

Juliette Voïnov Kohler

Le mécanisme de contrôle
du respect du Protocole de
Kyoto sur les changements
climatiques:
entre diplomatie et droit

Faculté de droit
de Genève

Schulthess §


Collection
Genevoise

Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques : entre diplomatie et droit

VOINOV KOHLER, Juliette Natacha

Reference

VOINOV KOHLER, Juliette Natacha. *Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques : entre diplomatie et droit*. Genève : Schulthess, 2006, 321 p.

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:83215>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Juliette Voïnov Kohler

Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole
de Kyoto sur les changements climatiques:
entre diplomatie et droit



Faculté de droit de Genève

Juliette Voïnov Kohler

Le mécanisme de contrôle
du respect du Protocole de
Kyoto sur les changements
climatiques:
entre diplomatie et droit

Thèse n° 752 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2006
ISBN 3 7255 5085 9

www.schulthess.com

A Lou, Charlotte et Cédric

Préface

L'entrée en vigueur le 16 février 2005 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, marque une étape importante pour la protection de l'environnement global. Le catalogue des actions à entreprendre est vaste. En application du principe des responsabilités communes mais différenciées, les pays industrialisés ont accepté de s'engager à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre, de fournir des ressources nouvelles et additionnelles aux pays en développement, ainsi que d'encourager et financer le transfert de technologies à destination de ces pays pour lutter contre l'effet de serre. De nouvelles stratégies de marché sont mises en place. Leur application doit permettre des opérations d'échange en matière de réduction d'émissions, impliquant les Etats parties du Protocole de Kyoto et le secteur privé.

Le Protocole de Kyoto pose les jalons d'un régime international original et complexe. La question du contrôle de son respect et celle de la réaction à d'éventuels manquements sont apparues dès les débuts de la négociation du Protocole comme cruciales, eu égard à la portée des engagements. Toutefois, les Etats ne sont pas parvenus à trouver un accord sur les mécanismes et les procédures appropriés de contrôle du respect du Protocole au moment de son adoption. Ces derniers furent l'objet d'ultimes négociations qui aboutirent à Marrakech en 2001.

L'originalité et la complexité qui caractérisent le régime du Protocole se retrouvent dans *les Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, adoptés en 2001. Tout en tirant inspiration d'autres procédures mises en place dans le domaine de la protection de l'environnement, elles n'en représentent pas moins un saut qualitatif parmi les techniques élaborées pour promouvoir la mise en œuvre du droit international.

L'ouvrage de Madame Juliette Voinov Kohler vient à point nommé pour nous apporter une analyse approfondie de ces procédures. Tirant profit de son expérience au Département fédéral des affaires étrangères (Berne, Suisse), Madame Voinov Kohler analyse les contours de ces procédures et met en éclairage un aspect particulier de celles-ci, celui qu'elle dénomme la

"différenciation" en matière de contrôle du respect du droit. Il est argué que les *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto* vont au-delà d'une approche trop formelle du principe de l'égalité souveraine pour viser l'égalité réelle entre Etats issue de considérations socio-économiques et d'équité. C'est là l'une des nouvelles applications du principe des responsabilités communes mais différenciées. On doit savoir gré à Mme Juliette Voinov Kohler d'avoir su placer les *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto* dans une perspective d'ensemble, permettant de les comparer à d'autres mécanismes du même genre, tout en soulignant les traits caractéristiques et novateurs.

Laurence BOISSON DE CHAZOURNES

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

14 Février 2006

Sommaire

Sommaire	V
Abréviations	VII
Avant-propos	XI
Introduction	XIII
Première partie : Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques	1
Chapitre I Le Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques	6
Chapitre II Le contrôle du respect du Protocole de Kyoto	38
Deuxième partie : Approche différenciée dans le droit et dans le contrôle du respect du droit: entre égalité formelle et égalité réelle des Etats	153
Chapitre I La différenciation dans le droit	156
Chapitre II La différenciation dans le contrôle du respect du droit	219
Conclusion	275
Annexe I : Glossaire	280
Annexe 2 : Décision 24/CP.7 Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto	283
Bibliographie	303
Table des matières	315

Abréviations

ACDI	Annuaire de la Commission de Droit International des Nations Unies
AEM	Accord Environnemental Multilatéral
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJIL	American Journal of International Law
AOSIS	Alliance des Petits Etats Insulaires (en anglais : Alliance Of Small Island States)
ASDI	Annuaire Suisse de Droit International
Aust. YIL	Australian Yearbook of International Law
B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.	Boston College of Environmental Affairs Law Review
BNT	Bulletin des Négociations de la Terre
Brooklyn JIL	Brooklyn Journal of International Law
BYIL	British Yearbook of International Law
Case W. Res. JIL	Case Western Reserve Journal of International Law
CDI	Commission de Droit International
CdP	Conférence des Parties
CEJ	Cour de Justice des Communautés Européennes
CIJ	Cour internationale de Justice
CNUED	Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement
Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y	Colorado Journal of Environmental Law and Policy
Col. J. Trans. L.	Columbia Journal of Transnational Law Association
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
Denv. J. Int'l L. & Pol'y	Denver Journal of International Law and Policy
EJIL	European Journal of International Law

GIEC	Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat
GYIL	German Yearbook of International Law
Harv.Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
Indian JIL	Indian Journal of International Law
ILR	International Law Reports
I. Org.	International Organization
JWTL	Journal of World Trade Law
MRD de l'OMC	Mémorandum sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
NYUJIL Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONU	Organisation des Nations Unies
ORD de l'OMC	Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce
PNUE	Programme des Nations Unies sur l'Environnement
Proc. ASIL	Proceedings of the American Society of International Law
RECIEL	Review of European Community and International Environmental Law
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RTNU	Recueil des Traités des Nations Unies
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
SB	Organe subsidiaire (en anglais, Subsidiary Body)
SMDD	Sommet mondial sur le développement durable
Texas ILJ	Texas International Law Journal
TPIY	Tribunal Pénal International pour l'ex- Yougoslavie

UCLA J. Envtl. L. & Pol'y	University of California Journal of Environmental Law & Policy
UNCLOS	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer
Virginia J. Trans. L.	Virginia Journal of International Law
Yb.Int'l Env.L.	Yearbook of International Environmental Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Avant-propos

Je tiens tout d'abord à exprimer toute ma gratitude à Mme Laurence Boisson de Chazournes, professeur à l'Université de Genève, pour avoir dirigé la rédaction de cette thèse. Sa personnalité exceptionnelle et la précieuse qualité de ses conseils m'ont permis de mener à terme ce travail dans un climat extrêmement stimulant.

La présente thèse a été en grande partie écrite alors que j'étais *visiting scholar* à la *Global Law School* de *New York University*. Je tiens à remercier vivement le Professeur Benedict Kingsbury pour m'avoir permis de travailler dans d'excellentes conditions lors de mon séjour à New York ainsi que pour les judicieux conseils qu'il m'a prodigués.

Plusieurs personnes ont contribué à un stade ou à un autre à l'accomplissement de ce travail. Qu'elles soient ici toutes remerciées. Ma profonde reconnaissance va plus particulièrement à Mme Katharina Kummer Peiry, docteur en droit, pour ses encouragements et ses recommandations tout au long de mes recherches.

Je remercie aussi les membres du jury de ma thèse - Mme Anne Petitpierre, professeur à la Faculté de droit, M. Christian Dominicé, professeur honoraire à la Faculté de droit, et M. José Romero, adjoint scientifique, Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage - pour leur appréciation de la qualité de mon travail. Je tiens par ailleurs à remercier la Commission des publications de la Collection genevoise pour avoir rendu possible la publication de cet ouvrage.

Enfin, je rends hommage à mes parents pour leur soutien incomparable. Je dois beaucoup à ma mère, pour son bilinguisme, ainsi qu'à mon père, pour son inlassable relecture des ébauches de rédaction successives de ce travail.

Genève, septembre 2005

J. V. K.

Introduction

La vulnérabilité de notre environnement face aux pressions exercées par l'homme ainsi que la nécessité d'un engagement de la part de l'ensemble de la communauté internationale pour maintenir la viabilité de notre planète ne font aujourd'hui plus aucun doute. Le Sommet Mondial pour le Développement Durable¹, qui s'est tenu en septembre 2002 à Johannesburg, constitue le témoignage le plus récent d'une coopération planétaire pour répondre à l'ensemble des défis écologiques majeurs auxquels nous sommes tous, directement ou indirectement, confrontés.

La prise de conscience de notre interdépendance écologique et du fait que les atteintes à l'environnement ne peuvent plus être considérées uniquement comme des «questions de voisinage à régler par des accords bilatéraux»² furent élevés au rang de préoccupations mondiales en 1972 lors de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement Humain³, à Stockholm. Cette conférence posa les premiers jalons d'une politique environnementale globale, notamment par le biais de la création du Programme des Nations Unies sur l'Environnement (ci-après PNUE) et de l'adoption de la Déclaration des Principes pour la Préservation et l'Amélioration de l'Environnement Humain⁴. Le principe 23 de cette Déclaration⁵ met déjà en évidence une des clés du succès de cette coopération mondiale naissante : la prise en compte des différentes priorités des pays industrialisés et des pays en développement, en

¹ La Conférence fut convenue sur la base de la Résolution de l'Assemblée Générale A/RES/55/1999. A l'issue de la Conférence, les Etats adoptèrent la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable (ONU Doc. A/CONF.199/L.6/Rev.2 et Corr.1) et le Plan d'Application du Sommet Mondial de Johannesburg pour le développement durable (ONU Doc. A/CONF.199/L.3/Add.1 à 13). Pour une analyse de l'évolution du droit international de l'environnement entre la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement (1992) et le Sommet Mondial pour le Développement Durable (2002), voir S. MALJEAN-DUBOIS, «Environnement, développement durable et droit international de l'environnement : de Rio à Johannesburg», *AFDI*, 2002, p. 592.

² R.-J. DUPUY, *L'avenir du droit international de l'environnement*, Colloque de l'Académie de Droit International, 1984, (Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985) p. 15.

³ La Conférence fut convenue sur la base de la Résolution de l'Assemblée Générale A/RES/2398 (XXIII) du 3 décembre 1968. Elle mena à l'adoption d'un Plan d'Action, d'un Fonds pour l'Environnement, du Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) et de la Déclaration des Principes pour la Préservation et l'Amélioration de l'Environnement Humain. Voir P. BIRNIE et A. BOYLE, *International law and the Environment* (Clarendon Press, Oxford, 1994), p. 41. Les pays de l'Est ne participèrent pas à la Conférence. Celle-ci ne fut donc pas véritablement «globale». En effet, l'URSS, Cuba ainsi que plusieurs pays socialistes refusèrent de participer au motif que les critères d'invitation excluaient la République Démocratique d'Allemagne. P. SANDS, R. G. TARASOFSKY et M. WEISS, *Documents in international environmental law* (Manchester University Press, 1994) p. 7.

⁴ Voir le *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement Humain*, ONU Doc. A/CONF.48/14, pp. 2-65 et Corr. 1 (1972).

⁵ Le Principe 23 stipule que l'application de normes environnementales des pays développés aux pays en développement peut être inappropriée en raison de leur coût social trop élevé.

particulier l'impératif de développement de ces derniers. Ainsi, alors qu'aucun accord relatif à la protection de l'environnement antérieur à 1972 ne contient de normes différenciées sur la base du niveau de développement des Etats, plusieurs accords postérieurs à l'adoption du principe 23 précité consacrent de tels droits et obligations différenciés⁶. Ces succès sont cependant sporadiques et peinent à s'inscrire dans une approche systématique visant à concilier environnement et développement. Il faut attendre 1992 et la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement (ci-après CNUED)⁷ pour que les principes d'une action conjointe universelle en vue de protéger l'environnement global qui tiennent compte des différentes attentes des pays industrialisés et des pays en développement soient clairement consacrés⁸.

Egalement appelée Sommet planète Terre, la CNUED devait élaborer des stratégies et des mesures devant permettre d'arrêter et d'inverser les effets des atteintes à l'environnement dans un contexte de développement durable. La promotion de la croissance économique dans les pays en développement était considérée comme essentielle pour faire face à ces atteintes⁹. La CNUED devait donc parvenir à allouer les responsabilités futures en matière de protection de l'environnement entre des Etats se trouvant dans des situations fort distinctes. Non seulement ils étaient caractérisés par des niveaux de développement dissemblables, mais ils avaient contribué de manière différente aux problèmes environnementaux et avaient des priorités diverses¹⁰. L'objectif de la CNUED fut atteint de deux manières. D'une part, les Etats mirent en place un cadre politique général devant guider les efforts de coopération de la communauté internationale : la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement¹¹. D'autre part, ils approuvèrent des stratégies, des principes et des accords plus spécifiques pour faire face à des défis environnementaux particuliers :

⁶ Pour le détail de l'incorporation progressive de normes différenciées dans les accords relatifs à la protection de l'environnement, voir D. B. MAGRAW, «Legal treatment of developing countries : differential, contextual and absolute norms», *Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y*, 1990, p. 90 ; A. M. HALVORSSSEN, *Equality among unequals in international environmental law*, (Westview Press, 1999) p. 75 ; et P. SANDS, *Principles of international environmental law* (Manchester University Press, 1994), p. 219.

⁷ La Conférence fut convenue sur la base de la Résolution de l'Assemblée Générale A/RES/44/228 (1989). Pour un bref historique de la CNUED, voir P. SANDS, *id.* p. 48. Voir également M. PALLEMAERTS, «International environmental law in the age of sustainable development : a critical assessment of the UNCED process», *Journal of Law and Commerce* (Printemps 1996) p. 623.

⁸ Pour une comparaison des principes adoptés à Stockholm et à Rio, voir R. K. LAL PANJABI, «From Stockholm to Rio : a comparison of the declaratory principles of international environmental law», *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, vol. 21:2, 1993, p. 215.

⁹ Voir les para. 3 et 5 de la Résolution de l'Assemblée Générale A/RES/44/228 (1989).

¹⁰ P. SANDS, «International law in the field of sustainable development : emerging legal principles», dans W. LANG (dir.), *Sustainable development and international law* (Graham and Trotman / Martinus Nijhoff 1994), p. 60.

¹¹ ONU Doc. A/CONF.151/5.

- Action 21¹² (un programme de coopération sur les principales préoccupations dans les domaines de l'environnement et du développement),
- la Déclaration de principes, non juridiquement contraignante mais faisant autorité, pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts¹³,
- la Convention sur la diversité biologique¹⁴, et
- la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques¹⁵.

En ce qui concerne le cadre politique général élaboré à Rio, la CNUED marque la volonté de la communauté internationale de s'engager sur les voies d'un développement durable : un développement qui répond aux besoins des générations actuelles sans compromettre la capacité des générations futures à répondre à leurs propres besoins¹⁶. La poursuite de cet objectif qui veut concilier protection de l'environnement, développement économique et développement social s'ancre dans la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement. Cette déclaration constitue un catalogue des principes qui devront désormais guider les efforts environnementaux et de développement de la communauté internationale. Sans surprise, les négociations de la Déclaration de Rio furent marquées par une approche conflictuelle «Nord *versus* Sud» des problèmes à résoudre¹⁷. Pour les pays industrialisés, la priorité était de faire face aux problèmes environnementaux de nature globale et, pour atteindre cet objectif, d'assurer la participation des pays en développement dans un effort commun. Pour les pays en développement, l'agenda environnemental des pays riches était considéré comme une nouvelle forme de colonisation à laquelle il fallait résister en réaffirmant leur priorité : le développement. C'est en cherchant à établir un pont entre ces objectifs différents, entre environnement et développement, que la CNUED donne naissance au principe des responsabilités communes mais différenciées. Le Principe 7 de la Déclaration de Rio stipule :

¹² ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1.

¹³ ONU Doc. A/CONF.151/26 (Vol. III).

¹⁴ RTNU vol. 1760 p. 79.

¹⁵ RTNU vol. 1771 p. 107.

¹⁶ En anglais : «a development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs». Voir WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our common future : the report of the World Commission on Environment and Development* (New York, Oxford University Press, 1987), p. 43.

¹⁷ I. PORRAS, «The Rio Declaration : a new basis for international cooperation», dans P. SANDS (dir.), *Greening international law* (New York, The New Press, 1994), pp. 22-23. Voir également P. SAND, *Transnational environmental law - lessons in global change* (Kluwer law International- The Hague/London/Boston, 1999), p. 74.

«Les Etats doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Etant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les Etats 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».

Ancré dans l'équité en droit international¹⁸, le principe des responsabilités communes mais différenciées offre deux bases pour un traitement différencié dans l'attribution des responsabilités pour une atteinte à l'environnement. Justifié par des considérations environnementales (le degré de responsabilité vis-à-vis du dommage à l'environnement¹⁹), et de développement (la capacité de l'Etat à faire face au dommage²⁰), un traitement différencié se justifie par l'inégalité réelle des Etats et figure désormais au cœur des efforts globaux visant à protéger l'environnement mondial.

En plus du cadre politique général offert par la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement, la CNUED donne une nouvelle impulsion à l'effort mondial en matière de protection de l'environnement par le biais de stratégies, de principes et d'accords plus spécifiques. Protection de l'atmosphère, déboisement, désertification, écosystèmes fragiles, diversité biologique, produits toxiques, agriculture durable, biotechnologie, protection des océans, gestion des déchets dangereux, protection des ressources en eau douce et gestion des déchets radioactifs sont autant de problèmes environnementaux globaux sur lesquels l'action conjointe doit être renforcée. Parmi ces préoccupations, les changements climatiques constituent un défi nouveau dont l'importance et la portée justifient l'adoption en 1992 d'un

¹⁸ P. SANDS, *op. cit.* (note 6), p. 217. Selon Cullet, le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives «cristallise» les préoccupations d'équité en droit international de l'environnement. P. CULLET, «Equity and flexibility mechanisms in the climate change regime : conceptual and practical issues», *RECIEL*, vol. 8 No. 2, 1999, p. 169. Voir également E. BROWN WEISS, «International environmental law : contemporary issues and the emergence of a new world order», *Georgetown Law Journal*, vol. 81, 1993, p. 703.

¹⁹ Une version initiale de ce principe rédigée par le G77 et intitulée «Responsabilité Principale» visait principalement la responsabilité historique des pays développés vis-à-vis des atteintes à l'environnement : «The major historical and current cause of the continuing deterioration of the global environment is the unsustainable pattern of production and consumption, particularly in developed countries. Thus, the responsibility for containing, reducing and eliminating global environmental damage must be borne by the countries causing such damage, must be in relation to the damage caused and must be in accordance with their respective capabilities», cité par E. BROWN WEISS, *id.* p. 705 et note de bas de page 178.

²⁰ Tout comme les résolutions relatives à la Conférence de Stockholm (voir *infra* p.186) et au Nouvel Ordre Economique Mondial (voir *infra* p. 187), le Principe 7 consacre les différents niveaux de développement des pays comme base de traitement différencié. En ce qui concerne le besoin de réduire le fossé entre pays riches et pays pauvres, voir les Principes 3 (droit au développement), 5, 6 et 11 de la Déclaration de Rio.

traité mondial : la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques²¹ (ci-après Convention climat).

Comme son nom l'indique, la Convention climat est une convention-cadre²². «(O)ffrant le support juridique voulu pour un compromis initial et permettant aux Etats Parties d'adopter un langage commun, le contenu de la Convention est suffisamment souple pour permettre à toutes les parties d'y adhérer, même si leurs attentes varient»²³. La Convention est essentiellement une exhortation à atteindre son objectif ultime²⁴. En particulier, la Convention ne contient pas d'obligations chiffrées de réduire ou limiter les émissions des gaz à effet de serre dans des délais déterminés²⁵. L'importance de ce traité ne saurait pour autant être minimisée. Faire face aux changements climatiques constitue en effet un des défis majeurs auquel la communauté internationale se voit confrontée²⁶. Les incertitudes de la science climatique, la nature des changements climatiques attendus, leur amplitude, leur répartition

²¹ RTNU vol. 1771 p. 107.

²² Sur le concept de «convention-cadre » dans le contexte des traités relatifs à la protection de l'environnement, voir C. DOMINICE, « Observations sur le recours à la convention-cadre en matière environnementale », dans A. DUFOUR et al. (dir.), *Pacte, convention, contrat - Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin* (Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998), pp. 249-259.

²³ L. BOISSON DE CHAZOURNES, «De Kyoto à la Haye, en passant par Buenos Aires et Bonn: la régulation de l'effet de serre aux forçeps», *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. 1, 2000, p. 711.

²⁴ L'objectif de la Convention climat est précisé en son article 2 : «... stabiliser ... les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique... dans un délai suffisant pour que les écosystèmes puissent s'adapter naturellement aux changements climatiques, que la production alimentaire ne soit pas menacée et que le développement économique puisse se poursuivre d'une manière durable».

²⁵ Le principal opposant à l'introduction d'objectifs quantifiés de réduction des émissions de gaz à effet de serre dans des délais particuliers furent les Etats-Unis qui indiquèrent que ceux-ci seraient inéquitables en raison des différences de coûts de réductions et des différentes circonstances entre les divers Etats. D. BODANSKY, «The United Nations Framework Convention on Climate Change : a commentary», dans P. SAND, *op. cit.* (note 17), p. 215. Bien que les pays en développement considèrent que l'article 4.2 a) et b) de la Convention climat requiert que les pays industrialisés réduisent leurs émissions de gaz à effet de serre à leur niveau de 1990 d'ici l'an 2000, cette interprétation est erronée et ne correspond pas à la volonté des négociateurs. P. SANDS, *op. cit.* (note 6), p. 277. Voir, également de cet avis, D. BODANSKY, *id.* p. 216.

²⁶ Koffi Anan, Secrétaire général de l'ONU, dans un discours aux étudiants de la «Fletcher School of Law and Diplomacy», 20 mai 2001 : «(C)limate change may well be the greatest challenge that your generation will have to face». Pour le texte du discours, voir le site: <http://unfccc.org/media/presse/sgspeech200501.pdf>. Le 17 mai 2001, Le Conseil des Ministres de l'OECD déclara : «We recognise that climate change is the most urgent global environmental challenge» (Voir <http://www.oecd.org/media/release/nw01-48a.htm>). Lors de sa 19^{ème} session spéciale qui célébra les cinq ans de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement, l'Assemblée Générale de l'ONU adopta un programme de mise en œuvre d'Action 21 qui stipule que : «the international community has confirmed its recognition of the problem of climate change as one of the biggest challenges facing the world in the next century.» (Voir para. 49 de la résolution A/RES/S-19/2). Pour l'Union européenne, les changements climatiques sont «one of the greatest environmental and economic threats facing the planet and a top policy priority for Commissioner Margot Wallström». (Voir http://europa.eu.int/comm/environment/climat/home_en.htm).

géographique, la variété des secteurs²⁷ et acteurs²⁸ concernés sans parler de notre actuelle dépendance des énergies fossiles en font une question des plus complexes²⁹. Devant ces difficultés extraordinaires, la Convention climat est le premier instrument juridique visant à mettre en place un régime de collaboration universelle pour protéger le système climatique. Ce besoin d'un large degré de participation de la part des Etats a d'ailleurs façonné ce traité d'une manière particulière. En conformité avec les principes de coopération consacrés dans la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement, ce traité consacre expressément le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties et établit des obligations différenciées à la charge des Parties. La Convention climat ne constitue cependant qu'un effort initial devant être complété par d'autres accords, amendements ou protocoles³⁰. Cette approche par étapes n'est d'ailleurs pas sans précédents. Déjà dans le contexte de la limitation et de l'élimination des substances appauvrissant la couche stratosphérique d'ozone³¹ et celui de la pollution atmosphérique transfrontière en Europe³², la communauté internationale avait procédé en plusieurs temps : élaboration d'une convention suivie de l'adoption de un, voire plusieurs protocoles contenant des obligations plus précises. En décembre 1997,

²⁷ L'agriculture, la foresterie, l'énergie, les transports, la gestion des déchets, les activités industrielles ont tous un impact sur les émissions de gaz à effet de serre.

²⁸ Etats, développés ou non, organisations non gouvernementales, entreprises, citoyens.

²⁹ Pour Bodansky, qui fut le coordinateur sur les changements climatiques du Département d'Etat américain de 1999 à 2001, les caractéristiques qui font du Protocole de Kyoto un traité si remarquable sont sa nouveauté, sa complexité et son ambition. D. BODANSKY, «Bonn voyage, Kyoto's uncertain revival», *The National Interest*, automne 2001.

³⁰ Articles 15 et 16 de la Convention climat.

³¹ Dans un premier temps, les Etats adoptèrent la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (1985), dont le seul point fort, pour ainsi dire, était d'encourager la recherche, la coopération et l'échange d'informations entre pays. En 1987, les Parties adoptèrent le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, qui constitua seulement un premier jalon, mais posé au bon moment. Une fois le principe acquis, les événements se sont précipités à un rythme étonnant à mesure que se précisaient les connaissances scientifiques. C'est ainsi que le Protocole fut amendé en 1990 (amendement de Londres), en 1992 (amendement de Copenhague), en 1997 (amendement de Montréal) et en 1999 (amendement de Beijing). Pour plus d'informations, voir <http://www.unep.org/ozone/french/montreal-fr.shtml>.

³² La Convention de la CEE/ONU sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance a été adoptée en 1979. Pour le texte officiel de ce traité, voir *RTNU* vol. 1302 p. 217. Elle fut suivie par l'adoption de 8 protocoles : le Protocole relatif au financement à long terme du programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe (EMEP), 1984 (*RTNU* vol. 1491 p. 167) ; le Protocole relatif à la réduction des émissions de soufre ou de leurs flux transfrontières d'au moins 30 pour cent, 1985 (*RTNU* vol. 1480 p. 215) ; le Protocole relatif à la lutte contre les émissions d'oxydes d'azote ou leurs flux transfrontières, 1988 (*RTNU* vol. 1593 p. 287) ; le Protocole relatif à la lutte contre les émissions des composés organiques volatils ou leurs flux transfrontières, 1991 (*RTNU* vol. 2001 p. 187) ; le Protocole relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre, 1994 (Doc. EB.AIR/R.84; et Doc E/ECE/ENHS/001/2002/1) ; le Protocole relatif aux métaux lourds, 1998 (Doc. EB.AIR/1998/1) ; le Protocole relatif aux polluants organiques persistants, 1998 (Doc. EB.AIR/1998/2) ; et le Protocole relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique, 1999 (Doc. EB.AIR/1991/1). Pour plus d'informations, voir le site officiel de la Convention de Genève : <http://www.unece.org/env/lrtap/welcome.html>.

l'adoption du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (ci-après Protocole de Kyoto) vient compléter l'effort initial pour faire face au défi climatique. Là également, nous verrons que ce traité concrétise le besoin de tenir compte de l'inégalité réelle des Etats : le Protocole de Kyoto ne met pas de nouvelles obligations à la charge des pays en développement.

Le Protocole de Kyoto constitue une avancée bien modeste dans le domaine de l'environnement. Personne ne conteste la nécessité d'aller bien au-delà si l'objectif ultime de la Convention climat doit être atteint. Ce nouveau traité est cependant ambitieux pour la communauté internationale du fait qu'il met des obligations chiffrées de réduction des émissions de gaz à effet de serre dans des délais déterminés à la charge des pays industrialisés. Pour garantir l'intégrité du Protocole de Kyoto, et assurer ainsi son effectivité, le Protocole charge les Etats d'élaborer un mécanisme visant à assurer le respect des obligations. Face à l'importance des enjeux, tant économiques qu'environnementaux, liés à la mise en œuvre du Protocole, la communauté internationale mit en place un mécanisme de contrôle du respect remarquable qui fera l'objet de notre étude : «les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto».

Deux caractéristiques particulières du Protocole de Kyoto, et plus généralement des Accords Environnementaux Multilatéraux (ci-après AEM³³), sous-tendent cette étude. Il s'agit, tout d'abord, du degré de participation requis pour que les atteintes à l'environnement soient évitées ou arrêtées. Dans le cas de dommages globaux, c'est-à-dire engendrés dans le monde entier et

³³ La terminologie «AEM» est à géométrie variable et n'a pas de définition officielle, tout comme il n'existe pas de liste officielle de tous les traités relatifs à la protection de l'environnement, ni de classification officielle des différentes formes que revêtent ces traités. ECOLEX, une base de données opérée conjointement par le PNUE, la FAO et IUCN, recense actuellement 480 traités multilatéraux (dès trois Parties) relatifs à l'environnement (<http://www.ecolex.org/>). Notre étude n'a pas l'ambition de porter sur autant de traités. Pour les besoins de notre étude, nous entendons par AEM les principaux traités multilatéraux (régionaux et globaux) relatifs à la protection de l'environnement. Notre étude se concentre donc sur les traités les plus importants en raison de l'ampleur et de la complexité du problème qu'ils visent et de l'écho politique, académique et du public qu'ils suscitent. Il s'agit des traités suivants : le Protocole de Montréal (1987) à la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (1985), la Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (1979) et ses huit Protocoles, la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (1998), la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (1989), le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (2000) à la Convention sur la diversité biologique (1992) et la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause (1998). Nous admettons que la terminologie «AEM» peut prêter à confusion du fait que nous nous intéresserons uniquement aux traités (c'est-à-dire aux accords juridiquement contraignants au sens de la Convention de Vienne sur les droit des traités), et non pas à n'importe quel «accord», le terme «accord» recouvrant également les instruments non juridiquement contraignants (ou politiques) tels qu'une résolution de l'Assemblée Générale. Mais ce choix de se référer à des «AEM» a cependant l'avantage de se conformer à une terminologie répandue et essentiellement pour but de faciliter la lecture de cette étude.

ayant des répercussions sur l'ensemble de la planète, c'est un engagement de toute la communauté internationale qui est demandé. Par ailleurs, et c'est là la deuxième caractéristique qui nous sert de prémisse, dans ces traités l'accent est moins mis sur la protection d'intérêts réciproques des Etats que sur la protection d'un intérêt collectif. Par conséquent, l'intégrité du traité, et donc son effectivité³⁴, sont primordiaux. Ces deux caractéristiques - la vocation universelle des traités et la priorité accordée au maintien de leur intégrité - seront ici étudiées sous l'angle de leur impact sur un aspect de leurs structures institutionnelles : l'élaboration de mécanismes de contrôle du respect des obligations soucieux de préserver l'équilibre délicat entre l'égalité formelle et l'inégalité réelle des Etats. Les procédures et mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto constitueront à cet égard, le cœur de la présente étude. Ils nous serviront de prototype pour mettre en évidence les apports institutionnels du «laboratoire d'un ordre juridique en évolution permanente»³⁵ que constituent les AEM et, en particulier, le Protocole de Kyoto.

Notre étude se divise en deux parties. Dans une première partie, nous analyserons le plus sophistiqué des mécanismes de contrôle du respect d'un AEM : «les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto». Dans le premier chapitre de cette partie, nous présenterons la Convention climat et le Protocole de Kyoto, nous discuterons la base juridique des mécanismes de contrôle des obligations du Protocole puis nous exposerons les négociations ultérieures à l'adoption du Protocole qui en ont fait un traité dont le contenu est suffisamment précis pour que les Etats acceptent d'y devenir Partie. Dans le deuxième chapitre, nous nous pencherons sur les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto. Nous décrirons les éléments institutionnels mis en place dans la Convention et dans le Protocole pour assurer le respect des obligations. Nous élargirons ensuite notre étude à d'autres AEM afin d'expliquer l'apparente désuétude des procédures de règlement des différends et mettre en évidence les caractéristiques d'un système de mécanismes de contrôle du respect de ces traités. Sur cette base, nous analyserons le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto et discuterons ses aspects les plus intéressants.

La deuxième partie de cette étude porte sur un élément novateur de l'institution visant à assurer le contrôle du respect du Protocole de Kyoto : la

³⁴ L'effectivité des conventions internationales relatives à la protection de l'environnement est l'une des préoccupations essentielles de la doctrine et des praticiens. Voir P. SAND, *The effectiveness of international environmental agreements – a survey of existing legal instruments* (Cambridge, Grotius publications, 1992).

³⁵ L. BOISSON DE CHAZOURNES, «Les mécanismes conventionnels d'assistance technique et financière et le fonds pour l'environnement mondial», dans C. IMPERIALI (dir.), *L'effectivité du droit international de l'environnement – Contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales* (Economica, Paris, 1998), p. 187.

consécration du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties. Cette particularité puise ses racines dans une caractéristique commune des mécanismes de contrôle du respect des AEM: une approche individualisée - ou contextuelle - qui prend en considération les causes de non-respect, en particulier celles de nature socio-économique, et qui se traduit par une différenciation dans le contrôle de l'application du droit. Allant au-delà de l'égalité formelle des Etats, principe fondamental des procédures de règlement des différends, les mécanismes de contrôle du respect visent à promouvoir l'égalité réelle des Parties au stade du contrôle de l'application du droit. Pour mieux cerner cette singularité des mécanismes de contrôle du respect, élevée au rang de principe dans le cadre du Protocole de Kyoto, cette étude analysera, dans un premier chapitre, la pratique étatique dans laquelle elle trouve son origine : l'élaboration de normes différenciées au sein d'un traité. La création de droits et obligations différenciés pour les Parties à un traité constitue en effet une pratique qui s'est progressivement généralisée dans de nombreux domaines du droit international et qui marque un tournant dans le domaine des relations internationales précédemment caractérisées par un principe d'égalité souveraine excessivement formel. L'étude de la différenciation dans le droit, précurseur d'une approche différenciée au niveau de l'application du droit, constitue donc un préalable. Dans un deuxième chapitre, nous étendrons notre analyse à la différenciation au niveau du contrôle du respect du droit. Nous chercherons à mettre en évidence si et dans quelle mesure le développement normatif que constitue la différenciation dans le droit a été accompagné par des progrès institutionnels équivalents au niveau du contrôle du respect du droit.

Cette étude est complétée par deux annexes. L'annexe 1 est un glossaire permettant de se familiariser avec une partie de la terminologie utilisée dans la Convention climat et le Protocole de Kyoto (Parties de l'Annexe I, Parties de l'Annexe II, Parties de l'Annexe B, Groupe Intergouvernemental d'experts sur l'Evolution du Climat et AOSIS). Par ailleurs, et pour faciliter la lecture de notre étude, le texte des « Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto » figure en annexe 2.

Première partie :

Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques

La première partie de notre étude a pour objectif d'analyser les mécanismes de contrôle du respect élaborés dans le cadre du Protocole de Kyoto. Cette partie est divisée en deux chapitres.

Le chapitre premier vise à donner le cadre général dans lequel s'inscrivent les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto. Il s'agit d'une part de la Convention climat, qui est le socle du Protocole de Kyoto, d'autre part des dispositions du Protocole de Kyoto qui ont eu un impact déterminant sur les caractéristiques de ces mécanismes. Nous nous pencherons plus particulièrement sur l'article 18 du Protocole qui requiert que les Parties à ce traité approuvent «des procédures et mécanismes appropriés et efficaces pour déterminer et étudier les cas de non-respect des dispositions du présent Protocole». Pour compléter ce cadre général, nous présenterons les négociations conduites de 1997 à 2001 qui ont mené à l'adoption des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto. C'est le résultat de ces quatre années d'efforts diplomatiques qui a *de facto* finalisé le contenu du Protocole et en a fait un traité dont le contenu était suffisamment précis pour que les Etats acceptent d'y devenir Partie.

Dans le deuxième chapitre, nous décrirons tout d'abord les mécanismes mis en place dans la Convention climat pour que les Parties respectent ses dispositions. Puis nous présenterons les traits saillants des mécanismes de contrôle du respect des obligations du Protocole de Kyoto. Afin de pouvoir les analyser, nous élargirons notre étude à d'autres traités relatifs à la protection de l'environnement. Cela nous permettra, d'une part, d'expliquer l'apparente désuétude des procédures de règlement des différends au sein de ces traités, d'autre part, de mettre en évidence les principaux éléments d'un système de contrôle du respect de ces traités. Sur cette base, nous serons en mesure de discuter les aspects les plus intéressants des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto.

