



HAL
open science

La demande d'avis consultatif présentée par la COSIS au Tribunal international du droit de la mer : quels enjeux ?

Kiara Neri, Pascale Ricard

► To cite this version:

Kiara Neri, Pascale Ricard. La demande d'avis consultatif présentée par la COSIS au Tribunal international du droit de la mer : quels enjeux ?. *L'Observateur des Nations Unies*, 2023, 2023-2 (55). hal-04370871

HAL Id: hal-04370871

<https://hal.science/hal-04370871v1>

Submitted on 6 Jan 2024

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.

La demande d'avis consultatif présentée par la COSIS au Tribunal international du droit de la mer : quels enjeux ?

*Kiara Neri, Maîtresse de conférences HDR, CDI, Université Jean Moulin Lyon 3 ;
Pascale Ricard, Chargée de recherche au CNRS, CERIC, Aix-Marseille Université*

L'Observateur des Nations Unies, 2023-2, vol.55.

Résumé

La Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international a saisi, le 12 décembre 2022, le Tribunal international du droit de la mer d'une demande d'avis consultatif portant sur les obligations particulières des États Parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer face aux effets nuisibles qu'ont ou peuvent avoir les changements climatiques (réchauffement des océans, élévation du niveau de la mer, acidification). La manière dont le Tribunal mobilisera et intégrera les instruments et normes climatiques déterminera en grande partie l'interprétation qu'il fera de la nature, de la portée ainsi que de l'étendue des obligations des Parties à la Convention, dans un contexte de changements climatiques.

Summary

On December 12, 2022, the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law submitted to the International Tribunal for the Law of the Sea a request for an advisory opinion on the specific obligations of States Parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea in relation to the adverse effects of climate change (ocean warming, sea-level rise, ocean acidification). The way in which the Tribunal will mobilize and integrate climate instruments and norms will largely determine its interpretation of the nature, scope and extent of the obligations of the Parties to the Convention, in the context of climate change.

Le 12 décembre 2022, la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international (COSIS), co-présidée par les gouvernements d'Antigua-et-Barbuda et de Tuvalu¹, introduisait une demande d'avis consultatif devant le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) sur le fondement des articles 21 du Statut du Tribunal, 138 du Règlement du Tribunal ainsi que 2(2) de l'Accord établissant la COSIS². La phase écrite s'est déroulée durant la première moitié de l'année 2023 et les audiences se sont tenues tout au long du mois de septembre de la même année³. Il s'agit de la troisième demande d'avis consultatif adressée au TIDM, la première ayant été présentée à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins et ayant abouti à l'avis consultatif portant sur les responsabilités des États qui patronnent des activités dans la Zone⁴ et la seconde au Tribunal dans sa formation plénière, concernant l'avis consultatif demandé par la Commission sous régionale des pêches⁵.

La demande soumise au TIDM par la COSIS est en fait la première d'une série d'autres demandes d'avis consultatifs déposées par différents groupes d'États en l'espace de quelques mois devant d'autres juridictions internationales : la saisine de la Cour interaméricaine des droits de l'homme le 9 janvier 2023 par la République de Colombie et la République du Chili⁶, ainsi que la requête du 29 mars 2023 transmise à la Cour internationale de Justice par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, à l'initiative de l'État du Vanuatu⁷.

Ces trois demandes d'avis consultatifs ont de nombreux points communs en ce qu'elles s'inscrivent dans une logique de défragmentation et d'approche intégrée du droit international public⁸ ; elles font par ailleurs partie de ce que certains identifient comme une « nouvelle vague » du contentieux climatique, un « nouveau

¹ La Commission a été établie par Accord du 31 octobre 2021, avec pour objectif la contribution « à la définition, à la mise en œuvre et au développement progressif de règles et de principes de droit international concernant le changement climatique, y compris, mais sans s'y limiter, les obligations des États en matière de protection et de préservation du milieu marin et leur responsabilité pour les dommages résultant de faits internationalement illicites en ce qui concerne la violation de ces obligations ». Article 1(3) de l'Accord établissant la COSIS. V. pour plus de précisions sur la Commission D. FREESTONE, R. BARNES and P. AKHAVAN, « Agreement for the establishment of the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law », *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2022 vol. 37(1), pp. 175–178.

² *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international (Demande d'avis consultatif soumise au Tribunal)*, 12 décembre 2022.

³ V. la page dédiée sur site Internet du Tribunal : <https://www.itlos.org/fr/main/affaires/role-des-affaires/demande-davis-consultatif-soumise-par-la-commission-des-petits-etats-insulaires-sur-le-changement-climatique-et-le-droit-international-demande-davis-consultatif-soumise-au-tribunal/>, consultée le 12 octobre 2023.

⁴ TIDM, Avis consultatif, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins), 1^{er} février 2011, aff. n°17.

⁵ TIDM, Avis consultatif, *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, 2 avril 2025, aff. n°21.

⁶ *Request for an advisory opinion on the Climate Emergency and Human Rights* submitted to the Inter-American Court of Human Rights by the Republic of Colombia and the Republic of Chile, January 9 2023.

⁷ Requête pour avis consultatif transmise à la Cour en vertu de la résolution 77/276 de l'Assemblée générale du 29 mars 2023 intitulée *Demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les obligations des États à l'égard des changements climatiques*.

⁸ V. la contribution d'A.-S. TABAU dans ce même numéro pour une analyse croisée des trois demandes.

phénomène » caractérisé par le fait que ce contentieux a finalement atteint l'échelle internationale⁹. Sur le fond, elles traduisent toutes trois un fort besoin – et une opportunité « en or »¹⁰ – d'éclaircissement par les juridictions internationales concernées des obligations qui incombent aux États en matière de protection du climat et de lutte contre les changements climatiques, dans le contexte des autres domaines du droit international affectés par leurs effets, mais aussi de préciser les liens entre des cadres juridiques appréhendés jusqu'à présent de manière séparée, et de constituer ainsi un véritable « catalyseur d'une action politique »¹¹. Devant la CIJ, la demande est extrêmement large puisque les clarifications demandées doivent être faites :

« eu égard en particulier à la Charte des Nations Unies, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, à l'Accord de Paris, à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, à l'obligation de diligence requise, aux droits reconnus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, au principe de prévention des dommages significatifs à l'environnement et à l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin »¹².

De plus, les conséquences juridiques pour les États qui ont causé des dommages significatifs au système climatique et à d'autres composantes de l'environnement sont appréhendées non seulement à l'égard des États, mais aussi « des peuples et des individus des générations présentes et futures atteints par les effets néfastes des changements climatiques »¹³.

Si la demande soumise à la Cour interaméricaine des droits de l'homme paraît plus restreinte, étant donné le fait que le cadre juridique concerné est uniquement celui des droits de l'homme, celle-ci est rédigée dans des termes particulièrement larges, inclusifs et détaillés. Les droits de l'homme sont envisagés au travers de vingt-et-une questions, à la fois dans leur dimension individuelle et collective. Les questions mobilisent différents éléments : diligence raisonnable, droit à la vie, droits de l'enfant, droits procéduraux, défenseurs de l'environnement ou encore le principe des responsabilités communes, mais différenciées. Il apparaît que « toutes les questions, explicitement et implicitement, cherchent à clarifier la manière

⁹ C. VOIGT, *Advisory Opinions on Climate Change: initiatives, expectations and possibilities*, IUCN World Commission on Environmental Law, 2023. Contrairement aux autres affaires climatiques, ces dernières ne sont pas contentieuses et ne sont pas portées par des acteurs privés, généralement à l'origine du contentieux stratégique, mais par des États (avec parfois cependant l'impulsion d'acteurs privés). V. A. MIRON, « COSIS Request for an Advisory Opinion: A Poisoned Apple for the ITLOS? », *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2023, pp. 249-269, p. 251.

¹⁰ C. VOIGT, *Advisory Opinions on Climate Change... préc.*

¹¹ J.E. VINALES « Climate change and the advisory function of international courts and tribunals » *Green Diplomacy*, 7 March 2023.

¹² Requête pour avis consultatif transmise à la Cour en vertu de la résolution 77/276, *préc.*

¹³ *Ibidem*.

dont l'atténuation, l'adaptation et les pertes et dommages sont liés aux obligations en matière de droits de l'homme »¹⁴.

