services have provided EFCA with information concerning vessels' position, route and port calls, with specific tools used to analyse the vessel behaviour, in order to assess possible risks and mitigate them. As for earth observation, during the Pilot Project EFCA had access to EMSA's Copernicus Maritime Surveillance (CMS).

9) European Border Surveillance System, active since 2013.

Cap XVI libro 4.pmd 385 19/05/2018, 12:12

The positive outcomes of this part of the project showed the high benefits deriving from the sharing of information among the three Agencies. Most importantly, EMSA's services were used in multipurpose operations, during which not only the added value of data-exchange was proved, but also the need to increase it in the future was assessed.

2.2. Surveillance services

The objective of the second task was to implement surveillance services able to support multipurpose missions. This has been done both during EMSA-led demonstration of remotely piloted aircraft systems (RPAS) and Frontex-led testing of fixed-wing aircraft (FWA) for aerial surveillance.

Unmanned aerial systems have been proved to be more and more valid instruments in supporting surveillance missions, thanks to their rapidness, flexibility, long endurance and for the inherent safety aspect of not having a pilot on board. All this must be added to the high value of data that RPAS can collect, providing substantial complementary support to patrol vessels and satellite-based surveillance systems. This is why the demonstration led by EMSA – which was possible only thanks to the assistance of INTA,[10] SASEMAR[11] and the Spanish Customs – has been of great value in order to understand and assess the future role of RPAS in the maritime domain, especially supporting multipurpose operations. The demonstration took place in May 2017 and was followed by an Open Day in which representatives of European organisations and member states could witness and learn from the demo and provide feedback to it.

At the same time, Frontex further developed its Aerial Surveillance Service (FASS) based on fixed-wing aircraft in order to perform multipurpose aerial surveillance (MAS), mostly supporting EFCA in pre-frontier monitoring of the Central Mediterranean Sea. The deployment of aircrafts under the MAS service, coordinated at Frontex's premises by a European Monitoring Team, has proved its validity during the Pilot Project, once again showing the feasibility and importance of a European coordinated surveillance. The Monitoring Team was composed of experts from different backgrounds, and their cooperation provided essential added value in enhancing the integration of capabilities and to support the development of shared standard operating procedures (SOP). The project implementation also led to some important lessons being learned concerning the logistics and capacities of these surveillance services.

10) The Spanish National Institute of Aerospace Technology.

11) Spanish Maritime Safety and Rescue Society.

Cap XVI libro 4.pmd 386 19/05/2018, 12:12

2.3. Capacity building

The third task of the Pilot Project dealt with capacity building, and it was coordinated by EFCA. The main objective of this portion of the project was to develop recommendations and best practices for the agencies in order to enhance Coast Guard Functions cooperation. Its main outcome was the outline of a document on "Guidelines on inter-EU agencies cooperation". The recommendations included possible areas for common training, which was assessed as an essential added value and thus to be subject to future development, with the establishment of joint training courses (including e-learning). Also, the feasibility of voluntary staff exchange was assessed as an additional way to exchange best practices and expertise.

2.4. Capacity sharing

The last task, capacity sharing, was co-led by Frontex and EFCA. The main concrete objective of this task was to validate the concept of multipurpose operations, in order to tighten interagency cooperation and bring it to a higher level. In practical terms, it mainly meant cooperation between EFCA and Frontex with a primary focus on the Mediterranean Sea, through the introduction of exchange of real time information and expertise in order to reinforce performance of multipurpose operations, e.g. fisheries control, border control and SAR, in the most coordinated and cost-effective way.

2.4.1. Frontex involvement in multipurpose operations

The Pilot Project, testing the sharing of assets and information, at the same time creating common practices and platforms for interagency cooperation, had its main operational objective in the implementation of multipurpose operations. As each agency has quite specific mandates in only some of the Coast Guard Functions,[12] the full development of a concept for multipurpose operations is in fact essential in order to achieve real cooperation in that domain.

That is why Frontex, within the framework of the Pilot Project, has taken several steps in order to expand its involvement in multipurpose operations. One of the main outcomes in this sense has been the hosting of EFCA inspectors on board assets participating in Frontex's operations, in this way enhancing the EFCA's surveillance capabilities and contributing to increased maritime domain awareness. Frontex's seaborne and airborne means could effectively provide close to real-time operational data with high quality fisheries sightings – over 1000 during the Pilot Project period – increasing EFCA's situational picture, risk analysis and response.

12) I.e. maritime safety, maritime security, SAR, border control, fisheries control, environmental control, customs control and law enforcement.

Cap XVI libro 4.pmd 387 19/05/2018, 12:12

Picture 2: Fishery sighting by FX deployed SE OPV within JO Triton, during EFCA Bluefin Tuna campaign

Under the concept of multipurpose operations, Frontex was also able to contribute in the fight against environmental crime, detecting and reporting around ten possible sea pollution cases to MS authorities and EMSA during the Pilot Project implementation period. This was possible thanks to FX deployed assets, especially airborne ones, which were always equipped with multi-sensor instruments, thus allowing the detection of multiple different maritime infringements at the same time, keeping the focus wide and increasing cost-effectiveness.

Furthermore, as part of the multipurpose concept and as a core part of its mandate, Frontex was heavily involved in targeting cross-border crime during the Pilot Project, cooperating closely with Europol and MS law enforcement bodies to combat crimes including human trafficking and terrorism. In particular, Frontex' contribution helped, for the year 2016, in the apprehension of 1,020 suspected facilitators, the detection of 14 million contraband cigarettes amounting to 3.2 million euros, and of 80 tons of hashish, 1.7 tons of cocaine and 13.8 tons of marihuana in the Western and Central Mediterranean Sea, worth a total of 225 million euros. The results were achieved thanks to Frontex' extensive operational presence at sea and the state-of-the-art maritime surveillance technology used in multipurpose operations.

Cap XVI libro 4.pmd 388 19/05/2018, 12:12

Smuggling of drugs	Total number of incidents	Amount of drugs (kg)
Triton	40	32 440
Poseidon	47	13 240
Indalo	72	87 133
Hera	16	3 066
Minerva	3	40
Focal Points Sea	22	1 135
Total	**200**	**137 054**

Picture 3: Smuggling incidents reported between 01.01.2017 and 31.12.2017.

Another important part of Frontex multipurpose activities was – and is – Search and Rescue (SAR), saving lives in distress having always been the main priority for all kinds of Frontex operations at sea, and now being an essential element of its new mandate. Search and Rescue is effectively part of every Frontex Operational Plan involving Multipurpose Operations. According to them, SAR's requests coming from Maritime Rescue Coordination Centres (MRCC) have always the priority over other kind of activities, which are temporarily suspended until the SAR operation is concluded. In terms of Command and Control (C2), this means that the command of Frontex-deployed assets is temporarily shifted from the relevant International Coordination Centre (ICC) to the concerned Maritime Rescue Coordination Centre for the entire period of SAR activities.

FRONTEX's role in SAR operations includes the provision of first aid and food assistance to people in distress. After the rescue is completed, in the case of migrants, the people are disembarked and handed to the national authorities for identification and registration (according to EU and international laws). In 2016, 2,669 SAR cases were registered in operations in Greece, Italy and Spain, with FRONTEX' deployed assets being involved in the rescue of 90,000 people.

The following picture shows the data related to SAR for 2017:

Joint operation	Total number of incidents	Total number of migrants	Number of SAR cases	Rescued persons (by Frontex deployed assets involved)
Triton	292	119 213	1 110	21 509
Poseidon	367	34 390	411	12 883
Indalo	0	17 358	710	3 835
Hera	84	135	1	1
Total	**743**	**171 096**	**2 232**	**38 228**

Picture 4: Incidents reported between 01.01.2017 and 31.12.2017.

Cap XVI libro 4.pmd 389 19/05/2018, 12:12

3. The European CG vessel

Frontex's role at the external borders as a cornerstone of the European area of freedom, security and justice puts the Agency in the perfect position to act as a facilitating platform for law enforcement, customs and other national authorities' cooperation with the agencies in the maritime domain, as part of the European Integrated Border Management.

Multipurpose operations being one of the main aspects of this evolving cooperation, Frontex has taken important steps not only in the already-mentioned tasks, but also in the field of procurement, by supporting the first multinational crew vessel – the Finnish BG patrol vessel Merikarhu – in implementing EU Coast Guard Functions. The 31-member crew of the Merikarhu has included officers from border and coast guard authorities of seven EU member states: Germany, Poland, Latvia, Lithuania, Estonia, Romani and Greece. This multinational crew, with expertise in different coast guard functions, has supported the core part of the crew, which has been provided by Finland to perform the essential navigational and technical tasks. The introduction of multinational crews is in line with Frontex's new mandate as the European Border and Coast Guard Agency. The main aim of this kind of deployment is to make European MS work together under Frontex's emblem in order to provide assistance in performing Coast Guard Functions at the EU external borders.[13] The combination of Frontex, EMSA and EFCA mandates can effectively cover the entire spectrum of Coast Guard Functions, with no prejudice to EU and national division of competences; indeed, coping with the maritime domain in a comprehensive approach which is not only more valid and in line with EU solidarity principle, but also more cost-effective than ever.

Picture 5: The first European Coast Guard Vessel (the Finnish BG Patrol Vessel Merikharu).

13) Frontex News (20/04/2017), *First ship with multinational crew joins Frontex Operation*, http://frontex.europa.eu/news/first-ship-with-multinational-crew-joins-frontex-operation-rc35II

Cap XVI libro 4.pmd 390 19/05/2018, 12:12

4. Future developments

The results of the Pilot Project in all its aspects – information sharing, surveillance services, capacity building and capacity sharing – showed the unavoidable added value of multiagency and multipurpose cooperation in dealing with Coast Guard Functions at the European level. Acknowledging it, the three agencies signed, in March 2017, a Tripartite Working Arrangement for streamlining future Coast Guard Functions cooperation. In order to implement the agreement, a Steering Committee composed of the Executive Directors of the three agencies was created and met for the first time in Vigo on 22 June 2017. As a result of this first meeting, an Annual Strategic Plan for 2018 was adopted, and the establishment of technical subcommittees dealing with specific areas of cooperation was decided, in this way paving the way for a concrete tripartite cooperation, which will bring further impetus and an integrated approach to the development of European cooperation on Coast Guard Functions.

5. Conclusions

Considering the complexity of the topic of European cooperation on coast guard functions and Frontex's role in relation to it, the following conclusions can be drawn:

- Numerous authorities are in charge of dealing with coast guard functions at various levels: national, regional, EU, global. Therefore, end users' input/ consultation is critical.
- The new initiative launched by EU Parliament with the specific Pilot Project on coast guard functions has been a test bed for interagency cooperation in the maritime domain.
- There is a clear policy line developed by DG HOME, DG MARE and DG MOVE as regards European cooperation on coast guard functions, paving the way for deeper interagency cooperation at EU level (EMSA, EFCA and Frontex).
- In recent years, substantial progress has been made (qualitative and quantitative) by EMSA, EFCA and Frontex, when it comes to interagency cooperation in the maritime domain.
- Due to the complex nature of hybrid threats at sea, cooperation on coast guard functions is an unavoidable element, in order to address widespread illicit phenomena at sea in a holistic way.
- Interagency cooperation in the maritime domain is a vital component in order to reach a coherent and cost-effective approach while dealing with coast guard functions.

Cap XVI libro 4.pmd 391 19/05/2018, 12:12

- There are still many aspects to be dealt with by the agencies in order to reach a common desired state of play and sustainability in relation to coast guard functions

Bibliography

- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the ECOSOC and the Committee of the Regions (2015) *European Agenda on Migration,* p. 2; 17, Brussels.
- European Commission (2015) "Towards a European Coastguard Capacity", *Non-paper on Coastguard Functions in the EU (17 September 2015),* Brussels.
- European External Action Service (2016) *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe, A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy*, Brussels.
- European Parliament and the Council (14 September 2016) *Regulation (EU) 2016/1624*.
- European Parliament and the Council (14 September 2016) *Regulation (EU) 2016/1625*.
- European Parliament and the Council (14 September 2016) *Regulation (EU) 2016/1626*.
- Frontex, EFCA and EMSA (2017) Final Report, *Pilot Project "Creation of A European Coastguard Function".*
- Frontex JORA application.
- Frontex News (20/04/2017), *First ship with multinational crew joins Frontex Operation*, http://frontex.europa.eu/news/first-ship-with-multinational-crew-joins-frontex-operation-rc35II.
- Frontex Publications (01/02/2018) – Final report – pilot project "Creation of a European Coastguard Function".