Auparavant, une explication terminologique s'impose. Dans le contexte des AEM, des expressions variées sont utilisées pour dénommer le type d'institution faisant l'objet de notre étude. On notera : «procédures et mécanismes de non-respect»³⁶, «procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions»³⁷, «procédure applicable en cas de non-respect»³⁸,

³⁶ En anglais : «compliance mechanisms and procedures». Voir les Lignes directrices du PNUE pour accroître le respect des AEM (en anglais «UNEP guidelines for enhancing compliance with MEAs»), Doc. UNEP(DEPI)/MEAs/WG.1/3, disponible sur : <http://www.unep.org/DEPI/Implementation-law.asp>.

³⁷ Protocole de Kyoto. Voir doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, en annexe 2 à cette étude.

³⁸ Protocole de Montréal (1987) à la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone : décision IV/5 et annexes IV et V au rapport de la quatrième Conférence des Parties au Protocole (Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15 p. 14 et p. 44), modifié par la décision X/10 (Doc. UNEP/OzL.Pro.10/9), disponible sur : http://www.unep.org/ozone/Meeting_Documents/mop/index.asp.

«procédures d'examen du respect des dispositions»³⁹, «procédures et mécanismes de respect des obligations»⁴⁰, «procédures et mécanismes institutionnels pour le traitement des cas de non-respect»⁴¹, «procédures relatives à l'examen du respect des obligations»⁴², «procédures et mécanismes institutionnels permettant de déterminer les cas de non-respect»⁴³ ou encore «mécanisme visant à favoriser l'exécution et le respect des obligations»⁴⁴. Ces diverses terminologies sont globalement synonymes : elles ne reflètent pas en elles-mêmes de véritables différences sur le fond qui justifieraient un traitement distinct. Pour les besoins de notre étude, nous utiliserons ces terminologies spécifiques lorsque nous nous référerons à un mécanisme de contrôle particulier. Par contre, lorsque nous traiterons de ces institutions de manière générale, nous utiliserons, sans distinction et uniquement pour des motifs rédactionnels, la terminologie «mécanisme de contrôle du respect». Par là, nous entendons l'infrastructure institutionnelle mise en place dans le cadre d'un AEM dans l'objectif de déterminer sur une base individuelle⁴⁵ si une Partie respecte les obligations mises à sa charge et, dans le cas contraire, de prendre des mesures consécutives visant à remédier à cette situation. Par ailleurs, nous ferons usage de la terminologie «système de contrôle du respect» lorsque nous ferons référence à un ensemble plus vaste d'institutions, procédures et mécanismes destinés à préserver l'intégrité de l'AEM. En effet,

³⁹ Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (1998). Le titre intégral est : «Structure et fonctions du comité d'examen du respect des dispositions et procédures d'examen du respect des dispositions». Doc. ECE.MP.PP/2/Add.8, disponible sur : <http://www.unece.org/env/pp/documents/mop1-ecce.mp.pp.2.add.8.f.pdf>.

⁴⁰ Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (2000) à la Convention sur la diversité biologique (1992). Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/15, p. 98, disponible sur : <http://www.biodiv.org/meetings/mop-01/>.

⁴¹ Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause (1998). Doc. UNEP/FAO/RC/COP.1/20, disponible sur : <http://www.pic.int/fr/ViewPage.asp?id=357>.

⁴² Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (1979) et ses huit Protocoles. Le titre intégral est : «Structure et fonctions du comité d'application et procédures relatives à l'examen du respect des obligations». Voir la décision 1997/2 (doc. ECE/EB.AIR/53, annexe III, et doc. ECE/EB.AIR/75, annexe 5), disponible sur : http://www.unece.org/env/lrtap/con-report/Eb_decision.htm.

⁴³ Article 17 de la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants. Pour le texte de la Convention, voir : <http://www.pops.int>.

⁴⁴ Dans le cadre de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (1989). Voir Décision VI/12, contenue dans le rapport de la sixième conférence des Parties, doc. UNEP/CHW.6/40, disponible sur : <http://www.basel.int/meetings/fr/first-main.php?meetingId=1>.

⁴⁵ Dans certains traités, notamment dans le cadre de la Convention de Bâle et du Protocole de Cartagena, les organes sont également compétents pour examiner des questions générales de respect des obligations. Dans d'autres traités, cette fonction est exercée par un organe différent, tel que l'organe de mise en œuvre de la Convention climat. Ce genre d'organe, exclusivement compétent pour traiter du respect «collectif» des obligations, ne rentre pas dans notre définition des «mécanismes de contrôle du respect des obligations» et, par conséquent, sort du champ de notre étude. De même, lorsque nous examinerons les traits saillants des mécanismes de contrôle du respect des AEM, nous nous limiterons aux aspects individuels de ce contrôle.

les mécanismes de contrôle du respect ne sont qu'un élément de ce système qui englobe également l'obligation faite aux Parties de fournir des rapports sur la mise en œuvre de l'AEM, l'existence de lignes directrices détaillées sur le format et le contenu des rapports qui permettent d'obtenir des informations complètes et comparables, une procédure de vérification technique des rapports, la compétence pour l'organe suprême de passer en revue la mise en œuvre du traité, des réunions relativement fréquentes des organes de l'AEM, et l'existence d'organes chargés d'examiner les questions générales relatives à la mise en œuvre de l'AEM.

Chapitre I

Le Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques

Section I

En plus d'être un traité relatif à l'environnement, le Protocole de Kyoto est un traité relatif au développement durable

La Convention climat et le Protocole de Kyoto visent à prévenir et à faire face à des atteintes à un élément de notre environnement : le système climatique. Pour cette raison, ces traités sont généralement considérés comme des AEM, une pratique que nous suivrons également dans cette étude. Cette dénomination ne doit cependant pas occulter le fait que ces accords sont bien plus relatifs au développement durable du fait qu'ils visent une atteinte à l'environnement étroitement liée aux modèles actuels de développement socio-économique. Le fait que la Convention climat ait été négociée dans le cadre des préparatifs de la CNUED n'a d'ailleurs pas été sans incidence sur son contenu : le développement durable figure parmi les principes de ce traité⁴⁶ et, de ce fait, doit guider toutes les actions visant à lutter contre les changements climatiques. Concrètement, cela signifie que les impératifs de développement économique et social doivent être conciliés avec l'objectif de protection de l'environnement, un objectif qui ouvre la porte à un traitement différencié des Etats.

§ 1 Un accord sophistiqué pour faire face à des enjeux complexes

A. *Le socle du Protocole de Kyoto : la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*

Depuis environ 250 ans, les activités humaines sont la cause principale de l'accroissement atmosphérique de la concentration des gaz à effet de serre⁴⁷.

⁴⁶ Article 3.4 de la Convention climat.

⁴⁷ Les gaz à effet de serre les plus importants sont : le dioxyde de carbone (CO₂), le méthane (CH₄), le protoxyde d'azote (N₂O), les hydrofluorocarbones (HFC), les perfluorocarbones (PFC), l'hexafluorure de soufre (SF₆) et les chlorofluorocarbures (CFC). Le Protocole de Kyoto vise tous ces gaz, à l'exception des CFC dont la réduction et l'élimination sont réglementées par un autre accord international : le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone.

L'augmentation de la concentration de ces gaz, liée à l'industrialisation progressive de nos sociétés et amplifiée par la croissance démographique, altère la composition de l'atmosphère mondiale et renforce son effet de serre naturel. Cette amplification de l'effet de serre résulte en une perturbation du système climatique qui se traduit, de l'avis de la presque totalité des scientifiques, par le réchauffement planétaire de 0,6 degrés Celsius que l'on a constaté au cours du siècle dernier⁴⁸. Températures moyennes plus élevées, fonte des glaciers, augmentation du niveau des mers, changements des répartitions des précipitations, sécheresses, inondations et phénomènes météorologiques extrêmes constituent le catalogue des conséquences néfastes les plus directes de la perturbation de notre climat. Les changements climatiques ont également des répercussions à l'échelle mondiale, certes différentes d'une région à l'autre, sur les écosystèmes et sur l'homme : la santé, la sécurité alimentaire, l'activité économique, les ressources en eau douce et les infrastructures physiques seront affectées. Bien entendu, le système climatique est extrêmement complexe et des incertitudes demeurent encore aujourd'hui. Mais, de l'avis des experts, l'augmentation moyenne des températures d'ici la fin du vingt-et-unième siècle devrait s'échelonner entre 1,4 et 5,8 degrés Celsius⁴⁹. La gravité des dommages potentiels liés à ce réchauffement planétaire ainsi que leur nature irréversible militent en faveur d'une action fondée sur la précaution. Cette approche est d'autant plus justifiée que la nécessité d'améliorer les niveaux de vie dans beaucoup de pays, conjuguée avec le doublement prévu de la population mondiale au cours des cinquante prochaines années, rendent cette problématique encore plus aigüe.

La traduction des connaissances scientifiques sur les modifications du climat d'origine anthropique en un instrument juridique global devant permettre de faire face aux changements climatiques a pris deux décennies. Pendant les années septante, la communauté scientifique a multiplié recherches et congrès sur l'interférence humaine dans le système climatique. Le débat n'était pas encore à l'ordre du jour politique lorsque se tient, en 1979, la Première Conférence Mondiale sur le Climat⁵⁰. Essentiellement de nature scientifique, la conférence appelle tous les gouvernements du monde à «prévoir et prévenir celles des conséquences possibles de l'action de l'homme sur le climat qui pourraient nuire au bien-être de l'humanité» et recommande de lancer un Programme de recherche climatologique mondial. La problématique des changements climatiques fait progressivement son chemin du monde scientifique vers la scène politique internationale pendant les

⁴⁸ OFFICE FEDERAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORETS ET DU PAYSAGE, *Le Climat est entre nos mains*, 2002, p. 3.

⁴⁹ Troisième Rapport d'Evaluation du Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat (GIEC), disponible sur : <http://www.ipcc.ch>.

⁵⁰ Pour plus d'informations sur cette conférence, voir : <http://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs213.htm>.

années quatre-vingts⁵¹. Sur la base de preuves scientifiques mettant en évidence le lien entre les émissions humaines de gaz à effet de serre et les risques engendrés par l'évolution du climat de la Terre, la communauté internationale tient une série de conférences visant à lancer le processus de négociation d'un traité mondial⁵². La création, en 1988, du Groupe Intergouvernemental d'Experts sur l'évolution du Climat (ci-après GIEC), un organe conjoint au PNUE et à l'Organisation Mondiale de Météorologie, constitue une avancée décisive à cet égard. Etabli à la demande d'Etats soucieux de bénéficier de conclusions scientifiques « objectives » dissociées de l'influence d'activistes environnementaux⁵³, le GIEC est chargé d'évaluer les informations d'ordre scientifique, technique et socio-économiques relatives aux causes et conséquences des changements climatiques. La publication de son premier rapport d'évaluation, en 1990, confirme les préoccupations scientifiques relatives à l'évolution du climat et appelle à un traité global pour faire face au problème. Cet appel est relayé quelques mois plus tard par la Deuxième Conférence Mondiale sur le Climat⁵⁴ qui formalise également un premier consensus de l'ensemble de la communauté internationale sur les principes d'une coopération mondiale face au défi climatique⁵⁵. Toujours en 1990, l'Assemblée Générale de l'ONU répond à ces appels en lançant les négociations d'une convention-cadre sur les changements climatiques⁵⁶, traité qui sera adopté à New York en mai 1992, ouvert à la signature des Etats

⁵¹ Sur la politisation progressive des conclusions scientifiques, voir : D. FREESTONE, dans R. CHURCHILL et D. FREESTONE, *International law and global climate change* (1991), p. 171 ; D. BODANSKY, «The United Nations Framework Convention on Climate Change : a commentary», *Yale Journal of International Law*, vol. 18, 1993, pp. 460-461 ; S. BOEHMER-CHRISTIANSEN, «Global climate protection policy : the limits of scientific advice», *Global Environmental Change*, vol. 2, 1994, p. 156 ; D. ZAELEKE et J. CAMERON, «Global warming and climate change - an overview of the international legal process», *American University Journal of International Law & Policy*, 1990, pp. 276-278.

⁵² Conférence de Villach, Autriche, 1985, organisée par l'OMM et le PNUE (pour plus d'informations, voir : <http://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs214.htm>) ; Conférences de Toronto et d'Ottawa, 1988, organisées par le Canada (pour plus d'informations, voir : <http://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs215.htm>) ; Conférence de Tata sur le Réchauffement Planétaire et les Changements Climatiques, février 1989, organisée par le PNUE et le World Resource Institute (pour plus d'informations, voir : <http://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs216.htm>) ; Conférence de la Haye sur l'Atmosphère, mars 1989 (pour plus d'informations, voir : <http://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs217.htm>) ; Conférence de Noordwijk sur la Pollution Atmosphérique et les Changements Climatiques, novembre 1989 (pour plus d'informations, voir : <http://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs218.htm>) ; Conférence du Caire, Egypte, décembre 1989, pour plus d'informations, voir : <http://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs219.htm>) ; et Conférence de Bergen, mai 1990, organisée par la CEE/ONU (pour plus d'informations, voir : <http://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs220.htm>).

⁵³ D. ZAELEKE et J. CAMERON, *loc. cit.* (note 51), p. 458, qui citent en particulier les Etats-Unis.

⁵⁴ Pour plus d'informations, voir : <http://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs221.htm>.

⁵⁵ Dans la Déclaration ministérielle adoptée à l'issue de la conférence, les Etats reconnaissent que le changement climatique est un problème touchant l'ensemble de la communauté qui doit être résolu sur la base des principes suivants : l'équité, les responsabilités communes mais différenciées des pays sur la base de leur niveau de développement, le développement durable et la précaution.

⁵⁶ ONU Doc. A/RES/45/212.

pendant le Sommet de Rio et qui entra en vigueur en mars 1994. Au printemps 2005, la Convention avait 189 Parties, faisant de ce traité un accord véritablement universel⁵⁷.

Socle du Protocole de Kyoto, la Convention climat pose les fondations d'un régime⁵⁸. Le premier élément du régime climatique mis en place par la Convention climat est la fixation d'un objectif ambitieux valable également pour «tous (les) instruments juridiques connexes que la Conférence des Parties pourrait adopter»⁵⁹. Cet objectif «ultime» est :

«de stabiliser ... les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique... dans un délai suffisant pour que les écosystèmes puissent s'adapter naturellement aux changements climatiques, que la production alimentaire ne soit pas menacée et que le développement économique puisse se poursuivre d'une manière durable»⁶⁰.

La Convention identifie donc la direction que doivent prendre, dans le long terme, les efforts de la communauté internationale. Les changements climatiques sont en effet une problématique qui requiert une action politique qui s'inscrit dans la durée. Cette approche est non seulement requise par le temps de résidence des gaz à effet de serre dans l'atmosphère et le fait que leurs effets ne peuvent être ressentis que des dizaines, voire des centaines d'années après leur émission. Une action dans le temps s'explique également par la difficulté qu'auront nos sociétés à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre, surtout du principal d'entre eux : le dioxyde de carbone⁶¹. En s'attaquant aux émissions de ce gaz, la Convention climat a en effet un impact direct sur presque toutes les activités humaines, particulièrement dans les pays développés. L'utilisation du charbon, du pétrole et du gaz naturel pour la production industrielle, le chauffage et le transport s'accompagne nécessairement d'émissions de dioxyde de carbone. Le déboisement libère également du dioxyde de carbone dans l'atmosphère. De plus, la Convention ne se limite pas au dioxyde de carbone et étend son champ d'application à d'autres gaz à effet de serre. L'agriculture intensive, par exemple, constitue la principale source d'émission de deux autres de ces gaz : le méthane et le

⁵⁷ Seuls Andorre, Brunei, l'Irak et la Somalie ne sont pas Partie à la Convention climat. A noter que la Turquie est le dernier en date des Etats à avoir accédé à la Convention climat en février 2005. Nous reviendrons ci-dessous sur les raisons de l'absence prolongée de participation de la Turquie (voir *infra* p. 214). Pour sa part, La Suisse est devenue Partie à la Convention climat le 10 décembre 1993. Pour la liste des Parties, voir <http://unfccc.int/resource/conv/ratlist.pdf>.

⁵⁸ Sur la notion de «régime», voir *infra* p. 72.

⁵⁹ Article 2 de la Convention climat.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Au niveau mondial, le dioxyde de carbone représente 60% de la part de renforcement de l'effet de serre. Voir OFFICE FEDERAL DE L'ENVIRONNEMENT, FORETS ET PAYSAGES, «Foire aux questions (FAQ sur le climat)», disponible sur le site : http://www.umwelt-schweiz.ch/buwal/fr/fachgebiete/fg_klima/service/faq/index.html#sprungmarke9.

protoxyde d'azote. Pour que l'objectif de la Convention soit atteint, les modes de consommation et de production dans les pays industrialisés devront être radicalement modifiés de manière à les «décarboner», c'est-à-dire les libérer des émissions de dioxyde de carbone, et à réduire les émissions des autres gaz à effet de serre. De même, il faudra que les pays en développement s'engagent sur les voies d'un développement propre, en particulier en satisfaisant leurs besoins énergétiques par le biais d'énergies renouvelables plutôt que par les énergies fossiles. L'extraordinaire portée de l'objectif de la Convention climat montre que ce traité est relatif au développement durable du fait que ce sont principalement nos modèles actuels de développement qui sont au cœur du problème.

Le deuxième aspect du régime climatique mis en place par la Convention résulte du fait que ce traité cerne les principes de la coopération mondiale pour faire face aux changements climatiques. Se fondant sur la Déclaration de la Deuxième Conférence sur le Climat et en harmonie avec la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement de la CNUED, la Convention climat requiert que les Parties préservent le système climatique «en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées et de leurs capacités respectives»⁶². Ce principe, que nous étudierons en détail ci-dessous⁶³, offre la principale clé de répartition entre les Etats des efforts de lutte contre les changements climatiques.

Troisièmement, la Convention offre un cadre institutionnel ayant les trois caractéristiques suivantes : représentatif, permettant son évolution à la lumière des connaissances scientifiques et visant à assurer l'effectivité du traité. Tout d'abord, les organes de la Convention sont particulièrement représentatifs des intérêts de l'ensemble de la communauté internationale. L'organe suprême de la Convention, la Conférence des Parties⁶⁴, de même que ses organes subsidiaires (l'organe subsidiaire de conseil scientifique et technologique⁶⁵ et l'organe subsidiaire de mise en œuvre⁶⁶) regroupent l'ensemble des Parties à la Convention. La nécessité d'une large participation au sein de ces organes s'explique par la nature globale de la menace considérée, que ce soit au niveau de ses sources ou de ses conséquences, et par le besoin d'une action internationale légitimée par et engageant le plus grand nombre. Le deuxième élément intéressant du cadre institutionnel de la Convention est qu'il requiert que le contenu de ce traité évolue en fonction des découvertes scientifiques. En effet, pour être efficace, ce traité doit être adapté aux nouvelles connaissances sur les interférences humaines avec le système climatique. Cette évolution est

⁶² Article 3 de la Convention climat.

⁶³ Voir *infra* p. 193ss.

⁶⁴ Article 7 de la Convention climat.

⁶⁵ Article 9 de la Convention climat.

⁶⁶ Article 10 de la Convention climat.

permise d'une part par la fréquence des réunions des organes principaux de la Convention : la Conférence des Parties se réunit au moins une fois par an⁶⁷, alors que les organes subsidiaires précités tiennent séance deux fois par an. D'autre part, une « mise à jour » régulière de la Convention est expressément confiée à l'organe suprême de la Convention. La Conférence des Parties doit « examine(r) périodiquement les obligations des Parties et les arrangements institutionnels découlant de la Convention, en fonction de ... l'évolution des connaissances scientifiques et techniques »⁶⁸. Cette obligation de s'assurer de l'efficacité du traité à la lumière des données de la science et, par implication, de l'adéquation des engagements mis à la charge des Parties, est réitérée à l'article 4.2.d) de la Convention qui vise les obligations des pays industrialisés⁶⁹. La troisième caractéristique du cadre institutionnel de la Convention que nous avons soulignée résulte du fait que les Parties à la Convention ont créé plusieurs organes et mis en place diverses procédures visant à assurer son effectivité. Tout d'abord, l'organe subsidiaire de mise en œuvre est « chargé d'aider la Conférence des Parties à suivre et évaluer l'application effective de la Convention », notamment par le biais de l'examen des informations communiquées par les Parties⁷⁰. Il s'agit, comme nous le verrons ci-dessous⁷¹, d'une évaluation collective, et non pas individuelle, de la mise en œuvre de ce traité. La Convention charge par ailleurs la Conférence des Parties d'étudier « la mise en place d'un processus consultatif multilatéral ... pour le règlement des questions relatives à l'application de la Convention »⁷². Nous reviendrons également sur ce processus⁷³. De plus, la manière dont les différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la Convention doivent être réglés est également précisée⁷⁴. Enfin, la Convention définit un mécanisme pour fournir des ressources financières sous forme de dons ou à des conditions de faveur aux pays en développement pour les aider à mettre en œuvre la Convention et à faire face aux changements climatiques⁷⁵. Le Fonds pour l'Environnement Mondial (ci-après FEM), établi par la Banque

⁶⁷ Article 8.4 de la Convention climat.

⁶⁸ Article 8.2 b) de la Convention climat.

⁶⁹ L'article 4.2.d) se lit comme suit : « La Conférence des Parties, à sa première session, examinera les alinéas a) et b) pour voir s'ils sont adéquats. Elle le fera à la lumière des données scientifiques et évaluations les plus sûres concernant les changements climatiques et leur impact, ainsi que des données techniques, sociales et économiques pertinentes... ».

⁷⁰ Article 10.1 de la Convention climat.

⁷¹ Voir *infra* p. 41.

⁷² Article 13 de la Convention climat.

⁷³ Voir *infra* p. 38.

⁷⁴ Article 14 de la Convention climat.

⁷⁵ Article 11 de la Convention climat.

Mondiale, le Programme des Nations Unies pour le Développement et le PNUE, est chargé du fonctionnement de ce mécanisme⁷⁶.

Le quatrième aspect du régime établi par la Convention climat est la création d'obligations à la charge des Parties. Il s'agit, d'une part, d'engagements pour toutes les Parties à la Convention. C'est ainsi que chaque Partie doit adopter des politiques et mesures visant à atténuer les changements climatiques⁷⁷ et doit communiquer des informations relatives aux inventaires d'émission/absorption de gaz à effet de serre ainsi qu'aux politiques et mesures prises pour mettre en œuvre la Convention⁷⁸. Il s'agit, d'autre part, d'obligations mises uniquement à la charge des pays industrialisés, appelés «Parties de l'Annexe I», en application du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties. Les pays industrialisés doivent par exemple limiter leurs émissions de gaz à effet de serre et protéger leurs puits et réservoirs de gaz à effet de serre⁷⁹. Ces obligations sont cependant caractérisées par un contenu faiblement contraignant⁸⁰ devant être précisé ultérieurement. Ainsi, non seulement les Parties ne font que « reconnaître » que le retour, d'ici l'an 2000, « aux niveaux antérieurs » d'émissions des gaz à effet de serre contribuerait à modifier les tendances des émissions, mais la Convention ne précise pas à quel moment le but de ramener les émissions de gaz effet de serre à leur niveau de 1990 devra être atteint. Les obligations des pays industrialisés sont donc, à la lumière de l'effort qui devra être fourni pour atteindre l'objectif ultime de la Convention, particulièrement modestes.

⁷⁶ Pour plus d'informations sur le FEM, voir : L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Le Fonds pour l'Environnement Mondial : recherche et conquête de son identité », *Annuaire Français de Droit International*, vol.41, 1995, pp. 612-632 ; du même auteur, « The Global Environmental Facility galaxy : on linkages between institutions », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1999, vol. III, pp. 243-285 ; également du même auteur, « Les mécanismes conventionnels d'assistance économique et financière et le Fonds pour l'Environnement Mondial », dans *L'effectivité du droit international de l'environnement* (Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Aix-en-Provence, 1998), p. 187 ; et W.-C. SHIH, « The World Bank and Climate Change », *Journal of International Economic Law*, 2000, p. 633.

⁷⁷ Article 4.1 de la Convention climat.

⁷⁸ Article 12 de la Convention climat.

⁷⁹ Article 4.2 a) et b) de la Convention climat.

⁸⁰ La doctrine se réfère à cet égard à un «droit mou» ou un «droit vert». Voir C. IMPERIALI, «Le contrôle de la mis en œuvre des conventions internationales», dans C. IMPERIALI, *op. cit.* (note 35) p. 9, respectivement P.-M. DUPUY, « Le droit international de l'environnement et la souveraineté des Etats : bilan et perspectives », dans *L'avenir du droit international de l'environnement*, Colloque de l'Académie de droit international de la Haye (Martinus Nijhoff publishers, 1985), p. 34. Dans la littérature anglophone, ce genre de norme est qualifié de «soft law». Pour une étude du concept de «soft law», voir G. WESIERSKI, «A framework for understanding "soft law"», *McGill Law Journal*, vol. 30, 1984, p. 37 ; P. WEIL, «Vers une normativité relative en droit international», *RGDIP*, 1982, p. 5 ; et C. CHINKIN, «The challenge of soft law : development and change in international law», *ICLQ*, vol. 38, 1989, p. 850. Pour une discussion du concept de «soft law» dans le contexte des AEM, voir P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3) pp. 10, 16 et 26-30. Pour une discussion sur le respect du «soft law», voir D. SHELTON, *Commitment and compliance, the role of non-binding norms in the international system* (Oxford University Press, 2000).

La faiblesse des obligations contenues dans la Convention pour faire face aux changements climatiques est déjà reconnue lors de la première Conférence des Parties à ce traité. En 1995, soit une année après l'entrée en vigueur de la Convention, les Parties adoptent le «Mandat de Berlin»⁸¹ dans lequel elles reconnaissent l'insuffisance des obligations mises à la charge des Parties de l'Annexe I⁸². Expressément basé sur le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties, ce Mandat appelle au renforcement des engagements des Parties industrialisées par le biais d'objectifs chiffrés de limitation et de réduction des émissions de gaz à effet de serre selon des échéances fixes. Le Mandat de Berlin précise par contre que le résultat des négociations ne doit pas énoncer de nouveaux engagements pour les autres Parties, c'est-à-dire les pays en développement. Commencent alors les travaux de ce qui deviendra, deux ans plus tard, le Protocole de Kyoto⁸³.

B. Le Protocole de Kyoto : un traité incomplet

Au moment de son adoption, en décembre 1997, le Protocole de Kyoto est encore un accord en gestation. Bien sûr, le cadre institutionnel du Protocole a été en grande partie fixé et un consensus sur ce qui en constitue sa substantifique moelle a été entériné : il y a des obligations, mises à la charge des pays industrialisés, de réduction et de limitation des émissions de gaz à effet de serre selon des échéances précises. Mais le texte du Protocole est imparfait à bien des égards. L'absence de clarification des règles du jeu relatives à la possibilité de comptabiliser l'absorption des gaz à effet de serre et de faire usage des «mécanismes de flexibilité» rendent les obligations de réduction bien abstraites. Au niveau institutionnel, un mécanisme permettant le contrôle du respect des obligations souscrites n'a pas encore été élaboré. En somme, il reste encore beaucoup à faire pour que les Parties à la Convention climat sachent vraiment ce à quoi elles vont s'engager en devenant Partie au Protocole de Kyoto.

Conformément au Mandat de Berlin, et sur la base du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties, le Protocole met des nouvelles obligations uniquement à la charge des pays industrialisés. Ainsi, les obligations du Protocole mises à la charge de l'ensemble des Parties⁸⁴ ne vont pas au-delà de ce que prévoyait déjà la Convention⁸⁵. Ce qui est nouveau, et constitue d'ailleurs la principale raison

⁸¹ Décision 1/CP.1. Voir le Rapport de la Première Conférence des Parties à la Convention climat, Doc. FCCC/CP/1995/7/Add.1.

⁸² Voir le glossaire en annexe 1 à cette étude.

⁸³ Pour une présentation des traits saillants du Protocole de Kyoto, voir L. BOISSON DE CHAZOURNES, « La gestion de l'intérêt commun à l'épreuve des enjeux économiques : le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 1997, pp. 701-715.

⁸⁴ Article 10 du Protocole.

⁸⁵ Article 4.1 de la Convention.

d'être du Protocole, c'est la responsabilité des Parties de l'Annexe I de réduire globalement leurs émissions de gaz à effet de serre «d'au moins 5%» par rapport au niveau de 1990 au cours de la période 2008-2012⁸⁶. L'allocation des taux individuels de réduction ou de limitation est précisée dans l'Annexe B⁸⁷ du Protocole. L'Union européenne a une obligation de réduction de 8%, et a réparti les objectifs entre ses Etats membres. Les Etats-Unis doivent réduire leurs émissions de 7%, et le Japon, de 6%. La Russie doit uniquement stabiliser ses émissions au niveau de 1990, alors que certains pays, comme l'Australie ou l'Islande, sont autorisés à augmenter leurs émissions. La Suisse, pour sa part, a un taux identique à l'Union européenne.

Le Protocole vise également les moyens à disposition des Parties pour réduire ou limiter leurs émissions. Les articles relatifs à l'absorption de gaz à effet de serre de même qu'aux «mécanismes de flexibilité» ont cependant un contenu assez vague en raison des difficultés de trouver un consensus sur ces questions à Kyoto.

La possibilité de tenir compte des gaz à effet de serre absorbés - ou fixés, par les puits de carbone et par conséquent de diminuer d'autant la charge de réduction des émissions de ces gaz, soulève des difficultés de deux ordres⁸⁸. Il s'agit tout d'abord de problèmes liés à la définition et à la portée de certains termes. Qu'entend-on par «forêt»? Quelles activités engendrant l'absorption de gaz à effet de serre sont éligibles dans le cadre du Protocole? Il s'agit, ensuite de difficultés scientifiques et techniques relatives à la manière de comptabiliser les gaz absorbés. Comment tenir compte, par exemple, des incertitudes liées à la permanence de l'absorption? Ces difficultés n'ont pas été entièrement surmontées à Kyoto. D'une part, le Protocole autorise la comptabilisation de l'absorption par les puits de carbone résultant d'activités humaines «directement liées au changement d'affectation des terres et à la foresterie» et limite ces activités au «boisement, au reboisement et au déboisement depuis 1990»⁸⁹. Malgré un consensus sur cette disposition, des travaux additionnels étaient nécessaires pour définir ses termes. D'autre part, le Protocole stipule que les Parties doivent déterminer «quelles activités anthropiques supplémentaires» fixant les gaz à effet de serre grâce à une gestion de l'agriculture, des changements d'affectation des terres et de la foresterie peuvent être prises en compte⁹⁰. En plus des controverses relatives à la nature de ces «activités supplémentaires», les Parties étaient en désaccord

⁸⁶ Article 3 du Protocole.

⁸⁷ Voir le glossaire en annexe 1 à cette étude. Sur le détail des négociations relatives à la distribution de l'effort global de réduction des émissions, voir *infra* p. 199.

⁸⁸ Ces difficultés ont fait l'objet d'un rapport spécial du GIEC, «Utilisation des terres, changements d'affectation des terres et foresterie», 2000, disponible sur <http://www.ipcc.int>.

⁸⁹ Article 3.3 du Protocole.

⁹⁰ Article 3.4 du Protocole.

sur la possibilité d'en tenir compte pendant la première phase de réduction (2008-2012), et dans l'affirmative, à concurrence de quelle quantité.

En plus des incertitudes liées à la comptabilisation de l'absorption des gaz à effet de serre, les règles du Protocole relatives à la possibilité de faire usage des «mécanismes de flexibilité» étaient, au moment de l'adoption de ce traité, incomplètes. Le Protocole offre trois possibilités aux Parties industrialisées de tenir compte de réductions d'émissions effectuées à l'étranger pour remplir leurs obligations. Le premier mécanisme de flexibilité envisagé par le Protocole, la mise en œuvre conjointe, permet la comptabilisation de réduction d'émissions découlant de projets conjoints entre des Parties de l'Annexe I⁹¹. Le deuxième mécanisme de flexibilité est le mécanisme de développement propre qui permet de tenir compte des réductions d'émissions découlant de projets entre une Partie de l'Annexe I et une Partie ne figurant pas sur cette annexe⁹². Le troisième mécanisme de flexibilité est le commerce international de droits d'émissions entre les Parties de l'Annexe I⁹³. Le principal avantage de ces mécanismes est qu'ils permettent de réduire les émissions des gaz à effet de serre à moindre coût. Pour les défenseurs de ces mécanismes, le lieu de réduction des émissions est sans importance : au niveau atmosphérique, le résultat sera équivalent. La logique «coût financier-bénéfice environnemental» s'impose donc au détriment de considérations de responsabilité individuelle et d'équité. Cette approche, prônée par les Etats-Unis, se heurtait principalement à la volonté européenne d'amener les Etats émetteurs à modifier leur modèle polluant de développement économique par le biais de mesures de réduction réalisées au niveau national. Pendant les négociations du Protocole, ces points de vue opposés s'affrontèrent autour de la possibilité de restreindre, qualitativement et/ou quantitativement, le recours aux mécanismes de flexibilité. Cette difficulté ne fut cependant pas aplanie lors de l'adoption du Protocole qui indique que les réductions d'émissions obtenues à la suite de l'usage de ces mécanismes doivent venir «en complément» des mesures prises au niveau national⁹⁴, respectivement, permettre de remplir «une partie» de l'obligation de réduction⁹⁵. L'usage de ces terminologies ouvre la porte, bien entendu, à des interprétations très diverses quant à la nature «complémentaire» des réductions opérées en ayant recours aux mécanismes de flexibilité. Il appartenait donc aux Etats de tenter de clarifier cette terminologie après l'adoption du Protocole.

Au niveau institutionnel, le Protocole se greffe sur les organes établis dans la Convention. Ainsi, l'organe suprême de la Convention, la Conférence des

⁹¹ Article 6 du Protocole.

⁹² Article 12 du Protocole.

⁹³ Article 17 du Protocole.

⁹⁴ Articles 6.1d) et 17 du Protocole.

⁹⁵ Article 12.3b) du Protocole.

Parties, agit comme réunion des Parties au Protocole⁹⁶. De même, l'organe subsidiaire de mise en œuvre de la Convention ainsi que son organe subsidiaire de conseil scientifique et technologique sont également les organes subsidiaires du Protocole⁹⁷. Par ailleurs, le Secrétariat de la Convention assure le Secrétariat du Protocole⁹⁸ alors que le mécanisme financier de la Convention, le FEM, doit permettre de couvrir les coûts liés à la mise en œuvre par les pays en développement des obligations du Protocole⁹⁹. Cette intégration institutionnelle s'étend également à plusieurs éléments du système visant à assurer le contrôle du respect des obligations du Protocole. Ainsi, les dispositions de la Convention relatives au règlement des différends s'appliquent *mutatis mutandis* au Protocole. Par ailleurs, les communications nationales des Parties industrialisées élaborées en application de la Convention¹⁰⁰ doivent contenir les «informations supplémentaires» qui sont nécessaires pour s'assurer que les engagements du Protocole sont respectés¹⁰¹. Enfin, ces informations feront l'objet d'un examen technique approfondi par des experts, sur le modèle de la procédure d'examen établie dans le cadre de la Convention¹⁰². Au-delà de cette procédure technique de contrôle de la mise en œuvre des obligations, le Protocole se limite, en son article 18, à requérir que les Parties, à leur première session, adoptent des mécanismes de contrôle du respect des dispositions du Protocole. Le système visant à garantir l'effectivité du Protocole est donc, au moment de l'adoption de ce traité, embryonnaire. Mais les négociations ayant mené à l'adoption de l'article 18 mettent déjà en lumière les difficultés majeures qui attendaient les Parties dans leur effort en vue d'élaborer les mécanismes de contrôle du respect du Protocole.