Enfin la demande d'avis consultatif présentée au TIDM par la COSIS se limite quant à elle au champ du droit de la mer et constitue finalement la plus courte et la plus précise des trois ensembles de questions posées aux juridictions internationales. Celle-ci est formulée ainsi :

« [q]uelles sont les obligations particulières des États Parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ('la CNUDM'), notamment en vertu de la partie XII : a) de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin eu égard aux effets nuisibles qu'a ou peut avoir le changement climatique, notamment sous l'action du réchauffement des océans et de l'élévation du niveau de la mer, et de l'acidification des océans, qui sont causés par les émissions anthropiques de gaz à effet de serre dans l'atmosphère ? b) de protéger et préserver le milieu marin eu égard aux incidences du changement climatique, notamment le réchauffement des océans et l'élévation du niveau de la mer, et l'acidification des océans ? »¹⁵.

Les trois demandes se recoupent en partie, puisque la demande adressée à la CIJ englobe en grande partie les deux autres. Il est d'ailleurs probable que la CIJ ne puisse entrer autant dans le détail que les deux juridictions spécialisées sur les questions adressées également à ces dernières, voire qu'elle se réfère directement aux demandes d'avis en question – ou aux avis si ces derniers ont déjà été rendus, ce qui sera probablement le cas pour celui adressé au TIDM. Un tel chevauchement n'est pas sans risque : « *(it) could trigger either a global legal cacophony with accompanying contradictions or a new, complementary and helpful approach* »¹⁶, renforcée par le dialogue des juges. Ainsi, ces trois saisines « *may be seen as pieces of a puzzle, some smaller, some larger, which when put together will hopefully provide an incomplete but much clearer picture of the actionable obligations of States in relation to the conduct that is driving climate change* »¹⁷.

Le contexte entourant chacune de ces demandes et chacune de ces juridictions leur est en tout état de cause spécifique : comme certains l'ont relevé, le TIDM et la CIDH sont réputés avoir une approche plus progressiste que la CIJ¹⁸ ; d'autres en revanche, pointent le contraste entre la simplicité apparente par laquelle la demande d'avis consultatif de la COSIS a été soumise au TIDM et la complexité du processus ayant conduit le Vanuatu à obtenir un vote par consensus au sein de

¹⁴ J. AUZ, T. VIVEROS-UEHARA, « Another Advisory Opinion on the Climate Emergency? The Added Value of the Inter-American Court of Human Rights », *EJIL Talk*, March 2, 2023.

¹⁵ *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*, 12 décembre 2022, *préc.*

¹⁶ J. AUZ, T. VIVEROS-UEHARA, « Another Advisory Opinion... » *préc.*

¹⁷ J.E. VINALES « Climate change and the advisory function... » *préc.*

¹⁸ V. J. AUZ, T. VIVEROS-UEHARA, « Another Advisory Opinion... », *préc.* ; S. MALJEAN-DUBOIS « À quand un contentieux interétatique sur les changements climatiques ? » *Questions of International Law*, vol. 85 2021, pp. 17-28, p. 27; ou encore S. ROBERT-CUENDET, « TIDM : Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (avis consultatif 1er février 2011) », *AFDI*, 2011, pp. 439-476, p. 463.

l'Assemblée générale de l'ONU – une première pour ce type de résolution –, processus qui pourra éventuellement accroître la légitimité et l'autorité de l'avis une fois celui-ci rendu¹⁹. En outre, la relative simplicité de la saisine du TIDM, qui fera, seule, l'objet de cette contribution, ne doit pas conduire à relativiser certaines difficultés qui devront être surmontées, à la fois en termes de procédure et de fond²⁰.

En effet, si la compétence consultative de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins est clairement prévue et établie par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après CNUDM, ou « la Convention »), les États avaient relevé, à l'occasion de la demande d'avis consultatif présentée par la Commission sous-régionale des pêches²¹, que la CNUDM ne fait pas explicitement référence à une telle compétence concernant le Tribunal dans sa formation plénière. Le Tribunal avait finalement statué sur sa compétence de manière laconique et très ouverte, se contentant d'une interprétation littérale de l'article 21 de son Statut annexé à la Convention²². Cette interprétation, basée implicitement sur le principe de l'effet utile²³, ne répondait pas réellement aux objections formulées dans le cadre de la procédure écrite et orale, ce que certains ont estimé regrettable, car ne permettant pas de clore le débat et d'asseoir la légitimité voire l'autorité de cette compétence²⁴. L'interprétation relativement extensive opérée par le TIDM des dispositions relatives à sa compétence ainsi qu'aux conditions de l'exercice de celle-ci²⁵ a pu alimenter la crainte des États réfractaires quant au fait qu'une telle approche pourrait encourager les États à conclure de nouveaux accords dont le seul but serait de saisir ce dernier d'une demande d'avis consultatif, sur un sujet faisant potentiellement déjà l'objet

¹⁹ B. MAYER, « International advisory proceedings on climate change », *Michigan Journal of International Law*, 2023, n°44, pp. 41–115. Le fait que le TIDM encourage ensuite une large participation des États et organisations à la procédure écrite et orale assure néanmoins que tous les points de vue seront exprimés et compense le manque de représentativité de l'entité à l'origine de la demande, la procédure orale n'étant par ailleurs pas obligatoire devant le TIDM (article 133(4) du Règlement). Néanmoins, dans l'avis consultative demandé par la CSRP, le Tribunal avant bien insisté sur la portée relative de l'avis, qui se limiterait *ratione personae* à l'organisation à l'origine de la requête et à ses États membres. V. A. MIRON, « COSIS Request for an Advisory Opinion... », *préc.*, pp. 264–265.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, *préc.*, §40.

²² Selon lequel « Le Tribunal est compétent pour tous les différends et toutes les demandes qui lui sont soumis conformément à la Convention et toutes les fois que cela est *expressément prévu dans tout autre accord conférant compétence au Tribunal* » (nous soulignons). V. également l'article 16 : « Le Tribunal détermine par un règlement le mode suivant lequel il exerce ses fonctions. Il règle notamment sa procédure ».

²³ *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, *préc.*, §58 notamment : « L'article 21 et l'autre accord conférant compétence au Tribunal sont liés l'un à l'autre et constituent le fondement juridique de la compétence consultative du Tribunal ».

²⁴ A. MIRON, « COSIS Request for an Advisory Opinion... », *préc.* p. 252, 253, 257 et 260 ; T. RUYS, A. SOETE, « 'Creeping' advisory jurisdiction of international courts and tribunals? The case of the International Tribunal for the Law of the Sea », *Leiden Journal of International Law*, 2016, 29(1), pp. 155–176, p. 161.

²⁵ Il s'agit ici de l'article 138 du Règlement du Tribunal adopté en 1997 qui précise que « 1. Le Tribunal peut donner un avis consultatif sur une question juridique dans la mesure où un accord international se rapportant aux buts de la Convention prévoit expressément qu'une demande d'un tel avis est soumise au Tribunal. 2. La demande d'avis consultatif est transmise au Tribunal par *tout organe* qui aura été autorisé à cet effet par cet accord ou en vertu de celui-ci. 3. Le Tribunal applique *mutatis mutandis* les articles 130 à 137 ».

d'une convention ne prévoyant pas cette option²⁶. *A Minima*, pour se prononcer sur sa compétence et la recevabilité de la demande, le Tribunal devra vérifier certains éléments : que l'Accord pour la création de la Commission est un accord international se rapportant aux buts de la Convention, qui prévoit expressément la soumission d'une demande d'avis consultatif à ce dernier ; que la demande a été transmise au Tribunal par la Commission, qui est autorisée en vertu de l'Accord l'instituant à faire une telle demande²⁷ ; enfin, que les questions contenues dans la demande sont juridiques.