Cap XVI libro 4.pmd 392 19/05/2018, 12:12

CHAPTER 17
La fonction garde-côtes au sein de l'Union européenne : une mise en œuvre interagences

Gaëtan BALAN
Doctorant, Centre de Droit Maritime et Océanique,
Programme ERC Human Sea, Université de Nantes, France

Abstract: *Various actors exercise the coast guards' mission within states, and it is typically entrusted to contingents of the police, army, maritime administration, or specific administrative bodies such as the American coast guards. There are three essential missions which are: search and rescue at sea, regulation of maritime activities, and risk prevention. This presentation will examine the coast guard's role in its European context, concerning maritime drug trafficking, IUU fishing, migrant smuggling by sea or maritime terrorism. This array of risks has become a reality which the EU now has to face. This situation gave way to recent European legal reforms framing the coast guards' mission, jointly entrusted to the European Agency of coast guards and frontier guards (Frontex) of which it constitutes the main mission, the European Maritime Safety Agency (EMSA) and the European Fishing Control Agency (EFCA). This triptych thus acts in coordination with the member states to guarantee the safety and maritime security of the Union. This reality ought to be examined through the construction of a European legal framework and the reform of Frontex (I) before considering implementation of the coast guards' mission by the European Union's agencies. (II)*

Cap XVII libro 4.pmd 393 28/06/2018, 18:06

Résumé : *Différents acteurs exercent la fonction garde-côtes au sein des États, confiée classiquement aux forces de police, à l'armée, aux affaires maritimes ou à une administration propre telle le corps des garde-côtes américains. On identifie classiquement trois grandes missions que sont l'assistance et le sauvetage en mer, la régulation des activités maritimes et la prévention des risques en mer. Cette présentation examinera la réalité européenne d'une mission garde-côtes dans la lutte contre le trafic de stupéfiants par voie maritime, la pêche INN, le trafic de migrants par voie de mer ou encore le terrorisme maritime. Un ensemble de risques devenu une réalité à laquelle doit faire face l'Union aujourd'hui. Cette réalité a donné lieu aux récentes réformes européennes encadrant la fonction garde-côtes à l'échelle européenne, confiée conjointement à l'Agence européenne de garde-côtes et de garde-frontières (FRONTEX) dont elle constitue la mission principale, l'Agence européenne pour la sécurité maritime (AESM) et l'Agence européenne de contrôle des pêches (AECP) sur l'ensemble de l'espace maritime européen. Ce triptyque agit en coordination avec les États membres pour garantir la sûreté et la sécurité des espaces maritimes de l'Union. Une réalité qui mérite d'être examinée plus avant au travers de la construction d'un cadre juridique européen et la réforme de FRONTEX (I) avant d'envisager la mise en œuvre concrète de la fonction garde-côtes par les agences de l'Union européenne (II*

Cap XVII libro 4.pmd 394 28/06/2018, 18:06

Introduction

Une problématique aussi complexe que celle de la fonction garde-côtes au sein de l'Union européenne doit définir avant tout la délimitation des espaces maritimes. On se réfèrera ici à une construction juridique propre à l'Union et non pas à la délimitation traditionnelle telle que le prévoit la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, convention dite de Montego Bay, signée en 1982,[1] notamment dans la zone des eaux territoriales délimitée à 12 milles marins par l'article 21. Les eaux européennes, au sens de l'Union, se conçoivent comme l'addition des territoires maritimes des différents États membres, aussi bien sur le continent que dans leurs territoires outre-mer. Une délimitation juridique entérinée dans le droit de l'Union par le règlement relatif à la politique commune de la pêche de 2013[2].

L'article 259 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne[3] définit le champ d'application du droit de l'Union européenne et doit servir de référence dès lors que l'on envisage la notion de territoire maritime et de frontières maritimes de l'Union. Le concept s'adapte dès lors à une réalité juridique et ne constitue pas une simple transposition du droit applicable aux États. Les territoires sont avant tout attachés aux États avant de l'être à l'Union, la stratégie pour le milieu marin[4] ne prend en compte la réalité des eaux européennes que par le prisme des espaces marins sous juridiction des États membres.

Avant de poursuivre plus avant nos développements et après avoir vu la réalité des frontières maritimes de l'Union, il convient de tracer les contours traditionnels de la fonction garde-côtes et des autorités auxquelles elle est rattachée. De prime abord, les autorités pouvant assumer cette fonction sont diverses[5] et peuvent relever des forces de police, des forces armées ou encore d'un corps spécifique tels les garde-côtes américains.[6]

---

1) Organisation des Nations Unies, Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay (Jamaïque) le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994.

2) Article 4, 1 (1) « eaux de l'Union », les eaux relevant de la souveraineté ou de la juridiction des États membres, à l'exception des eaux adjacentes aux territoires énumérés à l'annexe II du traité » *;* Union européenne, *Règlement (UE) du Parlement européen et du Conseil relatif à la politique commune de la pêche*, *1380/2013*, 11/12/2013 (Journal officiel de l'Union européenne du 28/12/2013.), consulté le 1er septembre 2016.

3) Union Européenne, *Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Luxembourg : Office des publications officielles de l'Union européenne, 2010, 410 p.

4) Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre stratégie pour le milieu marin) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), 25 juin 2008. Consulté le 4 janvier 2018.

5) Une liste des différentes autorités assurant la mission garde-côtes est disponible sur le site de l'agence européenne Frontex à l'adresse suivante (http://frontex.europa.eu/partners/national-authorities/)

6) Les US Coast Guards sont une administration à part entière qui assure la mission garde côtes dans les eaux américaines.

Cap XVII libro 4.pmd 395 28/06/2018, 18:06

La mission en elle-même s'adapte aux différentes réalités nationales ; trois grandes familles de responsabilités s'en dégagent. La première concerne la protection de la souveraineté nationale et de l'intégrité des frontières terrestres et maritimes en gérant à la fois les flux de marchandises et de personnes pouvant faire l'objet de trafics[7]. La seconde grande famille de missions réside dans la gestion et le respect des normes dans l'exercice des activités en mer. La troisième inclut classiquement la protection contre l'ensemble des menaces pouvant viser la sécurité ou la sûreté maritime à l'encontre des navires, des installations offshore ou des installations portuaires[8].

La réforme de Frontex[9] en agence européenne de garde-côtes et de garde-frontières constitue un fait inédit dans le corpus du droit de l'Union tant du point de vue européen qu'international. En quoi la mutation juridique que constitue la création d'une fonction garde-côtes va-t-elle construire l'action de l'Union au sein de ses espaces maritimes ?

L'Union déroge à son habitude avec une période de négociation étonnamment rapide, bien qu'efficace et riche, conduisant à l'élaboration d'un cadre juridique européen de la fonction garde-côtes (I). Une fonction par nature inter-agences met en synergie les compétences de chacune des trois agences dédiées au maritime en coopération avec les États membres, pour atteindre un même objectif de protection des eaux de l'Union (II).

I) La genèse de la fonction garde-côtes dans le cadre juridique européen

L'élaboration du droit de l'Union européenne est le plus souvent le fruit d'une négociation plus ou moins longue entre les différents acteurs que sont le Conseil, le Parlement européen et la Commission. Une construction juridique qui donnera naissance à l'agence européenne de garde-côtes qui constitue une exception en matière de durée[10] d'élaboration (A). Il est indispensable pour appréhender cette question de manière complète de saisir les multiples aspects d'une véritable fonction garde-côtes (B) et l'investissement en termes de moyens et de logistique que cela requiert pour une efficacité à l'échelle régionale (C).

---

7) On pense notamment au risque de trafic de migrants ou au trafic d'armes par voie maritime.

8) TÉPHANY Y. (2017), « Les compétences de l'État côtier face aux actes illicites intentionnels visant les plates-formes offshore », *in* P. CHAUMETTE (dir.), *Economic challenge and new maritime risks management: What blue growth? - Challenge économique et maîtrise des nouveaux risques maritimes : Quelle croissance bleue ?* GOMYLEX, Gomylex Editorial, Bilbao, 2017, p. 239-254.

9) Conseil de l'Union européenne, *Règlement (CE) nº 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, 7 juin 2006. Consulté le 3 janvier 2018. L'agence commence ces activités à partir du 1er mai 2005.

10) Une durée de décision record entre la proposition du 15 décembre 2015 et l'inauguration de Frontex réformée en octobre 2017

Cap XVII libro 4.pmd 396 28/06/2018, 18:06

A. La réforme de Frontex : l'Agence européenne de gardes-frontières et de garde-côtes

La réforme de l'Agence européenne de gestion des frontières extérieures (Frontex) s'est faite par étapes et sur l'idée déjà ancienne[11] qu'une fonction garde-côtes à l'échelle régionale était nécessaire pour l'Union. La première pierre de cette construction va avoir lieu à l'occasion du conseil européen des 25 et 26 juin 2015[12] qui prend note *« d'une approche globale et systémique, en se fondant sur l'agenda européen en matière de migration présentée par la Commission »* et estime que *« de plus vastes efforts, y compris le renforcement de la gestion des frontières extérieures de l'Union, doivent être déployés pour mieux endiguer les flux croissants de migration illégale »*. Dans la pratique européenne, cela aurait pu être le début et la fin d'une simple constatation du Conseil sur un problème épisodique. La seconde étape va intervenir avec une demande du Conseil d'élargissement du mandat de l'agence FRONTEX en date du 15 octobre[13], qui aboutira deux mois plus tard à une proposition de règlement par la Commission le 15 décembre 2015.[14]

Les négociations et la volonté d'arriver à un consensus juridique ont été étonnamment rapides au regard du parcours législatif ordinaire du droit européen. L'évolution du déploiement sur le terrain et la nécessité de plus en plus urgente pour l'Union de faire face à la crise migratoire conduiront à une réponse partielle par la proposition du 2 mars 2016 sur un mécanisme d'urgence à l'initiative de la Commission[15]. Les deux derniers feux verts interviendront avec l'adoption par le Parlement le 6 juillet[16] et

---

11) Une question écrite de Brigitte Langenhagen, en date du 13 décembre 1993 à la Commission, évoque déjà l'idée d'un « service européen de garde-côtes pour l'environnement », Journal officiel des Communauté européennes, p. 43, 27 octobre 1993. On voit également apparaître dans une proposition de directive du 21-3-2000 l'idée que « de nombreuses voix se sont élevées pour réclamer la création d'un corps de garde-côtes européens ou d'une agence européenne de la sécurité maritime » Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la sécurité maritime du transport pétrolier, COM/2000/0142 final, 21 mars 2000, 130 p. Consultée le 4 janvier 2018. p. 34.

12) Demande du Conseil européen d'un engagement pour faire face à la crise migratoire. Secrétariat général du Conseil *Conclusions du Conseil européen*, EUCO 22/15, 25 juin 2016.

13) 15 octobre 2015 : Demande d'élargissement du mandat de FRONTEX par le Conseil.

14) Commission européenne, un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et une gestion efficace des frontières extérieures de l'Europe, 15 décembre 2015. COM/2015/0673 final.

15) Commission Européenne et Direction générale de la protection civile et des opérations d'aide humanitaire européennes (ECHO), *Communication au Conseil accompagnant la proposition de règlements du Conseil concernant la fourniture d'une aide d'urgence en faveur des réfugiés au sein de l'UE*, 2 mars 2016. Consultée le 12 décembre 2017. Commission européenne et Direction générale de la protection civile et des opérations d'aide humanitaire européennes (ECHO), Communication au Conseil accompagnant la proposition de Règlements du Conseil concernant la fourniture d'une aide d'urgence en faveur des réfugiés au sein de l'UE, COM/2016/0116 final, 2 mars 2016. Consultée le 12 décembre 2017.

16) 6 juillet 2016 : Adoption par le Parlement européen, Conseil de l'Union européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant le règlement (CE) nº 2007/2004, le règlement (CE) nº 863/2007 et la décision 2005/267/CE du Conseil, 6 juillet 2016. Consultée le 18 décembre 2017.

Cap XVII libro 4.pmd 397 28/06/2018, 18:06

l'approbation finale du Conseil le 14 septembre[17]. Les négociations sur le nouveau mandat de Frontex aboutissent, pour permettre l'inauguration de la nouvelle agence le 6 octobre 2016[18].