§ 2 L'article 18 du Protocole de Kyoto : la base légale des procédures et mécanismes pour déterminer et étudier les cas de non-respect du Protocole

A. Les difficultés des négociations de l'article 18

L'article 18 du Protocole se lit :

«A sa première session, la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au présent Protocole approuve des procédures et mécanismes appropriés

⁹⁶ Article 13 du Protocole.

⁹⁷ Article 15 du Protocole.

⁹⁸ Article 14 du Protocole.

⁹⁹ Article 11 du Protocole.

¹⁰⁰ Article 12 de la Convention.

¹⁰¹ Article 7 du Protocole.

¹⁰² Article 8 du Protocole. Sur la procédure d'examen dans le cadre de la Convention climat, voir *infra* p. 41.

et efficaces pour déterminer et étudier les cas de non-respect des dispositions du présent Protocole, notamment en dressant une liste indicative des conséquences, compte tenu de la cause, du type et du degré de non-respect et de la fréquence des cas. Si des procédures et mécanismes relevant du présent article entraînent des conséquences qui lient les Parties, ils sont adoptés au moyen d'un amendement au présent Protocole.»

L'adoption de l'article 18 fut marquée essentiellement par deux difficultés majeures : le champ d'application des procédures et mécanismes, et la nature juridique des conséquences qui seraient décidées.

Lors des négociations de l'article 18, les pays développés et en développement étaient en désaccord sur le champ d'application des procédures et mécanismes : viseraient-ils uniquement les engagements des pays industrialisés ou également ceux des pays en développement¹⁰³ ? La logique derrière une limitation aux obligations des pays industrialisés était qu'en application du Mandat de Berlin aucun nouvel engagement ne devait être mis à la charge des pays en développement. Pour ces pays, cela impliquait *a fortiori* qu'il n'y avait aucune justification pour que les Parties au Protocole élaborent un mécanisme de contrôle du respect applicable à des engagements déjà existants et contenus dans la Convention. Cette logique s'appuyait également sur le fait que les Parties à la Convention étaient justement, en parallèle avec les négociations sur le Protocole, en train d'élaborer un «processus consultatif multilatéral... pour le règlement des questions concernant l'application de la Convention»¹⁰⁴. Sur la base de ces arguments, la raison d'être d'un mécanisme de contrôle relatif au respect des obligations des pays en développement dans le cadre du Protocole semblait inexistante¹⁰⁵. A l'issue des négociations de l'article 18, les Etats s'accordèrent sur le fait que le mécanisme de contrôle visera le «non-respect des dispositions du présent Protocole». Cette formulation signifie que les questions de non-respect des obligations mises à la charge des Parties en développement tomberont *a priori* également dans le champ d'application des futurs mécanismes de contrôle du respect du Protocole. Mais les graines d'une confrontation sur un possible traitement différencié des pays en développement sont semées dans l'historique de la rédaction de l'article 18.

¹⁰³ BNT , Vol 12, No 73, 8 Décembre 1997, disponible sur le site : <http://www.iisd.ca/linkages/vol12/enb1273e.html>.

¹⁰⁴ Article 13 de la Convention climat. Pour plus de détails sur ce processus, voir *infra* p. 38.

¹⁰⁵ Ehrmann fait figure d'exception au sein de la doctrine lorsqu'il considère que le principe des responsabilités communes mais différenciées justifie que les pays en développement soient soumis exclusivement au processus consultatif multilatéral et que les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto ne devraient viser que les pays industrialisés. M. EHRMANN, «Procedures of compliance control in international environmental treaties», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 13, 2002, p. 430. Comme on le verra, les Parties au Protocole ont élaboré des mécanismes de contrôle du respect du Protocole applicables à toutes les Parties au Protocole. Voir *infra* p. 44ss.

Le deuxième achoppement majeur dans les efforts de rédaction de l'article 18 visa la nature juridique des mesures consécutives adoptées à l'issue de la procédure de contrôle du respect¹⁰⁶. Au moment des négociations, les Etats-Unis, en particulier, étaient opposés à un mécanisme capable d'adopter des conséquences légalement contraignantes. L'Union européenne et la Suisse, pour leur part, n'étaient pas prêts à sacrifier cet aspect nécessaire d'un système ambitieux de contrôle du respect du Protocole. Le compromis trouvé sur cette question à Kyoto laissa la porte ouverte aux deux solutions en renvoyant la balle dans le camp des futures Parties au Protocole : « (s)i des procédures et mécanismes relevant du présent article entraînent des conséquences qui lient les Parties, ils sont adoptés au moyen d'un amendement au présent Protocole »¹⁰⁷. Le mode d'adoption des procédures et mécanismes par les Parties au Protocole constituera le facteur déterminant quant à la portée juridique des décisions du Comité de contrôle. Adopté par le biais d'un amendement, le mécanisme de contrôle pourra aboutir à des mesures consécutives ayant force obligatoire. Adopté par le biais d'une décision, la portée juridique de ces mesures sera limitée à des aspects politiques. Pour les tenants d'un régime fort, le compromis est peu satisfaisant. En effet, la faiblesse d'une procédure d'amendement résulte du fait qu'une Partie récalcitrante conserve le privilège de ne pas le ratifier¹⁰⁸. Face à cette possibilité, on peut douter que la plupart des Etats industrialisés accepteront de se soumettre à un régime de contrôle pouvant aboutir à des mesures consécutives contraignantes.

B. L'article 18 : une disposition-cadre

L'article 18 constitue donc une disposition-cadre qui renvoie à une date ultérieure l'élaboration et l'adoption des procédures et mécanismes pour déterminer et étudier les cas de non-respect du Protocole. Cette approche graduelle s'explique essentiellement par deux facteurs.

Tout d'abord, il faut garder à l'esprit le facteur temps : les ministres réunis à Kyoto étaient principalement préoccupés d'obtenir un accord sur le cœur du Protocole, en particulier les objectifs chiffrés de limitation et de réduction des émissions des gaz à effet de serre. Dans un jeu où l'une des règles principales est de ne céder à l'adversaire qu'à la dernière minute, les ministres ont relégué au second rang la résolution de certaines questions considérées d'importance

¹⁰⁶ *BNT*, vol 12, No 72, 5 Décembre 1997, disponible sur le site <http://www.iisd.ca/linkages/vol12/enb1272e.html> ; et le vol. 12, No 73, disponible sur <http://www.iisd.ca/linkages/vol12/enb1273e.html>.

¹⁰⁷ Article 18 *in fine*.

¹⁰⁸ Article 20.4 du Protocole.

secondaire à ce stade, telles que l'élaboration d'un mécanisme visant à faciliter, voire assurer, le respect des engagements souscrits dans le cadre du Protocole.

En outre, et il s'agit là du deuxième facteur expliquant l'approche graduelle entérinée dans l'article 18, au stade ultime des négociations, le texte du Protocole était encore imparfait sur les questions de l'absorption des gaz à effet de serre ainsi que sur l'étendue du recours possible aux mécanismes de flexibilité. Or, il est raisonnable d'adapter les procédures et mécanismes pour déterminer et étudier les cas de non-respect au contenu de l'AEM. L'existence de ce lien, non contesté dans son principe, ne suscite cependant pas une approche commune de la part de la doctrine. Pour certains, plus les obligations seront ambitieuses, plus les Parties chercheront à établir un régime de type facilitateur dont l'objectif principal est de les assister dans leurs efforts¹⁰⁹. Pour d'autres, cette corrélation est inversée. Ainsi, plus la mise en œuvre sera jugée difficile, plus les Parties voudront s'assurer que les autres Parties supportent réellement leur part du fardeau. Dans ce second scénario, les Parties chercheront à établir un régime incitant clairement les Parties à respecter leurs obligations et laissant un minimum d'échappatoires possibles à la Partie ne les respectant pas¹¹⁰. Ces approches différentes, qui divisent non seulement la doctrine mais également les Etats, furent mises en évidence dans le cadre des négociations relatives à la nature juridique des mesures décidées par l'organe de contrôle du respect du Protocole de Kyoto¹¹¹.

¹⁰⁹ Voir D. G. VICTOR, «The Montreal Protocol's non-compliance procedure», dans D. G. VICTOR, K. RAUSTIALA et E. B. SKOLNIKOFF (dir.), *The implementation and effectiveness of international environmental commitments : theory and practice* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1998) p. 139, se référant à l'opinion de Patrick Szell. Voir également, du même avis, J. E. BUTLER, «The establishment of a dispute resolution / non compliance mechanism in the climate change Convention», *Proc. ASIL*, vol. 91, 1997, p. 255.

¹¹⁰ Voir J. WERKSMAN, «Compliance and the Kyoto Protocol : building a backbone into a "flexible" regime», *YIEL*, vol. 9, 1998, p. 65 ; également du même auteur : «The clean development mechanism : unwrapping the "Kyoto surprise"», *RECIEL* vol. 7, 1998.

¹¹¹ Pendant la première partie de la sixième Conférence des Parties, «Australia and The Russian Federation argued for a non-binding regime and, following President Pronk's comment that it should be each Party's interest to ensure compliance by its neighbours because of the costs associated with complying, said their countries were more concerned about their own compliance than that of others. Japan supported Australia explaining that its main trading partners were not the other Annex I Parties but non-Annex I Asian countries.» L'Union européenne, les Etats-Unis, le Canada, la Suisse et le G-77/Chine, pour leur part, soutenaient la mise en place d'un mécanisme pouvant adopter des mesures consécutives légalement contraignantes. Voir le *BNT* du Jeudi 23 novembre 2000, Vol. 12 No. 161, disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12161e.html>.

Section II

Un accord à la destinée longtemps incertaine

Au moment de son adoption en 1997, le texte du Protocole de Kyoto nécessite encore bien du travail. Les Conférences des Parties à la Convention climat tenues successivement à Buenos Aires, La Haye, Bonn et Marrakech permettent de retracer le long périple au cours duquel le Protocole devint un accord suffisamment précis pour faire l'objet d'une ratification. Et bien que ce traité ait été pour l'essentiel complété en automne 2001 lors de la septième Conférence des Parties à la Convention climat, il fallut attendre la ratification par la Russie en novembre 2004¹¹² pour que l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto, et donc son existence même, soit enfin assurée, et ce plus de sept après son adoption.

§ 1 De Buenos Aires à Bonn : une course contre la montre interrompue

La quatrième Conférence des Parties à la Convention climat, à Buenos Aires en novembre 1998, adopte un programme détaillant le travail restant à faire pour permettre la ratification et l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto¹¹³. Le Plan d'Action de Buenos Aires note quatre domaines prioritaires de négociation: les questions d'absorption des gaz à effet de serre, les mécanismes de flexibilité, les effets néfastes des mesures de lutte contre les changements climatiques¹¹⁴, et les mécanismes de contrôle du respect du Protocole. Seul un

¹¹² La Douma, la chambre basse du Parlement, a approuvé la ratification du Protocole en date du 22 octobre 2004. La Chambre haute du Parlement s'est également prononcée en faveur du traité le 27 octobre 2004. Le Président Poutine a ensuite signé le Protocole et déposé l'instrument de ratification auprès du Secrétaire Général de l'ONU en novembre 2004. Pour le détail des ratifications du Protocole de Kyoto, voir <http://unfccc.int/resource/kpstats.pdf>.

¹¹³ Décision 8/CP.4. Bien que la décision adoptant le Protocole de Kyoto (décision 1/CP.3) indique déjà que la quatrième Conférence des Parties devrait considérer les questions en suspens relatives à la séquestration et aux «mécanismes de flexibilité», ce n'est que pendant cette réunion que les Parties y ajoutèrent la question des procédures et mécanismes pour déterminer et étudier les cas de non-respect du Protocole. Voir le *BNT*, Vol 12, No 91, du 5 novembre 1998, disponible sur : <http://www.iisd.ca/linkages/vol12/enb1291e.html>, et vol 12, No 96, du 12 novembre 1998, disponible sur <http://www.iisd.ca/linkages/vol12/enb1296e.html>.

¹¹⁴ L'article 3.14 du Protocole prend en compte les intérêts des pays en développement exportateurs de pétrole. Il demande que chaque pays industrialisé s'efforce de s'acquitter de ses engagements «de manière à réduire au minimum les conséquences sociales, environnementales et économiques néfastes pour les pays en développement Parties». En faisant pression pour que leurs préoccupations soient considérées dans le cadre du Plan d'Action de Buenos Aires, les pays membres de l'OPEP s'assurèrent une sorte de droit de veto sur le résultat de l'ensemble des négociations.

accord global sur ces quatre éléments clés permettra au Protocole de prendre vie¹¹⁵.

L'importance accordée par les Parties aux mécanismes de contrôle du respect n'est pas surprenante. Face à l'extraordinaire portée du Protocole, en particulier son impact à l'échelle mondiale sur les modes de consommation et de production, un mécanisme visant à assurer son respect doit poursuivre des objectifs multiples. Bien entendu, et avant tout, il s'agit d'assurer qu'en respectant les engagements auxquels elles ont souscrit, les Parties réduisent, voire empêchent, la survenance de dommages ayant des répercussions sérieuses sur l'environnement. En plus de cet objectif, un mécanisme de contrôle du respect d'un traité dont la mise en œuvre est synonyme de politiques et mesures coûteuses¹¹⁶ sert à éviter les «cavaliers seuls». Cette

¹¹⁵ Au début de la sixième Conférence des Parties, seules 30 Parties à la Convention climat, dont aucune figurant à l'Annexe 1 de la Convention, étaient devenues Parties au Protocole. Le seul Etat industrialisé (membre de l'OCDE) ayant à ce moment ratifié le Protocole était le Mexique, une Partie ne figurant pas à l'annexe 1 de la Convention et donc pas non plus à l'annexe B du Protocole. Au moment de la deuxième partie de la sixième Conférence des Parties, le seul Etat figurant à l'Annexe 1 de la Convention et à l'Annexe B du Protocole ayant ratifié le Protocole était la Roumanie. Voir <http://www.unfccc.int/resource/kpstats.pdf>.

¹¹⁶ Déterminer, de manière précise, les coûts et les bénéfices liés à la mise en œuvre du Protocole de Kyoto est une tâche particulièrement complexe et controversée, que ce soit en raison de difficultés techniques ou de considérations politiques. Dans son troisième Rapport, le GIEC indique que la majorité des études réalisées à ce sujet font état de réductions dans le PNB entre 0,2% et 2% en 2010 pour les pays figurant à l'Annexe II de la Convention climat. Cette marge s'explique par les différentes manières dont la richesse d'un pays est mesurée, l'étendue et la méthodologie de l'analyse ainsi que les hypothèses de départ. Par exemple, les réductions de PNB estimées en 2010 seront seulement entre 0,1 et 1,1% dans le cas où le modèle prendrait comme hypothèse la possibilité d'échange, sans restriction qualitative ou quantitative, de droit d'émissions entre les pays de l'Annexe B, mais n'inclue pas la possibilité de faire usage de l'absorption de gaz à effet de serre, ni le recours au mécanisme de développement propre, ni l'existence de bénéfices accessoires ou les coûts liés à la réduction de gaz autres que le CO₂. Voir GIEC, *Rapport du groupe de travail III*, résumé à l'attention des décideurs politiques, mars 2001, para. 4 et 11-13, disponible sur <http://www.ipcc.ch/pub/wg3spm.pdf>. Il est intéressant de noter que la variation 0,1-1,1% est bien inférieure aux incertitudes dans les projections de croissance économique que les gouvernements utilisent de manière régulière pour baser leurs décisions politiques. Voir M. GRUBB et J. DEPLEDGE, «The seven myths of the Kyoto Protocol : a viewpoint», *Climate Policy*, vol. 2, 2001. Le rapport du GIEC confirme des conclusions antérieures de l'OCDE selon lesquelles les bénéfices accessoires d'une réduction des émissions, notamment dans le secteur de la santé ou de l'emploi, peuvent constituer une partie significative, voir être plus grands, que les coûts de réduction (voir <http://www.oecd.org/env/docs/cc/abworkshop-overview.pdf> p. 34). En ce qui concerne plus spécifiquement quelques pays industrialisés, on notera le cas de l'Union européenne et celui des Etats-Unis. D'après une étude de la Commission européenne de mars 2001, le coût annuel net pour les membres de l'Union pour atteindre leur objectif de réduction pendant la période 2008-2012, sans avoir recours à l'absorption ou aux mécanismes de flexibilité avec des Parties en dehors de l'Union, serait seulement de 3.7 milliards d'euros, soit 0.06 % du PNB prévu (Voir http://europa.eu.int/comm/environnement/enveco/climate_change/sectoral_objectives.htm). En juin 2001, un nouveau rapport du Programme Européen sur les changements climatiques conclut que le potentiel d'options «cost-effective» était en fait deux fois élevé que la quantité de réductions requises (voir http://europa.eu.int/comm/environnement/climat/eccc_report_summary_0106.pdf). Du côté des Etats-Unis, le Département de l'Energie du Président Clinton estima que la réduction requise par le Protocole coûterait entre \$7 et 12 milliards de dollars par année dès 2008. Cette estimation se base néanmoins sur l'hypothèse qu'il n'y aurait aucune limite quant au recours à l'échange de droit d'émissions (même entre pays développés et en développement, une possibilité qui n'est actuellement pas permise par le Protocole) et que les consommateurs américains

dénomination caractérise les Parties qui seraient tentées de se soustraire à leurs obligations dans le but de profiter d'un avantage économique, tout en bénéficiant des conséquences environnementales des mesures prises par l'ensemble des autres Parties. Face à ce genre de risque, un régime de contrôle du respect du Protocole veille à ce que chaque Partie prenne à sa charge sa part du fardeau liée à la mise en œuvre du traité¹¹⁷. A ces objectifs environnementaux et économiques globaux, il faut ajouter qu'un mécanisme visant à assurer le respect du Protocole est également cardinal aux yeux du secteur privé dont le rôle dans la réduction des émissions sera important. Le Protocole prévoit en effet la mise en place d'un marché international pour les droits d'émissions¹¹⁸ ainsi que la possibilité pour le secteur privé de participer à des projets visant à réduire les émissions¹¹⁹. Pour que le secteur privé s'engage dans ces activités, il lui faut être sûr que les émissions en question sont bien réelles¹²⁰, un objectif que le mécanisme de contrôle du respect du Protocole doit également servir.

Entamées en juin 1999¹²¹, les négociations sur les quatre éléments du Plan d'Action de Buenos Aires étaient supposées s'achever lors de la sixième Conférence des Parties à la Convention climat (La Haye, novembre 2000). Seul le respect de ce délai rendait vraisemblable que le Protocole prenne vie avant le Sommet Mondial pour le Développement Durable¹²², un objectif symbolique appuyé par la Déclaration du Millénaire. Adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies, cette résolution stipule en effet que les Etats «ne ménageront aucun effort pour que le Protocole de Kyoto entre en vigueur de préférence avant le dixième anniversaire de la Conférence des Nations Unies

pourraient rapidement adopter des technologies moins énergivores (voir *USA Today*, 12 juin 2001, disponible sur : <http://www.usatoday.com/usatoday/20010612/3392333s.htm>). Quant à l'OCDE, elle estimait, au même moment, que les coûts liés à la mise en œuvre du Protocole seraient, pour les Etats-Unis, environ de 0.16% du PNB (voir *International Herald Tribune*, 18 mai 2001, disponible sur : <http://www.iht.com/articles/20206.html>).

¹¹⁷ Voir par exemple la déclaration du Canada pendant la première partie de la Sixième Conférence des Parties : «le Canada indiqua que des conséquences légalement contraignantes étaient également justifiées par des raisons de concurrence économique ». *BNT*, Vol. 12 No. 161, Jeudi 23 novembre 2000, disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12161e.html>.

¹¹⁸ L'article 17 du Protocole prévoit la possibilité d'échanger des droits d'émissions entre les Parties de l'Annexe B.

¹¹⁹ Article 12.9 du Protocole.

¹²⁰ J. WERKSMAN, *loc. cit.* (note 110). Voir également la déclaration de l'Union européenne pendant la première partie de la Sixième Conférence des Parties : «Il expliqua que des conséquences légalement contraignantes étaient justifiées à la fois par l'objectif de préserver l'intégrité environnementale du Protocole et la nécessité de fournir au secteur privé un degré de confiance pour permettre l'usage des mécanismes de flexibilité». Voir le *BNT* Vol. 12 No. 161, jeudi 23 novembre 2000, disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12161e.html>.

¹²¹ Les négociations commencèrent en juin 1999 pendant la dixième session des organes subsidiaires de la Conférence des Parties. Elles furent menées au sein d'un Groupe de Travail Conjoint (ci-après GTC) aux deux organes subsidiaires de la Conférence des Parties (décision 1/CP.4).

¹²² Voir *supra* note 1, p. XIII.

sur l'environnement et le développement en 2002»¹²³. La Conférence de La Haye n'apporta cependant pas le succès escompté en raison des divergences entre les Etats-Unis et l'Union européenne. Celles-ci portaient principalement sur les questions d'absorption des gaz à effet de serre ainsi que sur les mécanismes de flexibilité¹²⁴. La sixième Conférence des Parties à la Convention climat fut donc suspendue. Elle reprit à Bonn en juillet 2001, marquée par l'annonce américaine faite en mars 2001 de ne pas ratifier le Protocole. La course contre la montre était interrompue : l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto ne pourrait pas être célébrée pendant le Sommet de Johannesburg. Pire, la survie du Protocole était en jeu. Néanmoins, le retrait américain n'empêcha pas la formation d'un consensus de la part du reste de la communauté internationale. Ce consensus, consacré par les Accords de Bonn¹²⁵ puis les Accords de Marrakech¹²⁶, ouvrit la porte à la ratification du Protocole de Kyoto.

Ci-dessous, nous retraçons les principales étapes des négociations visant à rendre le Protocole de Kyoto opérationnel. Nous accorderons une importance particulière à deux aspects de ces négociations : d'une part les mécanismes de contrôle du respect du Protocole¹²⁷, d'autre part la politique des Etats-Unis d'Amérique vis-à-vis du Protocole de Kyoto depuis l'élection du Président George W. Bush, en novembre 2000, jusqu'à l'entrée en vigueur de ce traité le 16 février 2005¹²⁸. L'importance que nous donnons à la politique climatique internationale des Etats-Unis s'explique tout d'abord par le fait que ce pays est le principal émetteur de gaz à effet de serre¹²⁹. Son sens des responsabilités pour enrayer les changements climatiques est donc primordial et il est intéressant de voir comment les Etats-Unis y font face. A cet égard, il ne faut pas oublier que le Protocole de Kyoto a été négocié et adopté sous la

¹²³ Para. 23 de la Résolution A/RES/55/2.

¹²⁴ Voir le Résumé du *BNT* (<http://www.iisd.ca/vol12/enb12163e.html>).

¹²⁵ Accords de Bonn sur la mise en œuvre du Plan d'Action de Buenos Aires, décision 5/CP.6, reproduit dans Doc. FCCC/CP/2001/5.

¹²⁶ Doc. FCCC/CP/2001/13 et Add.1 à Add.4.

¹²⁷ Sur les négociations de La Haye à Marrakech, voir : L. BOISSON DE CHAZOURNES, *loc. cit.* (note 23), p. 713 ; D. BODANSKY, *loc. cit.* (note 29) ; X. WANG et G. WISER, «The implementation and compliance regimes under the climate change Convention and its Kyoto Protocol», *RECIEL*, vol. 11 No. 2, 2002 ; et R. LEFEBER, «From the Hague to Bonn to Marrakesh and beyond : a negotiating history of the compliance regime under the Kyoto Protocol», *Annuaire de La Haye de Droit International*, vol. 14, 2001, p. 26.

¹²⁸ Pour un point de vue de la doctrine américaine sur la politique du Président George W. Bush vis-à-vis du Protocole de Kyoto pendant la période de 2001-2003, voir G. KAHN, «Between empire and community : the United States and multilateralism 2001-2003 - A mid-term assessment - Environment : the fate of the Kyoto Protocol under the Bush Administration», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, p. 548. Dans les notes de bas de pages suivantes, la majorité des références aux articles de presse a été rendue possible par la revue de presse « CLIMATE-L News» publiée par l'Institut International pour le Développement Durable (<http://www.iisd.org>).

¹²⁹ En 1990, date de référence de la Convention climat, les Etats-Unis étaient responsables de 36,1% des émissions de dioxyde de carbone des pays industrialisés. En 2000, les Etats-Unis étaient toujours le principal émetteur de dioxyde de carbone (28%).

présidence de Bill Clinton. Le vice-président Al Gore avait même été dépêché à Kyoto pour que les Etats-Unis d'Amérique soient en mesure de peser de tout leur poids sur les ultimes négociations du texte du Protocole. Et il faut admettre que bien des dispositions du Protocole, en particulier les articles relatifs aux mécanismes de flexibilité ainsi qu'à l'absorption des gaz à effet de serre, sont les fruits des demandes américaines. En d'autres termes, au moment de son adoption, le contenu du Protocole est conforme aux intérêts de cette administration. Ce soutien au Protocole fut d'ailleurs expressément manifesté par le Président Clinton qui, malgré un Congrès hostile à ce traité, y apposa la signature de son pays en date du 12 novembre 1998¹³⁰. Avec l'élection de George W. Bush, l'engagement des Etats-Unis dans la lutte mondiale contre les changements climatiques, en particulier dans le cadre du Protocole de Kyoto, devait prendre une toute autre tournure.

A. *La Conférence de la Haye : un échec global qui masque des percées*

Avant même l'élection du Président George W. Bush, certains observateurs prédisaient l'échec de la sixième Conférence des Parties à la Convention climat. Ce pessimisme était en partie lié à la difficulté des négociations en cours. Alors que l'Union européenne privilégiait des mesures de réduction des émissions des gaz à effet de serre au niveau domestique, les Etats-Unis prônaient une flexibilité maximale : l'absence de limitations à l'utilisation des mécanismes de flexibilité et le recours à toutes les formes possibles d'absorption. Comme l'explique Frank E. Loy, qui fut le chef de la délégation américaine à La Haye, les Européens sont d'avis qu'ils ont l'obligation morale de modifier le plus rapidement et radicalement possible leur style de vie, alors que les Américains rejettent une approche qui fait de la lutte contre les changements climatiques un exercice trop douloureux¹³¹. Outre ces différences de « philosophie »¹³², difficilement réconciliables, des obstacles additionnels pesaient sur une issue heureuse de la sixième Conférence des Parties à la Convention climat. Il s'agissait d'une part du fait que cette réunion allait se tenir du 13 au 24 novembre 2000, soit peu après l'élection présidentielle américaine du 7 novembre 2000. D'autre part, la conférence se tenait quelques mois après une controverse politique en Europe sur le prix de l'essence.

La sixième Conférence des Parties fut en effet suspendue faute d'accord entre les Parties sur tous les éléments du Plan d'Action de Buenos Aires. La présidence française de l'Union européenne, soutenue par l'Allemagne, fut

¹³⁰ Voir : <http://unfccc.int/resource/kpstats.pdf>.

¹³¹ F. E. LOY, «The United State policy on the Kyoto Protocol and climate change», *Natural Resources and Environment*, vol. 15, hiver 2001, p. 152.

¹³² *Ibid.*

amèrement blâmée pour cet échec perçu par certains, en particulier par le Royaume-Uni, comme étant le résultat d'un manque de flexibilité évident face aux positions des Etats-Unis. D'autres considéraient, au contraire, qu'il n'y avait eu aucune raison de céder ainsi aux exigences du plus grand pollueur¹³³. Cet avis s'appuyait notamment sur le fait que l'élection du Président américain n'était pas encore effective à l'issue de la conférence en raisons de controverses liées au décompte des voix dans l'état de la Floride. Si George W. Bush était vainqueur, alors tout accord conclu avec des représentants de l'administration du Président Bill Clinton n'aurait aucune légitimité. Si Al Gore était élu, alors tenir tête aux Etats-Unis constituait un calcul politique raisonnable. Quoi qu'il en soit, à la suite de l'élection de George W. Bush, les Etats-Unis demandèrent que la reprise de la sixième Conférence des Parties, prévue initialement en mai 2001, soit retardée à juillet, afin de permettre à la nouvelle administration d'avoir un «thorough look at the US policy on climate change»¹³⁴.

A l'issue de la première partie de la sixième Conférence des Parties, les négociateurs des mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto pouvaient être relativement satisfaits. En dépit de l'échec global de la conférence, des progrès, certes informels, avaient été réalisés en ce qui concerne le mécanisme de contrôle du respect. Avec un soupçon d'optimisme, un accord sur une institution forte était à portée de main. Les principales difficultés restantes portaient sur trois points : la composition des organes des mécanismes, la nature juridique des mesures décidées par le groupe de l'exécution, et un traitement différencié des Parties industrialisées et de celles en développement¹³⁵.

La composition des organes des mécanismes de contrôle ainsi que la question connexe des règles de vote applicables opposaient principalement les pays développés aux pays en développement. Les premiers comme les seconds souhaitaient être majoritairement représentés, dans une logique de maintien du pouvoir sur le régime relatif au contrôle du respect du

¹³³ D'après Bodansky, aucun des négociateurs réunis à La Haye ne voulait céder le premier de sorte que lorsque des propositions de compromis furent faites, il ne restait pas le temps nécessaire pour les examiner de manière approfondie. D. BODANSKY, *loc. cit.* (note 29). Pour une analyse des raisons de l'échec de la Conférence de la Haye, voir B. MUELLER, «The Hague climate conference – Impressions of the North American press coverage», décembre 2000, disponible sur : <http://www.wolfson.ox.ac.uk/~mueller>.

¹³⁴ New York Times, 24 janvier 2001, disponible sur <http://www.nytimes.cp./aponline/national/AP-Climat-Conférence.html>.

¹³⁵ Pour un avis similaire, voir S. BINIAZ *et al.*, «International legal development in review : 2000 public international law», *International Lawyer*, vol. 35, été 2001, p. 671. S. Biniiaz était le membre de la délégation américaine en charge des négociations sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto. Parmi les autres questions en suspens, on citera le genre de conséquences pouvant être décidées par le groupe de l'exécution : le taux de la pénalité liée à la déduction des tonnes de gaz à effet de serre et à leur imputation sur la prochaine période d'engagement (2012- ?), ainsi que la compétence pour le groupe de l'exécution d'adopter formellement le plan d'action soumis par la Partie concernée et détaillant les mesures qui seraient prises en vue de respecter à nouveau ses engagements.

Protocole¹³⁶. Cette controverse, pour ainsi dire traditionnelle dans tout forum réunissant l'ensemble de la communauté internationale, ne pouvait être résolue que dans le cadre d'un accord global portant notamment sur les questions de composition des autres organes dont la création était alors également envisagée : un Groupe d'Experts sur le Transfert de Technologie et un Conseil Exécutif pour le mécanisme de développement propre.

Une deuxième difficulté non résolue à l'issue de la première partie de la sixième Conférence des Parties concernait la nature juridique des mesures consécutives décidées par le groupe de l'exécution. Cet organe était un des deux groupes envisagés par le biais duquel le Comité de contrôle exercerait ses fonctions. Le groupe de l'exécution devait veiller à ce que les Parties industrialisées respectent les obligations du Protocole mises spécifiquement à leur charge, en particulier l'obligation de réduction des émissions¹³⁷. A l'issue de la conférence de La Haye, une grande majorité des Parties voulait que les mesures consécutives décidées par le groupe de l'exécution aient force obligatoire. Les seuls Etats opposés à la nature juridique contraignante de ces mesures étaient le Japon, l'Australie et la Russie. Les Etats-Unis, qui s'étaient opposés à cette possibilité lors de l'adoption du Protocole¹³⁸, étaient désormais également favorables à des mesures consécutives légalement contraignantes. L'on pouvait donc être relativement confiant que les Parties accorderaient au groupe de l'exécution la compétence de décider des mesures ayant force obligatoire.

Le troisième principal point de désaccord était relatif à un possible traitement différencié des pays industrialisés et en développement sur la base du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties. C'est cette dernière controverse qui nous intéressera le plus dans le cadre de notre étude et sur laquelle nous reviendrons en détail¹³⁹.

B. *Le retrait américain met en péril l'entrée en vigueur du Protocole*¹⁴⁰

Pendant sa campagne électorale, George W. Bush s'était prononcé en faveur de la limitation, sur une base légalement contraignante, d'émissions polluantes

¹³⁶ Les négociations sur cette question sont détaillées *infra* p. 131ss.

¹³⁷ Pour plus de détails sur le groupe de l'exécution, voir *infra* p. 133ss.

¹³⁸ Voir *supra* p. 18.

¹³⁹ Voir *infra* p. 140.

¹⁴⁰ Pour une étude de la relation entre unilatéralisme et protection de l'environnement, voir L. BOISSON DE CHAZOURNES, «Unilateralism and environmental protection : issues of perception and reality of issues», *EJIL*, vol. 11, 2000, p. 315, en particulier p. 326 où l'auteur met en évidence les tendances unilatéralistes des Etats-Unis avant leur retrait formel du Protocole de Kyoto.

provenant de quatre sources dont les gaz à effet de serre¹⁴¹. Fraîchement élu, le Président des Etats-Unis devait revenir sur sa promesse. Dans une lettre datée du 13 mars 2001 adressée aux Sénateurs Hagel, Helms, Craig et Roberts, le Président George W. Bush écrivit :

«As you know, I oppose the Kyoto Protocol because it exempts 80 percent of the world, including major population centers such as China and India, from compliance, and would cause serious harm to the U.S. economy. The Senate's vote, 95-0, shows that there is a clear consensus that the Kyoto Protocol is an unfair and ineffective means of addressing global climate change concerns»¹⁴².

La résolution du Sénat à laquelle se référait le Président était la Résolution 98 de juillet 1997, également appelée résolution Byrd, qui avait été votée quelques mois avant la troisième Conférence des Parties au cours de laquelle allait être adopté le Protocole de Kyoto. Cette Résolution stipule d'une part que les pays en développement, en particulier les principaux émetteurs de gaz à effet de serre, doivent se soumettre à des obligations de réduction d'émissions en même temps que les pays industrialisés. Elle demande d'autre part que tout accord sur les changements climatiques n'ait pas d'impact négatif important sur l'économie américaine. La lettre du Président George W. Bush suscita une vague de critiques sévères tant au sein des pays industrialisés que des pays en développement. Elle mit par ailleurs en péril l'entrée en vigueur du Protocole.

En effet, le Protocole requiert que deux conditions cumulatives soient remplies pour qu'il prenne vie. D'une part, 55 Parties à la Convention climat doivent devenir Partie au Protocole. D'autre part, parmi ces 55 Parties doivent figurer des pays industrialisés représentant au moins 55% du dioxyde de carbone émis, en 1990, par ces pays¹⁴³. Cette formule, qui nécessite un engagement à la fois quantitatif et qualitatif des pays industrialisés, avait été soigneusement élaborée de manière à ce qu'aucun des trois plus importants émetteurs de gaz à effet de serre (les Etats-Unis, l'Union européenne et la Russie) ne puisse, à lui seul, bloquer l'entrée en vigueur du Protocole et, de ce fait, bénéficier d'un poids de négociation disproportionné. D'un autre côté, si l'un de ces trois gros émetteurs décidait de se retirer du processus, alors la participation des deux autres devenait nécessaire. Le retrait américain en mars 2001, pays responsable de 36,1% des émissions de dioxyde de carbone des pays industrialisés en 1990, rendait donc indispensable la ratification par la Russie (17,4%), les membres de l'Union européenne (24,5%), ainsi que par d'autres

¹⁴¹ R. N. COOPER, «The Kyoto Protocol : a flawed concept», *Environmental Law Reporter*, vol. 31, 2001 p. 11484.

¹⁴² Pour le texte complet de cette lettre, voir <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/03/20010314.html>.

¹⁴³ Article 25 du Protocole. Pour une traduction imagée de ces exigences, voir le «Kyotomètre», disponible sur <http://unfccc.int/resource/kpthermo.html>.