Ces difficultés ne paraissent pas insurmontables, bien au contraire : dans les soumissions déposées dans le cadre de la demande de la COSIS, très peu d'États contestent réellement la compétence consultative du Tribunal dans sa formation plénière. C'est le cas de la Chine, qui rejette en bloc et de manière très détaillée cette compétence²⁸ comme elle l'avait fait dans le cadre de l'avis rendu en 2015, de l'Inde²⁹ ainsi que du Brésil³⁰. Certes, le Tribunal peut également refuser de rendre cet avis pour des « raisons décisives »³¹, toutefois les conditions semblent réunies pour qu'il exerce sa compétence consultative dans cette affaire fondamentale qui permettra de déterminer le contenu et l'étendue des obligations des parties à la Convention vis-à-vis des changements climatiques. L'un des enjeux majeurs de cette procédure réside alors dans l'articulation entre le droit de la mer et le droit du climat. Si ce dernier corps de règles n'est pas le seul à trouver une pertinence – le droit international des droits de l'homme pourrait également se voir utilement mobilisé eu égard à ses évolutions récentes³² –, il reste l'outil principal à la disposition du Tribunal pour interpréter les dispositions de la CNUDM en matière climatique. En effet, la manière dont le Tribunal mobilisera les instruments et normes climatiques (I.) déterminera en grande partie l'interprétation qu'il fera de la nature, de la portée ainsi que de l'étendue des obligations des Parties à la Convention, dans un contexte de changements climatiques (II.).

²⁶ A. MIRON, « COSIS Request for an Advisory Opinion... », *préc.*, p. 252; Y. TANAKA, « The role of an advisory opinion of ITLOS in addressing climate change: Some preliminary considerations on jurisdiction and admissibility » *Review of European, Comparative and International Environmental Law* (RECIEL), 2022, vol. 31, pp. 1–11, p. 211; R. BARNES, 'An advisory opinion on climate change obligations under international law: A realistic prospect?' *Ocean Development & International Law*, 2022, vol. 53(2–3), pp. 180-213, p. 213.

²⁷ *Ratione personae*, la question se pose également de savoir si l'expression « tout organe » utilisée à l'article 118(2) fait référence uniquement à un organe d'une organisation internationale au sens strict du terme, ou bien à toute entité habilitée par l'accord en question à soumettre une demande. Si la première option était retenue, il est clair que la compétence de la COSIS pourrait être remise en question, puisque la Commission ne regroupe presque aucune des caractéristiques pour entrer dans une telle catégorie. V. A. MIRON, « COSIS Request for an Advisory Opinion... », *préc.*, p. 264. Mais le Tribunal peut également choisir de manière pragmatique de ne pas interpréter cette expression, comme il l'a d'ailleurs fait dans son avis de 2015 (*Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSR/P)*, *préc.*, §62).

²⁸ Observations écrites de la République populaire de Chine du 15 juin 2023 §§5-25.

²⁹ Observations écrites de l'Inde, §§5 et s.

³⁰ Observations écrites de la République fédérative du Brésil, 15 juin 2023, §§5 et s. V. le §9 : « le Tribunal plénier n'a pas compétence pour rendre un avis consultatif en l'absence d'autorisation expresse de la part des États ».

³¹ Art. 138 Règlement du Tribunal.

³² V. les Observations écrites de la République démocratique du Congo, ou encore celles de Maurice.

I- LES TECHNIQUES DE MOBILISATION DES SOURCES EXTÉRIEURES

L'étendue et la portée des obligations des États Parties à la CNUDM dépendent de la manière dont le droit du climat sera pris en compte par le Tribunal selon qu'il l'intègre au droit applicable à la procédure (A) ou qu'il l'utilise simplement dans l'interprétation des dispositions de la Convention (B).

A. La détermination du droit applicable

L'article 293 de la Convention dispose que tout tribunal ayant compétence en vertu de la Partie XV applique la Convention et « les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci »³³. Cette disposition ne précise pas si elle s'applique uniquement aux affaires contentieuses, ou si elle peut également s'appliquer aux procédures consultatives. Toutefois, le TIDM s'est expressément référé à l'article 293 dans son avis consultatif rendu en 2015 sollicité par la Commission sous-régionale des pêches³⁴. Dans cette affaire, il estime que la Convention, la Convention CMA³⁵, ainsi que les autres règles pertinentes de droit international qui ne sont pas incompatibles avec la Convention constituent le droit applicable³⁶. Dès lors, un grand nombre de participants à la procédure se sont appuyés sur ce précédent pour alléguer que le droit international du climat, ainsi que d'autres corps de règles pertinents tels que le droit international des droits de l'homme, constituaient, aux côtés de la Convention, le droit applicable à la procédure consultative³⁷.

Au contraire, d'autres participants ont proposé une lecture restrictive du droit applicable, en se limitant à la Convention. Par exemple, l'Indonésie a avancé, dans ses observations écrites, que les instruments de droit international du climat ne sont pas « compatibles » avec la Convention au sens de l'article 293, et ne peuvent donc pas constituer le droit applicable. Elle soutient que le régime du climat n'a pas été établi « spécifiquement » pour traiter de l'environnement marin ou pour promouvoir les principes de la Convention³⁸. Cette lecture très stricte de l'article 293 nous apparaît erronée dans la mesure où le fait que deux instruments de droit international aient été adoptés avec des finalités différentes ne les rend pas automatiquement incompatibles.

³³ Art. 293§1 CNUDM.

³⁴ *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP), préc.*, §83.

³⁵ Convention relative à la détermination des conditions minimales d'accès et d'exploitation des ressources halieutiques à l'intérieur des zones maritimes sous juridiction des États membres de la CSRP.

³⁶ *Ibid.*, para.84.

³⁷ V. par exemple les Observations écrites de Djibouti, §§36 et 37 ; Observations écrites de la République démocratique du Congo ; Observations écrites de l'Égypte, §18 ; Observations écrites de la République de Maurice ; Observations écrites de Nauru, §25 ; Observations écrites de la France, §31 et s.

³⁸ Observations écrites de l'Indonésie, §38.

D'autres, tels que l'Union africaine, soutiennent que le droit applicable se résume à la Convention en raison de la formulation des questions posées par la COSIS, qui viseraient expressément et de manière exclusive la CNUDM³⁹. La COSIS demande au Tribunal de déterminer quelles sont « les obligations particulières des États Parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer [...], notamment en vertu de la partie XII »⁴⁰. À l'inverse, la Commission régionale des pêches avait posé une question plus ouverte au Tribunal en 2013, ne faisant aucune référence spécifique à la Convention⁴¹. Toutefois, dans l'affaire de la *Commission sous-régionale des pêches*, le TIDM n'a nullement conditionné l'application de l'article 293 de la Convention à la formulation de la question par le demandeur. De plus, l'article 23 de son Statut indique que le Tribunal statue sur tous les différends *et sur toutes les demandes* (y compris les demandes d'avis consultatifs) conformément à l'article 293⁴². Dès lors, rien n'empêche le Tribunal d'inclure le droit international du climat dans le droit applicable à la procédure. Cette option permettrait l'application de tous les principes et normes pertinents issues du droit international du climat, notamment ceux relatifs à la réduction des émissions, à l'adaptation aux changements climatiques, au financement de l'adaptation et à la répartition des obligations entre les États en fonction de leurs responsabilités et de leurs capacités respectives (V. II).

Si le Tribunal fait le choix de ne pas recourir à la possibilité ouverte par l'article 293 dans cette affaire, il peut néanmoins interpréter la Convention à la lumière de certains de ces principes et normes. Cette solution plus « classique », se fondant sur l'interprétation du texte du traité, est susceptible de limiter l'interprétation faite par le Tribunal de l'étendue des obligations des Parties à la Convention, notamment au regard des obligations plus techniques d'adaptation et de financement auxquelles la CNUDM ne fait pas expressément référence.

B. L'intégration du droit du climat par l'interprétation de la Convention

Les techniques d'interprétation permettent également de mobiliser les normes issues du droit du climat, qu'elles se fondent sur l'application des règles générales d'interprétation de la Convention de Vienne⁴³ (1) ou sur le principe d'effectivité (2).

1. L'intégration du droit du climat par le jeu des règles générales d'interprétation

³⁹ V. les plaidoiries de l'Union africaine, M. Khalil, p. 4.

⁴⁰ *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*, 12 décembre 2022.

⁴¹ *Demande d'avis consultatif de la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, 27 mars 2013.

⁴² Statut du Tribunal international du droit de la mer- Annexe VI à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 23, nous soulignons.

⁴³ Convention sur le droit des Traités, Vienne, 23 mai 1969.