B. Les multiples réalités d'une fonction garde-côtes européenne

Le règlement met en avant les multiples réalités aussi bien géographiques que politiques de l'action de garde-côtes dans sa dimension européenne. L'Union est bordée par plusieurs zones maritimes de première importance : la mer Noire, la mer Baltique, la mer du Nord, la Manche, la Méditerranée ou encore l'océan Atlantique. Chacun de ces bassins fait face à des défis propres en matière d'activité pétrolière qui engendre un risque de pollution et la question de la sûreté des installations, de pêche illégale ou d'immigration illégale par voie maritime. Les risques en eux-mêmes, bien que pouvant toucher toutes les façades maritimes de l'Union, sont répartis de manière disparate, ainsi la mer Baltique est moins touchée par le risque de trafic de migrants par voie maritime que ne peut l'être la Méditerranée centrale et orientale.

Dès lors, un espace, en grande partie sans frontières, ne saurait gérer la circulation des biens et des personnes sans une capacité de réponse et de gestion des crises, elle aussi définie à l'échelle régionale. L'immensité de la façade maritime européenne, une des premières au monde, rend encore plus pertinent et nécessaire l'établissement d'une fonction de garde-côtes.

La multitude des zones maritimes et des risques vient s'ajouter à une réalité en mer d'ores et déjà composite. La crise migratoire en Méditerranée depuis 2014[19] met en exergue la réalité transfrontière du phénomène auquel doit faire face l'Union, et qui a conduit à la réforme en profondeur de Frontex au vu de son manque de moyens à ce moment-là. Bien que la crise migratoire ait atteint en premier lieu les côtes grecques, elle a par la suite touché l'Italie[20] puis la quasi-totalité des États membres qui ont dû faire face à un afflux de réfugiés encore rarement constaté[21]. La conclusion en est

---

17) 14 septembre 2016 : Approbation finale du Corps européen de garde-côtes et de garde-frontières par le Conseil de l'Union européenne.

18) STROOBANTS J. (2017), « L'Agence européenne de gardes-frontières inaugurée à la frontière bulgaro-turque », *Le Monde.fr*, Bruxelles, 6 octobre 2016. Consulté le 19 décembre 2017

19) Pour la seule année 2014, l'Office international des migrations évoque le chiffre de 3 281 morts et disparus en méditerranée. Maxime VAUDANO et LES DÉCODEURS, « Comprendre la crise des migrants en Europe en cartes, graphiques et vidéos », *Le Monde.fr*, 4 septembre 2015. Consulté le 19 décembre 2017. Réf. Chaumette.

20) Anne-Aël DURAND, Pierre BRETEAU, Mathilde DAMGÉ, « Morts en Méditerranée : comment le drame des migrants s'est concentré en Italie », *Le Monde.fr*, 6 juillet 2017.

21) Catherine WIHTOL DE WENDEN, *La question migratoire au XXIe siècle : migrants, réfugiés et relations internationales*, 3e éd., Paris : Presses de Sciences Po, 28 septembre 2017, 270 p. ; Ronaldo MUNCK (dir.), *Globalisation and Migration: New Issues, New Politics*, 1ère édition, Londres : Routledge, 13 juillet 2009, 252 p. ; Maxime VAUDANO et LES DÉCODEURS, « Comprendre la crise des migrants en Europe en cartes,

Cap XVII libro 4.pmd 398 28/06/2018, 18:06

aussi simple que criante, un risque en mer à l'encontre d'un des États membres a de fortes probabilités de se répercuter dans l'ensemble de l'Union.

Un pas supplémentaire sera franchi dans la gestion des crises par l'Union quand, au lieu de gérer les conséquences en mer d'une instabilité ayant une base à terre, elle va s'ouvrir la possibilité d'agir sur le territoire d'États tiers[22]. Comme le droit international le prévoit, il est nécessaire pour l'Union afin de déployer une opération sur un théâtre extérieur, d'obtenir l'autorisation et le consentement libre et éclairé de l'État concerné. La même autorisation est requise lorsqu'il s'agit de mener des opérations dans les eaux territoriales d'un État tiers[23].

Une capacité d'intervention d'autant plus prégnante face à un trafic de migrants par voie maritime dont une partie des bases arrière permettant cette activité se trouvent à terre, pour partie sur le territoire d'États tiers. Dans ce cadre, l'action garde-côtes requiert une coordination des moyens et des objectifs, et d'être appuyée par une réelle politique extérieure européenne, voire au besoin de conclure les accords nécessaires[24], afin de pouvoir agir contre des bases terrestres pour permettre une lutte à fronts multiples.

La fonction garde-côtes, pour devenir réalité, requiert une flotte pour pouvoir être mise en œuvre. Aujourd'hui, si plusieurs marines nationales peuvent prendre part à une opération sous mandat européen telle que Sophia[25] ou Atalanta[26], ni l'Union ni ses agences ne disposent d'une flotte propre. De plus, les moyens navals disponibles sont inégalement répartis au regard de la tradition maritime ou non des différents

---

graphiques et vidéos », *Le Monde.fr*, 4 septembre 2015.

22) Une possibilité encadrée au cours des négociations aboutissant au règlement final sur l'agence européenne de garde-côtes et de gardes-frontières.

23) Exemple des US Coast Guards et de l'accord avec certains États de la zone Caraïbe par exemple au titre duquel ils sont autorisés à intervenir et à exercer des pouvoirs de police y compris dans les eaux territoriales ; accords de San José du 10 avril 2003 – V. Boré Eveno, « Le cadre juridique international de la lutte contre le trafic maritime de stupéfiants : Quelles compétences pour les Etats ? », *in* P. Chaumette (dir.), *Maritime areas: control and prevention of illegal traffics at sea – Surveillance et prévention des trafics illicites en mer*, Gomylex Editorial, Bilbao, 2016, p. 55-81.

24) Un tel exemple d'accord est d'ores et déjà disponible et donne la capacité à l'Union d'intervenir, d'assister ou d'installer une force pour venir en assistance à un État en situation de « déficience ». Modèle d'accord sur le statut, tel que visé à l'article 54, paragraphe 5, du règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes.

25) Conseil de l'Union européenne, Décision (PESC) 2015/972 lançant l'opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED), JO L.157/51 du 23/06/2015, 22 juin 2015.

26) Conseil de l'Union européenne, Décision 2008/918/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 relative au lancement de l'opération militaire de l'Union européenne en vue d'une contribution à la dissuasion, à la prévention et à la répression des actes de piraterie et de vols à main armée au large des côtes de la Somalie (Atalanta), 9 décembre 2008.

Cap XVII libro 4.pmd 399 28/06/2018, 18:06

États membres et de leur capacité propre à entretenir une force navale suffisante. Ils doivent tout à la fois assurer leurs besoins nationaux et participer à une protection des espaces maritimes à l'échelle européenne.

Une autre originalité de la fonction garde-côtes réside dans sa réalité européenne qui cherche à prévenir un ensemble de menaces qui pourraient s'exercer à l'encontre des eaux de l'Union. Dès lors, il est indispensable que les définitions pénales des activités illicites en mer des uns et des autres se rapprochent progressivement pour affronter des phénomènes tels que la criminalité organisée ou le phénomène des passeurs se livrant au trafic de migrants en Méditerranée.

C. L'investissement européen dans la fonction garde-côtes

Outre le besoin de prendre en compte ces multiples réalités, la fonction garde-côtes s'est trouvée face à une autre difficulté autant juridique que politique sur la question de savoir quels moyens seraient mis à sa disposition. La pratique européenne en matière de responsabilité tout autant qu'en matière de propriété se base avant tout sur la mise à disposition des moyens nécessaires aux agences par les États membres. Autrement dit, une mission définie et prévue au titre du droit de l'Union peut être mise en œuvre uniquement si les États membres lui allouent les ressources nécessaires.

La question de l'équilibre des pouvoirs et des compétences entre l'Union européenne et ses États membres n'est pas nouvelle. Elle s'avère cruciale dans la mise en place effective d'une fonction garde-côtes à l'échelle régionale qui requiert une coopération aussi efficace que possible. La pratique a montré que de simples recommandations ou demandes relatives à la mise à disposition de moyens souffraient d'un délai de réponse excessif des États membres ou bien encore d'une fin de non-recevoir.

Frontex, sous l'emprise de son ancien mandat, souffrait avant tout d'une sous-dotation en termes de moyens et d'une absence de capacités propres au regard des missions qui lui étaient confiées. Une situation certes connue et acceptée par tous, mais qui s'est révélée une faiblesse importante de l'agence dans sa gestion de la crise migratoire. Deux visions opposées des États membres sont apparues entre, d'un côté, une volonté de simple coordination dans la gestion d'une crise, la fonction garde-côtes étant avant cette crise uniquement nationale ; et, de l'autre, la sous-dimension des moyens mis à disposition de Frontex par les États. Une faiblesse antérieure à la notion de fonction garde-côtes dans le droit de l'Union, mais qui est essentielle à prendre en compte pour en comprendre la réforme de Frontex.

Un mandat élaboré en moins d'un an dans un cadre juridique complexe alliant tout à la fois les forces nationales existantes dans les différents États membres et un cadre d'exercice véritablement européen, voilà la construction originale à laquelle l'Union s'est efforcée de donner vie. Tout comme nous avons vu les différents contours de cette fonction dans sa réalité, il est maintenant temps d'en examiner l'exercice sur le terrain et les moyens à sa disposition, pour n'être pas simplement un songe juridique

Cap XVII libro 4.pmd 400 28/06/2018, 18:06

perdu dans les méandres du droit européen, mais une réalité empirique s'exerçant sur un théâtre européen bien concret.

II) Une fonction garde-côtes partagée par trois agences européennes dans sa mise en œuvre

La fonction garde-côtes dans une perspective européenne est véritablement composite tout à la fois en termes de réalité juridique et de missions opérationnelles que cela recouvre. Toutefois, l'élaboration d'une fonction, fût-elle rapide, ne suffit pas à la rendre effective et l'inscrire dans une réalité régionale face à des crises et des risques multiples. Un des éléments essentiels de cette action sur le terrain réside dans les liens qu'entretiennent les États membres avec les Agences européennes impliquées (A). Il est essentiel d'examiner les raisons pour lesquelles ce sont trois agences et non seulement Frontex qui remplissent cette mission au titre de leurs compétences propres (B). Enfin, le cadre et la mise en œuvre inter-agences de cette nouvelle mission de l'Union ne sont pas la moindre des nouveautés, tout à la fois sur le plan institutionnel et sur le plan de la culture juridique de l'Union, qui méritent une analyse (C).

A. Les liens entre États membres et Agences européennes au sein de la fonction garde-côtes

La mise en œuvre d'une fonction garde-côtes au sein de l'Union ne peut se faire qu'en coopération entre les États membres et les Agences européennes concernées. Une réalité juridique et politique que l'on retrouve dans le règlement portant réforme de l'Agence européenne FRONTEX. On retrouve ce besoin d'équilibre dans les différentes déclarations intervenues à ce sujet et dans les rapports d'évaluation de l'Union sur la mise en œuvre de la fonction garde-côtes[27]. Ainsi, ce sont plusieurs grands principes déjà présents dans la pratique européenne qui permettent cette coopération, notamment au travers d'opérations conjointes en mer tel que Poséidon ou Triton[28].

En premier lieu, les agences mettant en œuvre la fonction garde-côtes, à savoir l'AECP[29], l'EMSA[30] et FRONTEX, n'établissent pas de « moyens » ou de « forces »

---

27) Depuis le vote de la disposition, l'Union émet plusieurs rapports de contrôle sur la mise en œuvre de la fonction garde-côtes, constater les progrès et émettre des recommandations.

28) Une liste des opérations conjointe est disponible dans le rapport 2015 de l'agence, p. 45-48. FRONTEX, *Rapport Général pour l'année 2015*, Varsovie : Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, 2015.

29) Conseil de l'Union européenne, Règlement (CE) nº 768/2005 instituant une agence communautaire de contrôle des pêches et modifiant le règlement (CEE) nº 2847/93 instituant un régime de contrôle applicable à la politique commune de la pêche, 26 avril 2005. Consulté le 18 septembre 2017.

30) Communautés européennes, Règlement (CE) 1406/2002 du Parlement et du Conseil du 27 juin 2002

Cap XVII libro 4.pmd 401 28/06/2018, 18:06

opérationnelles qui viendraient concurrencer les pouvoirs nationaux. Tout au contraire, les forces nationales assurant la fonction garde-côtes sont intégrées à son exercice au niveau européen. Dès lors, le principe de complémentarité et de subsidiarité propre au cadre juridique européen continue à être une condition *sine qua non* au développement des champs d'action de l'Union.

En second lieu, la complémentarité des moyens nationaux et européens s'inscrit dans deux grands domaines que sont la capacité d'intervention d'une part et les aspects de logistique d'autre part. La capacité d'intervention, à proprement parler, reste sous la responsabilité des États membres. Ainsi, l'intervention d'un commando marine, par exemple dans le cadre d'une mission Frontex, se fera sous les règles générales européennes, mais les décisions concernant l'assaut ou les règles d'engagement demeurent nationales. C'est une précision qui peut paraître anecdotique, mais qui a toute son importance pour mesurer la complémentarité des uns et des autres.