Parties industrialisées telles que le Japon (8,5%), le Canada (3,3%) ou la Pologne (3%).

L'impact du retrait américain sur les négociations relatives au mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto fut double¹⁴⁴. Premièrement, il empêcha la formation d'un consensus sur la possibilité pour le groupe de l'exécution d'adopter des conséquences légalement contraignantes¹⁴⁵. En effet, le retrait américain allait bouleverser les poids politiques respectifs des principaux négociateurs. Les trois Etats (le Japon, l'Australie et la Russie) favorables à un régime de nature diplomatique devenaient des interlocuteurs dont le soutien était indispensable à l'adoption d'un accord global, étant donné leur nécessaire ratification pour que le Protocole entre en vigueur. Deuxièmement, le retrait américain a affaibli de manière générale les positions des pays industrialisés sur les questions les opposant aux pays en développement, en l'occurrence la composition et les règles de vote des organes du régime de contrôle de respect du Protocole, ainsi qu'un traitement différencié au bénéfice des pays en développement.

C. *Les Accords de Bonn : l'essentiel est fait*

Les quelques mois entre l'annonce du retrait américain et la deuxième partie de la sixième Conférence des Parties à la Convention climat furent particulièrement fébriles. D'un côté, le Président de la Conférence, le Ministre de l'Environnement des Pays-Bas Jan Pronk, multipliait les démarches pour rallier la communauté internationale, en particulier le Japon et la Russie, à la cause du Protocole. En parallèle à ces efforts, la nouvelle administration américaine élaborait ses politiques énergétique et climatique sous le regard attentif du reste du monde.

Le 17 mai 2001, l'administration américaine publia son «National Policy Energy Report». Ce rapport indique que, d'ici 2020, la consommation de gaz naturel augmentera de plus de 50%, et que celle de pétrole augmentera de plus de 33%, alors que la demande d'électricité augmentera pour sa part de 45%. Ce rapport requiert une augmentation de la production d'énergie pour faire face à cette demande. Par ailleurs, ce rapport réitère la position de l'administration

¹⁴⁴ Pour une analyse plus générale de l'impact du retrait américain sur l'équilibre de l'ensemble des négociations, en particulier comment l'Union européenne s'est retrouvée en position de faiblesse vis-à-vis du Japon, voir M. A. SCHREURS, «Competing agendas and the climate change negotiations: the United States, the European Union, and Japan», *Environmental Law Reporter*, vol. 31, 2001, p. 11218.

¹⁴⁵ Il faut noter que, postérieurement à l'annonce de leur retrait, les Etats-Unis restèrent remarquablement discrets à ce sujet, n'intervenant pas, par exemple, pour soutenir la proposition de la Russie, de l'Australie et du Japon d'avoir des mesures consécutives «politiquement contraignantes» (sic). Un moindre mal en somme, surtout si l'on tient compte du fait que le Président George W. Bush préconisait que les réductions d'émissions devaient être de nature purement volontaire.

de ne pas réglementer les émissions de dioxyde de carbone. En ce qui concerne la question des changements climatiques, ce rapport se limite à recommander de «support continued research into global change ; continue efforts to identify environmentally sound and cost-effective ways to use market mechanisms and incentives ; continue development of new technologies ; and cooperate with allies, including through international processes, to develop technologies, market-based incentives and other innovative approaches to address the issue of global climate change»¹⁴⁶. Le Président Pronk qualifia ce rapport de «disastrous development» pour les efforts de la communauté internationale de limiter les émissions de gaz à effet de serre¹⁴⁷.

Pendant l'été 2001, l'administration américaine présenta sa position sur les changements climatiques. Le Président George W. Bush affirma à nouveau que «(T)he Kyoto Protocol was fatally flawed in fundamental ways». Il annonça également les initiatives de son gouvernement visant à réduire la concentration atmosphérique de gaz à effet de serre. Celles-ci visent à accroître les connaissances scientifiques en matière de changements climatiques et à développer des technologies de séquestration de carbone¹⁴⁸.

Lors de l'ouverture de la deuxième partie de la sixième Conférence des Parties en juillet 2001, les Etats-Unis précisèrent que bien qu'ils considéraient que le Protocole de Kyoto ne constitue pas «a sound public policy» (une terminologie plus nuancée que l'habituel «fatally flawed») pour leur pays, ils n'empêcheront pas d'autres pays de continuer à travailler sur ce traité, dans la mesure où cela n'affecte pas leurs intérêts légitimes¹⁴⁹.

Pendant la conférence, le Président de la Conférence sut forcer les négociateurs à trouver un compromis sur des éléments cruciaux encore disputés¹⁵⁰. Par le biais de l'adoption des Accords de Bonn¹⁵¹, que beaucoup

¹⁴⁶ Voir <http://www.whitehouse.gov/energy/Overview.pdf> ; et <http://www.whitehouse.gov/energy/Chapter8.pdf>.

¹⁴⁷ The New York Times, 17 mai 2001 disponible sur : <http://www.nytimes.com/reuters/world/international-bush-en.html?searchpv>.

¹⁴⁸ Voir la déclaration du Président George W. Bush en date du 11 juin 2001, disponible sur : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/06/20010611-2.html>. Pour une analyse critique de la nature «inéquitable» du Protocole de Kyoto pour les Etats-Unis, voir B. MUELLER, «Fatally flawed inequity, Kyoto's unfair burden on the US and the chinese challenge to american emission dominance», juin 2001, disponible sur : <http://www.wolfson.ox.ac.uk/~mueller>. Voir également la déclaration du Président George W. Bush en date du 13 juillet 2001 disponible sur : http://www.epa.gov/globalwarming/news/speeches/gwbush_071301.html.

¹⁴⁹ <http://usinfo.state.gov/topical/global/climate/>.

¹⁵⁰ Entre les deux sessions de la Conférence des Parties, le Président Pronk ne ménagea pas ses efforts pour tenter de rallier les négociateurs à ses propositions de compromis. Voir la «Note du 23 novembre 2000» (Annexe à la Décision 1/CP.6, FCCC/CP/2000/5/Add.2) et le «Texte Consolidé de Négociation du 11 juin 2001» (Doc. FCCC/CP/2001/2/Add.6).

¹⁵¹ Accords de Bonn sur la mise en œuvre du Plan d'Action de Buenos Aires, décision 5/CP.6, reproduit dans Doc. FCCC/CP/2001/5.

qualifièrent d'«historiques»¹⁵², les Parties forgèrent un consensus sur les questions les plus politiques encore en suspens.

Les Accords de Bonn sont, sur le modèle du Plan d'Action de Buenos Aires, structurés sur la base de quatre thèmes principaux : les questions d'intérêt particulier pour les pays en développement¹⁵³, les mécanismes de flexibilité, l'absorption des gaz à effet de serre, et les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole.

1) *Les questions d'intérêt pour les pays en développement*

En ce qui concerne les questions d'intérêt pour les pays en développement¹⁵⁴, les Accords de Bonn établissent notamment un fonds spécial pour le contrôle du changement climatique¹⁵⁵ ainsi qu'un fonds en faveur des pays les moins avancés.

2) *Les mécanismes de flexibilité*

En ce qui concerne les mécanismes de flexibilité, les éléments principaux des Accords de Bonn touchent d'une part à la complémentarité, d'autre part aux critères d'admissibilité pour faire usage de ces mécanismes¹⁵⁶.

¹⁵² Voir les déclarations du Président Pronk (reproduites au paragraphe 61 du rapport de la sixième Conférence des Parties, Doc. FCCC/CP/2001/5), ainsi que celles de l'Union européenne, du G-77/Chine, du Groupe Africain, de l'Inde, du Groupe d'Intégrité Environnementale (la Suisse, le Mexique et la République de Corée), du Sénégal et du Costa Rica (Doc. FCCC/CP/2001/MISC.4).

¹⁵³ Ces questions étaient : les finances, le transfert de technologie, les effets néfastes des changements climatiques ainsi que des mesures de lutte contre les changements climatiques.

¹⁵⁴ Sur le transfert des technologies, les Accords de Bonn établissent un Groupe d'Experts sur le Transfert des Technologies. Sur la minimisation des effets néfastes des mesures de réduction des gaz à effet de serre, les Accords de Bonn recommandent aux Parties au Protocole de fournir des informations relatives à la minimisation des effets sociaux, économiques et environnementaux adverses sur les Parties en développement.

¹⁵⁵ Ce fonds doit financer les activités de l'adaptation, du transfert des technologies, de l'énergie, des transports, de l'industrie, de l'agriculture, de la foresterie et de la gestion des déchets, ainsi que les actions visant à aider les pays en développement à diversifier leur économie. Le fonds d'adaptation sera financé par les parts de profits tirés des projets inscrits dans le cadre du mécanisme de développement propre et d'autres sources de financement.

¹⁵⁶ En ce qui concerne les autres points, on notera les accords suivants. Au sujet de la mise en œuvre conjointe, les Accords de Bonn recommandent l'établissement d'un comité de supervision. Au sujet du Comité Exécutif du mécanisme de développement propre, les Accords de Bonn stipulent qu'il comprendra dix membres, dont un représentant pour chacun des groupes régionaux, deux représentants issus des Parties visées à l'Annexe I, deux représentants issus des Parties non visées à l'Annexe I et un représentant des petits Etats insulaires en développement. Au sujet des projets nucléaires, les Parties de l'Annexe 1 doivent «s'abstenir» d'utiliser des unités de réduction résultant de tels projets pour remplir leurs engagements de réduction/limitation d'émissions. Au sujet de l'inclusion de projets d'absorption dans le mécanisme de développement propre, les Accords de Bonn prévoient que l'afforestation et la reforestation seront les seuls projets éligibles pendant la période 2005-2012. Au sujet de l'échange des droits d'émission, les Accords de Bonn recommandent que chacune des Parties visées à l'Annexe I soit appelée à maintenir dans son registre national une réserve, pour la période d'engagement, qui ne doit pas descendre en deçà de 90% de la quantité qui lui est assignée, calculée selon les termes de l'Article 3.7 (quantités individuelles assignées) et

Au niveau de la nature «complémentaire» des réductions d'émissions réalisées par le biais des mécanismes, les Accords de Bonn sont loin d'entériner la position de l'Union européenne¹⁵⁷. En effet, l'utilisation des mécanismes devra venir «en complément» à l'action interne et cette dernière devra constituer un «élément important» des efforts fournis par chacune des Parties visées à l'Annexe I pour réduire ou limiter ses émissions. Ces choix terminologiques sont tout autant sujets à des interprétations diverses que l'est le texte du Protocole¹⁵⁸. Ils laissent plus ou moins chaque Partie libre de décider de l'importance qui sera accordée aux mesures nationales de lutte contre les changements climatiques. Cette marge de manœuvre est cependant canalisée par un principe d'équité qui requiert que les Parties de l'Annexe I mènent, en fonction de leur situation nationale, une action interne visant à abaisser leurs émissions de manière à réduire les écarts des taux d'émission par habitant entre les pays industrialisés et les pays en développement.

Un des critères d'admissibilité pour faire usage des mécanismes de flexibilité est d'un intérêt particulier pour notre étude. Les Accords de Bonn stipulent que «seules les Parties ayant accepté l'accord sur le respect des obligations venu compléter le Protocole de Kyoto seront habilitées à transférer ou à acquérir des crédits engendrés par l'utilisation des mécanismes». Ce critère d'admissibilité s'explique à la lumière des positions différentes des Etats sur la nature juridique des conséquences appliquées par le groupe de l'exécution des mécanismes de contrôle du respect du Protocole. Nous avons en effet précédemment évoqué que l'article 18 du Protocole fait du mode d'adoption de ces mécanismes le critère décisif pour déterminer la nature juridique des mesures consécutives¹⁵⁹. Adoptés par le biais d'un amendement, ces mécanismes pourraient mener à des mesures légalement contraignantes. Adoptées par le biais d'une décision, leur impact sera uniquement politique. Face aux faiblesses d'un amendement, que chaque Partie peut refuser de ratifier, l'Union européenne proposa de conditionner le recours aux mécanismes de flexibilité à l'acceptation des mécanismes de contrôle du respect¹⁶⁰. En conséquence de cette proposition, seules les Parties ayant ratifié l'amendement auraient été en droit de comptabiliser les réductions d'émissions réalisées par le biais de la mise en œuvre conjointe, du mécanisme de développement propre ou de l'échange de droits d'émissions. Cette tentative européenne échoua face aux pressions de la Russie et du Japon, tous deux opposés à ce que le non-respect du Protocole puisse mener à des conséquences légalement contraignantes. L'entrée en vigueur du Protocole

3.8 (l'année de référence) du Protocole ou à 100% du chiffre de son dernier inventaire, multiplié par cinq, en retenant le chiffre le moins élevé.

¹⁵⁷ Voir *supra* p. 15.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Voir *supra* p. 18.

¹⁶⁰ Voir *infra* pp. 134-135.

étant tributaire de la ratification de ces pays, le consensus entériné dans les Accords de Bonn fait uniquement référence à l'«acceptation de l'accord sur le respect des obligations», une terminologie qui s'accommode fort d'une adoption des mécanismes par le biais d'une décision des Parties au Protocole.

3) *L'absorption des gaz à effet de serre*

En ce qui concerne le troisième thème principal des Accords de Bonn, l'absorption des gaz à effet de serre, les Accords de Bonn intègrent notamment une annexe Z précisant pour chaque pays industrialisé un plafonnement pour les activités inscrites dans le cadre de l'article 3.4, à savoir les «activités humaines supplémentaires» résultant de la gestion des forêts.

4) *Le contrôle du respect des obligations*

En ce qui concerne le quatrième thème principal des Accords de Bonn, le contrôle du respect des obligations, un consensus est trouvé sur les éléments décisifs des mécanismes du contrôle du respect : la composition des deux groupes du Comité de contrôle et leurs règles de vote¹⁶¹, le genre des mesures consécutives pouvant être décidées par le groupe de l'exécution¹⁶², le texte du projet de décision par le biais duquel les Parties à la Convention puis les Parties au Protocole adopteront les mécanismes de contrôle du respect¹⁶³, et une approche différenciée dans le contrôle du respect des obligations, basée sur le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties¹⁶⁴.

Le succès de la réunion de Bonn fut en général salué comme un triomphe du multilatéralisme sur l'unilatéralisme¹⁶⁵, une victoire politique éclatante pour l'Union européenne¹⁶⁶. Ce succès est d'autant plus vif qu'il signifie que la

¹⁶¹ Voir *infra* p. 131ss.

¹⁶² La suspension de l'admissibilité au titre des articles 6 (mise en œuvre conjointe), 12 (mécanisme de développement propre) et 17 (transfert d'émissions) ; la soumission d'un plan visant à remédier au non-respect ; et la déduction de la quantité attribuée à la Partie concernée pour la deuxième période d'engagement d'un nombre de tonnes égal à 1,3 fois la quantité de tonnes d'émissions excédentaires. L'objectif de ces conséquences est à la fois de servir d'incitation au respect des dispositions du Protocole et de remédier au non-respect pour assurer l'intégrité environnementale du Protocole.

¹⁶³ La Conférence des Parties à la Convention climat adopte le mécanisme de contrôle du respect et recommande l'adoption, par la réunion des Parties au Protocole, de ce mécanisme «comme prévu à l'article 18» du Protocole de Kyoto.

¹⁶⁴ Le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives est reflété dans la structure ainsi que dans le mandat du groupe de la facilitation. Par ailleurs, le groupe de l'exécution est responsable de déterminer le respect des obligations mises à la charge des Parties de l'Annexe 1 uniquement. Voir *infra* p. 140.

¹⁶⁵ Remarques par l'Ambassadeur Bagher Asadi, Iran, Président du Groupe des 77, Conférence de Presse au siège des Nations Unies, NY, le 2 août 2001.

¹⁶⁶ M. A. SCHREURS, *loc. cit.* (note 144), p. 11218.

communauté internationale est en mesure de continuer à coopérer sur des questions excessivement complexes et politiquement controversées, malgré le retrait unilatéral du plus gros émetteur de gaz à effet de serre. Il faut souligner à cet égard que c'est justement le retrait américain qui est, ironiquement, considéré comme ayant galvanisé le reste de la communauté internationale à trouver un consensus¹⁶⁷ et que le contenu de cet accord correspond globalement aux préoccupations des Etats-Unis¹⁶⁸.

A Bonn, l'essentiel est fait, mais il reste encore une multitude de questions à régler avant que le Protocole ne devienne opérationnel.

§ 2 Les Accords de Marrakech : le Protocole de Kyoto peut être ratifié

Réunies à Marrakech, en novembre 2001, pour la septième Conférence des Parties à la Convention climat, les Etats adoptent les Accords de Marrakech¹⁶⁹. Ces accords scellent le consensus de l'ensemble de la communauté internationale, à l'exception des Etats-Unis, sur les questions laissées ouvertes à Kyoto, à Buenos Aires, à La Haye et à Bonn¹⁷⁰. Les négociations ayant

¹⁶⁷ D. BODANSKY, *loc. cit.* (note 29) : « Bush's decision ... united countries around the Kyoto Protocol and galvanized them into action ».

¹⁶⁸ M. A. SCHREURS, *loc. cit.* (note 144), p. 11218.

¹⁶⁹ Doc. FCCC/CP/2001/13 et Add.1 à Add.4. Le texte des Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole a été adopté par le biais de la décision 24/CP.7. Celle-ci figure en annexe 2 à cette étude.

¹⁷⁰ Il y avait plusieurs points techniques et politiques en suspens lors de l'ouverture de la septième Conférence des Parties. Il s'agissait notamment de la quantité de carbone à allouer à la Russie pour plafonner l'absorption de gaz à effet de serre en raison d'«activités anthropiques supplémentaires» (en application de l'Article 3.4) relatives à la foresterie. La Russie demandait que le montant alloué à l'issue de la première partie de la sixième Conférence des Parties soit révisé et multiplié par deux, montant ainsi les enchères. Une autre question ouverte visait le lien entre d'une part l'acceptation des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole, d'autre part l'admissibilité de faire usage des mécanismes de flexibilité. En ce qui concerne les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole, les controverses étaient encore nombreuses. Les Parties interprétaient différemment les Accords de Bonn pour ce qui était de la nature juridique des mesures consécutives décidées par le groupe de l'exécution. Pour le G-77/Chine, les ministres réunis à Bonn s'étaient mis d'accord sur leur nature juridiquement contraignante. La seule question encore ouverte se rapportait au mode d'adoption (amendement ou décision) des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole. Pour les membres de l'Union européenne, les Accords de Bonn entérinaient l'existence de conséquences obligatoires, les Parties au Protocole devant encore décider si ce caractère obligatoire était de nature juridique ou politique. Enfin, pour le Canada, l'Australie, le Japon et la Russie, les Accords de Bonn ne stipulaient rien à cet égard, laissant de ce fait les Parties au Protocole décider ce qu'elles entendaient. Les autres points controversés des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole concernaient : le texte de la décision adoptant les procédures et mécanismes, en particulier la référence au mode d'adoption que devraient ou pourraient choisir les Parties au Protocole ; la possibilité pour une Partie de soumettre une question de mise en œuvre relative à une Partie ; la possibilité d'une procédure d'appel et sur quelle base ; la possibilité d'une procédure sommaire pour autoriser à nouveau l'usage des mécanismes de flexibilité suite à une sanction de suspension ; une différenciation au bénéfice des pays ayant une économie en transition ;

largement tenu compte des priorités du Japon et de la Russie, ce succès ouvrait enfin concrètement la porte à l'entrée en vigueur du Protocole¹⁷¹. Ce n'est donc pas un hasard si, avant cette réunion, un seul des Etats industrialisés figurant sur l'Annexe B du Protocole - la Roumanie - était devenu Partie au Protocole. Les autres Parties industrialisées attendaient de connaître le contenu des règles opérationnelles du Protocole, en particulier au niveau de l'absorption des gaz à effet de serre, des mécanismes de flexibilité et des mécanismes de contrôle du respect des obligations. Pour certaines Parties, c'était sur la base de ce contenu qu'elles décideraient de soumettre ou non le Protocole à la ratification de leur Parlement (cas du Canada, du Japon, de la Russie). Pour d'autres Parties, la volonté politique de ratifier le Protocole avait déjà été exprimée, mais l'acte ne serait accompli qu'ultérieurement, et ce afin de conserver leur poids dans les négociations (cas des membres de l'Union européenne).

§ 3 Le Protocole de Kyoto entre en vigueur le 16 février 2005

Les Accords de Marrakech catalysèrent les ratifications du Protocole de Kyoto par les pays industrialisés. A la fin de l'année 2002, les émissions de dioxyde de carbone des pays de l'Annexe I ayant ratifié le Protocole s'élevaient à 43.7% du niveau de 1990, sur les 55% requis. Par conséquent, tous les espoirs de voir le Protocole entrer en vigueur reposaient désormais sur la Russie dont le taux d'émission en 1990 était de 17,4%¹⁷².

En 2003 et 2004, des appels à la ratification russe de la part de la communauté internationale, et des signaux contradictoires de la part de ce pays, se succédèrent¹⁷³. La Russie était tout à fait consciente de son rôle clé pour permettre au Protocole de prendre vie. La décision du Parlement sur la question de la ratification de ce traité était donc politiquement lourde de conséquences. Les apparentes tergiversations russes s'expliquent sur la base

la portée d'une différenciation au bénéfice des pays en développement sur la base du principe des responsabilités communes mais différenciées ; quel groupe du Comité de Contrôle serait chargé de vérifier le respect de l'article 3.14 (relatif à la minimisation des effets néfastes des mesures visant à lutter contre les changements climatiques) ; et le contenu du plan visant à assurer le respect des dispositions du Protocole.

¹⁷¹ Voir l'article de CNN du 10 novembre 2001 disponible sur : <http://www.cnn.com/2001/TECH/science/11/10/climate.talks/index.html>. Voir également l'article du Guardian, disponible sur : <http://www.guardian.co.uk/globalwarming/story/0,7369,591476,00.html>.

¹⁷² En date du 11 avril 2003, un représentant de la Russie se borna à indiquer que son pays «pourrait» ratifier le Protocole en 2003. Voir Rosbalt, 11 avril 2003, disponible sur : <http://www.rosbaltnews.com/2003/04/11/62182.html>.

¹⁷³ Voir les revues de presse «Climate-L » 15-17 compilées par le International Institute for Sustainable Development, disponibles sur : <http://www.iisd.ca/linkages/climate-l>. Voir également le discours du Président Vladimir Poutine lors de l'ouverture de la Conférence mondiale sur les changements climatiques (septembre 2003) : <http://unfccc.int/sessions/othermt/moscow03/index.html>.

de plusieurs hypothèses: certaines liées à des contraintes de politique intérieure, d'autres liées à la politique extérieure de ce pays¹⁷⁴.

Au niveau domestique, le pays devait connaître plusieurs élections cruciales. En effet, en décembre 2003, les membres de la «Duma» (la chambre basse du parlement russe) devait faire l'objet d'une élection. Ces élections parlementaires devaient être suivies d'une élection présidentielle en mars 2004. Si le Président Poutine, comme il l'avait fait savoir par le biais de son représentant lors du Sommet Mondial sur le Développement Durable, entendait que son pays adhère au Protocole, il avait tout intérêt à ce que cette ratification par le Parlement soit acquise. L'espoir d'une «Duma» composée de membres proches de ses sensibilités politiques constitue donc une première explication au fait que la soumission au Parlement de la décision de ratification ait été repoussée en tout cas jusqu'à la fin de l'année 2003. Au surplus, le Président Poutine cherchait vraisemblablement à éviter, avant la confirmation de sa réélection au printemps 2004, les sujets qui fâchent. Parmi ceux-ci figuraient, bien entendu, la participation russe au Protocole de Kyoto. En particulier, le rejet du Protocole par les Etats-Unis a eu un impact négatif sur les incitations à la ratification par la Russie. Car lors des négociations du Protocole, il était acquis que les Etats-Unis seraient uniquement capables de respecter leur obligation de réduction des émissions par le biais de l'usage des mécanismes de flexibilité, notamment l'achat d'émissions russes. Ce pays bénéficie en effet d'un stock important de droits d'émissions de dioxyde de carbone, également appelé «hot air», qui s'explique par la crise économique qui a frappé ce pays à la fin de l'ère communiste. Le retrait américain a entraîné pour la Russie la perte d'un partenaire commercial au potentiel énorme et donc réduit d'autant pour elle les avantages économiques du Protocole. Cet inconvénient est d'ailleurs exacerbé par le fait que la Russie connaît actuellement une forte croissance économique qui s'accompagne d'émissions accrues de gaz à effet de serre.

En sus de ses contraintes de politique intérieure, les hésitations de la Russie pouvaient s'expliquer par des considérations d'ordre stratégique liées à la politique extérieure de ce pays. La Russie pouvait être tentée de faire monter encore davantage les enchères pour sa ratification du Protocole. Son acceptation en tant que membre de l'OMC pouvait, à cet égard, constituer une monnaie d'échange¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Voir The Asahi Shimbun, 21 octobre 2003, disponible sur : <http://www.asahi.com/english/opinion/TKY200310220106.html>.

¹⁷⁵ Pour plus de détails sur la principale controverse qui oppose l'Union européenne et la Russie dans le cadre de l'adhésion de cette dernière à l'OMC, à savoir la politique russe en matière de réglementation et d'exportation de son gaz naturel, voir l'article de l'International Herald Tribune du 5 avril 2004 : «Kyoto could be Russia's ticket to Europe», disponible sur <http://www.ihf.com/articles/513381.html>.

En fin de compte, les élections parlementaires russes de décembre 2003 ont fait la part belle aux partisans de la politique du Président Poutine. La «Duma» ne constituait donc pas un obstacle à une ratification russe dans la mesure où le Président Poutine y était favorable. Par ailleurs, ce dernier a été reconduit dans ses fonctions en mars 2004. Et il a, en date du 30 septembre 2004 et après des mois de suspense, invité la « Duma » à ratifier le Protocole de Kyoto.

Pour les partisans du Protocole, la patience ainsi que les efforts de négociation sur des problématiques parallèles, notamment dans le cadre de l'adhésion russe à l'OMC, ont finalement porté leurs fruits. En date du 18 novembre 2004, peu avant la dixième Conférence des Parties à la Convention climat, la Russie a déposé son instrument de ratification auprès du Secrétaire Général des Nations Unies. Et le 16 février 2005, soit plus de sept ans après son adoption, le monde a célébré, toujours sans la participation des Etats-Unis, l'entrée en vigueur tant attendue du Protocole de Kyoto.

Avec 145 Parties au moment de son entrée en vigueur, le Protocole de Kyoto est véritablement un succès mondial qui laisse les Etats-Unis dans une position relativement isolée. Le rejet par le Sénat en octobre 2003 du « Climate Stewardship Act (CSA) », visant à réduire les émissions de dioxyde de carbone de 21% d'ici 2009¹⁷⁶, ainsi que la réélection du Président George W. Bush en novembre 2004 laissent peu d'espoir que les Etats-Unis s'engagent sérieusement dans un futur proche dans l'effort de lutte contre les changements climatiques¹⁷⁷.

Section III Conclusion

De Kyoto à Marrakech, le chemin pour faire du Protocole un traité pouvant être ratifié a été semé d'embûches. Le caractère global de ce traité, la complexité de la matière et la variété des intérêts en jeux faisaient déjà de la progression vers cet objectif un parcours du combattant. Le retrait unilatéral des Etats-Unis, principal émetteur de gaz à effet de serre, a sublimé ces difficultés

¹⁷⁶ Ce projet bipartisan était présenté conjointement par les sénateurs Joe Lieberman (démocrate) et John McCain (républicain), particulièrement critiques de l'attitude prudente et attentiste de l'administration de George W. Bush. Le projet de législation, qui amenait le Sénat à se prononcer sur la question de la réduction des gaz à effet de serre pour la première fois depuis le rejet du Protocole de Kyoto par le Président George W. Bush, échoua par un vote 43-55. Pour le texte de la proposition, voir : http://www.gcrio.org/OnLnDoc/pdf/lieberman_mccain_bill.pdf.

¹⁷⁷ En février 2005, le « CSA » a été réintroduit au Congrès. Il est possible qu'un vote ait lieu dans le courant de l'année. Face à l'absence de progrès au niveau fédéral, certains Etats ont pris l'initiative de développer des mesures visant à réduire les émissions de gaz effet de serre, en particulier dans le Nord-Est américain (voir <http://www.nescaum.org/about.html>) ainsi qu'en Californie (voir <http://www.climatechange.ca.gov/>).

en rendant le Protocole moins efficace : plus du tiers des émissions de gaz à effet de serre des pays industrialisés ne sont pas concernées par ce traité. Cet abandon a également, paradoxalement, suscité un sursaut de la part du reste de la communauté internationale qui a redoublé d'efforts pour démontrer que ce traité demeurerait l'unique voie globale pouvant être empruntée pour faire face au défi climatique. Ce sauvetage du Protocole de Kyoto n'a pas été sans concessions. Le Japon et la Russie, en particulier, ont habilement fait usage de leur poids politique accru dans les négociations pour obtenir un accord plus proche de leurs intérêts. Les concessions faites par l'Union européenne ainsi que par les pays en développement sont notamment visibles dans les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto. Mais ces mécanismes n'en demeurent pas moins remarquables à plusieurs égards.

Chapitre II

Le contrôle du respect du Protocole de Kyoto

Section I

Le système de contrôle du respect du régime climatique

§ 1 Le système de contrôle du respect mis en place dans la Convention climat

Le système mis en place dans le cadre du Protocole pour assurer le respect de ses dispositions se greffe sur certains éléments de la Convention climat. Il convient donc, dans un premier temps, de présenter le cadre institutionnel élaboré par cette Convention dans l'objectif d'assurer son effectivité : le processus consultatif multilatéral, la procédure de communication et d'examen des rapports soumis par les Parties, et la procédure de règlement des différends.

A. *Le processus consultatif multilatéral*¹⁷⁸

L'article 13 de la Convention climat stipule que la Conférence des Parties envisagera la mise en place d'un «processus consultatif multilatéral ... pour le règlement de questions relatives à l'application de la Convention»¹⁷⁹. Le texte établissant le processus consultatif multilatéral fut adopté en 1998 lors de la quatrième Conférence des Parties¹⁸⁰, à l'exception de deux de ses paragraphes relatifs à la composition et au nombre de membres de l'organe du processus consultatif multilatéral : le Comité consultatif multilatéral (CCM)¹⁸¹. Le proces-

¹⁷⁸ Sur cette question, voir J. E. BUTLER, *loc. cit.* (note 109) p. 250 ; J. WERSKMAN, «Designing a compliance system for the UN Framework Convention on climate change» dans J. CAMERON *et al.*, *Improving compliance with international environmental law* (1996), p. 95 ; J. WERSKMAN, *loc. cit.* (note 110), p. 48 ; X. WANG, «Towards a system of compliance : designing a mechanism for the climate change Convention», *RECIEL*, vol. 7, 1998, p. 176 ; X. WANG et G. WISER, *loc. cit.* (note 127) ; et M. EHRMANN, *loc. cit.* (note 105), pp. 417-430.

¹⁷⁹ Sur l'historique des négociations qui ont menées à l'adoption de cet article, voir M. EHRMANN, *id.* pp. 417-421.

¹⁸⁰ Décision 10/CP.4 contenue dans le Rapport de la Quatrième Conférence des Parties (Doc. FCCC/CP/1998/16/ Add.1).

¹⁸¹ Voir les para. 8 et 9 de l'annexe à la Décision 10/CP.4. Les Parties de l'Annexe 1 suggéraient qu'elles avaient le droit de désigner la moitié des membres, alors que les Parties des pays en développement demandaient que la composition reflète une «distribution géographique équitable». Cette question fut discutée pendant les cinquième et sixième sessions de la Conférence des Parties, sans succès. On pouvait effectivement difficilement imaginer qu'un groupe d'Etats cède à l'autre sur cette question hautement politique surtout en raison du double précédent que cela aurait pu avoir. Premièrement, les règles de vote de la Conférence des Parties sont toujours en suspens (voir le projet de règle 42 des règles de procédure de la Convention climat, Doc. FCCC/CP/1996/2), comme

sus consultatif multilatéral vise à faciliter la mise en œuvre de la Convention, dans un esprit de coopération¹⁸². Le mandat du CCM est limité à fournir l'aide voulue en rapport avec les difficultés rencontrées pour appliquer la Convention¹⁸³. Cette aide consiste principalement en des recommandations sur la façon d'obtenir des ressources techniques et financières, et des conseils pour la compilation des informations communiquées par les Parties¹⁸⁴.

L'approche particulièrement «douce»¹⁸⁵ de ce processus ne s'explique pas uniquement en raison de l'inconfort traditionnel des Etats, et surtout des pays en développement, vis-à-vis de l'établissement d'une institution susceptible d'empiéter sur leur souveraineté. A ces considérations d'ordre politique s'ajoute une explication structurelle : la nature des engagements stipulés dans la Convention. Ce traité ne contient pas d'obligation de réduction ou de limitation des émissions dans des délais déterminés, et les Parties bénéficient d'une large marge de manœuvre dans l'exécution de la plus grande partie de leurs engagements¹⁸⁶. Face à ce genre d'obligations au contenu faiblement

c'est d'ailleurs le cas dans le cadre de la Convention sur la Diversité Biologique (projet de règle 40 des règles de procédure, doc. UNEP/CBD/COP/1/2 , <http://www.biodiv.org/doc/meeting.asp?lg=0&wg=cop-01>) et de la Convention de Lutte contre la Désertification (projet de règle 47 des règles de procédure, doc. ICCD/COP(1)/11/Add.1). Deuxièmement, le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto était en cours de négociation et butait justement sur le même problème. Lors de la deuxième partie de la sixième Conférence des Parties, le Président Pronk parvint cependant à extraire un accord aux forceps sur la question de la composition et des règles de vote du Comité de contrôle du Protocole de Kyoto (voir *infra* p. 131ss et Doc. FCCC/CP/2001/L.7). On peut espérer que ce précédent permettra de finaliser prochainement le texte relatif au processus consultatif multilatéral.

¹⁸² Para. 3 de l'annexe à la Décision 10/CP.4.

¹⁸³ Para. 6 de l'annexe à la Décision 10/CP.4.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Dans la littérature anglophone la terminologie «managerial approach» est devenue synonyme de cette approche qui part du principe que le non-respect est dû à un manque de capacités plutôt qu'à un acte volontaire, une prémisse qui explique que les mécanismes de non-respect auront pour tâche essentielle d'aider les Parties dans leurs efforts de mise en œuvre des obligations. Cette approche douce, également appelée «cooperative approach», «treaty management» et «partnership method», s'oppose à l'approche d'exécution, en anglais «enforcement approach», qui prône que des mesures plus contraignantes sont parfois nécessaires pour assurer le respect d'un AEM. Sur l'approche de type «managerial», voir A. CHAYES et A. CHAYES, *The new sovereignty : compliance with international regulatory agreements* (Harvard University Press, 1995). Voir également M. EHRMANN, *loc. cit.* (note 105), pp. 386-387. Pour une critique de cette approche et une mise en avant des mérites de l'approche «enforcement», voir K. DANISH, «Book review of the new sovereignty : compliance with international regulatory agreements», *Virginia J. Trans. L.*, vol. 37, 1997, p. 790. Sur l'«enforcement approach» dans le cadre des AEM, voir également : H. HONGJU KOH, «Why do nations obey international law ?», *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, p. 2639 ; G. DOWNS, «Is the good news about compliance good news about cooperation ?», *I. Org.*, vol. 50, 1996, p. 379 ; H. JACOBSON et E. BROWN WEISS, «Assessing the record and designing strategies to engage countries», dans H. JACOBSON et E. BROWN WEISS (dir.), *Engaging countries : strengthening compliance with environmental accords* (1998), pp. 547-548 ; D. VICTOR, K. RAUSTIALA et E. SKOLNIKOFF (dir.), *The implementation and effectiveness of international environmental commitments : theory and practice* (1988) pp. 683-684 ; et J. RINCEANU, «Enforcement mechanisms in international environmental law : quo vadunt ?», *Journal of Environmental Law and Litigation*, vol. 15 No.2, 2000 p. 147.