En vertu de l'article 31§3c) de la Convention de Vienne, l'interprétation par le Tribunal des dispositions de la Convention doit « tenir compte » de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Il y a un très large consensus sur le fait que le régime du climat constitue de telles « règles », notamment en raison du chevauchement presque parfait des Parties à chaque convention⁴⁴. Dès lors, la Convention de Vienne facilite l'« intégration systémique » des différentes règles du droit international⁴⁵ et, pour reprendre les termes de la République de Maurice, l'application d'« une approche intégrée qui maximise l'efficacité et la cohérence des deux régimes »⁴⁶.

Le texte de la Convention soutient fortement cette approche intégrée découlant des règles *générales* d'interprétation. Elle fait en effet preuve d'une ouverture considérable à d'autres domaines du droit international, en intégrant dans un grand nombre de ses dispositions des références ou renvois à d'autres normes⁴⁷. Le Tribunal arbitral constitué en vertu de l'Annexe VII dans l'affaire *Mer de Chine méridionale* a confirmé à cet égard que le contenu des obligations de l'article 192 de la Convention devait être déterminé en fonction des autres dispositions de la Convention, mais également des autres règles de droit international applicables⁴⁸.

La Convention est donc destinée à être comprise, si possible, et si ces éléments sont compatibles, de manière cohérente et harmonieuse avec ces autres domaines, comme en atteste d'ailleurs le préambule qui évoque la volonté de créer un « ordre juridique pour les mers et les océans » intégré et cohérent. En particulier, les articles 207§1 et 212§1 exigent des Parties à la Convention qu'elles « tiennent compte » des règles et des normes convenues au niveau international lorsqu'elles prennent des mesures pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution marine. Ces deux dispositions utilisent donc les mêmes termes que l'article 31§3c) de la Convention de Vienne. L'immense majorité des participants à la procédure considère ainsi que le droit international du climat doit être « pris en compte » dans l'identification des obligations spécifiques issues de la Convention concernant les émissions de gaz à effet de serre et les changements climatiques⁴⁹.

Toutefois, le droit du climat ne remplace pas les obligations de la Convention. Certains participants tels que l'Australie⁵⁰ ou l'Union européenne⁵¹ ont laissé entendre dans leurs observations écrites que le contenu des obligations des États parties à la

⁴⁴ Toutes les parties à la CNUDM ont signé et ratifié à la fois à la CCNUCC et à l'accord de Paris, à l'exception du Yémen, qui a signé et ratifié la CCNUCC mais n'a que signé que l'accord de Paris.

⁴⁵ Rapport du groupe de travail de la Commission du droit international, « Fragmentation du droit international », §413.

⁴⁶ Observations écrites de la République de Maurice, §49.

⁴⁷ Cette ouverture se retrouve par exemple dans les articles 197, 207, 212, 213, 237 et 293.

⁴⁸ « *Although phrased in general terms, the Tribunal considers it well established that Article 192 does impose a duty on States Parties, the content of which is informed by the other provisions of Part XII and other applicable rules of international law* », CPA, Sentence arbitrale, *Mer de Chine méridionale* (Philippines c. Chine), 12 juillet 2016, PCA Case N° 2013-19, §941.

⁴⁹ Observations écrites de l'Union africaine, §132 ; Observations écrites de l'Union européenne, §62 ; Observations écrites du Royaume-Uni, §68 ; Observations écrites de l'Australie, §41 ; Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, §71 ; Observations écrites du Mozambique, §3.76.

⁵⁰ Observations écrites de l'Australie, §40.

⁵¹ Observations écrites de l'Union européenne, §§67-68.

Convention de Montego Bay en matière climatique était défini par la CCNUCC et l'Accord de Paris. Ainsi, s'acquitter de ses obligations en vertu de l'Accord de Paris permettrait à un État d'automatiquement s'acquitter de ses obligations en vertu de la Convention. Cette interprétation est dangereuse dans la mesure où elle ne permet pas de relever l'intégralité des défis posés par les changements climatiques sur les océans, notamment l'élévation de la température des océans, l'élévation du niveau de la mer, l'acidification et la désoxygénation des océans⁵². Elle est également juridiquement erronée dans la mesure où les paragraphes 2 des articles 207 et 212 exigent que « les États prennent toutes *autres mesures* qui peuvent être nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser cette pollution » (nous soulignons), en plus de celles convenues dans les règles et normes internationales pertinentes - ici le droit du climat-. Le respect des objectifs de l'Accord de Paris est donc nécessaire, mais non suffisant. Les dispositions de la Convention imposant aux parties non seulement de *réduire* la pollution, mais également de la *prévenir* et de la *maîtriser*⁵³.

2. L'intégration du droit du climat par l'application du principe d'effectivité

Le principe d'effectivité, en tant que principe d'interprétation, permet une prise en compte des questions climatiques dans la détermination des obligations issues de la Convention. Comme de nombreux traités à vocation générale, la CNUDM est un « instrument évolutif »⁵⁴ dont les dispositions, en particulier les articles 192 et 194, doivent être interprétées à la lumière de l'évolution de la connaissance scientifique et du droit international lui-même⁵⁵ afin de s'assurer de leur effectivité en pratique⁵⁶.

Certains États participants à la procédure ont mobilisé à cet égard la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme qui font une application claire du principe d'effectivité lorsqu'ils imposent une interprétation finaliste et dynamique de leurs traités de référence, afin de conférer à leurs dispositions un effet utile⁵⁷, concret et effectif, et non pas théorique et illusoire⁵⁸. Dans

⁵² V. les plaidoiries de l'Union africaine, M. Khalil, pp. 8-9.

⁵³ Les termes *réduire*, *prévenir* et *maîtriser* sont ceux utilisés par l'art. 194§1 de la CNUDM.

⁵⁴ *Demande d'avis consultatif de la Commission sous-régionale des pêches (CSR/P)*, Opinion individuelle du juge Lucky, §18. V. également les Observations écrites de Maurice, « La Convention est un instrument évolutif, conçu pour permettre le développement de normes et de règles spécifiques, notamment de celles qu'appelle la partie XII pour la protection du milieu marin. Il s'ensuit que l'interprétation et l'application de la Convention, en particulier de la partie XII, doivent découler des textes qui visent la menace du changement climatique », §44.

⁵⁵ Observations écrites de la Sierra Leone, §22 ; Observations écrites du Canada, §36 ; Observations écrites de l'Union africaine, §§144-146, citant *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Arrêt, I.C.J. Recueil 1997, p. 7.

⁵⁶ Observations écrites de la RDC, §38 ; Observations écrites du Royaume-Uni, paras. 85-87.

⁵⁷ V. *CIJ, Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, Avis consultatif, *CIJ Recueil 1950*, p. 229 ; Communication présentée par S.E. M. Rüdiger Wolfrum, Président du Tribunal international du droit de la mer, à la Réunion officielle des conseillers juridiques des ministères des Affaires étrangères, New York, 23 octobre 2006, ou Cour IADH, interprétation du 3 septembre 2001 de l'arrêt sur le fond dans *Barrios Altos c. Pérou*, Série C, n° 83, §17.

⁵⁸ V. Les Observations écrites de la RDC, citant CourEDH (grande chambre), 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, §31 ; CourEDH (grande chambre), 13 décembre 2012, *El-Masri c. l'ex-République yougoslave*

la même veine, Maurice⁵⁹, la Sierra Leone⁶⁰ et de nombreux autres participants appellent le Tribunal à se fonder sur les rapports du GIEC et les instruments de droit du climat pour rendre effectives les dispositions de la Convention.

Tout d'abord, la CNUDM elle-même fait référence aux données scientifiques comme base d'interprétation de ses obligations relatives à la protection du milieu marin. Par exemple, les articles 200 et 201, 204 et 234 de la Convention imposent aux parties d'agir en se fondant sur les données scientifiques les plus fiables⁶¹. Le juge international – y compris le TIDM⁶² – n'hésite plus à prendre en compte des éléments scientifiques en vue de la détermination de la portée des obligations des États⁶³. Le Sixième rapport du GIEC, qui reflète les connaissances scientifiques les plus récentes relatives au changement climatique et ses effets sur le milieu marin, devrait être le principal document de référence scientifique pris en compte par le Tribunal pour répondre aux questions posées par COSIS⁶⁴.