En ce qui concerne l'aspect logistique, une partie ou la totalité des coûts peuvent être assumés par l'Union au titre de la Politique européenne et de sécurité commune[31] ou de l'action des agences au regard des différentes interventions qui peuvent avoir lieu, au niveau intérieur ou régional dans le cadre de mission telle que Sophia ou Atalanta par exemple.

B. Les trois agences de mise en œuvre.

Les acteurs sont multiples et les États membres tiennent une place primordiale dans la mise en œuvre de l'action garde-côtes sur le terrain. Toutefois, les trois agences européennes assurant la fonction garde-côtes ont chacune des missions bien précises visant au contrôle effectif des eaux de l'Union européenne, avec la possibilité d'établir des coopérations inter-agences, et doivent agir en synergie. Une mise en commun des compétences propres aux agences, comme la sécurité ou la sûreté maritime qu'elles ont développée depuis leur création, indispensable pour la mise en œuvre de la fonction garde-côtes, leur permet d'atteindre des objectifs répondant tout à la fois aux besoins nationaux et européens.

Frontex, fer de lance de cette fonction garde-côtes, va organiser la lutte contre les activités illicites en mer comprenant les trafics de drogues ou d'armes par exemple. Il s'agit également de lutter à l'échelle régionale contre les risques de terrorisme maritime

---

instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime, 27 juin 2002, p. 2.

31) Politique européenne et de sécurité commune (PESC) créée en 1983 par le Traité sur l'Union européenne, ses dispositions générales et les conditions de financement d'une action PESC sont définies par les articles 21 à 46 du Traité de Lisbonne. François-Xavier PRIOLLAUD et David SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne : commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, Paris : Documentation française, 2008, 523 p.

Cap XVII libro 4.pmd 402 28/06/2018, 18:06

ou de trafic de migrants par voie maritime. Il n'y a pas là une absence de droit notamment au travers de la convention SUA[32] et du protocole contre le trafic de migrants intervenus sous l'égide de l'OMI[33] et qui, depuis, servent de référence en termes de droit international public. La question est de savoir comment l'Union va y faire face, notamment au travers de sa composante maritime.

Isolée, une agence européenne peut répondre à une partie des activités illicites en mer, mais pas à la totalité. Pour assurer la fonction garde-côtes sur un espace aussi vaste que les eaux de l'Union européenne, il faut des moyens et des compétences considérables.

L'EMSA va apporter sa compétence dans la lutte contre le risque de pollution maritime, l'assistance en mer, ainsi que la sécurité des ports et installations en mer notamment. Une telle capacité de réponse peut se faire via un cadre juridique spécifique qui permet à l'agence, dans certaines conditions, de louer ou déployer des navires afin de faire face à un événement de pollution en mer. De plus, elle apporte son soutien dans les missions d'assistance et de recherche en mer, de surveillance des frontières et des activités en mer et dans la lutte contre le trafic de migrants dans son champ de compétences. Un éventail permettant d'assurer en partie seulement l'action garde-côtes, d'où la nécessité de coopération avec les autres agences.

En dernier lieu, l'agence européenne de la pêche collabore avec les deux autres et veille au respect des normes concernant la pêche et l'environnement. Elle assure un rôle précieux de renseignement au vu de l'ensemble des données satellite dont elle dispose, permettant par exemple de détecter une activité inhabituelle ou anormale d'un bateau de pêche. Une capacité de surveillance et un suivi des activités en mer au travers d'un suivi satellitaire des navires, élément indispensable tant du point de vue des informations que du point de vue de la capacité d'intervention pour la mise en œuvre concrète d'une fonction garde-côtes.

Là réside l'innovation juridique et logistique de la fonction garde-côtes européenne telle que définie dans le règlement de 2016[34]. Le principe de la fonction garde-côtes

---

32) Organisation maritime internationale et Conférence internationale sur la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, *Convention SUA : Conférence internationale sur la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (conclu à Rome le 10 mars 1988)*, London : OMI, 2006 (vol. 1), 92 p.

33) Communauté européenne, Décision du Conseil du 24 juillet 2006 relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, du protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée en ce qui concerne les dispositions du protocole, dans la mesure où celles-ci relèvent des articles 179 et 181 A du traité instituant la Communauté européenne, 24 juillet 2006. Consulté le 9 septembre 2016.

34) Parlement européen et Conseil, Règlement (UE) 2016/1624 du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) nº 863/2007 du Parlement européen et du Conseil,

Cap XVII libro 4.pmd 403 28/06/2018, 18:06

est, non pas d'aller contre le principe de spécialité des agences, mais d'élaborer une capacité juridique à combiner ces spécialités pour obtenir une capacité d'action à échelle régionale.

C. Une fonction garde-côtes partagée : les missions inter-agences.

Bien que la réforme de Frontex soit une des étapes majeures, il faut dissocier la fonction de garde-côtes, qui regroupe un ensemble de réalités complexes et disparates, de l'agence elle-même. Pour en assurer l'effectivité au sein des eaux européennes, la mission va être partagée entre les trois agences que sont l'Agence européenne pour la sécurité maritime, l'Agence européenne de contrôle des pêches et Frontex. Pour cette raison, il a été établi dans la même dynamique un cadre de coopération inter-agences pour permettre à cette fonction garde-côtes d'être la plus efficace possible. Le but est de parvenir à une interopérabilité permettant d'assurer au mieux la sûreté et la sécurité de l'espace maritime de l'Union européenne.

Une fonction garde-côtes à l'échelle européenne ne peut se faire que par synergie et complémentarité des différents acteurs, qu'ils soient européens ou nationaux. Dans cette optique, la collaboration inter-agences à l'échelle européenne apparaît comme une nécessité. Les trois agences maritimes, comme cela a été évoqué, ont chacune des compétences et une expertise propres dans des domaines variés touchant la totalité ou presque de l'activité maritime.

Le déploiement de la fonction garde-côtes par l'Union a donné lieu à une refonte du cadre de compétences inter-agences. Les mandats de l'agence de la pêche tout comme celui de l'agence européenne pour la sécurité maritime ont été enrichis pour évoquer explicitement la fonction garde-côtes dans le champ de leurs compétences. Une recherche de synergie qui caractérise la fonction garde-côtes, assurée à la fois par une multitude d'acteurs tout en ayant pour incarnation principale l'agence européenne de garde-côtes et de garde-frontières qui devra, avec le temps, continuer tout comme l'Union ou les États membres à évoluer pour protéger au mieux l'espace maritime de l'Union face aux multiples défis qui se présentent à lui.

Conclusion

Une fonction garde-côtes encore en construction

Les services nationaux assurant la mission garde-côtes sont nombreux au sein des 28 États membres et assurent une diversité de tâches relevant tout à la fois de la

le règlement (CE) nº 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, 16 septembre 2016. Consulté le 4 janvier 2018.

Cap XVII libro 4.pmd 404 28/06/2018, 18:06

sûreté et de la sécurité maritimes. La fonction garde-côtes à l'échelle européenne propose une approche globale des menaces et des risques liés aux espaces maritimes et c'est là que réside son originalité. L'Agence européenne de garde-côtes, au titre de son nouveau mandat, intègre les autorités nationales compétentes dans son action et agit en coordination avec l'Agence européenne pour la sécurité maritime et l'Agence européenne de contrôle des pêches. Une mission garde-côtes qui s'exercera aussi bien dans la préservation des ressources et la gestion des risques de pollution en mer que dans la protection des espaces maritimes contre des actions hostiles contre les navires ou les installations offshore, ou encore la gestion des crises migratoires et la prévention du trafic de migrants par voie maritime. Un large cadre d'action qui mettra à l'épreuve la coordination entre les trois agences européennes et la complémentarité entre les niveaux européens et nationaux.

Cap XVII libro 4.pmd 405 28/06/2018, 18:06

CHAPTER 18
Quelle(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex ?

Carole BILLET
Maître de conférences à l'Université de Nantes, France
Membre de l'UMR CNRS 6297 Droit et Changement social

Abstract: *The transformation of Frontex into the European Border and Coast Guard, following regulation (EU) 2016/1624 has led the European legislator to make numerous amendments concerning the responsibility of this agency. Facing criticism for its «responsibility», the provisions relating to this responsibility have been multiplied and we can now observe the development of multi-faceted responsibility. It concerns first the general political accountability of the agency vis-à-vis the European institutions, which it alone assumes insofar as it concerns reporting on the tasks entrusted to it, and which is extended by the new regulation, in connection with the increase in the powers of the agency. It also concerns a responsibility over individuals, which is shared insofar as operational actions within the framework of the European Border and Coast Guard combine the member states and the Agency. This responsibility is assigned for the first time by Regulation (EU) n° 2016/1624.*

Résumé : *La transformation de l'agence Frontex en Corps européen de garde-frontières et de garde-côtes par le règlement (UE) nº 2016/1624 a amené le législateur européen à apporter de nombreuses modifications relatives à la responsabilité de cette agence. Face aux critiques relatives à son « irresponsabilité », les dispositions relatives à cette responsabilité ont été multipliées et on peut dorénavant observer le développement d'une responsabilité multiforme. Il s'agit tout d'abord d'une responsabilité politique générale de l'agence (« accountability » dans la version anglaise) vis-à-vis des institutions de l'UE, assumée seule dans la mesure où il s'agit de rendre compte des missions qui lui sont confiées, et qui se voit étendue par le nouveau règlement, en lien avec l'augmentation des pouvoirs de l'agence. Il s'agit ensuite d'une responsabilité vis-à-vis des individus (« responsibility » dans la version anglaise), qui se trouve quant à elle partagée dans la mesure où les actions opérationnelles menées dans le cadre du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes associent les États membres et l'agence. Cette responsabilité est pour la première fois consacrée par le règlement (UE) nº 2016/1624.*

Cap XVIII libro 4.pmd 407 01/06/2018, 12:10

L'agence Frontex est incontestablement l'un des organismes décentralisés de l'Union européenne les plus connus auprès du grand public. Les actions menées par Frontex ont en effet fait l'objet d'un écho médiatique important, et malheureusement souvent pour souligner les difficultés rencontrées par l'agence et les dérives ayant eu lieu dans la protection des droits fondamentaux des migrants, lesquelles lui ont donné une image largement négative et « irresponsable ». Effectivement, force est de constater que la question de la responsabilité de Frontex n'était pas au cœur des réflexions institutionnelles qui ont présidé à sa création, sous la dénomination d'« agence européenne pour la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne », par le règlement (CE) nº 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004[1]. C'est davantage lors de ses transformations que cette question est passée au premier plan. Face à la nécessité d'accroître les pouvoirs de Frontex, dans le contexte de la « crise migratoire », face aux critiques virulentes à son encontre et à la nécessité de clarifier son statut vis-à-vis des institutions et des États membres, de nombreuses modifications de l'acte constitutif de l'agence ont ainsi eu lieu. Elles ont toutes apporté leur lot de dispositions concernant la question de sa responsabilité. Ainsi, la modification du mandat de l'agence Frontex en 2011, par le règlement (UE) nº 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011[2] a inséré plusieurs nouvelles dispositions, lesquelles ont, selon un rapport du Parlement européen, *« mis en exergue la responsabilité de Frontex en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux »*[3], même si cette responsabilité n'était pas encore véritablement consacrée et les moyens de contrôle demeuraient limités. Récemment, la rénovation de l'agence opérée par le règlement (UE) nº 2016/1624 du Parlement et du Conseil du 14 septembre 2016 mettant en place le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes […][4] a permis de franchir un cap supplémentaire, en consacrant notamment la « responsabilité partagée » de la nouvelle agence et des autorités nationales chargées de la gestion de frontières, dorénavant officiellement dénommée agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes[5]. La clarification de la responsabilité de cette agence rénovée apparaît comme le corollaire nécessaire du renforcement de ses compétences et moyens d'action. Au regard des nouvelles dispositions de son acte constitutif, son rôle dépasse considérablement le simple rôle

1) Règlement 2007/2004/CE du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JOUE 2004, nº L 349, p. 1.

2) Règlement (UE) nº 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) nº 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JOUE 2011, nº L 304, p. 1.

3) Expression trouvée notamment dans le rapport du Parlement européen A8-0200/2016 du 3 juin 2016, p. 133.

4) JOUE 2016, nº L 251, p. 1.