¹⁸⁶ Les seules obligations au contenu clairement contraignant visent la communication d'informations (article 12 de la Convention climat). Sur la relation entre la nature flexible des obligations et les

contraignant, il est particulièrement malaisé de déterminer de manière objective s'il y a non-respect. C'est pour ces raisons politiques et structurelles que le processus consultatif multilatéral vise uniquement à faciliter la mise en œuvre de la Convention et n'est pas chargé de déterminer et de répondre aux cas de non-respect de la Convention.

Il est difficile d'évaluer avec optimisme l'importance du rôle que jouera à l'avenir le processus consultatif multilatéral. Il en aurait été tout autre si les Parties à la Convention avaient décidé de lui attribuer des compétences dans le cadre des mécanismes de contrôle du respect du Protocole. En effet, le Protocole invite ses Parties à considérer l'application de ce processus¹⁸⁷, une possibilité qui n'a pas recueilli la faveur des négociateurs des mécanismes de contrôle du respect du Protocole¹⁸⁸.

B. *Autres éléments institutionnels visant à assurer le respect de la Convention*

La Convention prévoit, en plus du processus consultatif multilatéral, diverses procédures de caractère institutionnel visant à assurer que les Parties respectent leurs engagements. Il s'agit principalement¹⁸⁹ d'une part de la procédure de communication et d'examen des rapports soumis par les Parties¹⁹⁰, d'autre part de la procédure de règlement des différends¹⁹¹. Nous examinerons ci-dessous brièvement ces deux procédures.

1) *La procédure de communication et d'examen des rapports soumis par les Parties*

La Convention climat requiert que toutes les Parties communiquent des éléments d'information relatifs d'une part à l'inventaire national de leurs émissions et absorptions de gaz à effet de serre, d'autre part aux mesures prises

caractéristiques du processus consultatif multilatéral, voir X. WANG, *loc. cit.* (note 178), p. 178 ; et H. OTT, «Elements of a supervisory procedure for the climate regime», *ZaôRV*, vol. 56, 1996, p. 748.

¹⁸⁷ Article 16 du Protocole.

¹⁸⁸ Bien que cette option ait été discutée, la possibilité de confier au processus consultatif multilatéral les fonctions du groupe de la facilitation du comité de contrôle a été rejetée. Sur le groupe de la facilitation, voir *infra* p. 46.

¹⁸⁹ A notre avis, il est difficile de cerner de manière claire chacun des éléments institutionnels d'un AEM qui ont pour objectif ou impact de favoriser ou assurer son respect. Par exemple, on peut soutenir que le fait que les Parties se réunissent fréquemment contribue à la mise en place d'un forum de discussion régulier, que ce soit pendant les Conférences des Parties ou entre celles-ci, et que cela constitue un facteur contribuant à accroître l'importance de l'AEM au sein des administrations respectives, et donc la propension à le respecter.

¹⁹⁰ Article 12 de la Convention.

¹⁹¹ Article 14 de la Convention.

pour appliquer la Convention¹⁹². En outre, chaque Partie figurant sur l'Annexe I doit communiquer des informations détaillées sur les politiques et mesures prises pour atténuer les changements climatiques dans le but de retourner à son niveau d'émission de 1990, ainsi que sur l'effet estimé de ces politiques et mesures¹⁹³. La Convention prévoit également que ces informations seront examinées par l'organe subsidiaire de mise en œuvre pour évaluer «l'effet global conjugué» des mesures prises par les Parties¹⁹⁴.

La Convention ne prévoit pas de mécanisme visant à examiner les inventaires et efforts individuels des Parties, un premier jalon indispensable à un système visant à assurer que chaque Partie respecte ses obligations. Cette lacune fut partiellement comblée lors de la première Conférence des Parties en 1995. Les Parties mirent alors sur pied une procédure visant à examiner «de manière approfondie» les communications des Parties de l'Annexe I¹⁹⁵. Cette procédure d'examen doit constituer une «évaluation technique complète et détaillée de la manière dont les Parties visées à l'Annexe I respectent, individuellement et collectivement les engagements découlant de la Convention»¹⁹⁶. Elle fut progressivement affinée et complétée dans des décisions ultérieures de la Conférence des Parties¹⁹⁷. Il n'en demeure pas moins que cet examen est de nature technique. Et même si ses implications politiques sont loin d'être négligeables, sa portée juridique demeure limitée.

¹⁹² Articles 4.1 et 12.1 de la Convention.

¹⁹³ Article 12.2 de la Convention.

¹⁹⁴ Article 10 du Protocole.

¹⁹⁵ Décision 2/CP.1. Voir le Rapport de la Première Conférence des Parties (doc. FCCC/CP/1995/15/Add.1).

¹⁹⁶ Préambule de l'annexe 1 à la décision 2/CP.1.

¹⁹⁷ Voir les décisions 9/CP.2 (Rapport de la Deuxième Conférence des Parties, doc. FCCC/CP/1996/15/Add.1), 6/CP.3 (Rapport de la Troisième Conférence des Parties, doc. FCCC/CP/1997/7/Add.1) et 11/CP.4 (Rapport de la Quatrième Conférence des Parties, doc. FCCC/CP/1998/16/Add.1). Pendant leur Cinquième Conférence, les Parties adoptèrent des Directives sur la communication des inventaires annuels des Parties de l'Annexe 1, des Directives sur la préparation des communications nationales des Parties de l'Annexe 1 et des Directives sur l'examen technique des inventaires de gaz à effet de serre des Parties de l'Annexe 1. Voir les décisions 3/CP.5, 4/CP.5 et 6/CP.5, Rapport de la Cinquième Conférence des Parties (doc. FCCC/CP/1999/6/Add.1). Les Directives sur la préparation des communications nationales des Parties de l'Annexe 1 ainsi que les Directives sur l'examen technique des inventaires des gaz à effet de serre des Parties de l'Annexe 1 furent révisées pendant la Huitième Conférence des Parties. Voir les décisions 18/CP.8 et 19/CP.8, disponibles dans le Rapport de la Huitième Conférence des Parties (doc. FCCC/CP/2002/7/Add2). En ce qui concerne les communications des Parties non visées par l'Annexe 1, la décision 8/CP.5 prévoit la mise sur pied d'un «groupe consultatif d'experts» dont l'objectif est d'améliorer le processus de préparation des communications nationales de ces Parties. Le mandat de ce groupe fut renouvelé, avec quelques modifications, dans la décision 3/CP.8, et complété par l'adoption de Directives sur la préparation de communications nationales des Parties ne figurant pas à l'Annexe 1, dans la décision 17/CP.8. Voir le Rapport de la Huitième Conférence des Parties (doc. FCCC/CP/2002/7/Add1).

2) *La procédure de règlement des différends*

La procédure de règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention climat¹⁹⁸ est similaire aux procédures contenues dans d'autres AEM¹⁹⁹. Ainsi, les Parties sont appelées à régler leur différend de manière «pacifique». En cas d'échec, une des Parties peut demander que le différend soit soumis à conciliation auprès d'une Commission établie à cet effet. Néanmoins, comme dans toute procédure de conciliation, la Commission est limitée à émettre une recommandation. La soumission du différend à une procédure dont l'issue sera juridiquement contraignante (Cour internationale de Justice ou arbitrage) n'est obligatoire que dans la mesure où les deux Parties au différend y ont donné leur accord. Or en 2004, seule une Partie à la Convention, les Iles Salomon, avait reconnu «comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale à l'égard de toute Partie acceptant la même obligation» l'arbitrage, conformément à la procédure d'arbitrage qu'adoptera, éventuellement, la Conférence des Parties²⁰⁰. Comme on le verra²⁰¹, ce rôle minime et encore latent d'une procédure juridictionnelle de règlement des différends n'est pas surprenant. Il est conforme à la réserve habituelle des Etats à se soumettre, dans le contexte d'un AEM, à la compétence d'un organe de règlement des différends dont les décisions sont contraignantes.

C. *Conclusion*

En conclusion, le système mis en place dans la Convention climat pour garantir que les Parties respectent, individuellement, leurs obligations est peu ambitieux. D'une part, l'examen des communications nationales établies par les Parties est de nature technique. D'autre part, le processus consultatif multilatéral ainsi que les procédures de règlement des différends sont essentiellement de nature diplomatique. La faiblesse de ce système est cependant à la mesure de la nature flexible des engagements contenus dans la Convention. Si l'on ajoute à cela la réticence traditionnelle des Etats à se soumettre à la compétence d'un organe juridictionnel de règlement des différends, ce résultat n'est guère étonnant. Le système élaboré dans le cadre de la Convention a cependant le mérite d'offrir un élément clé des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto. En effet, l'examen technique des informations relatives à la manière dont les Etats s'acquittent de leurs obligations constitue un acquis précieux sur la base duquel construire un système plus élaboré de contrôle du respect.

¹⁹⁸ Article 14 de la Convention.

¹⁹⁹ Voir *infra* p. 50ss.

²⁰⁰ Voir la déclaration faite par les Iles Salomon au moment de la ratification de la Convention, disponible sur : <http://unfccc.int/resource/conv/ratlist.pdf>.

²⁰¹ Voir *infra* p. 72ss.

§ 2 Le système de contrôle du respect mis en place dans le Protocole de Kyoto²⁰²

Le contrôle du respect du Protocole de Kyoto est principalement assuré par le biais de deux volets : d'une part, la communication d'informations par les Parties et leur examen technique par des experts indépendants (articles 5, 7 et 8 du Protocole), d'autre part les «procédures et mécanismes ... pour déterminer et étudier les cas de non-respect» (article 18 du Protocole). En plus de ces deux aspects du système de contrôle du respect du Protocole, ce traité contient deux articles contenant des éléments institutionnels visant à assurer que les Parties respectent les engagements souscrits. Il s'agit, d'une part, de l'article 16 qui autorise les Parties au Protocole à envisager l'application du processus consultatif multilatéral de la Convention climat²⁰³. Or cette possibilité n'a pas été utilisée. Il s'agit, d'autre part, de l'article 19 qui stipule que la procédure de règlement des différends de la Convention s'applique *mutatis mutandis* au Protocole. Or, on se le rappelle, seule une Partie à la Convention climat, les Îles Salomon, a reconnu comme obligatoire la procédure d'arbitrage. Un règlement des différends, s'il devait avoir lieu, serait donc *a priori* exclusivement du ressort de la diplomatie.

Notre analyse du système de contrôle du respect du Protocole portera sur ses deux volets principaux : les rapports et l'examen des rapports des Parties de l'Annexe I, et les procédures et mécanismes pour déterminer et étudier les cas de non-respect.

A. *Rapports et examen des rapports des Parties de l'Annexe I*

Le Protocole de Kyoto développe le régime de communication d'information mis en place dans le cadre de la Convention climat²⁰⁴. Les rapports soumis par les Parties de l'Annexe I relatifs à leurs inventaires d'émissions et aux politiques et mesures prises pour atténuer les changements climatiques doivent contenir les informations nécessaires pour que le respect des engagements au

²⁰² Parmi les auteurs ayant étudié cette question, voir J. WERKSMAN, *loc. cit.* (note 110), p. 45 ; J. BRUNNEE, «A fine balance : facilitation and enforcement in the design of a compliance regime for the Kyoto Protocol», *Tulane Environmental Law Journal*, vol. 13, 2000, p. 223 ; D. BODANSKY, «International law and the design of a climate change regime», dans U. LUTERBACHER et D.F. SPRINZ, *International relations and global climate change*, (Cambridge Mass. MIT Press, 2001) ; M. GRUBB, C. VROLIJK et D. BRACK, *The Kyoto Protocol, a guide and assessment* (London, the Royal Institute of International Affairs, 1999) ; OBERTHUR et H. OTT, *The Kyoto Protocol international climate policy for the 21st century* (Berlin, Springer Verlag, 1999) ; et J. LANCHBERRY, «Verifying compliance with the Kyoto Protocol», *RECIEL.*, vol. 7, 1998. Voir également OECD, «Ensuring compliance with a global climate change agreement», doc. ENV/EPOC(98)5/REV1, du 31 juillet 1998 ; X. WANG et G. WISER, *loc. cit.* (note 127) ; et R. LEFEBER, *loc. cit.* (note 127), p. 26.

²⁰³ Sur le processus consultatif multilatéral, voir *supra* p. 38.

²⁰⁴ Article 12 de la Convention. Voir *supra* p. 40.

titre du Protocole puisse être vérifié²⁰⁵. En ce qui concerne l'examen de ces rapports, le Protocole intègre et affine la procédure d'examen approfondie établie dans le cadre de la Convention²⁰⁶. En particulier, le processus d'examen doit permettre une évaluation technique complète et détaillée de tous les aspects de la mise en œuvre du Protocole par une Partie. Sur la base de cet examen, les experts doivent évaluer le respect des engagements et indiquer les problèmes éventuels rencontrés pour remplir ces engagements. Ces «problèmes éventuels» sont soumis à la Conférence des Parties agissant comme Réunion des Parties «pour qu'elle les examine plus avant»²⁰⁷ et prenne «les décisions nécessaires aux fins de la mise en œuvre du présent Protocole»²⁰⁸.

Le rôle de cette procédure technique d'examen des rapports des Parties est cardinal. Elle permet d'avoir accès aux informations pertinentes, que ce soit au niveau des émissions ou des mesures et politiques adoptées par une Partie. Les rapports élaborés par les experts fournissent un état des lieux objectif de la mise en œuvre individuelle du Protocole dans une logique de partenariat, et non pas accusatoire, entre les experts et la Partie concernée. Cette procédure n'est cependant pas suffisante pour faire face aux cas de non-respect des dispositions du Protocole : d'une part, elle est uniquement de nature technique et n'a pas pour objectif de remédier aux problèmes de mise en œuvre, d'autre part, elle est limitée pour l'instant aux communications soumises par les Parties de l'Annexe I.

B. *Les procédures et mécanismes pour déterminer et étudier les cas de non-respect*

Allant au-delà de la nature technique de la procédure d'examen approfondie des communications soumises par les Parties, les procédures et mécanismes pour déterminer et étudier les cas de non-respect constituent le volet politique et juridique d'un système visant à assurer le respect du Protocole. Nous présenterons ci-dessous, dans un premier temps sans les commenter, les principales caractéristiques des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto (pour le texte de ces mécanismes, voir l'annexe 2 à cette étude). On se rappelle que ces mécanismes font partie intégrante des Accords de Marra-

²⁰⁵ Articles 7.1 et 7.2 du Protocole. Voir également les décisions 20, 21 et 22/CP.7, disponibles dans le rapport de la Septième Conférence des Parties à la Convention climat (doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3), complétées par la décision 22/CP.8, disponible dans le rapport de la Huitième Conférence des Parties à la Convention climat (doc. FCCC/CP/2003/7/Add.3).

²⁰⁶ Article 8 du Protocole. Voir également la décision 23/CP.7, disponible dans le rapport de la Septième Conférence des Parties à la Convention climat (doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 68-81), complétée par la décision 22/CP.8, disponible dans le rapport de la Huitième Conférence des Parties à la Convention climat (doc. FCCC/CP/2003/7/Add.3).

²⁰⁷ Article 8.3 du Protocole.

²⁰⁸ Articles 8.6 et 13 du Protocole.

kech²⁰⁹, un ensemble négocié de décisions adoptées par la Conférence des Parties à la Convention climat visant à permettre au Protocole de prendre vie.

L'objectif des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole est de «faciliter, favoriser et de garantir le respect des engagements découlant du Protocole de Kyoto»²¹⁰. L'organe chargé de réaliser ce triple objectif est un «Comité de contrôle du respect des dispositions»²¹¹. Celui-ci exerce ses fonctions par le biais d'une plénière, d'un bureau et de deux groupes : le groupe de la facilitation et le groupe de l'exécution. Les vingt membres du Comité de contrôle, dont dix siègent au groupe de la facilitation et dix au groupe de l'exécution, sont élus par la réunion des Parties, l'organe suprême du Protocole qui réunit toutes les Parties à ce traité²¹². Les membres du Comité de contrôle exercent leurs fonctions à titre personnel²¹³. La composition de chacun des deux groupes du Comité de contrôle est la suivante :

- un membre pour chacun des cinq groupes régionaux de l'ONU et un membre pour les petits Etats insulaires en développement, prenant en considération les groupes d'intérêts tels que reflétés dans la pratique actuelle du Bureau²¹⁴,
- deux membres pour les Parties de l'Annexe I et
- deux membres pour les Parties non incluses dans l'Annexe I²¹⁵.

Cette formule a pour conséquence que le groupe de la facilitation et le groupe de l'exécution seront, chacun, composés de six membres provenant des Parties en développement et de quatre membres provenant des Parties industrialisées. Les décisions du Comité de contrôle seront adoptées par consensus, à défaut de quoi une majorité des trois-quarts des membres sera requise. En plus de cette majorité, l'adoption des décisions du groupe de l'exécution se fait à la majorité des membres de l'Annexe I ainsi qu'à la majorité de membres des Parties non incluses dans l'Annexe I. Outre ces critères de composition, les membres du Comité doivent avoir une compétence avérée sur les questions relatives aux changements climatiques ainsi que dans

²⁰⁹ Voir le rapport de la Septième Conférence des Parties à la Convention climat, doc. FCCC/CP/2001/13 et Add.1 à Add.4.

²¹⁰ Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole, section I, doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 69-81 (en annexe 2 à cette étude).

²¹¹ *Id.* section II para. 1.

²¹² *Id.* section II para. 6.

²¹³ *Id.* sections II, IV et V.

²¹⁴ Cette pratique consiste à permettre aux Etats ayant des intérêts pétroliers à avoir un représentant au Bureau.

²¹⁵ Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole, *op. cit.* (note 210), section IV para. 1 et section V para. 1.

les domaines scientifiques, techniques, socio-économiques ou juridiques²¹⁶. Ces exigences sont accrues dans le cas du groupe de l'exécution: ses membres doivent avoir une expérience dans le domaine juridique²¹⁷.

Le groupe de la facilitation est, comme son nom l'indique, chargé de faciliter le respect du Protocole. Ses fonctions, qui visent les obligations de toutes les Parties au Protocole, sont :

*«de donner des conseils et d'apporter une aide aux Parties aux fins de l'application du Protocole et de promouvoir le respect, par les Parties, des engagements qu'elles ont pris en vertu du Protocole, compte tenu du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties» et des «circonstances qui entourent les questions dont il est saisi»*²¹⁸.

Dans le cadre de ce mandat général, le groupe de la facilitation exerce notamment un rôle préventif par rapport au respect de certaines obligations spécifiques mises à la charge des Parties de l'Annexe I. Ce groupe est en effet chargé de «signaler rapidement tout risque de non-respect» de ces obligations et d'y remédier par le biais de conseils ou d'une aide²¹⁹. Les dispositions du Protocole visées par cette approche préventive sont au nombre de trois. Il s'agit tout d'abord de l'obligation de réduction des émissions des gaz à effet de serre. Que ce soit avant le début de la première période d'engagement (2008-2012) ou pendant celle-ci, le groupe de la facilitation est chargé d'intervenir par le biais de mesures de facilitation en vue d'empêcher un non-respect de ce qui constitue le cœur du Protocole. La deuxième obligation rentrant dans le cadre de cette fonction préventive du groupe de la facilitation vise la mise sur pieds, avant le début de la première période d'engagement, d'un système national et de méthodologies permettant l'estimation des émissions et absorptions des gaz à effet de serre²²⁰. Le groupe de la facilitation doit ainsi veiller à ce que les Parties industrialisées aient mis en place, avant que leur obligation de réduction ne devienne concrète, les méthodologies et systèmes nécessaires à une comptabilisation fiable et comparable de leurs émissions et absorptions de gaz à effet de serre. Troisièmement, le groupe de la facilitation est chargé, avant le début de la première période d'engagement, de promouvoir le respect des engagements relatifs à l'établissement de l'inventaire des émissions des gaz à effet de serre qui doit être soumis annuellement à la réunion des Parties²²¹. En ce qui concerne les mesures

²¹⁶ *Id.* section II para. 6.

²¹⁷ *Id.* section V para. 4.

²¹⁸ *Id.* section IV para. 4.

²¹⁹ *Id.* section IV para. 5 et 6.

²²⁰ Articles 5.1 et 5.2 du Protocole.

²²¹ Article 7.1 du Protocole.

consécutives adoptées par le groupe de la facilitation²²², celles-ci incluent : la délivrance de conseils et la facilitation, à toute Partie, de l'octroi d'une aide ou d'une assistance technique et financière. L'application de ces mesures doit être décidée en «tenant compte du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives» des Parties.

Le groupe de l'exécution, quant à lui, est principalement chargé d'établir si les Parties de l'Annexe I respectent leurs obligations en matière de réduction ou de limitation des émissions de gaz à effet de serre, de communication d'informations à la réunion des Parties et d'admissibilité pour faire usage des mécanismes de flexibilité²²³. En ce qui concerne les mesures consécutives²²⁴, les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole précisent les suites obligatoires d'un cas de non-respect en fonction de la norme violée. Lorsque les obligations en matière de communication d'information n'ont pas été respectées, le groupe doit, en tenant compte de la cause du non-respect, de sa nature, de son ampleur et de sa fréquence, constater le non-respect et élaborer un plan visant à remédier à la situation. Lorsque les critères d'admissibilité pour faire usage des mécanismes de flexibilité n'ont pas été remplis, le groupe doit suspendre le droit de la Partie concernée d'avoir recours à la mise en œuvre conjointe, au mécanisme de développement propre et au commerce international de droits d'émissions. Enfin, lorsque c'est l'obligation de réduction ou de limitation des émissions qui n'est pas respectée, le groupe doit : déclarer qu'il y a non-respect de cette obligation, déduire la quantité attribuée à la Partie concernée pour la deuxième période d'engagement d'un nombre de tonnes égal à 1,3 fois la quantité de tonnes d'émissions excédentaires, élaborer un plan d'action visant à remédier à la situation, et suspendre l'admissibilité au bénéfice de cessions de droits d'émissions. Ces mesures consécutives visent à rétablir le respect des dispositions pour «assurer l'intégrité de l'environnement et doivent inciter à ce respect»²²⁵.

Le Comité de contrôle peut être saisi de trois manières. Premièrement, par l'intermédiaire du Secrétariat, le Comité est saisi des questions de mise en œuvre identifiées dans les rapports d'examen des communications fournies par les Parties industrialisées. Pour mémoire²²⁶, ces rapports sont le résultat d'une évaluation technique et détaillée de tous les aspects de la mise en œuvre du Protocole par une Partie. Ils indiquent les problèmes éventuels rencontrés pour remplir ces engagements. Deuxièmement, une Partie peut soumettre une

²²² Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole, doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 69-81, section XIV.

²²³ *Id.* section V.

²²⁴ *Id.* section XV.

²²⁵ *Id.* section V para. 6.

²²⁶ Voir *supra* p. 40.

question de mise en œuvre à l'égard d'elle-même. C'est, en quelque sorte, une incrimination personnelle. Troisièmement, une Partie peut soumettre une question de mise en œuvre relative à une autre Partie, informations probantes à l'appui²²⁷.

Le texte des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole détaille les procédures applicables au Comité. Tout d'abord, lorsque le Comité est saisi d'une question de mise en œuvre, il appartient à son bureau de renvoyer celle-ci au groupe compétent - groupe de la facilitation ou groupe de l'exécution²²⁸. La question de mise en œuvre fait alors l'objet d'un examen préliminaire par ce groupe, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une incrimination personnelle. Cet examen permet au groupe compétent de s'assurer que les informations fournies à l'appui de la question sont suffisantes, qu'il ne s'agit pas d'une question insignifiante ou sans fondement, et que la question est conforme aux prescriptions du Protocole²²⁹. A l'issue de cet examen préliminaire, le groupe notifie la Partie concernée de sa décision. En cas d'entrée en matière, la communication doit préciser la question à l'examen, les informations fournies à l'appui de celle-ci et le groupe qui l'examinera. La Partie concernée peut alors faire connaître par écrit ses vues au sujet de cette communication²³⁰. Le texte des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole élabore ensuite trois différentes procédures : les «procédures générales» applicables au Comité²³¹, la procédure que doit suivre plus particulièrement le groupe de l'exécution²³², et les dispositions applicables en cas de «procédure accélérée» devant le groupe de l'exécution²³³. En ce qui concerne les procédures générales, le texte précise les sources d'informations sur lesquelles le groupe doit fonder ses délibérations. Il donne également la possibilité aux organisations intergouvernementales et non gouvernementales de soumettre des informations sur des points de fait ou des aspects techniques. La Partie concernée est habilitée à se faire représenter devant le groupe compétent. Elle dispose en outre de droits spécifiques en ce qui concerne l'accès aux informations examinées et retenues par le groupe et peut faire connaître par écrit ses vues à leur sujet. Les décisions du groupe «contiennent des conclusions et un exposé des motifs». Elles sont notifiées à la Partie concernée qui peut faire valoir ses vues par écrit. La «Procédure suivie par le groupe de l'exécution» élabore ces procédures générales. En particulier, cette procédure fixe des délais dans lesquels le groupe de l'exécution et la

²²⁷ Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole, doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 69-81, section VI.

²²⁸ *Id.* section VII para. 1.

²²⁹ *Id.* section VII para. 2.

²³⁰ *Id.* section VII para. 4-7.

²³¹ *Id.* section VIII.

²³² *Id.* section IX.

²³³ *Id.* section X.

Partie concernée doivent agir et étend le droit d'être entendu de la Partie concernée en prévoyant, en plus de la procédure écrite, des auditions. La «Procédure accélérée suivie par le groupe de l'exécution» vise, quant à elle, les questions de mise en œuvre ayant trait aux conditions d'admissibilité aux mécanismes de flexibilité. Elle se greffe sur les procédures générales et sur les procédures relatives au groupe de l'exécution, mais prévoit des délais plus brefs dans lesquels le groupe de l'exécution et la Partie concernée doivent agir. En outre, cette procédure permet à la Partie industrialisée dont l'admissibilité à faire usage des mécanismes de flexibilité a été suspendue par décision du groupe de l'exécution de demander que cette mesure soit levée.

La réunion des Parties au Protocole a un rôle restreint dans le cadre des mécanismes de contrôle du respect du Protocole : elle donne des directives générales, examine les rapports du Comité de contrôle sur l'état d'avancement de ses travaux et statue sur les recours contre une décision du groupe de l'exécution prise en violation de la «procédure régulière»²³⁴.

C. Conclusion

A Marrakech, les Parties à la Convention climat ont arrêté le texte des mécanismes visant à assurer le respect du Protocole de Kyoto, un élément qui fait du Protocole un traité pouvant être ratifié. Pour que les «Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto» produisent des effets juridiques, il appartient encore à la réunion des Parties au Protocole de les adopter lors de leur première session (28 novembre – 9 décembre 2005). Cet entérinement du consensus atteint par les Parties à la Convention climat est, en grande partie, une affaire entendue. On peine à imaginer les Parties au Protocole prendre le risque de renégocier un accord si chèrement atteint. Cela remettrait en cause l'équilibre fragile réalisé par l'adoption de l'intégralité des Accords de Marrakech et ouvrirait une véritable boîte de Pandore. L'adoption des mécanismes aura, néanmoins, un impact important sur la portée juridique des décisions du groupe de l'exécution. En effet, la forme que revêtira cette adoption déterminera si les mesures prises par le groupe de l'exécution entraîneront des conséquences qui lient les Parties. Si les mécanismes sont adoptés par le biais d'un amendement, ces mesures seront légalement contraignantes. S'ils le sont par le biais d'une décision, l'effet de ces mesures sera uniquement politique²³⁵. Nous reviendrons ci-dessous²³⁶ sur cette problématique qui a divisé les Parties depuis les négociations de l'article 18 du Protocole, à savoir la

²³⁴ *Id.* sections XI et XII.

²³⁵ Voir *supra* p. 18.

²³⁶ Voir *infra* p. 134.

base légale pour l'élaboration des mécanismes de contrôle du respect de ce traité²³⁷.

Associés à la procédure d'examen approfondi des communications nationales des Parties industrialisées, les mécanismes de contrôle du respect du Protocole semblent fournir aux Parties au Protocole un système élaboré de contrôle du respect. Cependant, seule leur analyse permettra de confirmer cette conclusion intermédiaire et de mettre en évidence les aspects les plus intéressants de ces mécanismes. Dans cet objectif, une mise en lumière du contexte plus général dans lequel ces mécanismes ont été élaborés s'impose. Ce cadre inclut d'une part l'apparent manque d'intérêt pour les procédures de règlement des différends dans le cadre des AEM, d'autre part la prolifération des mécanismes de contrôle de respect élaborés dans le cadre d'autres AEM. Ces deux développements, qui marquent les dix dernières années, sont bien entendus étroitement liés. Depuis 1990, les Parties à ce type de traités développent en effet un genre nouveau d'institution visant à assurer la conformité au droit : les mécanismes de contrôle du respect. Désormais, l'accent est mis sur le maintien de l'intégrité de l'accord et la poursuite fructueuse de son objectif de protection de l'environnement par le biais de mesures préventives et réactives. Cette approche particulière permet d'expliquer que ces institutions proposent une variété de réactions au non-respect, potentiel ou actuel, des obligations : de l'octroi d'une aide, par le biais d'une procédure essentiellement administrative ou diplomatique, à l'imposition de sanctions, par le biais d'une procédure quasi-juridictionnelle. La prolifération actuelle des mécanismes de contrôle de respect des AEM met en évidence la volonté des Etats de confier l'effectivité de ces traités à des mécanismes autres que les procédures de règlement des différends. Nous nous attacherons donc, dans un premier temps, à étudier pourquoi les Etats se sont apparemment détournés des procédures de règlement des différends dans le cadre des AEM.

Section II

Les procédures de règlement des différends et les AEM : incompatibilité ou inadaptation ?²³⁸

Notre présentation du système mis en place dans la Convention climat et dans le Protocole de Kyoto pour assurer le respect des dispositions de ces traités a

²³⁷ Voir *supra* p. 18.

²³⁸ Cette section s'inspire d'une étude mandatée par l'Office Fédéral de l'Environnement, Forêts et Paysages : J. VOINOV KOHLER et K. KUMMER PEIRY (Kummer EcoConsult), «Compliance procedures and mechanisms for Multilateral Environmental Agreements (MEAs)», avril 2002.

mis en évidence que le rôle des procédures de règlement des différends y est encore latent²³⁹. En effet, bien que les Parties soient tenues de régler leurs différends en application d'une procédure particulière²⁴⁰, non seulement celle-ci n'a jamais été utilisée, mais seule une Partie a reconnu comme obligatoire la juridiction de la CIJ ou l'arbitrage²⁴¹. Ce peu d'intérêt pour les techniques traditionnelles visant à assurer que les États respectent leurs engagements n'est pas un cas isolé au sein des traités relatifs à la protection de l'environnement. En effet, les procédures de règlement des différends prévues par les AEM sont, de manière générale, caractérisées par un semi coma²⁴². Par «semi coma», nous voulons dire que les techniques traditionnelles visant à assurer le respect du droit n'ont pas entièrement été mises à l'écart par les États. En effet, un survol rapide des AEM met en évidence que tous prévoient des procédures de règlement des différends²⁴³. Néanmoins, l'utilité pratique de ces procédures reste à être démontrée du fait qu'aucune Partie, à ce jour, n'y a eu recours. L'expression «Hague phobia», qui caractérise l'attitude des États vis-à-vis de la Cour internationale de Justice en matière de différends résultant de l'application d'un AEM, est particulièrement parlante²⁴⁴.

Ironiquement, le premier mécanisme de contrôle du respect d'un AEM a initialement été élaboré dans le but d'offrir aux Parties une «nouvelle manière

²³⁹ Voir *supra* p. 42.

²⁴⁰ Articles 14 de la Convention et 19 du Protocole.

²⁴¹ Voir *supra* p. 42.

²⁴² Les différends en matière de protection de l'environnement qui ont fait l'objet de procédures judiciaires de règlement des différends l'ont typiquement été sur la base de la violation soit d'un traité bilatéral, soit du droit coutumier, et non pas en violation d'un AEM. Voir C. ROMANO, *The peaceful settlement of international environmental disputes – a pragmatic approach* (Kluwer Law International, the Hague/London/Boston, 2000), en particulier p. 135. Sur le rôle de la CIJ dans le règlement de différends environnementaux, voir M. FITZMAURICE, «Environmental protection and the International Court of Justice», dans V. LOWE et M. FITZMAURICE, *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996), p. 293. Voir également M. KOSKENNIEMI, «Peaceful settlement of environmental disputes», *Nordic Journal of International Law*, vol. 60, 1991, p. 73 ; P. OKAWA, «Environmental dispute settlement : some reflections on recent developments», dans M. D. EVANS, *Remedies in international law : the institutional dilemma* (Hart Publishing, Oxford, 1998), p. 157 ; et P. SANDS, «International environmental litigation : what future?», *RECIEL*, vol. 7, 1998.

²⁴³ Article 27 de la Convention sur la diversité biologique (applicable *mutatis mutandis* au Protocole de Cartagena), Article 14 de la Convention climat (applicable *mutatis mutandis* au Protocole de Kyoto), Article 28 de la Convention de lutte contre la désertification, Article 20 de la Convention de Bâle, Article 11 de la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone (applicable *mutatis mutandis* au Protocole de Montréal), Article 20 de la Convention de Rotterdam, Article 13 de la Convention de Genève et Article 16 de la Convention d'Aarhus.

²⁴⁴ P. SAND, *op. cit.* (note 17), p. 45, qui fait référence à A. KISS, «Le règlement des différends dans les conventions multilatérales relatives à la protection de l'environnement», dans R.-J. DUPUY (dir.), *The settlement of disputes on the new natural resources* (Nijhoff, The Hague, 1983), pp. 119-130, et à P. BIRNIE, «The role of international law in solving certain environmental conflicts», dans J. E. CARROLL (dir.), *International environmental diplomacy* (Cambridge University Press, Cambridge 1988), pp. 95-121.

de régler les différends»²⁴⁵. On était alors toujours dans une logique de confrontation bilatérale entre les Parties. Le premier projet d'un tel mécanisme, présenté par les Etats-Unis dans le cadre des négociations sur le Protocole de Montréal à la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone²⁴⁶ (ci-après Protocole de Montréal)²⁴⁷, était effectivement similaire à une procédure de règlement des différends. Petit à petit, néanmoins, les mécanismes de contrôle de respect des AEM se sont dissociés des procédures de règlement des différends jusqu'à devenir, en pratique, une autre option. Ainsi, en plus d'un article relatif aux règlements des différends, les AEM incorporent, plus ou moins explicitement²⁴⁸, une base légale relative à des mécanismes de contrôle du respect des obligations.

En théorie, la relation entre les mécanismes de contrôle de respect des AEM et leurs procédures de règlement des différends est claire. Déjà lors de l'adoption des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Montréal les Parties avaient indiqué que ceux-ci s'appliqueraient «sans préjudice des procédures de règlement des différends»²⁴⁹. Cette approche a d'ailleurs été consacrée dans le cadre des mécanismes de contrôle du respect relatifs à la Convention climat²⁵⁰, au Protocole de Kyoto²⁵¹, à la Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et ses huit Protocoles (ci-après Convention de Genève)²⁵², au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la

²⁴⁵ Rapport du Président du Comité d'Application à la Quatrième Réunion des Parties (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15, para. 28). Voir également la déclaration du Président du Comité d'Application lors de la troisième Réunion des Parties qui rappela que «the Committee had been established to respond quickly to early indications of non compliance, with the aim of resolving problems amicably and obviating the need for recourse to formal arbitration or the International Court of Justice. This was a new way of solving such conflicts and, if successful, would set a precedent in the environmental field». Doc. UNEP/OzL.Pro.3/11, para. 32.