Ensuite, le principe d'effectivité requiert, aux fins d'interprétation des dispositions d'un traité, d'inclure les normes de droit international pertinentes qui ont émergé depuis son adoption. La Cour internationale de Justice ne dit pas autre chose dans l'affaire *Gabcikovo Nagymaros*, en affirmant que certains traités ne sont pas des instruments figés et sont susceptibles de s'adapter à de nouvelles normes du droit international, et de constater que « de nouvelles normes du droit de l'environnement, récemment apparues, sont pertinentes pour l'exécution du traité »⁶⁵. Depuis l'adoption de la Convention, de nouveaux instruments ont été adoptés, en particulier la CCNUCC et l'Accord de Paris, qu'il est donc nécessaire pour le Tribunal de prendre en compte afin de rendre les dispositions de la Partie XII effectives en pratique.

de Macédoine, §134 (où la Cour considère que le principe d'efficacité s'étend tant aux obligations s'imposant aux États qu'aux dispositions procédurales) ; CourEDH, 27 avril 2006, *Sannino c. Italie*, §48 ; CourEDH, 12 mars 2003, *Öcalan c. Turquie*, paras. 146 et 153, confirmé par la Grande chambre le 12 mai 2005, §133 ou encore Cour IADH, interprétation du 3 septembre 2001 de l'arrêt sur le fond dans *Barrios Altos c. Pérou*, Série C, n° 83, §17 et CourIADH, arrêt du 12 juillet 1988, *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, Série C, n°4, §167.

⁵⁹ Observations écrites de Maurice, §44 : « Maurice considère que l'interprétation et l'application de la partie XII de la CNUDM sont à mener sur la base de données scientifiques et compte tenu des conceptions évolutives de la grave et urgente menace que constitue le changement climatique pour le milieu marin ».

⁶⁰ Observations écrites de la République de Sierra Leone, §93.

⁶¹ Observations écrites de Maurice, §43.

⁶² TIDM, Avis consultatif relatif à la Zone, *préc.*, §117 ; TIDM, Avis consultatif CSRP, *préc.*, §132 ; TIDM, mesures conservatoires, *Affaires du thon à nageoire bleue* (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon) (Mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999), TIDM Recueil 1999, p. 280, §80.

⁶³ *Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale* (Philippines c. Chine) (Arbitrage) CPA, affaire n° 2013-19, CIJG 495 (CPA 2016), 12 juillet 2016 (« Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale »), §945.

⁶⁴ Observations écrites de la Sierra Leone, §27.

⁶⁵ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, CIJ, Recueil 1997, p. 7, §112.

II- LES CONSÉQUENCES DE LA MOBILISATION DU DROIT DU CLIMAT SUR LES OBLIGATIONS DES PARTIES

Les questions posées au Tribunal par la COSIS invitent à interpréter les obligations des États en vertu de la Convention relatives à la protection et la préservation du milieu marin à la lumière des effets spécifiques qu'aura le changement climatique sur les mers et océans. Pour rappel, ces questions sont formulées ainsi :

« [q]uelles sont les obligations particulières des États Parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ('la CNUDM'), notamment en vertu de la partie XII :

- a) de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin eu égard aux effets nuisibles qu'a ou peut avoir le changement climatique, notamment sous l'action du réchauffement des océans et de l'élévation du niveau de la mer, et de l'acidification des océans, qui sont causés par les émissions anthropiques de gaz à effet de serre dans l'atmosphère ?
- b) de protéger et préserver le milieu marin eu égard aux incidences du changement climatique, notamment le réchauffement des océans et l'élévation du niveau de la mer, et l'acidification des océans ? ».

Cette interprétation pourrait permettre au Tribunal de se prononcer à la fois sur l'étendue et la portée des obligations des États en matière de réduction des gaz à effet de serre et d'adaptation, dans le contexte de la CNUDM (A), mais aussi sur la question complexe du caractère différencié des obligations des parties, dans la logique du droit du climat, qui ne ressort pas explicitement de la demande, mais qui apparaît pourtant en filigrane et s'avère finalement être un enjeu central et déterminant pour les pays en développement (B).

A. L'étendue et la portée des obligations des États en matière de réduction des gaz à effet de serre et d'adaptation au travers du prisme du droit de la mer

Les questions posées par la COSIS ne se limitent pas *a priori* à une interprétation de la Partie XII de la CNUDM. Cependant, la grande majorité des participants à la procédure écrite a pu souligner que les termes employés font expressément référence à certains articles et certaines obligations de cette Partie : il s'agit principalement des deux obligations « chapeau »⁶⁶ ou générales contenues aux articles 192 et 194, ainsi que d'autres obligations plus précises comme celles mentionnées aux articles 207 à 213 pour les différents types de pollutions, ou même au sein d'autres dispositions en dehors de la Partie XII. Il ne s'agit pas ici de réaliser un inventaire détaillé des différentes options et de la manière dont le Tribunal pourrait

⁶⁶ Expression utilisée notamment dans les Observations écrites de la France, para.99.

ou devrait se prononcer sur l'interprétation à donner à ces dispositions. Il nous semble cependant intéressant de mettre en évidence le fait que ces obligations sont en lien étroit avec les obligations issues du droit du climat : elles permettent d'adopter une vision intégrée des deux corps de règles. Cette intégration se matérialise par une série d'éléments qui permettront probablement au Tribunal de préciser utilement l'étendue et la portée des obligations.

1. La possibilité d'une lecture combinée des obligations climatiques et de l'obligation de « prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin »

Une grande majorité des États et des divers intervenants à la procédure s'accorde sur le fait que les émissions de GES entrent dans la définition de la notion de pollution consacrée à l'article 1(4) de la Convention⁶⁷. Cette qualification des émissions de GES comme source de pollution permet de déclencher l'application de l'article 194 selon lequel les États ont l'obligation de prendre, « séparément ou conjointement selon qu'il convient, toutes les mesures compatibles avec la Convention qui sont nécessaires pour *prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, quelle qu'en soit la source* » (nous soulignons).

Les États devraient donc adopter, individuellement – dans le cadre de leurs contributions déterminées au niveau national (CDN)⁶⁸ – ou collectivement – notamment par le biais de la négociation au sein des Conférences des Parties (COP) à la CCNUCC⁶⁹, des mesures efficaces pour prévenir, réduire et maîtriser les émissions de GES. Dans la mise en œuvre de l'article 194 de la Convention, les États doivent donc se tenir aux limites d'émissions fixées par le droit du climat et réduire leurs émissions conformément à ces exigences. Cette interprétation de l'article 194 permet de conforter les obligations découlant du droit du climat, dont la mise en œuvre insuffisante ne permet pas de limiter le réchauffement à 1,5 degrés. L'obligation de prendre des mesures d'atténuation des émissions de GES constitue la principale mesure permettant de lutter contre les changements climatiques, y compris en mer⁷⁰.

⁶⁷ La pollution y est définie comme « l'introduction directe ou *indirecte*, par l'homme, de *substances ou d'énergie* dans le milieu marin, y compris les estuaires, lorsqu'elle a ou peut avoir des *effets nuisibles* tels que dommages aux ressources biologiques et à la faune et la flore marines, risques pour la santé de l'homme, entrave aux activités maritimes, y compris la pêche et les autres utilisations légitimes de la mer, altération de la qualité de l'eau de mer du point de vue de son utilisation et dégradation des valeurs d'agrément ». Les effets nuisibles concernés sont notamment ceux mentionnés dans la question posée par la COSIS. Comme le note la France dans ses observations écrites, l'on peut affirmer sans ambiguïté qu'il existe un consensus mondial sur le fait que le changement climatique et l'acidification des océans (considérée séparément ou comme un corollaire du changement climatique) résultant des émissions de GES, produisent des effets nuisibles sur le milieu marin (Observations écrites de la France §91). Ce consensus et cette conscience collective ressortent par exemple de la Déclaration de Lisbonne adoptée à l'issue de la Conférence des Nations Unies sur les océans : Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU 76/296, *Notre océan, notre avenir, notre responsabilité*, 21 juillet 2022, §§4 et 5.

⁶⁸ Accord de Paris article 4.

⁶⁹ CNUCC, articles 2 et 4 et Accord de Paris, articles 2 et 4§1.

⁷⁰ GIEC, 5AR, *Changements climatiques 2014 : Incidences, adaptation et vulnérabilité*, chapitre 30 : « L'Océan », pp. 1655-1731.