5) Celle-ci reste communément appelée « Frontex » conformément aux précisions sur ce point dans le règlement, voir le considérant 11 du règlement (UE), 2016/1624.

Cap XVIII libro 4.pmd 409 01/06/2018, 12:10

d'assistance et de coordination qui prévalait jusque-là, pour tendre vers un « rôle essentiel d'établir une stratégie technique et opérationnelle pour la mise en œuvre de la gestion intégrée des frontières au niveau de l'Union » et de « superviser le fonctionnement effectif du contrôle aux frontières extérieures »[6].

Dans ce contexte, les enjeux de la question de la détermination de la responsabilité de l'agence sont multiples. Au plan institutionnel, d'une part, la forme de l'agence, celle d'un organisme décentralisé de l'Union, implique que Frontex doit respecter les règles du droit de l'UE et trouver sa place dans une architecture institutionnelle évolutive. Or, la place des agences au sein du système institutionnel de l'UE demeure encore largement incertaine, et ce malgré les efforts menés par la Commission depuis une dizaine d'années afin de clarifier leur statut et de définir un cadre plus cohérent pour leur fonctionnement. Ainsi, dans une communication de 2008 « Agences européennes – Orientations pour l'avenir »[7], elle évoquait déjà largement les difficultés relatives à cette question et « la nécessité de soumettre les agences à des règles claires en matière de responsabilité ». Une réflexion engagée par le Parlement européen, le Conseil et la Commission a donné lieu, en juillet 2012, à une déclaration commune de ces trois institutions sur les agences décentralisées[8]. Sans aller ici jusqu'à adopter un accord interinstitutionnel, lequel peut depuis le traité de Lisbonne revêtir un caractère contraignant[9], les institutions ont donc, grâce à ce document, cherché à envisager un cadre plus cohérent et plus efficace pour le fonctionnement des agences. La stratégie menée tendait alors à « parvenir à une gouvernance plus équilibrée, à une efficience et une responsabilité accrues et à une plus grande cohérence »[10] pour les agences. L'évolution des dispositions relatives à l'agence Frontex a donc été réfléchie dans ce contexte institutionnel. Son cas était d'autant plus important eu égard à son rôle reconnu en tant qu'acteur autonome chargé d'activités opérationnelles, lesquelles touchent directement les personnes et posent la question du respect de leurs droits fondamentaux, à ses pouvoirs grandissants et à ses moyens financiers de plus en plus importants[11].

Au plan opérationnel ensuite, les actions de Frontex étant de plus en plus nombreuses et ambitieuses, les risques de voir affectés les droits des personnes concernées par les actions de Frontex sont inéluctablement de plus en plus grands. Or, les imprécisions

6) Considérant 11 du règlement.

7) COM(2008) 135 final du 11 mars 2008.

8) Disponible à l'adresse suivante : https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/joint_statement_and_common_approach_2012_fr.pdf

9) Article 295 TFUE.

10) Objectifs de l'approche commune tels que résumés par le rapport de la Commission sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de l'approche commune concernant les agences décentralisées de l'UE, COM(2015) 179 final du 24 avril 2015, p. 1.

11) L'agence dispose d'un budget conséquent de plus de 300 millions d'euros en 2017.

Cap XVIII libro 4.pmd 410 01/06/2018, 12:10

sur la responsabilité de l'agence ont pu poser problème au regard de la pratique, puisqu'à plusieurs reprises des incidents impliquant des violations des droits fondamentaux ont été signalés lors d'opérations coordonnées par l'agence. Ont notamment été mis en avant, même si cela reste des cas isolés, des mauvais traitements de la part des agents participants aux opérations (tel que le refus d'accès à de l'eau potable lors d'une interception en mer[12]) et même des actes de violence (des rapports font état de plusieurs incidents graves, au cours desquels des garde-côtes ont tiré sur des migrants entre mai 2014 et décembre 2015, lors de l'opération Poséidon menée par l'agence européenne dans les eaux territoriales grecques[13]). Il est apparu ici essentiel de clarifier qui des États membres (des autorités des États membres/de leurs agents) ou de l'agence (de ses agents) pouvait voir sa responsabilité engagée pour ces actes.

La rénovation de l'agence Frontex effectuée en 2016 tenait sans conteste compte de ces enjeux et témoigne d'une volonté du législateur européen de clarifier et de renforcer la responsabilité de l'agence. Pour preuve, on trouve en effet plus d'une vingtaine d'occurrences du terme « responsabilité » dans le règlement (UE) n° 2016/1624 et plusieurs articles affichent traiter de cette question, tels que l'article 5 intitulé « responsabilité partagée », l'article 7 intitulé « responsabilité », et les articles 42 et 43 intitulés respectivement « responsabilité civile » et « responsabilité pénale ». L'appréhension de ces dispositions, leur articulation et leur mise en œuvre semble néanmoins soulever quelques difficultés, et on peut donc observer, malgré les efforts déployés par le législateur européen et l'agence elle-même, quelques incertitudes persistantes dans la responsabilité de l'agence, révélatrices de certaines ambivalences dans la réforme opérée[14].

Cherchant à appréhender globalement les questions relatives à la responsabilité de l'agence, on observe le développement d'une responsabilité multiforme, ce qui transparaît davantage dans la version anglaise du règlement qui distingue des hypothèses d'« accountability » et de « responsibility ». Il découle en effet du nouveau règlement des hypothèses de responsabilités distinctes. La première réside dans la responsabilité politique générale de l'agence vis-à-vis des institutions de l'UE, assumée seule dans la mesure où il s'agit de rendre compte des missions qui lui sont confiées. Cette responsabilité se voit étendue par le nouveau règlement, en lien avec l'augmentation des pouvoirs de l'agence (I). La seconde est une responsabilité vis-à-

12) Faits dénoncés par l'organisation Human Rights Watch.

13) V. http://www.lepoint.fr/monde/frontex-a-t-elle-tire-sur-des-migrants-01-09-2016-2065179_24.php

14) V. notamment le dossier « La réforme de Frontex : du neuf vraiment ? Dans quelle mesure ? » RTD Eur. 2017, p. 435, constitué des articles suivants : D. Ritleng « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », p. 437, E. Dubout « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », p. 457, A. Bouveresse « Frontex : une agence responsable et sous contrôles ? Ni *blanc-seing* ni *dirty hands* », p. 477, F. Gazin « Peut-on mettre du vin nouveau dans de vieilles outres ? », p. 487 et L. Clément-Wilz « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex », p. 511.

Cap XVIII libro 4.pmd 411 01/06/2018, 12:10

vis des individus, et se trouve cette fois partagée dans la mesure où les activités menées associent les États membres et l'agence. Cette responsabilité est pour la première fois consacrée par le règlement (UE) nº 2016/1624 4 (II).

I L'extension de la responsabilité politique de l'agence Frontex vis-à-vis des institutions de l'UE

La question de la responsabilité de l'agence Frontex vis-à-vis des institutions de l'Union apparaît depuis toujours éminemment délicate puisqu'il s'agit de trouver un équilibre entre la nécessaire autonomie de l'agence, lui permettant d'agir efficacement pour assurer ses missions, et le non moins nécessaire contrôle de la part des institutions de l'UE, afin de préserver la cohérence de l'action de l'UE. En effet, les agences de l'UE se trouvent dans une situation particulière puisque disposant d'une personnalité juridique propre[15] mais devant néanmoins s'intégrer pleinement dans l'action de l'Union, au nom de l'exigence de cohérence[16]. Sur ce point, on observe des évolutions dans les solutions d'équilibre trouvées entre ces deux exigences, qui ont évolué en parallèle de l'accroissement des pouvoirs de Frontex. Les nouvelles dispositions témoignent de la volonté d'afficher une responsabilité étendue car véritablement affichée à l'égard du couple Conseil – Parlement européen (A), lesquels se voient dotés de moyens de contrôle renforcés, mais également grâce à une responsabilité de fait à l'égard de la Commission (B).

A La responsabilité politique affichée de l'agence vis-à-vis du Conseil et du Parlement

L'article 7 du nouveau règlement prévoit dorénavant dans des termes on ne peut plus explicites que « l'Agence est responsable devant le Parlement européen et le Conseil conformément au présent règlement ». Il s'agit ici d'une innovation majeure du nouveau règlement puisque les précédents ne consacraient pas aussi explicitement une responsabilité politique de l'agence vis-à-vis du législateur, qu'il s'agisse du Conseil pour le règlement (CE) nº 2007/2004, ou du Conseil et du Parlement européens depuis le règlement (UE) nº 1168/2011. La proposition initiale de la Commission ne contenait d'ailleurs pas de tel article[17], celui-ci résulte en réalité d'un amendement proposé par le Parlement en première lecture souhaitant manifestement instituer

15) Si les traités ne donnent pas de définition officielle des agences, la Commission a donné une définition des agences en 2008 dans une communication, à savoir : *« organismes indépendants dotés d'une personnalité juridique propre »*, COM(2008) 135 final, précitée, p. 4.

16) V. l'article 7 TFUE qui dispose que « l'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs et en se conformant au principe d'attribution des compétences ».

17) V. COM(2015) 671 du 15 décembre 2015.

Cap XVIII libro 4.pmd 412 01/06/2018, 12:10

clairement cette responsabilité[18]. Ce nouveau règlement, fondé sur l'article 79 § 2 c) TFUE, ayant été adopté en application de la procédure législative ordinaire, il apparaissait cohérent que la responsabilité soit consacrée à l'égard tant du Conseil que du Parlement européen. Mais bien que la formule consacrée soit explicite, l'article lui-même ne va pas au-delà et il faut en réalité chercher dans l'ensemble du règlement pour trouver les mécanismes mis en place pour permettre au Conseil et au Parlement de mettre en œuvre cette responsabilité. Ces dispositions, largement dispersées, témoignent de la volonté de confier à ces deux institutions de nombreuses et réelles possibilités de contrôle, même s'il s'agit davantage d'un « contrôle-information » que d'un « contrôle-sanction ». On relèvera toutefois que si bon nombre de ces mécanismes mis en place sont communs aux colégislateurs, e Parlement européen bénéficie de divers moyens de contrôle supplémentaires, et peut dès lors exercer un contrôle plus important que le Conseil sur l'agence.

Concernant tout d'abord les mécanismes de contrôle communs, ils touchent des aspects divers de l'activité de Frontex. Il existe tout d'abord une obligation de transmission de documents généraux relatifs aux activités de l'agence, à établir tous les ans, à savoir le rapport d'activité annuel[19], un document de programmation pluriannuel et le programme de travail pour l'année à venir[20] ou l'analyse des risques générale[21]. Il s'agit également de documents relatifs au budget de l'agence tels que le projet d'état prévisionnel des recettes et dépenses[22], le rapport annuel sur la gestion budgétaire et financière[23], ou les comptes définitifs[24]. Il peut également s'agir d'envoi d'informations plus ponctuelles telles que des analyses des risques spécifiques pour les activités opérationnelles[25], des informations relatives à la pénurie de garde-frontières[26] ou des lacunes relatives au parc des équipements techniques[27], ou encore toute information pertinente sur l'issue des procédures d'évaluation menées par l'agence[28]. Chacune de ces deux institutions peut également inviter le directeur exécutif de l'agence à faire un rapport sur l'exécution de ses missions[29].

---

18) Article 6 bis intitulé « obligation de rendre compte » : la dénomination et le numéro de l'article seront changés mais pas le contenu de l'article, puisque celui-ci indiquait déjà que « l'Agence est responsable devant le Parlement européen et le Conseil conformément au présent règlement ». Voir rapport A8-0200/2016 du 03/06/2016.

19) Article 62 § 2 i).

20) Article 62 § 2 j) et article 64.

21) Article 11 § 2.

22) Article 75 § 5.

23) Article 76 § 3.

24) Article 76 § 7.

25) Article 11 § 2.

26) Article 20 § 9.

27) Article 39 § 12.

28) Article 62 § 6.

29) Article 68 § 2.