²⁴⁶ Pour le texte de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (1985), voir *RTNU* vol. 1513 p. 293. Pour le texte du Protocole de Montréal (1987), voir *RTNU* vol. 1522 p. 3.

²⁴⁷ Voir *infra* p. 75.

²⁴⁸ La base légale la plus faible est celle qui se limite à mandater l'organe suprême de l'AEM d'examiner sa mise en œuvre. C'est le cas dans la Convention de Bâle (article 15.5) et dans la Convention de Genève (article 10.2.a). Des bases légales plus explicites sont intégrées au Protocole de Kyoto (article 18), au Protocole de Montréal (article 8), à la Convention de Rotterdam (article 17), à la Convention d'Aarhus (article 15) et au Protocole de Cartagena (article 34).

²⁴⁹ Para. 1 de l'Annexe IV à la Décision IV/5 (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15 p. 44). Szell explique que le choix fait par les Parties au Protocole de Montréal s'explique par le fait qu'il n'existe pas, dans le Protocole, d'article permettant d'interrompre une procédure de règlement des différends une fois engagée, et que les Parties ne voulaient pas que les mécanismes soient une procédure accessoire ou subsidiaire à la procédure de règlement des différends. P. SZELL, «The development of multilateral mechanisms for monitoring compliance», dans W. LANG, *op. cit.* (note 10) p. 102.

²⁵⁰ Para. 4 de l'Annexe IV à la Décision 10/CP.4 (doc. FCCC/CP/1998/16/Add.1).

²⁵¹ Procédures et mécanismes relatifs au respect du Protocole de Kyoto, doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 69-81, para. XVI.

²⁵² Pour la liste des huit Protocoles, voir *supra* note 32. Sur la relation entre le mécanisme de contrôle du respect et les procédures de règlement des différends, voir la décision 1997/2, doc. ECE/EB.AIR/53, para. 12.

diversité biologique (ci-après Protocole de Cartagena)²⁵³, à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (ci-après Convention d'Aarhus)²⁵⁴ et à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (ci-après Convention de Bâle)²⁵⁵. Une approche similaire est également envisagée dans le cadre du mécanisme de contrôle du respect relatif à la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause²⁵⁶ (ci-après Convention de Rotterdam). En somme, au niveau formel, il n'y a pas de relation entre les deux institutions : il n'existe aucune prescription quant à l'ordre dans lequel les Parties doivent recourir à l'une ou l'autre et, si une procédure est engagée, l'autre peut également être invoquée en parallèle. Cette approche possède des avantages tant juridiques que pratiques. Au niveau juridique, il semble effectivement difficile de réconcilier voire d'instaurer une hiérarchie entre une procédure bilatérale et une procédure multilatérale, une procédure dont la nature juridique est sujette à controverses²⁵⁷ et une procédure soit diplomatique soit juridictionnelle, une approche à la fois préventive et réactive, et une approche uniquement réactive²⁵⁸. Dans la pratique, l'absence actuelle de recours aux procédures de

²⁵³ Pour le texte du Protocole, voir *RTNU* vol. 1760 p. 79. Le Protocole, adopté en 2000, est entré en vigueur en date du 11 septembre 2003. Pour le détail des ratifications, voir : <http://www.biodiv.org/biosafety/signinglist.asp?sts=rtf&ord=dt>. Sur la relation entre le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Cartagena et les procédures de règlement des différends, voir le Préambule des Procédures et mécanismes relatifs au respect du Protocole de Cartagena, doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/15.

²⁵⁴ Pour le texte de la Convention, adoptée en 1998, voir le doc. ECE/CEP/43 disponible sur le site : <http://www.unece.org/env/pp/>. Sur la relation entre le mécanisme de contrôle du respect de la Convention d'Aarhus et les procédures de règlement des différends, voir l'annexe à la décision I/7, doc. ECE.MP.PP/2/Add.8, para. 38.

²⁵⁵ Pour le texte de la Convention, adoptée en 1989, voir *RTNU* vol. 167 p. 57. Sur la relation entre le mécanisme de contrôle du respect et les procédures de règlement des différends, voir l'annexe à la décision VI/12, contenue dans le rapport de la Sixième Conférence des Parties, doc. UNEP/CHW.6/40, para. 27.

²⁵⁶ Pour le texte de la Convention, adoptée en 1998, voir le doc. UNEP/FAO/PIC/CONF/5 disponible sur le site <http://www.pic.int>. La Convention a recueilli sa cinquantième ratification en date du 26 novembre 2003. Elle est entrée en vigueur le 24 février 2004. Voir l'article 26 de la Convention ainsi que le site : <http://www.pic.int/en/ViewPage.asp?id=265>. Sur la relation entre le mécanisme de contrôle du respect et les procédures de règlement des différends, voir les «Procedures and institutional mechanisms for handling cases of non-compliance : a model», annexe au rapport de la 9ème session du Comité Intergouvernemental de négociation (30 septembre- 4 octobre 2002, doc. UNEP/FAO/PIC/INC.9/21). A noter que, dans sa version précédente discutée dans le cadre de la 8ème session du Comité Intergouvernemental de négociation (8-12 octobre 2001) le projet indiquait que les mécanismes seraient mis en œuvre «with due regard to» les procédures de règlement des différends, une approche peu satisfaisante en raison de l'incertitude quant à son application pratique («Procedures and Institutional Mechanisms for Handling Cases of Non-Compliance : a Model», doc. UNEP/FAO/PIC/INC.8/14, para. 19).

²⁵⁷ Sur la nature juridique des mécanismes de contrôle du respect, voir *infra* p. 111ss.

²⁵⁸ Pour une discussion de la relation entre le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal et sa procédure de règlement des différends, voir M. KOSKENNIEMI, «Breach of treaty or non-compliance ? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol», *Yb.Int'l Env.L.*, vol. 3, 1992, pp. 157-161.

règlement des différends dans le cadre des AEM peut rendre superflue la recherche d'un consensus sur une possible hiérarchie entre celles-ci et les mécanismes de contrôle du respect.

Les clauses de règlement d'un différend relatif à un AEM sont globalement construites suivant le même schéma²⁵⁹. Tout d'abord, les Parties doivent régler leur différend par un moyen pacifique de leur choix. Puis, les Parties ont la possibilité de reconnaître «comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de toute Partie acceptant la même obligation», la soumission du différend à un organe juridictionnel (arbitrage ou Cour internationale de Justice, ci-après CIJ). En dernier lieu, certains AEM prévoient que si les Parties n'ont pas fait usage de cette possibilité, le différend sera, à la demande de l'une des parties au différend, soumis à conciliation. En résumé, les procédures des AEM relatives au règlement des différends ne prévoient pas de procédure juridictionnelle obligatoire sur la base d'une demande unilatérale. Il revient à chaque Partie, individuellement, de décider de se soumettre ou non à une telle procédure.

Dans la pratique, très peu de Parties ont accepté la juridiction obligatoire soit de la CIJ soit d'une procédure d'arbitrage²⁶⁰. De plus, parmi ces Parties, aucune d'entre elles n'a, à ce jour, engagé une telle procédure. Faut-il en conclure que les procédures de règlement des différends sont inadaptées aux AEM, en ce sens qu'elles sont en décalage avec le contenu normatif et les caractéristiques de ces traités ? Dans l'affirmative, peuvent-elles être modifiées de manière à les rendre opérationnelles ou faudrait-il, au contraire, envisager d'intégrer leurs avantages dans les mécanismes de contrôle du respect ? Nous offrons ci-dessous des éléments de réponse à ces questions.

²⁵⁹ A noter que la Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (1979) contient une procédure des règlements des différends très succincte. L'article 13 de la Convention se borne à inviter les parties à un différend à rechercher «une solution par la négociation ou par toute autre méthode de règlements des différends qui leur soit acceptable».

²⁶⁰ Dans le cadre de la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone, seuls la Communauté Européenne, la Finlande, les Pays-Bas, la Norvège et la Suède avaient, en 1994, fait une telle déclaration. Voir P. SANDS, R. G. TARASOFSKY et M. WEISS, *op. cit.* (note 3), pp. 187-188. Dans le cadre de la Convention climat, seules les Iles Salomon ont fait une telle déclaration. Voir le site officiel de la Convention : <http://unfccc.int/resource/conv/ratlist.pdf>. Dans le cadre de la Convention internationale pour la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, seuls l'Autriche, le Guatemala et les Pays-Bas avaient, en mars 2003, fait une telle déclaration. Voir le site officiel de la Convention : <http://www.unccd.int/convention/ratif/doielf.php>. Dans le cadre de la Convention de Bâle, en 1994, seuls la Norvège, la Pologne et St. Kitts et Nevis avaient fait une telle déclaration. Voir P. SANDS, R. G. TARASOFSKY et M. WEISS, *op. cit.* (note 3), pp. 1107-1110. Dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique, seuls l'Autriche et la Lettonie avaient, en mars 2003, fait une telle déclaration. Voir le site officiel de la Convention : <http://www.biodiv.org/world/parties.asp>. Dans le cadre de la Convention de Rotterdam, seuls l'Autriche et la Norvège avaient, en mars 2003, fait une telle déclaration. Voir le site officiel de la Convention : <http://www.pic.int/en/ViewPage.asp?id=265>. Dans le cadre de la Convention de Stockholm, en mars 2003 seule l'Autriche avait fait une telle déclaration. Voir le site officiel de la Convention : <http://www.pops.int/documents/signature/signstatus.htm>.

§ 1 Désavantages des procédures de règlement des différends des AEM²⁶¹

Le principe du règlement pacifique astreint les Etats à rechercher des solutions mutuellement acceptables aux désaccords dans lesquels ils sont engagés. Il n'existe pas de liste exhaustive des moyens pacifiques pour régler un différend entre des Etats. La Charte des Nations Unies fait référence à la négociation, l'enquête, la médiation, la conciliation, l'arbitrage, le règlement judiciaire et le recours aux organismes ou accords régionaux, tout en précisant que les Etats peuvent choisir «d'autres moyens pacifiques de leur choix»²⁶². De manière générale, on distingue entre les moyens «diplomatiques» et les moyens «juridictionnels» de règlement des différends. Mais la terminologie employée est sujette à des interprétations diverses, ce qui a pour conséquence que la classification de ces divers moyens ne fait pas l'objet d'un consensus au sein de la doctrine. En application d'une approche étymologique, le terme «juridiction» vise uniquement la fonction de «dire le droit»²⁶³. Selon cette définition, assez large il est vrai, un organe pourra être de nature juridictionnelle quand bien même la décision qu'il adopte n'a pas force obligatoire. Mais un survol de la doctrine met en évidence que les avis relatifs à ce que recouvre le terme «juridiction» sont contrastés. Les éléments constitutifs d'un organe juridictionnel sont alternativement ou cumulativement : l'existence d'une contestation ou d'un différend, la force obligatoire de la décision rendue par l'organe appelé à régler le litige, et l'existence d'un organe dont la composition garantit l'indépendance et dont la procédure respecte certaines techniques (débat contradictoire ou égalité des plaideurs)²⁶⁴.

Pour les besoins de notre étude sur le rôle des procédures de règlement des différends dans les AEM, nous nous appuyerons sur les principes suivants. Les moyens diplomatiques de règlement des différends conviennent à tout différend. Ils tendent à l'accord des parties au différend et aboutissent à une solution qui ne peut leur être imposée. Ces moyens diplomatiques incluent les négociations, les bons offices et la médiation, l'enquête et la conciliation. Les seconds moyens de règlement pacifique des différends, de type juridictionnel, portent sur l'interprétation ou l'application du droit. Ils impliquent un règlement par des organes appelés à rendre, au terme d'un processus

²⁶¹ Pour une critique générale du mode adjudicateur, voir A. CHAYES et A. CHAYES, *op. cit.* (note 185), pp. 202-207.

²⁶² Article 33 de la Charte des Nations Unies.

²⁶³ Voir à cet égard BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie de droit international* (Paris, 1960), pp. 354-355.

²⁶⁴ Voir C. PHILIP et J.-Y. DE CARA, «Nature et évolution de la juridiction internationale», dans *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon de la Société Française pour le droit International (dir.), (Pedone, Paris, 1987), pp. 8-10.

particulier, une décision obligatoire sur la base du droit. L'arbitrage et le règlement judiciaire sont les deux moyens juridictionnels du droit international²⁶⁵. Cette classification bipartite sur laquelle nous nous appuyerons ci-dessous a l'avantage d'une apparente simplicité. Elle ne doit cependant pas masquer qu'elle souffre également de faiblesses en raison de la nature très restrictive qu'elle offre de la définition d'un organe juridictionnel. Nous serons amenés, dans le cadre de notre étude des mécanismes de contrôle du respect des AEM, et en particulier du Protocole de Kyoto, à mettre en évidence que cette définition ne permet pas de tenir compte de la complexité des mécanismes élaborés pour assurer le respect du droit et milite en faveur d'une catégorie intermédiaire : les procédures quasi-juridictionnelles.

Les désavantages, pour les AEM, des procédures de règlement des différends peuvent être regroupés en trois catégories : structurelle, politique et juridique²⁶⁶.

A. *Désavantages structurels*

Les Etats ont l'obligation en droit international de résoudre leurs différends par des moyens pacifiques²⁶⁷. Le principal inconvénient des procédures de règlement des différends est que l'obligation générale d'y avoir recours n'est pas assortie d'une obligation plus spécifique de devoir se soumettre à l'une ou à l'autre de ces procédures. En d'autres termes, le libre choix des moyens de règlement des différends, qui repose sur le principe de souveraineté des Etats, signifie que le consentement d'un Etat est requis pour qu'il soit soumis à une procédure particulière. Bien entendu, la nécessité du consentement des deux parties au différend n'est pas un obstacle absolu au succès des procédures de règlement des différends, en particulier celles de nature juridictionnelle. En effet, dans bien des traités les Etats ont accepté l'insertion d'une clause en faveur d'un organe juridictionnel lui permettant de juger un différend sur la demande unilatérale d'une Partie. C'est le cas dans le cadre de traités proté-

²⁶⁵ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *Droit international public* (Editions Montchrestien, 1986), pp. 589 et 597-598.

²⁶⁶ La littérature relative aux désavantages des procédures de règlement des différends dans le cadre des AEM est abondante. Voir : R. BILDER, «The settlement of disputes in the field of the international law of the environment», *RCADI*, vol. 144, 1975, p. 145 ; M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.*, (note 242) p. 73 ; P. SAND, «New approaches to transnational environmental disputes», *International Environmental Affairs*, vol. 3, 1991, p. 193 ; M. E. O'CONNELL, «Enforcing the new international law of the environment», *GYIL*, vol. 35, p. 309 ; L. BOISSON DE CHAZOURNES, «La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis», *RGDIP*, vol. 1, 1995, p. 50 ; et M. EHRMANN, *loc. cit.* (note 105), p. 380. Voir également l'étude du PNUE : «Study on dispute avoidance and dispute settlement in international environmental law and the conclusions», 1999, doc. UNEP/GC.20/INF.16.

²⁶⁷ Article 33 de la Charte des Nations Unies.

geant des intérêts principalement individuels, comme l'OMC²⁶⁸, mais également dans le cadre de traités protégeant principalement des intérêts communs (droits de l'homme, maintien de la paix, désarmement)²⁶⁹. Cependant, dans le cadre des AEM, les Etats font preuve d'une frilosité certaine à l'idée d'une saisine unilatérale d'un organe juridictionnel : la compétence d'un organe judiciaire ou arbitral dépend du consentement des deux parties au différend. Cette caractéristique rend plus difficile la saisine d'un organe juridictionnel de règlement des différends et par conséquent affaiblit, voire paralyse ce genre de procédures. A cela il faut ajouter que les procédures de règlement des différends sont inadéquates pour assurer le respect d'obligations essentiellement de nature multilatérale²⁷⁰. Les AEM visent en effet en priorité une problématique susceptible d'avoir un impact sur n'importe quelle Partie. Il est donc logique que le respect des obligations mises à la charge des Parties soit assuré par le biais d'une procédure multilatérale plutôt que bilatérale. Or les possibilités d'intervention envisagées dans le cadre de la Cour internationale de Justice n'ont pas pour objectif de permettre que la protection d'un intérêt collectif visé par un AEM soit revendiquée²⁷¹.

B. *Désavantages politiques*

En plus de désavantages d'ordre structurel, les procédures de règlement des différends des AEM souffrent d'inconvénients politiques.

Premièrement, en n'ayant pas lui-même recours à une procédure de règlement des différends, chaque Etat espère ne pas devenir lui-même l'objet d'une telle procédure. Cette logique s'explique ainsi : «a state whose own performance of international obligations is inadequate may hesitate to proceed against others for fear of calling attention to itself or establishing undesirable precedents»²⁷². Une telle attitude est particulièrement compréhensible dans deux circonstances. D'une part, ce sera le cas lorsqu'il s'agit d'un dommage potentiel à l'environnement global - l'atmosphère, le climat, la diversité

²⁶⁸ L'Accord sur l'OMC, adopté en 1994 à l'issue du cycle d'Uruguay, inclut en son annexe 2 le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. Ce mémorandum s'applique aux différends relatifs à la plupart des accords commerciaux de l'OMC. Pour le texte du mémorandum, voir : http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.doc.

²⁶⁹ Voir F. VOEFFRAY, *L'Actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, (Presses Universitaires de France, 2004), Deuxième partie, titre premier, chapitre III, section II, para. 1A.

²⁷⁰ R. CHURCHILL et G. ULFSTEIN, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements : a little-noticed phenomenon in international law», *AJIL*, vol. 94, 2000, p. 644. Voir également P. SZELL, «Implementation control : non-compliance and dispute settlement in the ozone regime», dans W. LANG (dir.), *Ozone treaties: their influence on the building of environmental regimes*, (Vienna, Austrian Ministry of Foreign Affairs, 1996), p. 46.

²⁷¹ P. N. OKAWA, *op. cit.* (note 242), p. 165.

²⁷² D. WIRTH, «Reexamining decision-making in international environmental law», *Iowa Law Review*, vol. 79, 1994, p. 779. Voir également C. ROMANO, *op. cit.* (note 242), p. 44.

biologique - dont presque chaque Etat serait, à divers degrés bien entendu, responsable. D'autre part, ce sera aussi le cas lorsque le dommage est susceptible d'avoir des répercussions économiques extrêmement vastes, comme par exemple à la suite d'un grave accident nucléaire. L'absence d'action judiciaire à la suite de l'accident de Tchernobyl de 1986 en est le témoin le plus frappant²⁷³.

Un second motif politique expliquant l'absence de recours aux procédures de règlement des différends tient au fait que l'invocation de ces procédures constitue une initiative ayant des conséquences diplomatiques et politiques relativement lourdes au niveau des relations entre les Etats²⁷⁴. En effet un «différend» présuppose qu'il y a eu «violation» du traité. Il s'agit de formulations à connotations péjoratives, synonymes d'un conflit entre deux parties dont une sera blâchée l'autre condamnée. Dans le contexte d'un régime établi pour protéger l'intérêt commun et dans lequel les actions de chaque Partie sont sensées servir les intérêts des autres Parties, soupçonner une Partie de violer ses engagements peut sembler peu compatible avec l'esprit de coopération émanant de l'engagement de toute la communauté internationale de protéger l'environnement global. De même, il semble moins blâmable pour un Etat d'être responsable d'un «non-respect» que de la « violation » d'une obligation²⁷⁵. Le choix du terme «non-respect» peut donc en partie s'expliquer par la volonté de mettre en évidence que les relations entre les Parties sont d'une nature autre que purement réciproque : avant la protection des intérêts individuels des Parties, c'est la poursuite de l'objectif commun qui importe.

C. *Désavantages juridiques*

Une autre catégorie de désavantages est liée au fait que les règles de droit international applicables en cas de violation d'un traité (Convention de Vienne sur le droit des traités et règles de droit international relatives à la responsabilité de l'Etat) sont inappropriées²⁷⁶. Ces désavantages juridiques concernent les moyens juridictionnels de règlement des différends dont les organes sont appelés à rendre, au terme d'un processus particulier, des décisions obligatoires sur la base du droit.

²⁷³ Voir B. DUTOIT, «L'accident de Tchernobyl et ses conséquences en droit soviétique et en droit international public», *Pollution Transfrontière* (Bâle, 1989), p.7 ; I. BROWNLIE, *The rule of law in international affairs* (Martinus Nijhoff, The Hague/London/Boston, 1998), pp. 190-192.

²⁷⁴ G. HANDL, «Compliance control mechanisms and international environmental obligations», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 5, 1997, p. 34.

²⁷⁵ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 258), p. 128. S. ROSENNE, *Developments in the law of treaties 1945-1986* (1989), p. 79.

²⁷⁶ Sur ces questions, voir J. WERKSMAN, *loc. cit.* (note 110), pp. 58-61.

1) *La Convention de Vienne sur le droit des traités*

En ce qui concerne la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁷⁷, nous nous arrêterons sur trois motifs d'insatisfaction : la nécessité qu'une «violation» du traité soit constatée, l'absence de prise en compte des causes de cette violation, et l'existence de conséquences peu compatibles avec l'objectif des AEM.

Les règles de la Convention de Vienne visent la «violation» substantielle d'un traité multilatéral²⁷⁸. La plupart des AEM, en particulier les conventions adoptées pendant la CNUED, sont caractérisées par des obligations de moyen plutôt que de résultat qui laissent une flexibilité certaine aux Parties dans le cadre de leur mise en œuvre²⁷⁹. Or il est difficile de dire sans équivoque s'il y a violation d'une norme au faible contenu contraignant²⁸⁰.

La Convention de Vienne ne prend pas non plus en considération les causes de cette violation. La définition de «violation» recouvre en effet des situations (répudiation du traité ou violation d'une disposition essentielle du traité) indépendantes des circonstances entourant la violation. Que celle-ci soit volontaire, involontaire ou due à une négligence, le résultat est le même. Or le non-respect d'un AEM peut résulter d'un manque de capacités pour un Etat particulier. Ce sera notamment le cas des pays en développement qui n'ont pas toujours les ressources adéquates pour mettre en œuvre et respecter les obligations qu'ils ont acceptées. Sans souscrire entièrement à Abraham et Antonia Chayes²⁸¹, qui considèrent que c'est essentiellement en raison d'un manque de capacités et non pas par «greed or malice»²⁸² que les Etats ne respectent pas les engagements souscrits, il faut admettre que cela peut être le cas²⁸³. Des ressources financières insuffisantes ou l'absence d'accès à certaines

²⁷⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, *RTNU*, vol. 1155, p. 331.

²⁷⁸ Articles 60.2 et 60.3 de la Convention de Vienne.

²⁷⁹ Pour une analyse, plutôt pessimiste, des effets de l'introduction croissante de normes au contenu faiblement contraignant dans les traités relatifs à l'environnement, voir A. SZEKELY, «A commentary on the softening of international environmental law», *Proc. ASIL*, vol. 91, 1997, p. 235.

²⁸⁰ Pour Abi-Saab, «La gradation de la marge de discrétion laissée aux sujets dans l'exécution des obligations de moyen rend cette exécution, au-delà d'un certain point, invérifiable par un contrôle objectif externe, tel le contrôle judiciaire». G. ABI-SAAB, «Cours général de droit international public», *RCADI*, tome 207, 1987 VII, p. 212. Pour une discussion sur la relation entre «violation» et «non-respect», voir *infra* p. 116.

²⁸¹ Les trois principales causes de non-respect identifiées sont : l'incertitude sur le contenu de la norme, un manque de capacités, et la nature inflexible des AEM. A. CHAYES et A. CHAYES, *op. cit.* (note 185), p. 10 et, également des mêmes auteurs, «On compliance», *I. Org.*, vol. 47, 1993, p. 188. La primauté accordée à la cause «manque de capacités» est partagée notamment par J. K. STRANLUND, «Public mechanisms to support compliance to an environmental norm», *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 28, 1995, p. 205.

²⁸² I. RUMMEL-BULSKA, «Implementation control : non-compliance procedure and dispute settlement : from Montreal to Basel», dans W. LANG (dir.), *op. cit.* (note 270), p. 53.

²⁸³ Comme Handl, nous sommes d'avis que le non-respect peut intervenir autant en raison d'un manque de capacités que d'un acte volontaire ou par négligence. G. HANDL, *loc. cit.* (note 274) p. 34. Cette approche est partagée par H. JACOBSON et E. BROWN WEISS, *op. cit.* (note 185).

technologies peuvent être à l'origine d'un non-respect. La Convention de Vienne, en n'envisageant pas les causes de la violation, repose sur le postulat que tous les Etats sont égaux. Or, malgré leur égalité souveraine, les Etats ne sont pas égaux en fait²⁸⁴. Les différences de niveau de développement socio-économique expliquent que certains pays, en raison de leurs capacités limitées, sont moins à même de respecter les engagements souscrits. Bien entendu, il est préférable que les différentes circonstances dans lesquelles se trouvent les pays soient reflétées par le biais de la création de droits et obligations différenciés au sein du traité²⁸⁵. Néanmoins, il peut arriver que, malgré cela, un Etat ne soit pas en mesure de s'acquitter de ses obligations à cause d'un manque de capacités. Dans ce cas, il conviendra que cette réalité soit prise en compte dans le cadre de la procédure de contrôle du respect du droit par le biais d'une approche différenciée.

Les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités posent également des difficultés au niveau des conséquences d'une violation²⁸⁶ : celles-ci sont peu compatibles avec l'objectif d'un AEM²⁸⁷. En application de la Convention de Vienne, la violation d'une obligation par une Partie libère les autres Parties de leur obligation de se conformer à leurs obligations. En d'autres termes, c'est avant tout l'intérêt individuel des Parties qui prime sur l'objectif du traité. Cette approche, qui est compatible avec un régime contractuel fondé sur un système d'obligations réciproques entre les Parties, est mise à mal lorsque le traité vise la protection d'un intérêt collectif. Dans ce cas, c'est avant tout l'intégrité du traité qui doit être préservée en aidant, s'il le faut, les Parties à se trouver à nouveau dans une situation de respect. Par ailleurs, l'effet dissuasif de la conséquence «œil pour œil, dent pour dent» ne s'applique guère dans un traité moins emprunt d'obligations réciproques.

Ces inconvénients de la Convention de Vienne sont inextricablement liés à la nature particulière des AEM. Ils ne sont cependant pas rédhibitoires. Nous montrerons, par le biais de l'exemple des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Montréal, qu'il est possible d'adapter ou, pour être plus précis, de compléter les règles de la Convention de Vienne de manière à les rendre plus compatibles avec les objectifs des AEM et le genre d'obligations qu'ils contiennent²⁸⁸.

²⁸⁴ Cette problématique est discutée plus amplement *infra* p. 159.

²⁸⁵ Sur cette question, voir les développements dans le deuxième chapitre de cette étude, *infra* p. 162ss.

²⁸⁶ Articles 70 et 72 de la Convention de Vienne.

²⁸⁷ Comme l'exprime Handl : «... the suspension of the operation ... would make little sense and indeed might be counterproductive». G. HANDL, *loc. cit.* (note 274), p. 33.

²⁸⁸ Voir *infra* p. 82.

2) *Les règles de droit international relatives à la responsabilité de l'Etat*²⁸⁹

Les règles de droit international relatives à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite sont, depuis 1955, objet de codification pour la Commission de Droit International (ci-après CDI)²⁹⁰. A l'issue de sa 53ème session en 2001, soit après une cinquantaine d'années d'efforts, la CDI a adopté un texte de projet d'articles sur cette question²⁹¹. Cependant, et malgré l'optimisme exprimé par le Rapporteur Spécial²⁹², l'entérinement, ne serait ce que politique, du texte n'était alors pas encore acquis. A l'issue de sa 53ème session, et après des discussions apparemment difficiles, la CDI avait en effet recommandé que, dans un premier temps, l'Assemblée Générale prenne note des projets d'articles proposés et que, dans un deuxième temps, cet organe envisage l'adoption d'une convention sur ce sujet²⁹³. En automne 2001, lors de sa 56ème session, l'Assemblée Générale a exprimé son appréciation pour la rédaction finale du projet d'articles²⁹⁴ et s'est limitée à en prendre note²⁹⁵. Concernant le sort du projet, elle a renvoyé la balle individuellement aux membres des Nations Unies en le soumettant à leur attention «sans préjudice de la question de son adoption future ou toute autre action appropriée»²⁹⁶.

On peine à imaginer que les Etats auront la volonté politique de se soumettre au projet d'articles proposé. Son statut demeure donc l'objet de spéculations. «Qui oserait, en tout cas, reprocher aux savants de n'avoir pu achever un dessein dont la réalisation ne dépend, en définitive, que des politiques ? »²⁹⁷. Au mieux, «the articles will have to prove themselves in practice» : seul un processus d'application par des organes judiciaires

²⁸⁹ Les publications doctrinales en la matière sont abondantes. Voir P. DUPUY, *La responsabilité internationale des Etats pour des dommages d'origine technologique ou industrielle* (Paris 1977). Pour la liste des publications plus récentes, voir F. FRANCONI et T. SCOVAZZI (Dir), *International responsibility for environmental harm* (Londres/Dordrecht/Boston, 1991). Voir également A. PELLET, «La codification du droit de la responsabilité internationale : tâtonnements et affrontements», dans L. BOISSON DE CHAZOURNES et V. GOWLLAND-DEBBAS (Dir), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité* (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 2001), p. 285 ; D. BODANSKY et J. O. CROOK, «Symposium : the ILC's State responsibility articles – Introduction and overview», *AJIL*, vol. 96 (2002), pp. 773-890 ; et P.-M. DUPUY, «Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats : un bilan », *RGDIP*, 107 (2003/2), pp. 305-346.

²⁹⁰ Résolution de l'Assemblée Générale 799 (VIII) du 7 décembre 1953.

²⁹¹ ONU doc. A/56/10, disponible sur : <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

²⁹² Ecrivain en 2000, James Crawford envisageait l'adoption d'un texte final en 2001. Voir J. CRAWFORD, P. BODEAU et J. PEEL, «The ILC's draft articles on state responsibility : towards completion of a second reading», *AJIL*, vol. 94, 2000, p. 660.

²⁹³ Voir le Rapport de la CDI à l'Assemblée Générale sur les travaux de sa 53ème session, pp. 39-42 (ONU doc. A/56/10, disponible sur : <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>).

²⁹⁴ ONU doc. A/RES/56/82.

²⁹⁵ ONU doc. A/RES/56/83.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ P.-M. DUPUY, *op. cit.* (note 289), p. 346.

internationaux²⁹⁸, similaire à ce que fut le cas pour la Convention de Vienne sur le droit des traités, permettra d'ancrer le projet d'articles dans le droit coutumier²⁹⁹. En attendant, l'option en vogue au sein des AEM semble être plutôt l'élaboration de régimes de responsabilité et d'indemnisation de nature civile, c'est-à-dire à la charge des individus responsables du dommage en lieu et place de l'Etat³⁰⁰.

Tout comme les règles de la Convention de Vienne, les règles de droit international relatives à la responsabilité de l'Etat présentent des déficiences³⁰¹. Tout d'abord, l'existence même d'un régime de responsabilité de l'Etat n'est pas sans contestations. Car si la doctrine aime souligner que ces règles existent bien, l'absence de pratique étatique sans équivoque, et en particulier le manque de volonté de la communauté internationale d'adopter une convention sur ce sujet, met à mal la consécration d'un régime solide de responsabilité internationale de l'Etat³⁰². Par ailleurs, un tel régime présente des problèmes additionnels dont certains sont similaires à ceux rencontrés par la Convention de Vienne sur le droit des traités³⁰³. Premièrement, le lien causal entre l'acte et le dommage est parfois difficile à établir. Deuxièmement, les causes de l'acte, en particulier un manque de capacités, ne sont pas prises en compte. Troisièmement, le régime de responsabilité intervient après que le dommage ait été causé alors que la priorité devrait être donnée à éviter la

²⁹⁸ Il faut noter à cet égard que la jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice n'est pas entièrement satisfaisante et fait écho à l'absence d'une pratique étatique sans équivoque. On citera en particulier l'arrêt de la CIJ dans l'*Affaire Relative au Projet Gabcikovo-Nagyymaros* où la Cour indiqua : « Il est au demeurant bien établi que, dès lors qu'un Etat a commis un acte internationalement illicite, sa responsabilité internationale est susceptible d'être engagée, quelle que soit la nature de l'obligation méconnue ». Avec James Crawford, Rapporteur spécial de la CDI, on peut se demander pourquoi la Cour a jugé bon ajouter le terme « susceptible » : n'est-ce pas tout acte international illicite qui engage la responsabilité de l'Etat ? Voir l'*Affaire Relative au Projet Gabcikovo-Nagyymaros* (Hongrie c. Slovaquie), Arrêt CIJ Recueil, 1997, para. 47 et le « Deuxième rapport sur la responsabilité de l'Etat », ONU doc. A/CN.4/498, p. 9.

²⁹⁹ D. BODANSKY et J. O. CROOK, *op. cit.* (note 289), p. 889.

³⁰⁰ P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), pp. 158-160. Voir à cet égard le Protocole à la Convention de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommage résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (1999) ainsi que le Protocole de la CEE/ONU sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommage aux cours d'eaux transfrontières causés par des accidents industriels impliquant des substances dangereuses, adopté en mai 2003 lors de la Conférence «Un Environnement pour l'Europe». Pour plus d'informations, voir le site : <http://www.unece.org/env/civil-liability/welcome.html>. Voir aussi les négociations sur un protocole similaire dans le cadre du Protocole de Cartagena (<http://www.biodiv.org/biosafety/liability.asp>). Voir également T. GHERING et M. JACHTENFUCHS, «Liability for transboundary environmental damage : towards a general liability regime ?», *EJIL*, vol. 4, 1999.

³⁰¹ Sur cette question, voir P.-M. DUPUY, «A propos des mésaventures de la responsabilité des Etats dans ses rapports avec la protection de l'environnement », dans *Les hommes et l'environnement*, en hommage à A. Kiss, M. PRIEUR (dir.) (Frison Roche, Paris, 1998), p. 275.

³⁰² M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 258), p. 125 note de bas de page 17, qui se réfère à B. CONFORTI, «Do states really accept responsibility for environmental damage ?», dans F. FRANCONI et T. SCOVAZZI (dir.), *op. cit.* (note 289).

³⁰³ P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), pp. 158-160.

survenance du dommage³⁰⁴, surtout s'il est irréparable. Enfin, les conséquences d'une responsabilité de l'Etat, que ce soit au niveau des contre-mesures ou des conséquences de la violation, sont inappropriées³⁰⁵.

Les règles de droit relatives à la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international sont encore plus contestées³⁰⁶. La CDI est saisie de la codification de ces règles depuis 1978³⁰⁷. En 1992, la CDI décida de commencer par mener à bien les travaux sur la prévention du dommage transfrontière et de passer ensuite aux mesures correctives. En août 2001, la CDI adopta le texte définitif d'un projet de préambule et d'une série de 19 articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, concluant ainsi son travail sur la première partie du sujet. La CDI recommanda à l'Assemblée Générale l'élaboration d'une convention sur cette base³⁰⁸. En automne 2001, lors de sa 56ème session, l'Assemblée Générale se limita à exprimer son appréciation pour les progrès accomplis sur le thème de la prévention³⁰⁹. Elle invita par ailleurs la CDI à reprendre l'examen du volet «responsabilité» de l'Etat pour faits internationalement licites³¹⁰. Conformément à cette requête, la CDI, lors de ses 54ème et 55ème sessions, a reconsidéré les questions de la responsabilité de l'Etat en cas de dommage ne résultant pas de la violation d'une obligation, notamment d'une obligation de prévention³¹¹. Pour l'heure, les débats se sont concentrés sur la délimitation de la portée du sujet ainsi que sur la répartition de la prise en charge des pertes entre intervenants en cause (l'Etat et l'exploitant). Et l'Assemblée Générale n'a pas, depuis, manifesté un empressement particulier vis-à-vis des efforts de codification des règles de droit international relatives à la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit³¹². En somme, ce droit demeure embryonnaire.