L'interprétation des dispositions pertinentes de la CNUDM dans le contexte des changements climatiques permet en outre de préciser la manière dont les États doivent mettre en œuvre ces obligations et ainsi de les compléter en renforçant la portée. Les articles 207 à 213, et en particulier les articles 207, 211 et 212 précisent en effet que les États doivent *adopter des lois et règlements et prendre les mesures nécessaires* pour « prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin » émanant de ces différentes sources spécifiques, ici la pollution tellurique et atmosphérique. En outre, l'article 207 précise qu'ils « s'efforcent d'harmoniser leurs politiques à cet égard au niveau régional approprié », et que les normes adoptées doivent viser à limiter *autant que possible* l'évacuation dans le milieu marin de substances toxiques, nuisibles ou nocives ». Cette précision renforce le niveau d'exigence en ce qui concerne l'atténuation, tout en introduisant la notion de *capacité* (V. *infra*, B). L'article 222 de la CNUDM précise quant à lui que les États « assurent l'application des lois et règlements qu'ils ont adoptés », et prennent des mesures « pour donner effet aux règles et normes internationales applicables » (nous soulignons), traduisant une exigence explicite d'effectivité voire d'efficacité⁷¹. Ces précisions sur la mise en œuvre et l'exigence d'effectivité sont à relier aux recommandations formulées à l'occasion des COP à la CCNUCC qui invitent systématiquement à renforcer l'ambition et l'action en matière d'atténuation, d'adaptation et de financement. Par exemple, le Pacte de Glasgow appelle à « d'urgence redoubler d'efforts pour réduire collectivement les émissions en accélérant l'action menée et l'application des mesures internes pour l'atténuation »⁷².

Enfin, comme précisé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, le principe coutumier de prévention (que traduisent les articles 194 et suivants), implique pour les États « non seulement d'adopter les normes et mesures appropriées, mais encore d'exercer un certain degré de vigilance dans leur mise en œuvre ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs »⁷³ (nous soulignons).

2. L'approche de précaution comme composante de l'obligation de diligence requise

L'article 194 de la CNUDM a pu être interprété comme une obligation générale de diligence requise, précisée par différentes juridictions comme une

⁷¹ La notion de mesures efficaces ressort également de l'arrêt rendu par le Tribunal dans l'affaire du Thon à nageoires bleues dans laquelle il indiquait que « les Parties devraient, dans ces conditions, agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises... ». *Affaire du Thon à nageoire bleue (Australie c. Japon et Nouvelle Zélande c. Japon)*, TIDM, ordonnance en adoption de mesures conservatoires du 27 août 1999, rôle des affaires n°3 et 4, para 77.

⁷² Résolution FCCC/PA/CMA/2021/10/Add.1, §§23 et 26.

⁷³ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Recueil 2010*, p.14, para.197. Rappelé notamment dans l'Avis consultatif du 1er février 2011 de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, préc.*, §115.

obligation de moyens⁷⁴ impliquant la réalisation de diverses obligations spécifiques. Ces obligations sont notamment l'obligation coutumière de réaliser des études d'impact environnemental⁷⁵ et d'agir avec précaution⁷⁶ – l'utilisation de la notion d'*approche* ou de *principe* de précaution différant selon les instances.

Or, de nombreux participants ont souligné dans leurs observations écrites la nécessité d'appréhender la question épineuse de la géo-ingénierie. D'un côté, les articles 194 et 192 invitent indirectement à développer les technologies et la recherche scientifique de manière à renforcer les techniques d'atténuation de la pollution par les GES⁷⁷ ; le stockage de carbone fait partie de ces techniques dites « additionnelles » en plein développement, d'ailleurs directement intégrées dans les différents scénarios développés par le GIEC⁷⁸. Néanmoins, ce dernier, tout en reconnaissant que les connaissances portant sur l'application de ces technologies et des risques qui y sont associés sont insuffisantes, a aussi affirmé que les principales techniques de géo-ingénierie relatives aux océans étaient extrêmement coûteuses et avaient une empreinte écologique élevée⁷⁹. Eu égard à l'incertitude totale quant aux effets indirects de ces techniques ayant le potentiel d'altérer ou modifier les grands équilibres planétaires, c'est bien une approche de précaution qui devrait donc être appliquée et qui remporte le soutien de la majorité des participants à la procédure écrite ayant mentionné cet aspect de la question.

L'obligation de ne pas déplacer le préjudice ou les risques d'une zone à une autre et de ne pas remplacer un type de pollution par un autre, ainsi que celle de « prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin résultant de l'utilisation de techniques dans le cadre de leur juridiction ou sous leur contrôle », consacrées respectivement aux articles 195 et 196 de la CNUDM, s'avèrent aussi d'une grande utilité pour apporter une lecture cohérente et défragmentée des différentes obligations des États.

3. L'interprétation évolutive de l'obligation de « protéger et préserver le milieu marin » au service de la cohérence et du soutien mutuel

⁷⁴ Qui découle de la combinaison des formules « toutes les mesures nécessaires » et « selon qu'il convient ». V. notamment I. PAPANICOLOPULU, « Due Diligence in the Law of the Sea », dans H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER (dir.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, OUP, 2020, pp. 147-162, p. 151 et 152 ; *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, préc.*, §§110 et 129.

⁷⁵ *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, préc.*, §147.

⁷⁶ *Eod. Loc.*, §135.

⁷⁷ V. notamment les Observations écrites de l'Union Africaine, vol. I., 16 juin 2023, §§289-293.

⁷⁸ V. notamment le Rapport spécial du GIEC de 2015 *sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5°C par rapport aux niveaux préindustriels et les trajectoires associées d'émissions mondiales de gaz à effet de serre, dans le contexte du renforcement de la parade mondiale au changement climatique, du développement durable et de la lutte contre la pauvreté*, pp. 14 et suiv., et le Rapport spécial du GIEC de 2005, *Piégeage et stockage du dioxyde de carbone*, p. 2.

⁷⁹ A/72/70 §76. V. également R. BRIDAY, S. DUTREIL, S. GAMBARDILLA, « Quel(s) consensus autour du recours à l'ingénierie climatique ? » *Cahiers Droits, Sciences et Technologies*, n°12, 2021, pp. 57-76.

L'obligation générale de « protéger et préserver le milieu marin » consacrée à l'article 192 de la CNUDM et déclinée dans d'autres dispositions de la Convention a été interprétée comme une obligation à la fois négative – protéger en s'abstenant, en luttant contre les pollutions, etc. – et positive – préserver, en adoptant des mesures spécifiques de conservation de la biodiversité⁸⁰, éventuellement prévues dans le cadre d'autres conventions internationales⁸¹.

Plusieurs éléments dans la CNUDM invitent à adopter une lecture cohérente et non fragmentée de l'ensemble de ses dispositions, à commencer par son préambule qui précise que « les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble » et vise à établir un « ordre juridique pour les mers et océans ». L'article 237(2) selon lequel les Parties doivent s'acquitter des obligations particulières qui leur incombent en vertu d'autres conventions internationales « d'une manière compatible avec les principes et objectifs généraux de la Convention »⁸² prévoit en sus une exigence de compatibilité qui permet d'assurer la cohérence globale du système. De son côté, le préambule de l'Accord de Paris mentionne « qu'il importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans ». Ces dispositions ont une fonction intégratrice et permettent un véritable soutien mutuel entre les divers régimes, qui doivent être lus selon leur objectif et de manière systémique. Comme le résume la République de Nauru, l'« approche globale, qui découle de l'article 192 et du préambule, est particulièrement pertinente dans le contexte des changements climatiques, qui ne font pas de distinction entre les zones maritimes ni entre le milieu terrestre et le milieu marin »⁸³.

Dans cette logique, l'obligation de protection et de préservation du milieu marin s'est vue précisée par la pratique subséquente des États et le développement progressif du droit international de l'environnement, notamment dans le cadre de la CDB qui consacre la création d'aires protégées comme outil privilégié de conservation de la biodiversité, ou encore de l'Accord de New York sur les stocks chevauchants et grands migrateurs qui utilise dès 1994 l'approche écosystémique et l'approche de précaution⁸⁴. Le nouvel Accord de mise en œuvre de la CNUDM, relatif à la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale (Accord « BBNJ », adopté le 19 juin 2023),

⁸⁰ Arbitrage relatif à la *Mer de Chine méridionale*, *préc.*, §§941 et 956. La notion d'environnement marin a été interprétée largement, comme englobant les « ressources biologiques de la mer », dans l'affaire du thon à nageoires bleues. *Affaire du Thon à nageoire bleue (Australie c. Japon et Nouvelle Zélande c. Japon)*, TIDM, ordonnance en adoption de mesures conservatoires du 27 août 1999, rôle des affaires n° 3 et 4, para.60.