Cap XVIII libro 4.pmd 413 01/06/2018, 12:10

Concernant ensuite les pouvoirs additionnels du Parlement européen, ils sont nombreux et témoignent de la volonté d'accroître le contrôle démocratique sur le travail de l'agence. L'organe démocratique doit en effet recevoir des rapports additionnels portant sur le nombre de garde-frontières déployés[30] et les équipements techniques fournis par les États membres[31], ce qui lui permet d'exercer un contrôle indirect sur l'implication des États membres dans les activités de Frontex. Il est également informé des activités externes de l'agence, qu'il s'agisse de la conclusion d'arrangements de travail avec des organisations internationales[32] ou des pays tiers[33], ou du déploiement d'un officier de liaison dans un pays tiers[34]. Dans certains domaines où le Parlement dispose déjà de pouvoirs communs avec le Conseil, il bénéficie de pouvoirs renforcés par rapport à ce dernier. Ainsi, en matière de budget il peut demander au directeur exécutif toute information nécessaire au bon déroulement de la procédure de décharge[35], et il est donc compétent pour donner cette décharge au directeur exécutif[36]. Enfin et surtout, le règlement prévoit explicitement une procédure d'audition pour les candidats au poste de directeur exécutif : les trois candidats - présélectionnés par la Commission - sont en effet « invités à faire une déclaration devant la ou les commissions compétentes du Parlement européen et à répondre aux questions posées »[37]. Cette procédure, qui rappelle la pratique instaurée à l'égard des futurs commissaires lors de la formation de la Commission, se distingue de cette dernière (outre le fait qu'elle soit ici explicitement consacrée) en ce que le Parlement européen exprime à l'issue de ces auditions un avis exposant son point de vue au sein duquel il peut indiquer sa préférence pour un candidat[38]. Le directeur finalement retenu devra par ailleurs faire une déclaration devant le Parlement européen à la demande de ce dernier et a également l'obligation de l'informer régulièrement[39]. Il ressort de ces nombreuses dispositions que le contrôle susceptible d'être effectué par le Parlement européen a été largement renforcé au regard des règlements précédents et que les revendications du Parlement européen visant à l'amélioration du contrôle démocratique sur l'agence ont été largement entendues. Par ailleurs, la mise en œuvre de ces nouvelles compétences témoigne du fait que le Parlement se montre des plus pointilleux et exigeant à l'égard de l'agence. Ainsi, lors de la décharge sur l'exécution du budget de 2015, adoptée le 27 avril 2017, il a fait état d'observations et notamment d'une « opinion avec réserve sur la fiabilité des comptes de l'agence »,

30) Article 20 § 12.

31) Article 39 § 3.

32) Article 52 § 2.

33) Article 54 § 2.

34) Article 55.

35) Article 76 § 10.

36) Article 76 § 11. Ce pouvoir s'exerce néanmoins sur recommandation du Conseil.

37) Article 69 § 2 al. 1.

38) Article 69 § 2 al. 2.

39) Article 68.

Cap XVIII libro 4.pmd 414 01/06/2018, 12:10

ce qui revient à lui adresser un « carton jaune », quand bien même il est bien précisé que l'erreur comptable à l'origine de cette prise de position « ne s'accompagne d'aucune opération irrégulière ou illégale, et qu'aucun fonds n'a été utilisé à mauvais escient »[40].

L'agence est donc soumise à des exigences importantes vis-à-vis du Conseil et du Parlement, et même renforcées pour ce dernier, ce qui permet d'assurer la réalité de la responsabilité de l'agence à leur égard. La Commission, de son côté, est loin d'être dépossédée de mécanismes de contrôle, et même si aucune responsabilité politique n'est explicitement consacrée à son égard, on peut considérer au regard des très nombreux pouvoirs dont elle dispose, qu'une responsabilité de fait de l'agence existe.

B La responsabilité de fait devant la Commission

La Commission entretient des liens particulièrement étroits avec l'agence, ce qui reflète ici le fait qu'« en tant qu'agence à laquelle une partie de l'exécution des politiques de l'Union a été déléguée, elle doit également obtenir l'aval de la Commission concernant l'adoption des mesures d'exécution qui seraient nécessaires »[41]. Cette agence, apparaît être en effet une émanation de l'exécutif européen[42] et donc ses liens avec la Commission sont nécessairement forts.

Les obligations de transmission d'informations de l'agence vis-à-vis du Conseil et du Parlement européens sont pour la plupart également valables à l'égard de la Commission, qu'il s'agisse des rapports sur l'analyse des risques[43], des bilans relatifs aux moyens humains et matériels mis à disposition par les États membres[44], des rapports d'activités ou des programmes des activités à venir[45], ou encore des documents relatifs au budget[46]. Elle joue également un rôle prépondérant dans la

---

40) Résolution (UE) 2017/1724 du Parlement européen du 27 avril 2017 contenant les observations qui font partie intégrante de la décision en ce qui concerne la décharge sur l'exécution du budget de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne [à présent Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes («Frontex»)] pour l'exercice 2015, JOUE 2017, L 252, p. 326. Cette résolution indique que cette opinion avec réserve « se fonde sur la sous-estimation des frais engagés en 2015, mais non encore facturés, pour le préfinancement de services liés à la surveillance maritime » et « d'une erreur comptable sur les charges à payer » qui se traduit par une anomalie significative dans le bilan et dans le compte de résultat de l'Agence.

41) A. Bouveresse, « Frontex : une agence responsable et sous contrôles ? Ni *blanc-seing* ni *dirty hands* », RTD Eur 2017, p. 477.

42) Idem.

43) Article 11 § 2.

44) Article 20 § 9 pour les garde-frontières et article 39 § 12 pour les équipements techniques.

45) Article 62 § 2 i) pour le rapport d'activité annuel et article 62 § 2 j) pour le document de programmation pluriannuelle ainsi que programme de travail pour l'année à venir.

46) Elle est également destinataire du projet d'état prévisionnel des recettes et dépenses (article 75 § 5),

Cap XVIII libro 4.pmd 415 01/06/2018, 12:10

nomination du directeur de l'agence puisque c'est elle qui propose les trois candidats pour ce poste avant qu'ils ne soient auditionnés par le Parlement[47]. Au terme du mandat de cinq ans du directeur finalement nommé (par le conseil d'administration de l'agence), elle procède à une évaluation de son action[48] et peut même proposer la prorogation de son mandat pour une durée complémentaire maximale de cinq ans[49]. Au cours de son mandat, le directeur doit par ailleurs présenter des rapports semestriels à la Commission[50].

Néanmoins, les liens établis par l'agence avec la Commission dépassent largement ces mécanismes de contrôle. En effet, il est prévu une obligation de coopération générale de l'agence avec la Commission[51], qui se décline ensuite notamment sur la question de l'échange d'informations[52]. La Commission est par ailleurs représentée au sein même du Conseil d'administration, aux côtés des représentants des États membres, et bénéficie même d'un droit de vote au sein de cette instance[53]. Elle peut également demander la réunion de ce conseil d'administration[54].

On relèvera par ailleurs que dans le cadre des relations extérieures de l'agence, le rôle de la Commission a été considérablement étendu par rapport aux règlements précédents. Dans le cadre du nouveau règlement Frontex sont évoqués à l'article 54 §2 des « arrangements de travail » conclus par Frontex avec les autorités des pays tiers compétentes, dont la procédure à suivre est fixée par le règlement lui-même[55] et laquelle précise que ces instruments devront être « préalablement approuvés par la Commission ». Celle-ci pourra donc effectuer un contrôle sur le contenu de l'arrangement et son accord préalable sera donc nécessaire à la conclusion de cet arrangement[56]. Or, dans les versions précédentes des actes constitutifs de l'agence, une grande liberté était laissée à l'agence dans la procédure de conclusion de ces

---

ainsi que du rapport annuel sur la gestion budgétaire et financière (76 § 3) et les comptes définitifs (76 § 7). Doit en outre lui être communiqué, alors que cela n'est pas prévu pour le Parlement européen et le Conseil, un état prévisionnel définitif (article 75 § 6), les comptes provisoires (article 76 § 2).

47) Article 69 § 1.

48) Article 69 § 5.

49) Article 69 § 6.

50) Article 68 § 3 p).

51) Article 52 § 1 et § 3.

52) Article 44.

53) L'article 63 dispose en effet que « le conseil d'administration est constitué d'un représentant de chaque État membre et de deux représentants de la Commission, disposant tous du droit de vote ».

54) Article 66.

55) Des précisions sont également apportées concernant le contenu attendu de ces arrangements puisqu'il est indiqué que ceux-ci « précisent l'étendue, la nature et la finalité de la coopération et ont trait à la gestion de la coopération opérationnelle ».

56) Rappelons que le Parlement européen doit être quant à lui préalablement « informé » de la conclusion d'un tel arrangement de travail.

Cap XVIII libro 4.pmd 416 01/06/2018, 12:10

accords, alors appelés « accords de travail »[57], et la procédure de conclusion avait été établie par une décision du conseil d'administration du 1er septembre 2006[58], laquelle laissait une grande autonomie d'action à Frontex[59].

Surtout, au-delà de ce changement procédural concernant ces arrangements, une nouvelle catégorie d'accords apparaît, nommés accords sur le statut. Bien que régissant eux aussi les relations entre l'agence et les États tiers, ces accords seront quant à eux conclus non par l'agence, mais par l'Union européenne elle-même. Ces accords ont vocation à intervenir dans une hypothèse particulière et nouvelle, celle où des équipes Frontex seraient déployées sur le territoire d'un État tiers, laquelle a été introduite suite à certaines difficultés rencontrées en 2015 pour le traitement des flux migratoires le long de la route des Balkans occidentaux[60]. Dans ce cas de figure, l'article 54 § 4 du règlement prévoit qu'un « accord sur le statut » doit être conclu entre l'Union européenne et le pays tiers concerné, « couvr[ant] tous les aspects nécessaires à l'exécution des actions »[61] et devant notamment indiquer « en particulier, l'étendue de l'opération, la responsabilité civile et pénale, ainsi que les tâches et les compétences des membres des équipes ». Ces accords devront donc suivre la procédure prévue à l'article 218 TFUE, et seront donc négociés par la Commission (puis conclus par le Conseil, après approbation du Parlement européen). On relèvera que la Commission a élaboré un modèle pour de tels accords dès le mois de novembre 2016[62], au sein duquel la question de la responsabilité, civile et pénale y est d'ailleurs abordée, bien que de façon très limitée, puisqu'en réalité uniquement à l'article 6 relatif aux privilèges et immunités des membres de l'équipe. Reste à voir quel sera le contenu exact des futurs accords une fois négociés avec les partenaires, et de tels accords pourraient rapidement voir le jour puisque la Commission a présenté des recommandations au Conseil courant 2017, afin d'autoriser l'ouverture de négociations avec divers États des Balkans. Le Conseil a d'ailleurs déjà autorisé l'ouverture des

57) L'ex-article 14 indiquait, dans sa formule découlant du règlement 2007/2004 que l'agence pouvait « coopérer avec les autorités de pays tiers compétentes dans les domaines régis par le présent règlement dans le cadre d'accords de travail conclus avec ces autorités, conformément aux dispositions pertinentes du traité ». La formule avait été légèrement modifiée par le règlement 1168/2011 concernant la fin de cette disposition, à savoir que cette coopération devait s'effectuer « conformément aux dispositions pertinentes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » et il était également ajouté que « ces accords de travail ont uniquement trait à la gestion de la coopération opérationnelle ».

58) Decision of the management board of Frontex of 01/09/2006, laying down the procedures for negotiating and concluding working arrangements with third countries and international organisations.

59) De tels accords de travail ont été conclus entre Frontex et dix-huit États tiers sur la base de cette procédure. Sont concernés la Russie, l'Ukraine, la Moldavie, la Géorgie, l'ARYM, la Serbie, l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, les États-Unis, le Monténégro, la Biélorussie, le Canada, le Cap-Vert, le Nigeria, l'Arménie, la Turquie, l'Azerbaïdjan et le Kosovo. Des discussions étant en cours avec 7 autres entités (la Libye, le Maroc, le Sénégal, la Mauritanie, l'Égypte, le Brésil, la Tunisie).

60) COM(2017) 42 du 25 janvier 2017, p. 11.

61) Article 54 § 4.

62) COM(2016) 747 du 22 novembre 2016.

Cap XVIII libro 4.pmd 417 01/06/2018, 12:10

négociations pour un tel accord avec la Serbie et l'ARYM en février 2017, et avec le Monténégro, l'Albanie et la Bosnie-Herzégovine en octobre 2017. Les négociations avec la Serbie ont même déjà commencé[63].

En dehors de l'hypothèse des accords, mais toujours dans le cadre des relations extérieures de l'agence, la Commission donne également un avis lorsqu'il est envisagé de déployer des officiers de liaison dans des pays tiers[64]. Cette pratique n'est pas encore très courante, mais un tel officier de liaison a été déployé en Turquie en avril 2016[65] et un rapport de la Commission publié en juin 2017 évoque le déploiement d'un deuxième au Niger en juillet 2017, et d'un troisième en Serbie (pour la région des Balkans occidentaux) en août 2017[66]. Ce nombre devrait augmenter puisqu'il est envisagé de déployer dans les années à venir jusqu'à dix officiers de liaison dans des pays considérés comme prioritaires[67]. Le rôle renforcé de la Commission à l'égard des relations extérieures de l'agence témoigne ici d'une volonté de mieux encadrer les liens entre Frontex et les États tiers. Dans la mesure où cette agence est de plus en plus reconnue comme un acteur pertinent de la coopération en matière de migration au plan international, ce contrôle permet de confier à la Commission les moyens d'assurer la cohérence de l'action extérieure de l'Union.