³⁰⁴ Pour contourner ce problème, le concept de prévention des différends est mis en avant. Sur le concept de «dispute avoidance», voir A. O. ADEDE, «Management of environmental disputes : avoidance versus settlement», dans W. LANG, *op. cit.* (note 10), pp. 115-124.

³⁰⁵ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 258), pp. 126-127.

³⁰⁶ Voir T. GHERING et M. JACHTENFUCHS, *loc. cit.* (note 300).

³⁰⁷ Voir le rapport de la CDI à l'Assemblée Générale sur les travaux relatifs à sa 55ème session, pp. 86-89 (ONU doc. A/58/10).

³⁰⁸ Voir le rapport de la CDI à l'Assemblée Générale sur les travaux relatifs à sa 53ème session, para. 97 (ONU doc. A/56/10).

³⁰⁹ ONU doc. A/RES/56/82.

³¹⁰ *Id.* para. 3.

³¹¹ Voir le Rapport de la CDI à l'Assemblée Générale sur les travaux de sa 54ème session ainsi que le Rapport de la CDI à l'Assemblée Générale sur les travaux de sa 55ème session (ONU doc. supplément No 10, A/57/10 et ONU doc. supplément No 10, A/58/10).

³¹² Voir le para. 2 de la Résolution A/RES/57/21 ainsi que le para. 1 de la Résolution A/RES/58/77 qui se bornent tous deux à recommander que la CDI continue ses travaux.

§ 2 Avantages des procédures de règlement des différends des AEM

Considérer que les procédures de règlement des différends des AEM sont inadéquates risque de mener à un rejet en bloc de tous les aspects de ces procédures. Or l'approche classique visant à assurer le respect du droit, surtout son volet juridique, présente des avantages évidents.

Les procédures juridictionnelles mettent un point final, au moins sous l'angle du droit, au différend. Une décision judiciaire ou arbitrale lie en effet les parties au différend et bénéficie de l'autorité de la chose jugée. Par ailleurs, et quand bien même les moyens de faire exécuter une telle décision sont rares³¹³ et pas ou peu utilisés, il existe une tendance de la part des Etats à s'y conformer³¹⁴. Cette autorité de la décision judiciaire ou arbitrale est liée au fait que les Etats ont accepté de soumettre leur différend à l'organe juridictionnel et qu'ils acceptent plus facilement le résultat d'un processus particulier dont les mots clés sont respect du droit, impartialité et égalité de traitement. Enfin, quand bien même une partie ne devait pas se conformer à une décision judiciaire, celle-ci permet à l'autre partie de bénéficier d'une base légitime pour une réaction qui serait, en d'autres circonstances, considérée comme illégale³¹⁵.

En plus de ces avantages propres à la nature juridictionnelle des procédures de règlements des différends, il faut souligner l'intérêt de leur nature bilatérale. En effet, si les AEM sont avant tout des traités élaborés dans l'intérêt commun et où chaque Partie a un intérêt à ce que toute autre Partie respecte ses engagements, la nature réciproque des obligations y contenues commence à prendre de l'ampleur. Le Protocole de Kyoto, par exemple, contient des obligations ayant un impact économique clair et direct sur les Etats Parties. En visant la protection d'un intérêt global, ce traité, comme d'autres AEM, requiert que des mesures coûteuses soient adoptées³¹⁶. Chaque Partie a donc un intérêt direct à ce que ses concurrents commerciaux respectent leurs engagements afin d'éviter un avantage compétitif indu. C'est la problématique du «cavalier seul», en application de laquelle une Partie

³¹³ En application de l'article 94 de la Charte des Nations Unies, une partie au différend peut saisir le Conseil de Sécurité dans la mesure où l'autre partie ne respecte pas la décision de la CIJ. Cette possibilité n'a pas encore, à ce jour, été invoquée avec succès. Voir B. A. ABJIBOLA, *Compliance with judgements of the International Court of Justice* (Bulterman & Kuijer eds, 1996), pp. 32-33.

³¹⁴ D'après une estimation effectuée par deux juges de la CIJ sur les décisions rendues par la Cour entre 1946 et 1995, seules 3 ou 4 d'entre elles ont été totalement ignorées par les parties au différend. B. A. ABJIBOLA, *id.* p. 35. Voir également le commentaire du Juge Schwebel, *id.* pp. 39-40.

³¹⁵ R. B. BILDER, «International dispute settlement and the role of international adjudication», *Emory Journal of International Dispute Resolution*, vol. 1, 1987, p. 147.

³¹⁶ Pour une discussion de la difficile estimation des coûts liés à la réduction des gaz à effet de serre, voir *supra* note 116.

serait tentée de ne pas respecter ses obligations tout en bénéficiant des avantages environnementaux découlant des efforts fournis par les autres Parties. Au surplus, des mesures prises dans un objectif de protection de l'environnement, tel que le refus d'autoriser l'importation d'un organisme vivant modifié, peuvent avoir un impact commercial direct entre deux Parties. Là aussi, l'aspect bilatéral de l'AEM ne doit pas être oublié. On peut donc en conclure que si les Parties n'ont, par le passé, pas eu recours aux procédures de règlement des différends offertes par les AEM, c'est en partie en raison du fait qu'il n'y avait pas de véritable motif pour un différend bilatéral³¹⁷. Ceci pourrait changer avec l'impact économique croissant des AEM. En théorie, et vu le nombre de différends ayant des aspects environnementaux qui sont réglés dans le cadre de l'OMC³¹⁸, il n'y a pas de raison pour que des différends bilatéraux ne soient pas, dans le futur, davantage réglés dans le cadre des AEM de manière à protéger les intérêts commerciaux et, en cas d'atteinte à ceux-ci, offrir réparation. Et si les mécanismes de contrôle du respect offrent des garanties juridiques équivalentes à celles d'un organe juridictionnel, ces différends bilatéraux pourront y être réglés.

En conclusion, si les procédures de règlement des différends des AEM semblent, à l'heure actuelle, peu attrayantes et si elles ont des désavantages manifestes, certaines de leurs caractéristiques (nature bilatérale, force obligatoire de leurs conséquences, mais également sécurité juridique et garanties dans la conduite de la procédure) méritent d'être soulignées.

§ 3 Comment rendre opérationnelles les procédures de règlement des différends des AEM ?

En raison des avantages de ces procédures, des efforts ont récemment été déployés en vue de promouvoir le recours aux moyens juridictionnels de règlement de différends relatifs à la protection de l'environnement. Parmi ceux-ci, on notera la création en 1993 d'une Chambre de la CIJ pour les affaires envi-

³¹⁷ Une explication alternative est avancée par Romano. L'absence de recours aux procédures de règlement des différends résulterait du fait que ces procédures constituent un moyen efficace d'éviter la survenance d'un différend : «Knowing that if things turn nasty there will be a formal procedure that will question parties' reasons, possibly by exposing them to third-party scrutiny, might simply induce the parties to settle the issue confidentially among themselves or simply to avert confrontation by modifying their behavior». C. ROMANO, *op. cit.* (note 242), p. 44. Cet argument est cependant peu pertinent dans le cas des AEM où les Parties ne se soumettent qu'exceptionnellement à une procédure judiciaire obligatoire sur saisine unilatérale. Dans ce cas, l'effet dissuasif n'existe pas. Voir J. WERKSMAN, *loc. cit.* (note 110), p. 62.

³¹⁸ Sur les aspects environnementaux des différends soumis à l'OMC, voir : J. DUNOFF, «Institutional misfits : the GATT, the ICJ and the trade/environment disputes», *Michigan Journal of International Law*, vol. 15, 1994, p. 1043 ; E.U. PETERSMANN, «International trade law and international environmental law- prevention and settlement of international disputes in GATT», *JWTL*, vol. 27, 1993, p. 42 ; T.J. SCHOENBAUM, «International trade and the protection of the environment : the continuing search for reconciliation», *AJIL*, vol. 91, 1997, p. 268.

ronnementales³¹⁹. Néanmoins, les Etats n'ont, à ce jour, pas fait usage de cette opportunité, et ce malgré la soumission à la CIJ de différends aux dimensions environnementales évidentes, tels que l'*Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*³²⁰. Un autre exemple récent d'effort pour promouvoir le recours aux organes juridictionnels de règlement des différends est l'adoption par la Cour Permanente d'Arbitrage, en 2001, de Règles de procédure pour l'arbitrage de différends relatifs aux ressources naturelles ou à l'environnement³²¹. Ces règles n'ont pas encore trouvé application. On notera également qu'en vue de faire des procédures de règlement des différends des institutions plus adéquates pour s'appliquer dans le contexte d'accords multilatéraux, l'Institut de droit International a adopté, en 1999, une résolution relative au «règlement judiciaire et arbitral des différends internationaux impliquant plus de deux Etats»³²². Enfin, la création d'une Cour internationale de l'Environnement permettant à des acteurs non gouvernementaux de porter plainte contre un Etat a toujours son contingent de partisans³²³.

En parallèle à ces efforts visant des organes juridictionnels globaux, des tentatives ont été lancées dans le cadre d'AEM particuliers en vue de rendre les procédures de règlement des différends plus attrayantes et de fournir, de cette manière, une alternative aux procédures de l'OMC. Déjà au moment des négociations de la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone, une minorité d'Etats avaient, en vain, essayé de rendre obligatoire, sur demande unilatérale d'une Partie, le recours à une procédure

³¹⁹ Compétence prévue par l'article 26 du Statut de la CIJ. Sur le rôle de la CIJ dans le règlement de différends environnementaux, voir M. FITZMAURICE, *op. cit.*, (note 242), p. 293. Sur la chambre spéciale pour les questions d'environnement, voir R. RANJEVA, « La Cour internationale de Justice et sa Chambre spéciale pour les questions d'environnement », *AFDI*, 1994, pp. 434-441. Pour les raisons de l'absence de recours, jusqu'ici, à cette Chambre, voir P. OKAWA, *op. cit.* (note 242) p. 169. Cet auteur cite les causes suivantes : l'accès à la Chambre est soumis aux mêmes restrictions que celles qui caractérisent l'accès à la CIJ ; les normes des AEM sont de nature faiblement contraignante ; les membres de la Chambre n'ont pas d'expertise particulière dans le domaine de la protection de l'environnement ; et il n'existe pas de méthode pour déterminer si un différend est «environnemental».

³²⁰ CIJ Recueil 1997.

³²¹ Pour plus d'informations, voir le site de la CPA : <http://www.pca-cpa.org/FR/RDE/index.htm>.

³²² INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire*, vol. 68 tome II, 1999, p. 376.

³²³ Voir notamment R. L. JUNI, «The United Nations Compensation Commission as a model for an International Environmental Court», *Environmental Law*, vol. 53, 2000, p. 55 ; P. RODGERS KALAS, «International environmental dispute resolution and the need for access by non-state entities», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 12, 2001, p. 191 ; P. SANDS, «The environment, community and international law», *Harv.Int'l L.J.*, vol. 30, 1989, pp. 411-412 ; D. WIRTH, *loc. cit.* (note 272), p. 802 ; L. HELFER et A-M. SLAUGHTER, «Toward a theory of effective and supranational adjudication», *Yale Law Journal*, vol. 107, 1997, p. 273 ; J. H. KNOX, «A new approach to compliance with international environmental law : the submissions procedure of the NAFTA environmental commission», *Ecology Quarterly*, vol. 28, 2001, p. 1 ; et A. REST, «Need for an international court for the environment ? Underdeveloped legal protection for the individual in transnational litigation», *Environmental Policy and Law*, vol. 24, 1994, p. 173.

juridictionnelle de règlement des différends³²⁴. Plus récemment, dans le cadre des négociations de la Convention de Rotterdam, le Canada a proposé que la procédure d'arbitrage soit obligatoire dans la mesure où une des Parties au différend le requiert³²⁵. Cette tentative, soutenue par l'Union européenne, avorta néanmoins et un article «type» de procédure de règlement des différends fut adopté en lieu et place³²⁶, à savoir qu'un règlement juridictionnel ne peut se faire qu'avec l'accord des deux parties au différend. Un autre genre d'effort, moins ambitieux il est vrai, a visé à l'élaboration d'annexes détaillant les procédures d'arbitrage et de conciliation. Se basant sur le précédent établi dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique³²⁷, les Parties à la Convention de Rotterdam ont adopté des procédures d'arbitrage et de conciliation détaillées³²⁸. Bien que ce genre d'efforts soit louable, il est néanmoins loin de l'objectif que serait la mise en place de procédures de règlement des différends à la fois obligatoires sur demande unilatérale d'une Partie et à l'issue légalement contraignante³²⁹.

Une troisième option pour tirer profit des avantages de la nature juridictionnelle des procédures de règlement des différends est l'élaboration de régimes de responsabilité civile et d'indemnisation. Ceux-ci constituent une voie plus en vogue que le recours aux règles internationales de responsabilité de l'Etat³³⁰. Le Protocole de 1999 à la Convention de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommage résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux³³¹ constitue une première pour les AEM d'envergure globale. Au niveau de la CEE/ONU, un

³²⁴ Annexe à l'Acte Final de la Conférence de Vienne des Plénipotentiaires sur la protection de la couche d'ozone, doc. UNEP/IG.53/5/Rev.1 (1985). Le premier paragraphe de cet Acte est : « The delegations of Australia, Austria, Belgium, Canada, Chile, Denmark, Finland, France, Germany (Federal Republic of), Italy, Netherlands, New Zealand, Norway, Sweden, Switzerland, and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland express their regret at the absence from the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer of any provision for the compulsory settlement of disputes by third parties, at the request of one party. Consistently with their traditional support for such a procedure, these delegations appeal to all Parties to the Convention to make use of the possibility of a declaration under article 11, paragraph 3, of the Convention».

³²⁵ Doc. UNEP/FAO/PIC/INC.3/2.

³²⁶ Article 20 de la Convention de Rotterdam.

³²⁷ Voir l'annexe II à la Convention sur la diversité biologique.

³²⁸ Décision RC-1/11. Voir le Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international sur les travaux de sa première réunion (20-24 septembre 2004), doc. UNEP/FAO/RC/COP.1/33.

³²⁹ Voir le regret exprimé par l'Union européenne pendant la 8ème session du Comité Intergouvernemental de Négociation. Voir le *BNT*, Vol.15 No 63.

³³⁰ P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), pp. 158-160. Voir également T. GHERING et M. JACHTENFUCHS, *loc. cit.* (note 300).

³³¹ Entamées en 1993, les négociations du Protocole se sont achevées 6 ans plus tard lors de Cinquième Conférence des Parties (Bâle, Décembre 1999). En avril 2005, le Protocole n'avait que cinq Parties. Il en faut 20 pour que le Protocole entre en vigueur. Pour le texte du Protocole, voir le doc. UNEP/CHW.1/WG.1/9/2 disponible sur : <http://www.basel.int/COP5/docs/Prot-f.PDF>.

Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommage aux cours d'eaux transfrontières causés par des accidents industriels impliquant des substances dangereuses a été adopté en mai 2003 lors de la Conférence «Un Environnement pour l'Europe»³³². Une initiative en vue de l'élaboration d'un régime semblable est en cours dans le cadre du Protocole de Cartagena³³³. Certes, ces régimes de responsabilité civile ont des traits communs avec les procédures de règlement des différends : ils ont pour objet un règlement judiciaire d'un différend relatif au respect d'un AEM. Leurs principales différences sont premièrement qu'ils visent à unifier les législations nationales préexistantes, deuxièmement qu'ils reposent sur la responsabilité des opérateurs et enfin qu'ils ont une portée limitée à la réparation d'un dommage résultant d'actes spécifiques.

En conclusion, les méthodes classiques visant à assurer le respect du droit offrent des avantages certains. Néanmoins, si des efforts ont été entrepris pour rendre les procédures de règlement des différends relatifs à des AEM plus opérationnelles, leurs résultats sont maigres. En particulier, les tentatives de prévoir une saisine unilatérale d'un organe juridictionnel soulèvent une forte résistance de la part des Etats. Faut-il alors renoncer aux avantages qu'offrent les procédures de règlement des différends ? C'est ce que nous examinerons dans le paragraphe suivant.

§ 4 Intégration des avantages des procédures juridictionnelles de règlement des différends dans les mécanismes de contrôle du respect des AEM

Le dilemme est le suivant : comment tirer profit des avantages des techniques juridictionnelles visant à assurer le respect du droit (nature bilatérale, force obligatoire de la décision et sécurité juridique) sans se heurter à la réticence traditionnelle des Etats dans le contexte des AEM à se soumettre à une procédure de ce type ? La réponse à cette question nous est apportée par les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto. En effet, le texte de ces mécanismes nie une incompatibilité entre l'approche classique de règlement des différends et celle du contrôle de respect du droit. En fait, il n'existe pas de ligne claire entre ces deux approches³³⁴ : toutes deux visent à assurer que les

³³² Les Parties ont élaboré un régime de responsabilité civile commun à la Convention de la CEE/ONU sur les accidents industriels et à celle sur l'eau. Pour le texte du Protocole, voir le doc. ECE/MP.WAT/11-ECE/CP.TEIA/9. Pour plus d'informations, voir le site : <http://www.unece.org/env/civil-liability/welcome.html>.

³³³ Pour plus d'informations, voir le site du Secrétariat de la Convention : <http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/impact/>.

³³⁴ Cet avis est partagé par J. KNOX, *loc. cit.* (note 323), pp. 36, 40-41 et 120-121. Cet auteur propose en l'occurrence d'intégrer les avantages d'une procédure judiciaire dans une approche de type «managerial» et prend comme exemple de précédent le Protocole Additionnel au Pacte sur les

Etats respectent les engagements souscrits et toutes deux ont des avantages et des inconvénients. Il s'agit en fait, comme l'ont fait les Parties à la Convention climat, de développer des procédures et mécanismes qui intègrent les avantages de ces deux approches³³⁵, plutôt que d'en faire des institutions distinctes et complémentaires³³⁶, voire concurrentes³³⁷.

Intégrer les avantages des procédures juridictionnelles de règlement des différends au sein des mécanismes de contrôle du respect des AEM, plutôt qu'élaborer ces institutions en parallèle, offre effectivement plusieurs avantages. Tout d'abord, cela permet d'éviter l'application des règles peu satisfaisantes contenues dans la Convention de Vienne sur le droit des traités ainsi que celles relatives à la responsabilité internationale de l'Etat³³⁸. Ensuite, une intégration des avantages des procédures juridictionnelles de règlement des différends au sein des mécanismes de contrôle du respect des AEM constitue une technique de négociation qui facilite la tâche des Etats, en particulier les membres de l'Union européenne et la Suisse, favorables à une approche juridictionnelle du contrôle du respect du traité. En effet, ces Etats peuvent faire la proposition suivante : si un organe de type juridictionnel est établi, alors ils accepteront la mise en place d'une procédure de facilitation, laquelle est toujours très prisée par les pays en développement et une partie des pays industrialisés (Australie, Japon et Russie, notamment). Un troisième avantage résulte de la mise en place d'un mécanisme visant à assurer le respect des obligations propres à l'AEM. Cette approche évite le genre de susceptibilités liées à l'existence d'un organe juridictionnel de règlement des différends totalement indépendant³³⁹. Les sensibilités politiques des Parties sont en quelque sorte préservées et la relation de confiance entre les Parties et l'organe de contrôle est renforcée. Par ailleurs, un système de contrôle du respect autonome présente l'avantage de promouvoir le niveau d'expertise des

Droits Civils et Politiques ainsi que le système mis en place dans le cadre de l'OIT. Sur l'approche «managerial», voir *supra* note 185 p. 39.

³³⁵ S'exprimant alors avec prudence, et avant l'adoption des mécanismes de contrôle du Protocole de Kyoto, Jutta Brunnee indiquait : «it ... seems possible that the Protocol compliance regime can carve out a rôle for some type of dispute settlement procedure, for example, for an appel process...». J. BRUNNEE, *loc. cit.* (note 202), p. 266.

³³⁶ La complémentarité des procédures de règlement des différends et des mécanismes de contrôle du respect, et donc leur existence parallèle, est notamment suggérée par Romano et Okawa. Voir C. ROMANO, *op. cit.* (note 242), p. 90 et P. OKAWA, *op. cit.* (note 242), p. 172.

³³⁷ Il est intéressant de noter que la proposition d'établir une institution combinant un mécanisme de contrôle du respect et une procédure de règlement des différends avait été effectuée dans le cadre des négociations relatives à l'établissement du processus consultatif multilatéral de la Convention climat, mais rejetée en raison du fait que la plupart des Parties préféraient des institutions différentes. Voir M. EHRMANN, *loc. cit.* (note 105), p. 420.

³³⁸ Voir *supra* p. 59ss.

³³⁹ Une autre possibilité consiste à créer un organe de type juridictionnel «interne» au traité. En ayant recours à ce procédé, les Parties à la Convention sur le droit de la mer ainsi que les membres de l'OMC ont créé des procédures de règlement des différends plus proches des intérêts des Etats concernés.

membres de l'organe de contrôle, en particulier dans le contexte d'un AEM ayant les caractéristiques d'un régime par nature évolutif³⁴⁰. Enfin, cela permet de tailler sur mesure les mécanismes, en tenant compte des spécificités du contenu de l'AEM, notamment de la nature des obligations, ainsi que des intérêts particuliers des Parties à un AEM. Un quatrième avantage résulte du fait que les mécanismes de contrôle du respect peuvent facilement intégrer la nature bilatérale des procédures de règlements des différends et de ce fait protéger des intérêts plus directs des Parties tels que des intérêts économiques. C'est le cas non seulement en raison de la possibilité pour une Partie de saisir le comité à propos des questions de mise en œuvre relatives à une autre Partie, mais également en raison du genre des mesures consécutives pouvant être décidées qui, à la fois, incitent au respect et découragent le non-respect du traité. Les mécanismes de contrôle du respect sont donc en mesure de servir le double objectif de protéger l'environnement et de protéger les intérêts économiques des Parties.

En conséquence, il semble plus prometteur d'intégrer les avantages des procédures juridictionnelles de règlement des différends au sein des mécanismes de contrôle du respect des AEM plutôt que de développer ces deux catégories d'institutions en parallèle. Nous verrons ci-dessous³⁴¹ dans quelle mesure les négociateurs des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto ont réussi dans cette entreprise. Auparavant, nous effectuerons un tour d'horizon des éléments institutionnels des mécanismes de contrôle du respect de six autres AEM. Cela nous permettra d'une part, de présenter le cadre plus général dans lequel s'inscrivent ces mécanismes, d'autre part, d'offrir un cadre comparatif pour une analyse des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto.

Section III

Les prédécesseurs et successeurs aux mécanismes de contrôle du respect du régime climatique : vers un système du contrôle renforcé du respect des AEM

§ 1 Introduction

Cette section nous conduit à élargir le champ de notre étude à la famille des mécanismes de contrôle du respect des AEM. Car le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto n'est pas un «accident de parcours» dans le

³⁴⁰ Sur la nature évolutive du Protocole de Kyoto, voir *supra* pp. 10-11.

³⁴¹ Voir *infra* p. 133ss.

contexte des AEM. Au contraire, il s'inscrit pleinement dans le cadre d'une prolifération actuelle de tels mécanismes. Depuis 1990 en effet, des institutions de ce type ont été élaborées ou sont en cours d'élaboration dans une multitude d'AEM d'envergure régionale ou globale³⁴². Avant l'adoption du mécanisme de contrôle du Protocole de Kyoto, les Parties au Protocole de Montréal ainsi qu'à la Convention de Genève avaient déjà adopté leur propre mécanisme. Peu de temps après l'adoption des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto, les Parties à la Convention de Bâle, à la Convention d'Aarhus ainsi que les Parties au Protocole de Cartagena adoptaient le leur. A la même époque, les Parties à la Convention de Rotterdam étaient en train d'élaborer leur propre régime de contrôle du respect. Pour les besoins de notre étude, nous nous intéresserons aux mécanismes de contrôle du respect élaborés dans le cadre de ces six autres traités³⁴³.

L'élaboration d'un mécanisme de contrôle du respect dans le cadre du Protocole de Kyoto s'inscrit donc dans une tendance plus générale des Etats qui consiste à développer des alternatives aux techniques plus classiques visant à assurer le respect du droit, en l'occurrence les procédures de règlement des différends. Cette effervescence en matière de mécanismes de contrôle dans le cadre des AEM se distingue d'ailleurs de la multiplication actuelle d'institutions judiciaires internationales dans d'autres domaines du

³⁴² Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (1979) et ses huit Protocoles, Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (1989), Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (1991, Convention Espoo), Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (1992), Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (1992), Protocole de Kyoto (1997) à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Convention de Rotterdam sur le procédé de consentement préalable en connaissance de cause (1998), Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (2000) à la Convention sur la diversité biologique (1992) et Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (1998). A noter que les AEM ne sont pas le premier genre de traités dans le cadre duquel de tels mécanismes sont élaborés. Des précédents existent en particulier dans les domaines du désarmement et de la protection des droits de l'homme. Dans le domaine du désarmement, voir W. LANG, «Compliance with disarmament obligations», *ZaöRV*, vol. 55, 1995, p. 69 ; A. CHAYES et A. CHAYES, *op. cit.* (note 185). Dans le domaine des droits de l'homme, voir H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265) p. 204. Voir également C. ROMANO, «The ILO system of supervision and control : a review and lessons for multilateral environmental agreements», International Institute for Applied Systems Analysis, ER-96-1 (Mai 1996), disponible sur : <http://www.iiasa.ac.at/Publications/Documents/ER-96-001.html>.

³⁴³ La Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (2001) ne rentre pas dans le champ de notre étude car les Parties à ce traité ont décidé de considérer formellement cette question uniquement après l'entrée en vigueur de ce traité, c'est-à-dire lorsque se tiendra la première Conférence des Parties (2-6 mai 2005). Voir p. 18, para. 126-131 du rapport de la septième session du Comité intergouvernemental de négociation (doc. UNEP/POPS/INC.7/28, disponible sur <http://www.pops.int/documents/meetings/inc7/finalreport/en/K0362359.pdf>). Pour le texte de la Convention, voir le site http://www.pops.int/documents/convtext/convtext_fr.pdf, ou la notification dépositaire C.N.531.2001.Treaties-96 du 19 juin 2001. La Convention entrera en vigueur le 17 mai 2004. Pour le détail des ratifications voir <http://www.pops.int/documents/signature/signstatus.htm>.

droit international³⁴⁴. Plusieurs facteurs particuliers sont mis en avant pour justifier l'importance croissante de ces mécanismes³⁴⁵. Premièrement, les AEM réglementent des questions relativement techniques et complexes. L'institution chargée de veiller à ce que les Parties respectent les engagements souscrits devra, de son côté, être apte à évaluer la complexité de la matière. Deuxièmement, la mise en œuvre des AEM est associée à des coûts qui pourraient tenter plus d'une Partie de faire cavalier seul. Un mécanisme de contrôle du respect sera donc utile à la fois pour réduire cette tentation et instaurer un climat de confiance entre toutes les Parties. Troisièmement, les AEM ont un caractère particulièrement évolutif, une caractéristique qui explique qu'ils sont souvent qualifiés de «régimes» : un ensemble dynamique de règles, normes et procédures destinées à régir des comportements et contrôler leurs effets³⁴⁶. Ces traités sont en effet construits sur la base de données scientifiques et le contenu de leurs droits et obligations est progressivement remodelé à la lumière de l'évolution des connaissances dans ce domaine. On peut parler à cet égard d'une constante «mise à jour» des AEM, en particulier par le biais de l'adoption d'amendements ou de protocoles, dans le but de faire concilier au mieux la poursuite de leur objectif avec le niveau des connaissances scientifiques à un moment donné. Un mécanisme de contrôle aura donc l'utilité, en cas de doute, de pouvoir clarifier le contenu normatif de l'AEM.

³⁴⁴ Sur la prolifération d'organes judiciaires internationaux, voir : L. BOISSON DE CHAZOURNES, «Multiplication des instances de règlement des différends : vers la promotion de la règle de droit», *Forum de Droit International, La Revue de l'Association de droit international*, 1998, pp. 14-15 ; du même auteur, «Implications of the proliferation of international adjudicatory bodies for dispute resolution», *Proc. ASIL, Forum co-sponsored with the Graduate Institute of International Studies* (Laurence Boisson de Chazournes ed. 1995); J. I. CHARNEY, «International law and multiple international tribunals», *RCADI*, vol. 271, 1998, p. 327 ; du même auteur, «The implications of expanding international dispute settlement systems : the 1982 Convention on the law of the sea», *AJIL*, vol. 90, 1996, p. 69 ; B. KINGSBURY, «Foreword : is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem ?», *NYUJIL Pol.*, vol. 31, 1999, p. 679 ; J. I. CHARNEY, «The impact of the international legal system of the growth of international courts and tribunals», *NYUJIL Pol.*, vol. 31, 1999, p. 697 ; C. ROMANO, «The proliferation of international judicial bodies : the pieces of the puzzle», *NYUJIL Pol.*, vol. 31, 1999, p. 709 ; G. ABI-SAAB, «Fragmentation or unification : some concluding remarks», *NYUJIL Pol.*, vol. 31, 1999, p. 919 ; A. BOYLE, «The proliferation of international jurisdictions and its implications for the court», dans BOWETT *et al.* (dir.), *The International Court of Justice : process, practice and procedure* (BIICL, 1997), p. 124 ; G. GUILLAUME, «The proliferation of international judicial bodies : the outlook for the international legal order», discours donné devant le Sixième Comité de l'Assemblée Générale le 27 octobre 2000, disponible sur le site : http://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/SPEECHES/cSpeechPresident_Guillaume_SixthCommittee_20001027.htm; R. O. KEOHANE, A. MORAVCSIK et A.-M. SLAUGHTER, «Legalized dispute resolution : interstate and transnational», *I. Org.*, vol. 54, 2000, p. 457.

³⁴⁵ G. HANDL, *loc. cit.* (note 274), p. 29.

³⁴⁶ Sur la notion de régime, voir W. LANG, «Diplomacy and ozone making : some observations», *Yb.Int'l Env.L.*, vol. 3, 1992, p. 117 ; du même auteur, «Is the ozone depletion regime a model of an emerging regime on global warming ?», *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y*, vol. 9, 1991, p. 161 ; T. GEHRING, «International environmental regimes : dynamic sectoral legal systems», *Yb.Int'l Env.L.*, vol. 1, 1990, p. 47 ; C. ROMANO, *op. cit.* (note 242), pp. 84-88.

Un tour d'horizon des mécanismes de contrôle des AEM nous permettra, dans un premier temps, de mettre en évidence des développements intéressants en droit international de l'environnement, en particulier l'émergence d'un système de mécanismes de contrôle du respect des AEM. Dans un deuxième temps, nous nous appuierons sur les caractéristiques de ces différents mécanismes de contrôle pour en mettre en valeur l'originalité et peser l'importance des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto.

A l'heure actuelle, les mécanismes de contrôle du respect des AEM oscillent entre deux tendances. D'un côté, un certain degré d'atomisation résulte de l'approche *ad hoc* qui caractérise les négociations des mécanismes de contrôle du respect³⁴⁷. D'un autre côté, on décèle néanmoins une «standardisation» progressive de ces institutions³⁴⁸. L'approche *ad hoc* s'explique à la fois par des considérations formelles et matérielles. Au niveau formel, chaque traité est indépendant des autres. La résistance des Etats à la création d'une organisation mondiale de l'environnement qui pourrait chapeauter tous ces accords et en faire une famille d'AEM réduit les efforts de rationalisation et l'émergence d'un modèle de mécanismes de contrôle de respect des obligations. Au niveau matériel, ces mécanismes se superposent à une structure existante : le traité. Le mécanisme de contrôle du respect doit, logiquement, s'adapter à son contenu : ses organes, la nature de ses obligations, la qualité de ses Parties, le contenu de ses obligations. C'est ainsi que s'il existe déjà un organe chargé de la mise en œuvre collective du traité, le mécanisme à établir devra éviter de faire double emploi en se cantonnant au contrôle de la mise en œuvre au niveau individuel³⁴⁹. De même, si les obligations laissent beaucoup de discrétion aux Parties quant à leur mise en œuvre, il sera moins raisonnable de prévoir un mécanisme avec des sanctions légalement contraignantes à la clé. Egalement, si des Parties sont des pays en développement susceptibles de rencontrer des difficultés techniques ou financières pour respecter les engagements souscrits, il conviendra que le mécanisme de contrôle du respect soit capable de fournir une telle assistance. Enfin, si les obligations à la charge des Parties sont synonymes d'efforts coûteux, le mécanisme devra mettre en place des procédures de nature plus juridictionnelle offrant aux Parties plus de sécurité juridique. On comprend mieux ainsi pourquoi le processus consultatif multilatéral établi dans le cadre

³⁴⁷ R. GREENSPAN BELL, «Developing a culture of compliance in the international environmental regime», *Environmental Law Reporter*, vol. 27, 1997, p. 10402 : «Differences in the type of interest that is being protected in the agreement, the economic interests affected and dozens of other factors will affect the choice of appropriate compliance mechanisms».

³⁴⁸ A. KISS, « Préface », dans C. IMPERIALI (dir.), *op. cit.* (note 35), p. 5.

³⁴⁹ C'est le cas de l'organe subsidiaire de mise en œuvre de la Convention climat. *A contrario*, si un tel organe n'existe pas, alors le mécanisme de contrôle du respect peut exercer une fonction générale relative au respect du traité. C'est notamment le cas dans le cadre de la Convention de Bâle et du Protocole de Cartagena. Voir *infra* p. 89 et p. 92.

de la Convention climat est de nature facilitatrice : c'est en raison de la nature essentiellement aspiratoire des obligations y contenues³⁵⁰. Par contre, le mécanisme de contrôle du respect établi dans le cadre du Protocole de Kyoto est constitué notamment d'un groupe de l'exécution chargé d'assurer que les obligations précises – et coûteuses – mises à la charge des pays industrialisés seront respectées et qu'en cas de non-respect, des sanctions plutôt qu'une assistance seront décidées³⁵¹.

Les moyens de parvenir à une certaine rationalisation des institutions de contrôle ont déjà fait l'objet de réflexions doctrinales. En présentant les avantages et inconvénients d'efforts de rationalisation «verticale» et «horizontale», Maljean-Dubois souligne l'intérêt d'une meilleure coopération entre les secrétariats des différents AEM³⁵². En pratique, seuls des efforts limités ont été à ce jour entrepris pour tenter de développer un cadre juridique plus uniforme pour les différents mécanismes de contrôle de respect des AEM. On mentionnera à cet égard les «Lignes directrices sur le respect et l'exécution des AEM»³⁵³ adoptées par le Conseil d'administration du PNUE en 2002. Celles-ci se limitent cependant à présenter les divers éléments constitutifs possibles des mécanismes de contrôle du respect des AEM, sans faire de recommandations concrètes. On indiquera également les propositions faites, dans le cadre des AEM, en vue d'élaborer des mécanismes de contrôle du respect communs à deux traités. Les Pays-Bas, notamment, ont suggéré une institution de ce type conjointement pour les Conventions de Bâle et de Rotterdam³⁵⁴, une option innovatrice qui n'a cependant même pas recueilli le soutien de l'Union européenne. Plus de succès a été remporté dans le cadre de la Convention d'Aarhus : un paragraphe intitulé «renforcement des synergies» encourage des contacts entre le comité d'examen et les organes d'autres procédures d'examen du respect des dispositions³⁵⁵. Bien que le pas soit timide, il constitue une première notable qui ouvre formellement la porte à une approche plus systématique.

³⁵⁰ Voir P. SZELL, «Compliance regimes for multilateral environmental agreements – a progress report», *Environmental Policy and Law*, vol. 27, 1997, p. 306.