⁸¹ Le Tribunal arbitral dans l'affaire *Mer de Chine méridionale* n'avait pas hésité à réaliser une interprétation croisée entre l'article 192 de la CNUDM et les obligations de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), interprétant l'article 192 comme un véritable catalyseur.

⁸² Comme l'indique la France, « cela signifie, notamment, que les États doivent s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de l'Accord de Paris d'une manière 'compatible' avec leur obligation de 'protéger et préserver le milieu marin' », Observations écrites de la France, §98.

⁸³ Observations écrites de Nauru, §55.

⁸⁴ Articles 6 et 5(d) de l'Accord de New York du 4 décembre 1995 aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs.

est particulièrement intéressant dans ce contexte non seulement en ce qu'il apporte des outils permettant de mettre en œuvre cette obligation positive de préservation – y compris les aires marines protégées –, mais aussi en ce qu'il fait le lien pour la première fois expressément le lien entre le droit de la mer et le droit du climat, que ce soit de manière très générale au sein du préambule, qui constate la « nécessité de lutter, de manière cohérente et coopérative, contre la perte de diversité biologique et la dégradation des écosystèmes de l'océan dues, notamment, aux impacts des changements climatiques sur les écosystèmes marins, tels que le réchauffement et la désoxygénation de l'océan, ainsi que l'acidification de celui-ci [...] », ou de manière plus précise dans le cadre de certaines dispositions comme l'article 1§6 qui intègre dans la définition de la notion d'impacts cumulés « les conséquences des changements climatiques, de l'acidification de l'océan et leurs effets connexes », ou encore au sein des principes généraux et approches consacrés par l'article 7, incluant : « h) [u]ne approche qui renforce la résilience des écosystèmes, notamment à l'égard des effets néfastes des changements climatiques et de l'acidification de l'océan et qui, en outre, préserve et restaure l'intégrité des écosystèmes, y compris les services rendus par le cycle du carbone qui sont à la base du rôle que l'océan joue dans le climat » ainsi que dans les dispositions relatives aux outils de gestion par zone⁸⁵. Le Cadre Mondial de la biodiversité Kunming-Montréal définit enfin, quant à lui, au rang des « cibles » à atteindre en vue de réduire les menaces pesant sur la biodiversité, l'objectif de « réduire au minimum l'impact du changement climatique et de l'acidification des océans sur la biodiversité »⁸⁶, permettant de faire le lien entre les systèmes normatifs.

Il convient par ailleurs de noter que la notion d'adaptation peut être considérée comme faisant partie intégrante de la notion de préservation. L'adaptation contribue en effet à préserver l'interface terre-mer et implique la conservation et la restauration des écosystèmes jouant naturellement un rôle protecteur pour les côtes face aux effets du changement climatique, tels que les mangroves et les récifs coralliens. En fait, le renforcement de la résilience – et donc la conservation – des écosystèmes en général pourrait entrer dans la définition de l'adaptation. Les Parties à la CDB ont ainsi élaboré une liste des mesures susceptibles « d'accroître la capacité d'adaptation des espèces et la résilience des écosystèmes face aux changements climatiques »⁸⁷ : d'abord, la réduction des autres menaces qui pèsent sur les écosystèmes telles que les pollutions, la surexploitation, la dégradation des habitats et l'introduction d'espèces exotiques envahissantes ; ensuite le renforcement des réseaux d'aires protégées, par le biais de mesures de connectivité, et de restauration des écosystèmes dégradés, ou encore par le biais de mesures de protection spécifiques pour les espèces et les écosystèmes particulièrement vulnérables au changement

⁸⁵ Article 17(c) relatif aux objectifs des outils de gestion par zone : c) Protéger, préserver, restaurer et maintenir la diversité biologique et les écosystèmes, notamment en vue d'améliorer leur productivité et leur santé et de renforcer la résilience aux facteurs de stress, y compris ceux liés aux changements climatiques, à l'acidification de l'océan et à la pollution marine ; Annexe 1 : critères indicatifs pour la détermination des aires à protéger : f) Vulnérabilité, y compris face aux changements climatiques et à l'acidification de l'océan.

⁸⁶ Cadre Mondial de la biodiversité de Kunming à Montréal Projet de décision proposé par le président, Cible 8, CBD/COP/15/L.25, 18 décembre 2022.

⁸⁷ Décision adoptée par la conférence des parties à la convention sur la diversité biologique à sa dixième réunion, Décision X/33 : Diversité biologique et changements climatiques.

climatique, y compris les espèces migratrices ou qui contribuent à l'atténuation de ses effets, comme c'est le cas des mangroves. La mise en place de mesures d'adaptation dans les pays en développement menacés par la montée des eaux ou par les phénomènes météorologiques extrêmes nécessite en outre la coopération et l'assistance des pays développés, ce qui pose la question de l'éventuelle consécration du caractère différencié des obligations des Parties à la CNUDM dans un contexte de lutte contre les changements climatiques.

B. Le caractère différencié des obligations des Parties ?

L'article 194§1 de la CNUDM prend en compte les différences de capacités entre les États dans la lutte contre la pollution du milieu marin et prévoit qu'« ils mettent en œuvre à cette fin les moyens les mieux adaptés dont ils disposent, *en fonction de leurs capacités* » (nous soulignons). Comme cela a déjà été évoqué, il s'agit d'une obligation de diligence requise, qui doit s'apprécier *in concreto* afin de prendre en compte la capacité des États à mettre en œuvre l'obligation, autrement dit leurs pouvoirs et leur marge de manœuvre en l'espèce, qui peuvent varier selon leur niveau de développement⁸⁸. Cette disposition n'est pas la seule à prendre en compte les capacités respectives des Parties⁸⁹, et plus généralement la Convention prend en compte les différences de situation entre les États⁹⁰. Il ne fait alors aucun doute que la Convention connaisse certaines obligations asymétriques qui ne lient pas toutes ses Parties de la même manière, la question étant de savoir de quelle manière et dans quelle mesure⁹¹.

Afin d'interpréter l'article 194§1 et la manière dont il faut comprendre la modulation des obligations des États en fonction de leurs capacités, le Tribunal est appelé par un certain nombre de participants à la procédure⁹² à faire référence à un principe proche, mais pour autant non cité expressément dans la CNUDM, celui des *responsabilités communes, mais différenciées* issu du droit international économique, mais aussi du droit de l'environnement, et plus précisément du droit du climat.

⁸⁸ P. D'ARGENT, A. DE VAUCLEROY, « Le contenu de l'omission illicite : la non utilisation de moyens raisonnables », pp. 255-278 in SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'études franco-italienne du Mans, Pedone, 2018, pp. 265-266.

⁸⁹ V. notamment les articles 70, 194§1, 199 et 266 CNUDM.

⁹⁰ Le préambule précise que les États aspirent à « 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 », ou encore la Partie XI qui permet le partage des bénéfices tirés de l'exploitation des ressources minérales ; voir aussi les articles 160(2) et 162(2).

⁹¹ V. H. MPOTO BOMBAKA, *Le traitement différencié en droit international de la mer*, thèse de droit international public en cotutelle entre les universités Aix-Marseille et Brasilia, soutenue le 24 juin 2022, 410 p. Pour l'auteur, « l'absence d'une catégorisation claire des États destinataires du traitement différencié ainsi que le contour juridique flou du traitement différencié en droit de la mer neutralisent sa mise en œuvre ». *Ibid.*, p. 13.

⁹² V. notamment les Observations présentées par la COSIS, l'Union Africaine, la RDC, le Mozambique, la République de Sierra Leone, ou encore de l'Égypte.

Le principe 7 de la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement énonçait déjà :

« Étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des *responsabilités communes, mais différenciées*. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent » (nous soulignons).