On relèvera par ailleurs que la Commission porte une attention accrue aux activités de Frontex depuis sa rénovation en 2016, ce qui se reflète notamment par l'existence de très nombreuses évaluations, publiées à un rythme effréné depuis le lancement de l'agence. On recense en effet cinq rapports « sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes » établis au cours de l'année 2017[68], ce qui témoigne de la volonté d'assurer un contrôle étroit des activités de l'agence[69].

Une responsabilité politique globale (qualifiée d'« accountability » dans la version anglaise) existe donc bien à l'égard des institutions de l'Union, et ses moyens de contrôle ont été renforcés, mais il ne s'agit là que d'un premier volet de la responsabilité de l'agence, une seconde forme de responsabilité (qualifiée de « responsibility » dans la version anglaise), est également consacrée dans le règlement par la reconnaissance d'une responsabilité « partagée » de l'agence Frontex avec les États membres de l'UE dans la gestion des rontières extérieures.

---

63) Deux premières sessions ont en effet eu lieu en avril 2017 et mai 2017.

64) Article 55 § 4.

65) Dans le contexte de la mise en œuvre de la déclaration du 18 mars 2016.

66) COM(2017) 325 du 14 juin 2017, p. 13. Ce point n'est toutefois pas abordé dans le rapport suivant.

67) COM(2017) 42 du 25 janvier 2017, p. 11.

68) COM(2017) 42 du 25/01/2017, COM(2017) 201 du 02/03/2017, COM(2017) 219 du 02/05/2017, COM(2017) 325 du 13/06/2017 et COM(2017) 467 du 06/09/2017.

69) Le règlement prévoit une évaluation externe indépendante au plus tard au 7 octobre 2019, soit au bout de 3 ans de mise en œuvre du règlement, puis tous les 4 ans, cf. article 81.

Cap XVIII libro 4.pmd 418 01/06/2018, 12:10

II La mise en place d'une « responsabilité partagée » de l'agence Frontex avec les États membres de l'UE vis-à-vis des individus

L'une des innovations majeures du nouveau règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes est l'affirmation nouvelle, à l'article 5, selon laquelle ce corps « met en œuvre la gestion européenne intégrée des frontières en tant que responsabilité partagée de l'agence et des autorités nationales chargées de la gestion des frontières » (A). Cette affirmation s'accompagne de différentes dispositions visant à assurer l'effectivité de cette responsabilité partagée en offrant des mécanismes aux individus pour mettre en œuvre cette responsabilité. Il s'agit tout d'abord du mécanisme de traitement des plaintes, prévu à l'article 72 : un mécanisme applicable pour les hypothèses de violation des droits fondamentaux dans les activités de l'agence (B). Il s'agit ensuite de la reconnaissance de la compétence de la Cour de justice pour les litiges concernant la réparation des dommages causés par l'agence (C). Toutefois, l'efficacité de ces deux mécanismes, de nature administrative pour le premier et juridictionnel pour le second, se révèle pour l'instant, bien que pour des raisons différentes, limitée.

A L'affirmation nouvelle d'une responsabilité partagée

Dans le règlement créant l'agence, adopté en 2004, il était clairement précisé que « la responsabilité du contrôle et de la surveillance des frontières extérieures incomb[ait] aux États membres »[70]. Cela apparaissait alors cohérent avec la conception initiale de cette agence, dont le rôle était limité à la coordination entre les États membres, ces derniers demeurant alors pleinement responsables des actions menées dans le cadre de l'agence. On pouvait trouver, certes, quelques références à la responsabilité dans le règlement[71] (quelques occurrences du terme) mais cela restait assez flou et surtout, une irresponsabilité de fait semblait par ailleurs être ancrée dans l'esprit des membres de l'agence. Ainsi, en 2010, le directeur de l'agence Frontex, Ilkka Laitinen, déclarait sans ambiguïté qu'« en ce qui concerne les droits fondamentaux, Frontex n'est pas responsable des décisions en la matière. Celles-ci relèvent de la responsabilité des États membres »[72].

Depuis 2016, il est donc clairement affiché une « responsabilité partagée » entre l'agence et les États membres. Mais si cette expression apparaît être un concept-clé dans le nouveau règlement, comme en témoigne l'article 5 du nouveau règlement,

70) Considérant 4 et article 1er du règlement 2007/2004.

71) À l'article 19 du règlement 2007/2004.

72) Déclaration lors de la réunion interparlementaire de la Commission LIBE sur la « responsabilité démocratique dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, évaluation de Frontex » du 4 octobre 2010.

Cap XVIII libro 4.pmd 419 01/06/2018, 12:10

justement intitulé « responsabilité partagée », ce terme n'est toutefois guère explicité et la ligne de partage n'apparaît pas évidente à tracer. Quelques précisions sont bien contenues dans cet article, le § 2 de l'article 5 indique en effet que « les États membres assurent la gestion de leurs frontières extérieures » quand le § 3 dispose que « l'agence soutient l'application de mesures de l'Union relatives à la gestion des frontières extérieures en renforçant, évaluant et coordonnant les actions des États membres dans la mise en œuvre de ces mesures et dans le domaine du retour ». On perçoit toutefois mal, à la simple lecture de l'article 5, quelles sont les mesures ou actions qui, concrètement, relèvent de la responsabilité des États membres et celles qui relèvent de la responsabilité de l'agence. On peut toutefois relever que l'article 5 § 1, juste après avoir consacré cette responsabilité partagée, vient immédiatement préciser que « les États membres restent responsables en premier ressort de la gestion de leurs tronçons des frontières extérieures », et insiste dès lors largement sur la responsabilité des États[73].

Néanmoins, l'importance de la question de la responsabilité de l'agence et sa volonté de ne plus faire apparaître l'agence comme irresponsable ont conduit le législateur à multiplier les références à la responsabilité dans le règlement. En effet, l'ex-article 19 du règlement (CE) nº 2007/2004, intitulé « responsabilité », a été maintenu en l'état[74] ; il s'agit aujourd'hui de l'article 60 toujours intitulé « responsabilité » et qui évoque la responsabilité contractuelle de l'agence (§ 1), sa responsabilité extracontractuelle pour « les dommages causés par ses services ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions » (§ 3), ainsi que « la responsabilité personnelle des membres du personnel de l'agence envers celle-ci » (§ 5). En parallèle de cette disposition, on trouve également d'autres articles sur la responsabilité, intitulés « responsabilité civile » (article 42) et « responsabilité pénale » (article 43). Le premier indique que « lorsque des membres des équipes opèrent dans un État membre hôte, cet État membre est réputé responsable de tout dommage causé par eux au cours de leurs opérations » (§ 1) et évoque donc l'hypothèse de la responsabilité civile de l'État membre hôte pour des dommages causés au cours d'opérations menées sur son territoire, sans qu'il ne soit précisé ici quel est le rattachement du membre de l'équipe concerné (agents des États ou de l'agence). Le second envisage quant à lui la responsabilité pénale des membres des équipes, qui seront « traités de la même façon que les agents de l'État membre hôte en ce qui concerne les infractions pénales dont ils pourraient être victimes ou qu'ils pourraient commettre ». Il ressort de cet ensemble que si les possibilités d'engagement de la responsabilité sont dorénavant nombreuses, qu'il s'agisse de la responsabilité de l'agence, de l'État membre hôte ou des agents participant aux opérations, il apparaît toutefois difficile à la lecture de ces dispositions de bien saisir la façon dont sont précisément réparties ces différentes responsabilités, comment ces hypothèses s'articulent entre elles. On peut ainsi regretter « l'absence de toute règle

73) L. Clément-Wilz, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex ? », RTD Eur. 2017, p. 511.

74) À l'exception d'une retouche dans la formation du § 5.

Cap XVIII libro 4.pmd 420 01/06/2018, 12:10

claire sur l'imputabilité des dommages causés dans le cadre des activités de Frontex »[75]. La formulation large de ces articles donne au contraire un sentiment de dilution des responsabilités[76], et il est fort probable que la mise en œuvre de ces différentes hypothèses et leur articulation entre elles seront sources de contentieux entre l'agence (et ses agents) et les États membres (et les membres des équipes). En outre, et au-delà de la lettre du règlement, il apparaît que les opérations menées sous la bannière de Frontex sont dans la pratique très diverses et qu'il est « difficile d'identifier le degré exact d'implication de l'Union européenne et des États dans chacune d'entre elles »[77]. La détermination concrète des responsabilités de chacun est souvent des plus délicate tant les rôles des participants sont susceptibles d'être entremêlés dans la chaîne de commandement[78].

B La responsabilité partagée dans le mécanisme de traitement des plaintes

Le nouveau règlement de 2016 prévoit en son article 72 la création d'un mécanisme de traitement des plaintes. Ce mécanisme a vu le jour concomitamment à l'entrée en vigueur du nouveau règlement grâce à une décision du directeur exécutif du 6 octobre 2016[79] synchronisée avec la date d'entrée en vigueur du nouveau règlement. Cette décision comporte deux annexes : la première évoque les règles relatives à ce nouveau mécanisme, complétant ainsi les règles générales de l'article 72 du règlement, la seconde contient le formulaire-type devant être rempli pour le dépôt d'une plainte. Ces divers documents visent à clarifier le fonctionnement de ce système de plaintes tel que conçu par l'article 72 du règlement. On regrettera toutefois que les règles relatives à ce nouveau mécanisme (l'annexe 1) ne soient publiées qu'en anglais. Le formulaire-type est quant à lui présenté dans plusieurs langues (dont le français) afin qu'il puisse être compréhensible pour les personnes concernées[80].

---

75) D. Ritleng, « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution ». RTD Eur. 2017, p. 437.

76) V. A. Bouveresse, « Frontex : une agence responsable et sous contrôles ? Ni *blanc-seing* ni *dirty hands* », RTD Eur. 2017, p. 477.

77) F. Gazin, « Peut-on mettre du vin nouveau dans de vieilles outres ? ». Approche critique des activités de la nouvelle agence Frontex sous l'angle des droits fondamentaux », RTD Eur. 2017, p. 497.

78) V. sur ce point M. Fernandez, «The EU external borders policy and Frontex-coordinated operations at sea: who is in charge? Reflections on responsibility for wrongful acts», *in* V. Moreno-Lax, E. Papastavridis (dir.), *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach. Integrating Maritime Security with Human Rights*, Brill Nijhoff, 2017, 462 p., p. 381-407, p. 398.

79) Decision of the Executive Director No. R-ED-2016-106 on the Complaints Mechanism of 6 October 2016. Disponible à l'adresse suivante : http://frontex.europa.eu/complaints/ (consulté en décembre 2017).

80) L'article 72 § 10 al. 2 indique en effet qu'il doit être mis à disposition « dans des langues que les ressortissants de pays tiers comprennent ou dont on peut raisonnablement supposer qu'ils les comprennent ».

Cap XVIII libro 4.pmd 421 01/06/2018, 12:10

Ces documents précisent bien qu'il s'agit d'un mécanisme administratif[81] qui vise à contrôler et assurer le respect des droits fondamentaux dans toutes les activités de l'agence[82]. Ce mécanisme ne permet toutefois pas d'obtenir une réparation des dommages subis, il s'agit ici uniquement de mesures administratives et disciplinaires prises à l'encontre des agents concernés. Le champ d'application de ce mécanisme est toutefois envisagé de manière large, notamment concernant les activités envisagées, qui recouvrent l'ensemble des activités de l'agence, et l'ensemble des personnes impliquées dans ces activités. Sa mise en œuvre pourrait donc permettre de clarifier la délimitation des responsabilités réciproques de l'agence, des agents de l'agence, des États membres et des agents de ces derniers. Une différence fondamentale apparaît en effet dans le traitement de la demande en fonction du rattachement de la personne concernée, à savoir s'il s'agit d'un membre du personnel de l'agence ou d'un membre du personnel d'un État membre. Dans la première hypothèse, la plainte sera traitée par le directeur exécutif, qui l'examine et établit un rapport préliminaire, effectue un suivi de la plainte, et prend si besoin des mesures administratives ou disciplinaires[83]. Dans la seconde hypothèse, la plainte sera traitée par l'État membre hôte, lequel donnera « la suite appropriée à la plainte, y compris des sanctions disciplinaires, si nécessaire, ou d'autres mesures conformément au droit national »[84].