Le principe des responsabilités communes, mais différenciées sera par la suite consacré, en matière de changements climatiques, par la CCNUCC⁹³, le Protocole de Kyoto⁹⁴ puis l'Accord de Paris⁹⁵ – bien que de manière atténuée par rapport aux deux premiers qui dispensaient en grande partie les pays en développement de toute obligation de réduction des GES – si bien qu'il fait désormais partie intégrante du droit du climat.

Le principe comprend deux facettes. D'une part, il affirme le caractère « commun » des responsabilités des États dans les changements climatiques dans la mesure où ils participent tous, par l'effet de leurs émissions cumulées de gaz à effet de serre, au réchauffement de la planète, ainsi que la solidarité mondiale face aux effets néfastes qui en résultent. D'autre part, il permet de reconnaître que tous les États ont contribué de manière très diverse à la situation climatique actuelle. En particulier, les pays du Nord ont apporté une contribution historique plus importante aux problèmes environnementaux mondiaux, par le biais de leur processus d'industrialisation. De surcroît, ce même processus d'industrialisation leur a conféré des ressources financières et technologiques bien plus importantes pour leur permettre d'atténuer et de s'adapter aux changements climatiques. À l'inverse, les petits États insulaires en développement n'ont pas participé aux émissions de GES ou seulement de manière dérisoire ; pourtant, ils subissent de manière frontale les effets du changement climatique sur les mers et océans, notamment l'élévation du niveau de la mer à laquelle ils sont particulièrement exposés⁹⁶. Le même constat peut être dressé pour l'Afrique, qui est le continent qui émet le moins de GES, tout en étant le plus touché par les effets néfastes des changements climatiques⁹⁷. Comme l'a relevé le

⁹³ V. le préambule et l'article 3 de la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, *préc.*

⁹⁴ V. l'article 10 du Protocole de Kyoto à la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 11 décembre 1997.

⁹⁵ V. le préambule et les articles 2 et 4 de l'Accord de Paris du 12 décembre 2015.

⁹⁶ V. Les extraits des rapports du GIEC produits par la COSIS devant le TIDM ainsi que les plaidoiries de M. Browne, Premier ministre d'Antigua et Barbuda au nom de la COSIS. V. également les Observations écrites de Nauru, *préc.*, §4. Et le rapport élaboré dès 2005 par le Secrétariat à la CCNUCC : *Climate change, small island developing States*. Issued by the Climate Change Secretariat (UNFCCC), Bonn, Germany, 2005, 32 p.

⁹⁷ IPCC, 2022: Africa [C.H. TRISOS, I.O. ADELEKAN, E. TOTIN, A. AYANLADE, J. EFITRE, A. GEMEDA, K. KALABA, C. LENNARD, C. MASAO, Y. MGAYA, G. NGARUIYA, D. OLAGO, N.P. SIMPSON, AND S. ZAKIELDEEN], *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [H.-O.

Secrétaire général des Nations Unies Antonio Guterres lors du Sommet africain de Nairobi sur le climat,

« An injustice burns at the heart of the climate crisis. And its flame is scorching hopes and possibilities here in Africa. This continent accounts for less than four per cent of global emissions. Yet it suffers some of the worst effects of rising global temperatures. Extreme heat, ferocious floods and tens of thousands of dead from devastating droughts. The blow inflicted on development is all around with growing hunger and displacement. Shattered infrastructure. Systems stretched to the limit. All aggravated by climate chaos not of [Africa's] making »⁹⁸.

Afin de prendre en compte ces considérations de justice climatique, le contenu des obligations des États varie, dans le droit du climat, en fonction principalement de leurs *responsabilités* dans la dégradation climatique, mais aussi de leurs *capacités* à y faire face. Cela se traduit de manière concrète par des objectifs de réduction de gaz à effet de serre différents pour les pays du Nord et les pays du Sud⁹⁹, ainsi que des obligations d'adaptation et de financement distinctes¹⁰⁰. Le TIDM pourrait alors reprendre à son compte cette différenciation dans l'interprétation de l'article 194§1 et plus généralement de la première question posée par la COSIS¹⁰¹.

La transposition du principe des responsabilités communes, mais différenciées se conçoit plutôt aisément dans le cadre de la lutte contre la pollution du milieu marin par les émissions de GES. Néanmoins, au-delà du cadre climatique, la question de savoir si cette différenciation concerne tous les types de pollution se pose. En effet, s'il est certain que la responsabilité des États du Nord dans la pollution atmosphérique est établie, tel n'est pas nécessairement le cas pour d'autres sources de pollution telles que de la pollution du milieu marin par les plastiques, les produits chimiques, les marées noires, le bruit, etc.

En revanche, la transposition du principe est encore moins aisée en matière de conservation. En effet, aucune disposition de la Partie XII ni de la Partie V de la Convention consacrée à la conservation ne fait référence à la *capacité* des Parties, sur le modèle de l'article 194. Dans le même sens, l'accord BBNJ ne contient aucune

PÖRTNER, D.C. ROBERTS, M. TIGNOR, E.S. POLOCZANSKA, K. MINTENBECK, A. ALEGRÍA, M. CRAIG, S. LANGSDORF, S. LÖSCHKE, V. MÖLLER, A. OKEM, B. RAMA (eds.)), (hereafter « IPCC 2022, Africa, *Impacts, Adaptation and Vulnerability* »), p. 1294. V. également les Observations écrites de l'Union africaine, *préc.*, §§50 et s.

⁹⁸ United Nations, « Secretary-General's remarks at African Climate Summit », 5 September 2023.

⁹⁹ V. CCNUCC, art. 4 et Accord de Paris, art. 4(2) sur les contributions déterminées au niveau national devant être déterminées par chaque État.

¹⁰⁰ Articles 7, 8 et 9 de l'Accord de Paris (dont les modalités sont précisées au fur et à mesure des COP, par exemple décision 2/CP.27 sur l'établissement d'un fonds pour les pertes et préjudices).

¹⁰¹ V. sur ce point les Observations écrites de la RDC, *préc.*, §273 qui mettent en avant que la pollution du milieu marin causée par les émissions de GES constitue une violation de la CNUDM dont les États industrialisés sont conjointement responsables, et sans qu'ils puissent se disculper au regard des manquements d'autres États.

référence au principe des responsabilités communes, mais différenciées¹⁰², ni même aux conséquences des *capacités* distinctes des États¹⁰³, au-delà de l'établissement d'un régime de partage des avantages issus de l'exploitation des ressources génétiques marines au profit des pays en développement ainsi que de la reconnaissance des liens clairs entre biodiversité marine et changements climatiques. On pourrait néanmoins imaginer que le Tribunal fasse reposer sur les États qui en ont les capacités le financement des mesures de conservation telles que l'établissement d'aires marines protégées ou la reconstruction des écosystèmes ainsi que des mesures de surveillances qui vont avec, en appelant ces États, par exemple, à créer un fonds spécifique ou en passant par l'intermédiaire du Fonds mondial pour l'environnement comme en matière de biodiversité.

* *
*
*

Le Tribunal international du droit de la mer dispose ainsi d'une occasion unique de clarifier les obligations des Parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer face aux menaces que les changements climatiques font peser sur les océans, notamment en termes de réchauffement, d'acidification et d'élévation du niveau de la mer, voire de donner le ton quant aux avis qui suivront dans le cadre des autres juridictions sollicitées. Pour remplir cet office, le recours à une approche intégrée et évolutive entre le droit de la mer et le droit du climat nous semble s'imposer et être le seul moyen de donner un effet utile aux dispositions de la Partie XII.

¹⁰² Bien que certains États tels que l'Algérie, l'Érythrée et l'Équateur aient été favorables à une telle inclusion au cours des négociations. V. par exemple IISD Reporting Services, « PREPCOM 2 Highlights: Thursday, 8 September 2016 », Earth Negotiations Bulletin, vol. 25, n°117, p. 1.

¹⁰³ L'Accord BBNJ contient de nombreuses dispositions relatives aux renforcements des capacités des États, mais qui n'impliquent aucunement d'obligations asymétriques. Tout au plus, l'article 16§3 prévoit que la Conférence des Parties tienne compte des capacités nationales et de la situation des Parties pour déterminer les lignes directrices à suivre pour le suivi et la transparence du régime applicable aux ressources génétiques marines.