Ainsi, l'officier aux droits fondamentaux, un expert indépendant chargé de contrôler et de promouvoir le respect des droits fondamentaux au sein de Frontex, joue un rôle finalement assez limité dans le cadre de cette procédure, bien que le règlement indique qu'il soit « chargé du traitement des plaintes reçues par l'agence conformément au droit à une bonne administration »[85], la compétence pour traiter lui-même les plaintes ne lui a pas été confiée. Il intervient essentiellement au stade de la réception de la plainte, pour vérifier sa recevabilité et, le cas échéant, l'enregistrer[86]. Ces conditions de recevabilité sont relativement souples : la plainte, qui ne peut être anonyme, doit être déposée par écrit dans un délai d'un an à compter de la date de violation alléguée des droits fondamentaux, la personne doit être directement affectée par l'action et la violation doit impliquer une violation concrète d'un droit fondamental[87]. L'officier aux droits fondamentaux est chargé ensuite de transmettre les plaintes aux autorités compétentes concernées – à savoir donc le directeur exécutif de l'agence ou le point

81) Article 1 § 2 de l'annexe 1.

82) Article 72 § 1 du règlement (UE) nº 2016/1624.

83) Voir l'article 72 § 6 du règlement (UE) nº 2016/1624 et l'article 10 de l'annexe 1 à la décision du directeur exécutif du 6 octobre 2016.

84) Article 72 § 7 du règlement (UE) nº 2016/1624.

85) Article 72 § 4 du règlement (UE) nº 2016/1624.

86) Article 72 § 4 du règlement (UE) nº 2016/1624.

87) Article 8 de l'annexe 1 à la décision du directeur exécutif du 6 octobre 2016.

Cap XVIII libro 4.pmd 422 01/06/2018, 12:10

de contact national de l'État hôte[88] –, d'assurer le suivi général de la procédure, et de recevoir, une fois la plainte traitée au niveau pertinent, les rapports de suivi de la part des autorités ayant traité la plainte. Il doit ensuite transmettre les informations relatives à ce suivi des plaintes au directeur exécutif et au conseil d'administration[89].

Sans aller jusqu'à le qualifier de « coquille vide »[90], ce mécanisme apparaît *in fine* surtout comme un « guichet » de réception des plaintes. Celui-ci n'a d'ailleurs pour l'instant pas eu le « succès » escompté, si tant est qu'un grand nombre de plaintes relatives à des violations des droits fondamentaux puisse être qualifié de succès. Le nombre de plaintes déposées est en tout cas pour l'heure encore très limité, ce qui détonne au regard des dénonciations récurrentes de violations des droits fondamentaux dans le cadre des activités de l'agence. Ainsi, en février 2017, soit quatre mois après la mise en place du mécanisme, seules trois plaintes avaient été déposées[91], dont les deux dernières ont été considérées comme irrecevables par l'officier des droits fondamentaux[92]. En juin suivant, neuf nouvelles plaintes avaient été recensées, dont deux avaient été jugées recevables et transmises aux autorités nationales respectives et au directeur de l'agence et quatre étaient encore soumises à l'évaluation de leur recevabilité[93]. La limite temporelle fixée, en vertu de laquelle la plainte doit porter sur des faits qui se sont produits après l'entrée en vigueur du règlement, explique en grande partie que ce mécanisme n'ait pas été immédiatement exploité. D'autres facteurs entrent également en compte, et notamment le caractère tardif de la mise en ligne de la procédure sur le site de l'agence qui a limité sa visibilité. Selon le quatrième rapport de la Commission sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, l'agence travaille toutefois à améliorer ce point et une campagne d'information devrait ensuite être lancée pour mieux faire connaître ledit mécanisme[94].

On peut néanmoins espérer ici que, dans la durée, ce mécanisme contribuera à légitimer l'action de l'agence, en offrant la possibilité aux personnes ayant subi des violations de voir ces dernières reconnues et, au-delà, à clarifier le partage des responsabilités. On notera que l'agence doit par ailleurs diffuser des informations relatives aux plaintes dans le rapport annuel de l'agence, et notamment le nombre de

88) Articles 9 et 10 de l'annexe 1 à la décision du directeur exécutif du 6 octobre 2016.

89) Article 13 de l'annexe 1 à la décision du directeur exécutif du 6 octobre 2016.

90) N. Fabrizi-Racine, « Frontex, nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes : Des données et des hommes », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 2017, mars, p. 5.

91) Voir COM(2017) 42 qui évoque une première plainte déposée dans la période étudiée, soit d'octobre à la mi-janvier, et COM(2017) 201 qui évoque deux nouvelles plaintes à la mi-février.

92) COM(2017) 42, p. 11.

93) COM(2017) 325, p. 12.

94) COM(2017) 325, p. 13.

Cap XVIII libro 4.pmd 423 01/06/2018, 12:10

plaintes reçues, le type de violation alléguée, l'activité de l'agence concernée ou encore la suite donnée à la plainte[95].

C L'engagement de la responsabilité de l'agence devant la Cour de Justice de l'Union européenne

La responsabilité extracontractuelle de l'agence pour les « dommages causés par ses services ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions » est explicitement évoquée à l'article 60 du règlement (UE) nº 2016/1624, et c'est cette disposition qui permet dès lors de fonder un recours juridictionnel visant à engager la responsabilité de l'agence dans le cadre d'une opération. Il est ici précisé que la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour ces litiges[96]. Toutefois, concernant les règles applicables pour l'engagement d'une telle responsabilité, il est seulement indiqué ici que l'agence répare « conformément aux principes généraux communs au droit des États membres ». Une telle formulation est tout à fait classique et se retrouve très souvent insérée dans les actes constitutifs des agences[97], ce qui n'est cependant pas un gage de clarté ou de simplicité pour sa mise en œuvre.

À première vue, cette disposition semble en effet difficile à articuler avec l'article 340 TFUE sur la responsabilité de l'Union. Dans le cadre de cet article relatif à la responsabilité extracontractuelle de l'Union, il est seulement fait référence aux dommages causés « par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions » et il n'est fait aucunement référence aux dommages causés par ses organes ou organismes. Or, depuis le traité de Lisbonne, dans le cadre de l'article 263 TFUE, est explicitement visée la possibilité pour la Cour d'effectuer un contrôle de légalité des actes des organismes[98], ce qui témoigne du fait que les rédacteurs des traités ont estimé nécessaire d'étendre explicitement les compétences de la Cour aux actes des organismes pour permettre à cette dernière d'exercer sur eux son contrôle de légalité. Un tel ajout n'a pas été apporté à l'article 340 TFUE concernant la responsabilité de l'Union, lequel continue donc à viser uniquement les « dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ». Cet article n'interdit toutefois pas non plus explicitement une éventuelle compétence additionnelle de la Cour pour de tels dommages. La Cour a d'ailleurs montré qu'elle interprétait largement le terme « institution » employé à l'article 340 TFUE bien avant

95) Article 14 de l'annexe 1 à la décision du directeur exécutif du 6 octobre 2016.

96) Précision apportée au § 4 de cet article.

97) V. par exemple l'article 8 du règlement (CE) nº 1406/2002 du 27/06/02 instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime, JOUE nº L 208 du 5 août 2002 ou l'article 49 du règlement (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) […], JOUE 2016, nº L 135, p. 53.

98) L'article 263 § 1 dernière phrase TFUE précise en effet qu'« elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers ».

Cap XVIII libro 4.pmd 424 01/06/2018, 12:10

la rédaction du traité de Lisbonne[99]. On peut ici considérer que l'insertion récurrente de ces articles sur la responsabilité des agences, attribuant quant à eux explicitement une compétence à la Cour de justice en matière de responsabilité extracontractuelle, vient juste combler le vide juridique laissé par l'article 340 TFUE[100].

Le juge de l'Union européenne semble d'ailleurs adopter un tel point de vue, favorable à l'existence d'une « Union de droit », dans sa jurisprudence récente. Ni le Tribunal de l'Union européenne ni la Cour ne se sont encore prononcés sur la responsabilité extracontractuelle de l'agence Frontex, que ce soit sur le fondement de l'article 60 du règlement de 2016 ou de l'ex-article 19 issu du règlement (CE) nº 2007/2004[101], mais le Tribunal s'est déjà prononcé sur des dispositions similaires dans le cadre de deux affaires récentes relatives à la responsabilité de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)[102]. Le Tribunal a considéré que les principes d'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union, au sens de l'article 340 al. 2 TFUE, « s'appliquent *mutatis mutandis* à la responsabilité non contractuelle engagée par l'Union, au sens de cette même disposition, du fait d'un comportement illégal et d'un dommage causé par un de ses organismes »[103]. Le Tribunal souligne d'ailleurs dans ces deux arrêts que l'EUIPO est « tenu de réparer » ce dommage en vertu de son acte constitutif[104]. Dans la mesure où la disposition du règlement fondant l'EUIPO était semblable à celle de Frontex[105], un raisonnement similaire devrait donc vraisemblablement être tenu concernant la responsabilité de Frontex si le Tribunal était saisi de cette question.

---

99) V. par exemple concernant la Banque européenne d'investissement l'arrêt CJCE, 2 décembre 1992, *SGEEM et Etroy c/ BEI*, C-370/89, Rec. p. I-6211, pt. 15 (ECLI:EU:C:1992:482 ou médiateur européen. V. Sur ce point C. Rapoport, « Les catégories organiques du droit primaire de l'Union européenne. Institutions, organes, organismes… », B. Bertrand (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Ed. Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloque, Bruxelles, 2016, 442 p., p. 95-126.

100) V. en ce sens L. Clément-Wilz, L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex ?, RTD Eur. 2017, p. 511.

101) On trouve, concernant l'agence Frontex, quelques arrêts touchant à des questions de fonction publique (v. Trib. UE, 18 sept. 2015, *Kari Wahlström c/ Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne,* aff. T-653/13 P, ECLI:EU:T:2015:652) ou de marchés publics *(v.* Trib. UE, 22 avr. 2015, *Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c/ Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, aff. T-554/10, ECLI:EU:T:2015:224).

102) V. Trib.UE, 27 avril 2016, European Dynamics c/ Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, aff. T 556/11, ECLI:EU:T:2016:248 et Trib.UE, 17 février 2017, Novar GmbH c/ Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, aff. T-726-14, ECLI:EU:T:2017:99.

103) Point 264 dans l'affaire T-556/11 et point 25 dans l'arrêt T-726/14.

104) Idem.

105) V. Article 118 § 5 du règlement (CE) nº 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, JOUE 2009 nº L 78, p. 1.

Cap XVIII libro 4.pmd 425 01/06/2018, 12:10

Mais si ce premier obstacle relatif au principe même de la recevabilité du recours semble pouvoir être contourné, encore faudrait-il que les conditions d'engagement de la responsabilité soient réunies pour qu'une personne ayant subi un dommage causé par les services ou agents de Frontex dans l'exercice de leurs fonctions puisse effectivement obtenir réparation. Or celles-ci sont particulièrement restrictives, à tel point que cette voie de recours peut sembler *in fine* inefficace[106]. En effet, les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Union qui s'appliquent *mutatis mutandis* sont stables, à savoir que le requérant doit donc prouver l'illégalité du comportement reproché, la réalité du préjudice, et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice. Il faudra dès lors prouver que le comportement ou l'acte en cause est bien imputable à l'agence, or comme cela a pu être mentionné *supra*, la délimitation de responsabilité entre l'agence et les États membres est loin d'être évidente à la lecture du règlement, et sera vraisemblablement encore plus délicate à déterminer dans la pratique. En outre, selon la jurisprudence, le comportement illicite ne sera reconnu qu'en cas de violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers, ce qui sera des plus difficile à démontrer dans le cas d'une action menée dans le cadre de Frontex.

En consacrant une responsabilité politique réelle à l'égard des institutions et une responsabilité partagée avec les États membres pour les actions de l'agence, le règlement (UE) nº 2016/1624 franchit une étape cruciale dans l'évolution de la responsabilité de Frontex. On peut toutefois regretter de nombreuses incertitudes persistantes dans les modalités précises de la mise en œuvre de cette responsabilité et le fait qu'il soit dès lors nécessaire d'attendre que des problèmes émergent dans les futures opérations pour que soit clarifiée la délimitation de cette responsabilité.

106) L. Clément-Wilz, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex ? », RTD Eur. 2017, p. 511.

Cap XVIII libro 4.pmd 426 01/06/2018, 12:10