³⁵¹ Voir *supra* p. 47.

³⁵² S. MALJEAN-DUBOIS, «Institutions et organes de contrôle – Le foisonnement des institutions conventionnelles», dans C. IMPERIALI *op. cit.* (note 35), pp. 25-56.

³⁵³ En anglais, «Guidelines on compliance and enforcement of MEAs». Ces lignes directrices ont été adoptées par le Conseil d'administration du PNUE pendant sa septième session extraordinaire (13-15 février 2002). Voir doc. UNEP/GCSS.VII/L.3/Add.1.

³⁵⁴ Doc. UNEP/FAO/PIC/INC.8/INF/2. Voir également la note de bas de page 3 dans l'annexe VII au rapport de la neuvième session du comité intergouvernemental de négociation (doc. UNEP/FAO/PIC/INC.9/21).

³⁵⁵ Para. 39 de l'annexe à la décision I/7 relative à la Structure et fonctions du comité d'examen du respect des dispositions et procédures d'examen du respect des dispositions (doc. ECE.MP.PP/2/Add.8).

L'approche visant à élaborer des mécanismes taillés sur mesure a certes présenté l'avantage de favoriser le développement d'éléments innovateurs au sein de ces institutions, comme en témoignent certaines caractéristiques des mécanismes de contrôle du respect de la Convention d'Aarhus (rôle du public)³⁵⁶ et du Protocole de Kyoto (procédure quasi-juridictionnelle du groupe de l'exécution)³⁵⁷. Néanmoins, avec sept mécanismes de contrôle du respect des AEM bientôt opérationnels³⁵⁸, on risque d'assister à une «institution congestion»³⁵⁹. Des considérations d'économie institutionnelle ainsi que l'importance qu'il y a à tirer profit de l'expérience et des bénéfices des différents mécanismes militent en faveur d'une approche plus systématique. Au surplus, une approche exclusivement *ad hoc* peut se dégrader en un formalisme excessif, en une technicité exagérée dont les subtilités ne sauront être appréciées ou reflétées en pratique et qui freine la consécration d'un système de mécanismes de contrôle de respect du droit. En somme, l'approche *ad hoc* connaît des limites : elle ne constitue pas un frein à une tentative d'identification des éléments clés qui, à notre sens, devraient caractériser l'ensemble de ces institutions. Il est temps de dépasser le stade «embryonnaire», qui caractérisait, en 1995, un système de contrôle du respect du droit³⁶⁰.

§ 2 Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal³⁶¹

A. Introduction

Le Protocole de Montréal régit la réduction des substances appauvrissant la couche stratosphérique d'ozone sur la base d'un calendrier³⁶². Ce traité contrôle également l'importation et l'exportation de ces substances aux États non-Parties³⁶³. Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal constitue non seulement «une première» dans le domaine des

³⁵⁶ Voir *infra* p. 86.

³⁵⁷ Voir *infra* p. 134.

³⁵⁸ A ce jour, seuls deux mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève. Le mécanisme de contrôle du Protocole de Kyoto sera uniquement mis à contribution après son adoption par la première réunion de ses Parties.

³⁵⁹ L'expression est de S. MALJEAN-DUBOIS, *loc. cit.* (note 352), p. 56.

³⁶⁰ L. BOISSON DE CHAZOURNES, *loc. cit.* (note 266), p. 61.

³⁶¹ Pour une présentation de cette institution, voir S. MALJEAN-DUBOIS, « Un mécanisme original : la procédure de non-compliance du Protocole relatif aux substances appauvrissant la couche d'ozone », dans C. IMPERIALI, *op. cit.* (note 35), p. 225.

³⁶² Article 2 du Protocole de Montréal.

³⁶³ Article 4 du Protocole de Montréal.

AEM³⁶⁴, il est en général largement reconnu comme étant un succès³⁶⁵ et sert souvent de référence dans le cadre de l'élaboration de mécanismes similaires développés dans d'autres AEM³⁶⁶. Pour cette raison, nous donnerons une importance particulière aux éléments institutionnels de ce mécanisme.

S'il n'est pas contesté que les Etats-Unis sont à l'origine de l'article 8 du Protocole de Montréal, qui est la base légale du mécanisme de contrôle du respect de ce traité, les motivations derrière cette initiative particulièrement innovatrice demeurent l'objet de controverses. Ainsi, d'après Patrick Szell, c'est essentiellement afin d'exercer des pressions sur l'Union européenne, son principal adversaire dans les négociations, que les Etats-Unis ont soumis, durant les derniers jours de négociation du Protocole, une proposition détaillée relative au contrôle de la mise en œuvre du Protocole³⁶⁷. A en croire

³⁶⁴ D'après Patrick Szell, «(N)o multilateral environmental agreement had ever before resulted in such an intrusive compliance control regime». P. SZELL, *loc. cit.* (note 350), p. 304.

³⁶⁵ Voir par exemple O.YOSHIDA, «Soft enforcement of treaties : the Montreal Protocol's non-compliance procedure and the functions of international institutions», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 10, 1999, p. 139 ; G. HANDL, *loc. cit.* (note 274), p. 34 ; M. BOTHE, «The evaluation and enforcement mechanisms in international environmental law», dans R. WOLFRUM (dir.), *Enforcing environmental standards : economic mechanisms as viable means ?* (1996), p. 30 ; D. G. VICTOR, *op. cit.* (note 109), pp. 163-167 ; P. SZELL, *ibid.* ; et J. WERKSMAN, *loc. cit.* (note 110), p. 70. Voir également le «Introductory paper» préparé par le Royaume-Uni en vue de la première réunion de la «task-force on compliance mechanisms under the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters», doc. CEP/WG.5/2000/4, Annexe IX, disponible sur : <http://www.unece.org/env/pp/compliance.htm>. Ehrmann relativise ce succès en expliquant qu'à ce jour le Comité de Contrôle n'a pas encore considéré le contrôle du respect des obligations de réduction des CFC mises à la charge des pays en développement dès 1999. Voir M. EHRMANN, *loc. cit.* (note 105), p. 414.

³⁶⁶ En particulier, le mécanisme développé dans le cadre de la Convention de Genève est très similaire à celui du Protocole de Montréal. Pour Patrick Szell, cet état de fait ne résulte pas d'un manque d'imagination ou d'une faiblesse particulière des Parties, mais du fait que ces deux instruments juridiques partageaient suffisamment de similitudes au niveau structurel pour expliquer une quasi-identité de leur mécanisme de contrôle du respect. P. SZELL, *id.* p. 302. Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal a également inspiré les Parties à la Convention climat (article 13), au Protocole de Kyoto (article 18), à la Convention internationale pour la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification (article 27), la Convention de Rotterdam (article 17) et la Convention de Bâle (Décision III/11).

³⁶⁷ Le texte de la proposition américaine fut soumis à nouveau lors de la première Réunion des Parties, en 1989. Voir le «Report of the Executive Director of UNEP to the first Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on substances that deplete the ozone layer», doc. UNEP/OzL.Pro.1/2, p. 32 :

« 1. The Parties hereby establish a Compliance Committee. The function of the Committee shall be to consider complaints submitted to the Secretariat concerning non-compliance by a Party with the provisions of Articles 2, 4 and 7 of this Protocol.

2. The Committee shall be composed of representatives of (one third) of the Parties, due account being taken of geographical distribution. The Chairman of any given meeting of the Committee shall be selected by the Committee members.

3. The members of the Committee shall be elected at a meeting of the Parties for a four-year term, except that, at the first election held, one-half of the Committee members shall be elected for a two-year term. Outgoing members of the Committee may not be elected for consecutive terms unless such is required

because of the limited number of States for which the Protocol is in force.

4. The Committee shall adopt its own rules of procedure, subject to approval by the Parties.

cet expert d'excellente renommée, alors négociateur pour le Royaume-Uni, «(I)t may be doubted whether there was, at the time, any thought in the proposer's, or anyone else's, mind that the Protocol would not deliver its overall environmental goal unless a verification process more compelling than peer pressure, yet less abrasive than settlement of disputes, were devised»³⁶⁸. Ce qui deviendrait, quelques années plus tard, le modèle d'un genre institutionnel nouveau visant à assurer le respect de traités trouverait donc son origine, d'après Szell, essentiellement dans des tactiques de négociation. Il n'est pas surprenant que cette version, peu flatteuse il est vrai, ait été contestée par le négociateur américain à l'origine de l'article 8. Pour Richard Elliot Benedick, en effet, les Etats-Unis étaient profondément convaincus de la nécessité de mettre en place une procédure visant à surveiller et exécuter la mise en œuvre des obligations du Protocole. «As the negotiator who introduced article 8, I can attest that it was consciously intended as a laconic but important marker, not as a tactic»³⁶⁹. Ce négociateur n'est cependant pas clair sur les motifs justifiant l'addition d'un mécanisme institutionnel distinct de la procédure de règlement des différends prévue dans la Convention de Vienne et automatiquement applicable au Protocole de Montréal³⁷⁰. Une lecture rapide de la proposition américaine montre en effet que la procédure suggérée revêtait beaucoup des caractéristiques d'une procédure traditionnelle de règlement de différends. En particulier, le Comité envisagé serait saisi

5. The Committee shall be convened as soon as possible after a complaint has been submitted by a Party that another Party is in breach of its obligations under Articles 2, 4 or 7 of this Protocol. Such a complaint shall be supported by evidence known to the complainant Party which corroborates the allegation on non-compliance.

6. The Committee shall afford the Party complained a reasonable opportunity to rebut any evidence supplied by the complainant Party.

7. After consideration of all the evidence pertaining to the matter, the Committee shall submit a report to the Parties containing its findings, including any mitigating factors, and its conclusions regarding whether the Party complained of is in compliance with the provisions of Articles 2, 4 or 7 of this Protocol. The Committee's report may also contain a recommendation as to appropriate action.

8. If the Committee has concluded that the Party complained of is not in compliance with the provisions of Articles 2, 4 or 7, a meeting of the Parties shall be convened to determine whether the conclusions and any recommendation of the Committee should be accepted.

9. Any Party determined by the Parties at such a meeting to be in breach of its obligations under Articles 2, 4 or 7 of this Protocol shall be treated as a non-Party for purposes of voting and trade for a period of time at least equal in duration to the period of its non-compliance.

10. The procedures contained in this Article shall apply to any complaints regarding non-compliance with Articles 2, 4 or 7 of this Protocol. Complaints regarding compliance with other provisions of this Protocol shall be resolved in accordance with the procedures outlined in Article 11 of the Convention.

Insert following paragraph in Article 12 : Secretariat : The Secretariat shall ... receive and transmit to members of the Compliance Committee any complaints concerning non-compliance by a Party with the provisions of Articles 2, 4 or 7 of this Protocol».

³⁶⁸ P. SZELL, *op. cit.* (note 270), p. 45. Voir également du même auteur, *loc. cit.* (note 350), p. 304.

³⁶⁹ R. E. BENEDICK, *Ozone diplomacy* (Harvard University Press, 1998), p. 270.

³⁷⁰ Article 11.6 de la Convention de Vienne.

d'une plainte («complaint») d'une Partie contre un autre pour violation («breach») d'une obligation mise à sa charge³⁷¹. En somme, ce qui deviendra le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal a été façonné pas à pas, sans modèle particulier pour guider les négociateurs, au gré des intérêts des Etats et à la lumière du contenu du Protocole³⁷².

L'article 8, intitulé «Non-respect», se lit comme suit :

«A leur première réunion, les Parties examinent et approuvent des procédures et des mécanismes institutionnels pour déterminer le non-respect des dispositions du présent Protocole et les mesures à prendre à l'égard des Parties contrevenantes.»

Il fallut en fait cinq ans aux Parties pour compléter leurs négociations. C'est uniquement lors de la quatrième Réunion des Parties, en 1992, que les procédures et mécanismes institutionnels pour déterminer le non-respect des dispositions du Protocole de Montréal furent adoptés³⁷³. La durée requise pour ces négociations s'explique en grande partie par le fait que la matière était nouvelle, complexe et parce qu'elle touchait à des intérêts étatiques d'une sensibilité certaine³⁷⁴. On notera avec intérêt que malgré l'existence de précédents dans d'autres domaines du droit international, aucun d'entre eux ne servit de modèle à l'élaboration de ce mécanisme de contrôle du respect³⁷⁵.

Après cinq années d'opération, les Parties engagèrent une révision du mécanisme lors de leur neuvième réunion³⁷⁶. Celle-ci fut complétée par l'adoption, lors de la dixième Réunion des Parties, de plusieurs modifications au texte original établissant le mécanisme de contrôle du respect³⁷⁷.

³⁷¹ Pour le texte de la proposition américaine, voir *supra* note 367.

³⁷² Et même en 1993, soit un an après son adoption, la manière dont ce mécanisme s'intégrait au sein des autres institutions du Protocole était encore peu clair. Voir la déclaration de Hugo Schally, Président du Comité d'Application entre 1994 et 1996, dans un interview avec David Victor. D. G. VICTOR, *op. cit.* (note 109), p. 163.

³⁷³ Décision IV/5 ainsi que les Annexes IV et V du rapport de la Quatrième Réunion des Parties au Protocole de Montréal (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15). A noter qu'en 1990, les Parties avaient adopté de telles procédures à titre interim uniquement, en raison de la volonté de certains Etats, en particulier la Norvège, d'élaborer un système plus sévère (Décision II/5). Le régime adopté deux ans plus tard demeure néanmoins proche de ce qui avait été adopté en 1990. D. G. VICTOR, *op. cit.* (note 109), p. 140. Pour plus de détails sur les discussions au sein du groupe de négociation entre 1990 et 1992, voir M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 258), pp. 129-133.

³⁷⁴ P. SZELL, *loc. cit.* (note 349), p. 99.

³⁷⁵ Déclaration de Patrick Szell lors d'un entretien avec David G. Victor le 20 juin 1995. Voir D. G. VICTOR, *op. cit.* (note 109), p. 140.

³⁷⁶ Décision IX/35 (doc. UNEP/OzL.Pro.9/12).

³⁷⁷ Décision X/10 (doc. UNEP/OzL.Pro.10/9). Pour le détail des questions discutées dans le cadre de cette révision, voir le «Report of the *ad hoc* working group of legal and technical experts», dans le «Report of the 17th meeting of the open-ended working group of Parties to the Montreal Protocol», doc. UNEP/OzL.Pro/1/17/3, para. 82-92.

B. *Les traits saillants du mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal*

L'organe principal du mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal est un Comité d'Application. Ce Comité est composé de dix Parties. Celles-ci sont élues par la Réunion des Parties, l'organe suprême du Protocole, sur la base d'une représentation géographique équitable³⁷⁸. Le second organe opérant le mécanisme de contrôle du respect est la Réunion des Parties dont le rôle intervient à l'issue de la procédure devant le Comité d'Application³⁷⁹. En plus de ces organes gérant formellement le mécanisme de contrôle du respect, il faut mentionner que d'autres organes jouent un rôle non négligeable dans la machinerie du contrôle de la mise en œuvre du Protocole : le Fonds Multilatéral, le Fonds pour l'Environnement Mondial ainsi qu'une série d'organes techniques (Technology and Economic Assessment Panel, Environmental Assessment Panel, Scientific Assessment Panel)³⁸⁰.

Lors de la dernière révision de la procédure, la proposition selon laquelle les membres du Comité devraient être élus *ad personam*, et non pas en tant que «Partie», fut discutée, mais les Parties décidèrent finalement de ne pas amender le texte en vigueur³⁸¹. Le Comité d'Application est donc un organe politique au même titre que la Réunion des Parties, mais sans pouvoir décisionnel. Le fait que la compétence pour adopter des décisions ait été laissée à l'ensemble des Parties, et non pas à un nombre limité d'entre elles, met en évidence l'importance de la participation universelle dans les AEM et la volonté d'éviter le danger que certaines d'entre elles ne s'en retirent³⁸².

Le Comité d'Application du Protocole de Montréal se saisit d'une affaire suite à :

- une soumission par une ou plusieurs Parties ayant des réserves sur la manière dont une autre Partie met en œuvre ses obligations ;
- une soumission par une Partie qui constate que, malgré ses efforts, elle n'est pas en mesure de respecter entièrement ses obligations ;

³⁷⁸ Décision IV/5, Annexe IV, para. 5 (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15).

³⁷⁹ *Id.* para. 9.

³⁸⁰ Pour plus de détails sur le rôle de ces organes et leur lien opérationnel avec les organes formels opérant le mécanisme de mise en œuvre, voir : H. SCHALLY, «The role and importance of implementation monitoring and non-compliance procedures in international environmental regimes», dans W. LANG, *op. cit.* (note 270) p. 87 ; D. G. VICTOR, *op. cit.* (note 109); ainsi que K. RAUSTIALA, «Compliance and effectiveness in international regulatory cooperation», *Case W. Res. JIL*, vol. 32, 2000, p. 418.

³⁸¹ Rapport relatif à la dix-septième réunion du «Open-Ended Working Group of the Parties to the Montreal Protocol», doc. UNEP/OzL.Pro/WG.1/17/3, para. 84.

³⁸² Déclaration de Madhava Sarma, Secrétaire Exécutif du Protocole de Montréal, pendant le «compliance workshop», Vienne, 6-7 octobre 1999. Voir le *BNT*, vol 12, No 111, disponible sur : <http://www.iisd.ca/linkages/vol12/enb12111e.html>.

- une information communiquée par le Secrétariat lorsque celui-ci, dans le cadre de l'exercice de l'élaboration des rapports fondés sur les renseignements reçus par les Parties, prend connaissance d'un possible cas de non-respect³⁸³.

On notera le rôle particulier du Secrétariat qui agit comme garant de l'intégrité du Protocole dans la mesure où, dans le cadre limité de ses fonctions relatives à l'établissement des rapports, il prend connaissance d'un cas potentiel de non-respect. Cette option complète particulièrement bien les deux autres possibilités de saisine du Comité d'Application et met en évidence le fait que, au-delà des intérêts particuliers des Parties, c'est l'intégrité de l'instrument juridique qui importe. Cette option constitue en quelque sorte le pendant de la première option de saisine du régime de contrôle du respect du Protocole de Kyoto : sur la base des «questions de mise en œuvre» identifiées dans les rapports d'examen des communications³⁸⁴. A ce jour, toutes les affaires communiquées au Comité d'Application l'ont été par le biais d'une soumission personnelle, c'est-à-dire par des Parties constatant que, malgré leurs efforts, elles n'étaient pas en mesure de respecter entièrement leurs obligations³⁸⁵.

L'objectif de la procédure devant le Comité d'Application est de parvenir à une «solution amiable» de l'affaire sur la base du respect des dispositions du Protocole³⁸⁶. La formulation de cet objectif nous semble intéressante du fait qu'on y retrouve à la fois des éléments d'une procédure diplomatique dont les Etats demeurent essentiellement les maîtres, à savoir la solution amiable d'une affaire, et des éléments propres à une procédure de type juridictionnel, c'est-à-dire basée sur le respect du droit.

Quelle que soit la manière dont il est saisi, le Comité d'Application du Protocole de Montréal exerce, principalement, trois fonctions :

- recevoir, considérer et préparer un rapport sur toute soumission effectuée par une Partie ou l'information remise par le Secrétariat ;
- identifier les faits et les causes possibles de cas individuels de non-respect;
- faire des recommandations appropriées à la Réunion des Parties.

³⁸³ Décision IV/5, Annexe IV, para. 1-4 (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15).

³⁸⁴ Voir *supra* p. 47.

³⁸⁵ Les cinq premiers cas traités par le Comité (Biélorussie, Bulgarie, Pologne, Russie et Ukraine) en 1995 visaient à l'origine uniquement à demander à la Réunion des Parties un délai supplémentaire de cinq ans pour respecter des engagements. Mais ces demandes furent considérées comme des soumissions et transmises au Comité. Voir D. G. VICTOR, *op. cit.* (note 109), p. 156.

³⁸⁶ Décision IV/5, Annexe IV, para. 8 : «...en vue d'assurer une solution à l'amiable de la question conformément aux dispositions du Protocole». Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15

Par ailleurs, si une Partie persiste à ne pas se conformer à ses obligations, le Comité fera des recommandations visant à assurer l'intégrité du Protocole, tout en tenant compte des circonstances entourant le cas de non-respect³⁸⁷. Quant à la Réunion des Parties, sa fonction est de décider, en tenant compte des circonstances de l'affaire, des mesures visant à assurer le respect intégral du Protocole et à poursuivre les objectifs du Protocole³⁸⁸.

Nous soulignerons ici l'importance accordée à l'identification des causes de non-respect et aux circonstances de l'affaire. L'obligation tant pour l'organe de contrôle que pour la Réunion des Parties d'en tenir compte met en évidence une approche contextuelle, épousant les circonstances particulières du cas concret. Cette approche individualisée, qui va au-delà de l'égalité formelle des Etats constitue, comme nous le verrons, une caractéristique fondamentale des mécanismes de contrôle du respect des AEM³⁸⁹.

A l'issue de ses délibérations, le Comité d'Application prépare un rapport à l'attention de la Réunion des Parties contenant toute recommandation qu'il considère appropriée³⁹⁰. Ces recommandations sont censées, théoriquement³⁹¹, refléter une solution amiable de l'affaire³⁹². A réception du rapport du Comité d'Application, la Réunion des Parties peut, tout en tenant compte des circonstances du cas d'espèce, décider des mesures visant à assurer le respect intégral du Protocole³⁹³. Dans la pratique, le Comité d'Application prépare des recommandations «prêtes à l'emploi» par la Réunion des Parties, c'est-à-dire que son rapport intègre des projets de décision incluant les mesures qui pourraient être décidées par l'organe suprême du Protocole. L'annexe V de la décision établissant le mécanisme de contrôle du respect suggère, à cet égard,

³⁸⁷ Décision IV/5, Annexe IV, para. 7 (tel que modifié par la Décision X/10) et para. 9 (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15 et doc. UNEP/OzL.Pro.10/9).

³⁸⁸ *Id.* para. 9.

³⁸⁹ Voir *infra* p. 105.

³⁹⁰ Décision IV/5, Annexe IV, para. 9 (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15).

³⁹¹ La pratique développée par le Comité d'Application de suggérer les mesures que pourraient décider la Réunion des Parties n'est pas sans affecter les fonctions de cet organe, en particulier l'objectif qui consiste à trouver une «solution amiable». Concilier en effet d'une part l'exigence d'une approche positive à la restauration du respect avec d'autre part la recommandation (synonyme de sanction) que des droits de la Partie en cause soient suspendus peut sembler pour le moins contradictoire. L'affaire de non-respect concernant la Russie illustre bien l'évolution de la procédure de contrôle du respect à cet égard : malgré les réserves formulées par la Russie, le Comité formula des recommandations à la Réunion des Parties qui suggéraient des restrictions au commerce effectué par cette Partie. Il n'y a donc pas eu «solution amiable» dans cette affaire, et la Réunion des Parties, en adoptant le projet de décision contesté (Décision VII/18), a, en quelque sorte, entériné cette pratique pourtant apparemment contraire au texte établissant le mécanisme de contrôle du respect. Sur l'affaire russe, voir le 12ème Rapport du Comité d'Application (doc. UNEP/OzL.Pro/ImpCom/12/3), para. 28, le rapport de la 7ème Réunion des Parties (doc. UNEP/OzL.Pro.7/12), para. 44, ainsi que J. WERKSMAN, «Compliance and Transition : Russia's non-compliance tests the ozone regime», *ZaöRV*, vol. 56, 1996, p. 750.

³⁹² Décision IV/5, Annexe IV, para. 8 (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15).

³⁹³ *Id.* para. 9.

une liste indicative des mesures pouvant être décidées en cas de non-respect du Protocole :

- A. une assistance appropriée, de nature technique, financière ou technologique ;
- B. une mise en garde ; et
- C. la suspension, conformément aux dispositions du droit international applicables à la suspension des effets d'un traité, de droits et de privilèges spécifiques découlant du Protocole.

L'élaboration de cette Annexe V opposa particulièrement les membres de l'Union européenne aux pays en développement. Pour les premiers, les conséquences possibles de la procédure devaient couvrir un éventail de mesures qui permettraient non seulement d'assister les Parties dans leurs efforts pour respecter leurs obligations, mais également de les sanctionner en cas de non-respect³⁹⁴. Les mesures proposées allaient donc de la fourniture d'une aide à l'imposition de restrictions commerciales envers la Partie concernée. Pour les pays en développement, soucieux d'éviter qu'ils deviennent les premiers destinataires de sanctions, l'issue devait refléter la nature «positive and conciliatory» de la procédure de contrôle du respect³⁹⁵. La liste indicative des mesures pouvant être décidées par la Réunion des Parties reflète bien le compromis entre ces deux positions : elle incorpore à la fois les éléments d'une approche facilitatrice, visant à aider les Parties à mettre en œuvre leurs obligations, et ceux d'une approche d'exécution, visant à assurer le respect des engagements souscrits³⁹⁶ et, *in fine*, protéger l'intégrité du Protocole.

La liste des mesures stipule, en premier lieu, la fourniture d'une assistance à la partie concernée. Ce choix met en évidence que les Parties présumaient que l'insuffisance de ressources financières, techniques et administratives constituerait la principale cause de non-respect des dispositions du Protocole³⁹⁷. Le mécanisme de contrôle ne se limite cependant pas à offrir des mesures d'assistance. En octroyant la possibilité de décider de mesures de nature très différente allant de l'assistance jusqu'à l'imposition de sanctions, le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal permet aux organes de moduler leur réponse en fonction du cas considéré, en particulier

³⁹⁴ Voir l'Annexe 1 au «Report of the second meeting of the *ad hoc* Working Group of legal experts on non-compliance with the Montreal Protocol», doc. UNEP/OzL.Pro/WG-3/2/3.

³⁹⁵ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 258), p. 131, se référant au «Report of the second meeting of the *ad hoc* Working Group of legal experts on non compliance with the Montreal Protocol», para. 15, doc. UNEP/OzL.Pro/WG-3/2/3.

³⁹⁶ K. RAUSTIALA, *loc. cit.* (note 380), p. 420.

³⁹⁷ Voir J. WERKSMAN, *loc. cit.* (note 392), p. 756 ; R. E. BENEDICK, *op. cit.* (note 369), p. 272 ; voir également la déclaration de Patrick Szell, alors Président du comité de négociation du mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal, para. 28 du Rapport de la septième Réunion des Parties au Protocole de Montréal (doc. UNEP/OzL.pro.7/INF.1) .

en tenant compte de la nature volontaire ou involontaire du non-respect. En maniant la carotte et le bâton, les organes peuvent inciter la Partie concernée à la fois de manière positive et négative à respecter ses engagements tout en étant sensible aux considérations environnementales, économiques et politiques³⁹⁸.

§ 3 Les mécanismes de contrôle du respect élaborés dans le cadre d'autres AEM

En plus du mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto, des mécanismes de contrôle du respect des obligations ont été récemment élaborés dans le cadre de quatre AEM : la Convention de Genève et ses huit Protocoles, la Convention d'Aarhus, la Convention de Bâle et le Protocole de Cartagena. Par ailleurs, des négociations sur des mécanismes de cette nature sont actuellement en cours dans le cadre d'un autre AEM : la Convention de Rotterdam. Ci-dessous, nous nous attacherons à présenter les traits saillants de ces mécanismes.

A. *La Convention de Genève et ses huit Protocoles*

La Convention de Genève, complétée par huit Protocoles, est un AEM qui a été négocié et adopté sous les auspices de la Commission Economique Européenne (ci-après CEE) de l'ONU. Il s'agit donc d'un traité d'envergure régionale qui a pour Parties les Etats industrialisés membres de la CEE³⁹⁹. La Convention de Genève vise les problèmes de pollution atmosphérique transfrontière à longue distance dans les cas où il est impossible d'identifier la source individuelle d'émission⁴⁰⁰. La Convention est un traité-cadre complété par des Protocoles qui réglementent de manière plus précise les émissions des diverses sources de pollution.

L'Organe exécutif, l'organe suprême de la Convention, est chargé de «passer en revue la mise en œuvre de la Convention»⁴⁰¹. Mis à part l'octroi de cette compétence générale, la Convention de Genève ne contient pas de base légale particulière pour l'élaboration de procédures ou mécanismes de contrôle du respect des obligations souscrites. Cette omission, si cela en est une, résulte probablement du fait que cet instrument juridique a été adopté en

³⁹⁸ J. WERKSMAN, *loc. cit.* (note 392), p. 766.

³⁹⁹ La CEE de l'ONU a 55 Etats membres. Pour la liste des membres, voir : <http://www.unece.org/oes/about/members.htm>.

⁴⁰⁰ Article 1 (b) de la Convention de Genève.

⁴⁰¹ Article 10.2 (b) de la Convention de Genève.

1979, avant que les Parties ne prennent conscience du fait qu'un mécanisme de contrôle pourrait être utile en vue d'assurer son respect.

En 1997, la quinzième session de l'Organe exécutif de la Convention adopta la décision 1997/2 : «Structure et fonctions du Comité d'application et procédures relatives à l'examen du respect des obligations»⁴⁰². Cette décision stipule que le régime adopté sera applicable également à tous les Protocoles existants, c'est-à-dire adoptés entre 1984 et 1997, et invite les Parties aux Protocoles de 1991 et de 1994, qui avaient prévu leur propre base légale en vue de l'élaboration d'un régime de contrôle du respect, de décider également de son application. En 1997 et 1998, respectivement, les Parties à ces Protocoles décidèrent que la décision 1997/2 leur serait applicable⁴⁰³. Par ailleurs, les Protocoles adoptés postérieurement à l'adoption de la décision 1997/2 stipulent expressément que cette décision leur est applicable. Il n'y a donc qu'un seul régime de contrôle du respect des dispositions de la Convention et de ses huit Protocoles. Ce régime fut d'ailleurs légèrement amendé pendant la dix-neuvième session de l'Organe exécutif de la Convention⁴⁰⁴.

L'organe principal des procédures et mécanismes élaborés dans le cadre de la Convention de Genève et ses huit Protocoles est un Comité d'Application composé de neuf⁴⁰⁵ Parties élues par l'Organe exécutif, l'organe suprême de la Convention. Le seul critère formellement applicable est que chaque membre doit être Partie à au moins un Protocole⁴⁰⁶. Il faut cependant rappeler que la Convention est d'envergure régionale et ne connaît donc pas les enjeux politiques «nord-sud» des traités globaux. Comme dans le contexte du mécanisme du Protocole de Montréal, le comité chargé des procédures et mécanismes visant à assurer le respect du traité est un organe politique au même titre que l'Organe exécutif, mais sans pouvoir décisionnel.

Les procédures et mécanismes élaborés dans le cadre de la Convention de Genève et ses huit Protocoles prévoient des possibilités de saisine identiques à celles du Protocole de Montréal. Ainsi, le Comité peut être saisi par le biais de trois canaux de communications : par une Partie ayant des réserves quant à la façon dont une autre Partie s'acquitte de ses obligations, par une Partie indiquant qu'elle «est ou sera» incapable de s'acquitter de ses obligations, et

⁴⁰² Rapport de la quinzième session de l'organe exécutif, Annexe III, doc. ECE/EB.AIR/53.

⁴⁰³ Décisions 1997/3 et 1998/6.

⁴⁰⁴ Pour une présentation des propositions d'amendement ainsi que leur *ratio*, voir le quatrième rapport du Comité d'Application, doc. EB.AIR/2001/3, pp. 19-20. Pour le nouveau texte relatif à la Structure et fonctions du comité d'application et procédures relatives à l'examen du respect des obligations, voir l'Annexe V du rapport de la dix-neuvième session de l'organe exécutif, doc. ECE/EB.AIR/75.

⁴⁰⁵ Le nombre des membres du Comité passa de huit à neuf pendant la dix-neuvième session de l'organe exécutif, et ce afin de faciliter l'obtention du quorum et pour refléter l'augmentation du nombre de Parties à la Convention. Voir la décision 1997/2 telle qu'amendée (annexe V du doc. ECE/EB.AIR/75). Pour une explication des modifications, voir le doc. EB.AIR/2001/3, pp. 19-20.

⁴⁰⁶ Para. 1 de l'annexe à la décision 1997/2 telle qu'amendée (annexe V du doc. ECE/EB.AIR/75).

par le Secrétariat s'il se rend compte qu'une Partie ne s'acquitte pas de ses obligations⁴⁰⁷. On soulignera ici le rôle préventif que le Comité d'Application peut être amené à jouer dans la mesure où une Partie le saisit en prévision d'un futur non-respect.

Lorsqu'il est saisi d'une question par une Partie ou le Secrétariat, le Comité d'application est tenu de la régler «de manière constructive». En plus de cette fonction, le Comité est également compétent pour examiner, de son propre chef, le respect des obligations en matière de communications des données, et pour établir, sur la demande de l'Organe exécutif, un rapport sur le respect ou l'application d'obligations spécifiques énoncées dans tel ou tel Protocole⁴⁰⁸. Les compétences du Comité d'application sont donc plus étendues que celles de son homologue dans le cadre du Protocole de Montréal.

À l'issue de ses travaux, le Comité d'Application présente à l'Organe exécutif son rapport sur ses activités et les recommandations qu'il juge appropriées «compte tenu des circonstances de la question»⁴⁰⁹. L'Organe exécutif peut arrêter des mesures de caractère non discriminatoire visant à obtenir le respect du Protocole⁴¹⁰. Se basant sur le précédent du Protocole de Montréal, le mécanisme de contrôle du respect de la Convention de Genève requiert donc que le comité considère chaque cas sur une base individuelle en prenant en considération ses circonstances particulières. On retrouve ici l'exigence d'une approche contextuelle qui se traduit par un choix de mesures consécutives taillées sur mesure. Le texte établissant le Comité d'application ne précise pas, à la différence de l'Annexe V établie dans le cadre du Protocole de Montréal, le genre de mesures consécutives pouvant être prises. On peut donc redouter une absence de sécurité juridique, les Parties ne sachant pas à l'avance le genre de conséquences pouvant être décidées. Le Comité d'Application semble cependant avoir emprunté une voie particulièrement précautionneuse à cet égard, en faisant sienne, avec l'aval de l'Organe exécutif, une approche graduée des mesures consécutives : dans un premier temps, constat d'un non-respect et invitation au respect des obligations par la Partie concernée, puis, dans un second temps, demande d'élaboration d'un plan d'action détaillant les mesures pour respecter à nouveau les obligations⁴¹¹. Cette manière de procéder n'est pas sans rappeler la pratique du Comité d'Application du Protocole de Montréal et il ne serait pas surprenant qu'une suspension des droits ou privilèges octroyés par la Convention de Genève et

⁴⁰⁷ *Id.* para. 4 et 5.

⁴⁰⁸ *Id.* para. 3.

⁴⁰⁹ *Id.* para. 9.

⁴¹⁰ *Id.* para. 11.

⁴¹¹ Voir le rapport de la vingt-deuxième session de l'Organe exécutif de la Convention (29 novembre-3 décembre 2004), en particulier les décisions visant la Norvège, l'Espagne, l'Irlande et la Grèce (doc. ECE/EB.AIR/83/Add.1).

ses Protocoles constitue le troisième volet possible de réaction à un cas de non-respect.

B. La Convention d'Aarhus

La Convention d'Aarhus est également une convention qui a été adoptée sous les auspices de la CEE/ONU. Il s'agit d'un AEM d'un genre un peu particulier du fait qu'il établit un lien entre les atteintes à l'environnement et la protection des droits de l'homme. Ce traité constitue une élaboration du principe 10 de la Déclaration de Rio⁴¹² qui souligne d'une part la nécessité pour les citoyens de participer à la prise de décisions relatives à l'environnement et d'autre part l'importance d'avoir accès à l'information sur l'environnement détenue par les autorités publiques.

L'article 15 de la Convention requiert que son organe suprême, la Réunion des Parties, adopte des arrangements facultatifs de caractère non conflictuel, non judiciaire et consultatif pour examiner le respect de la Convention, arrangements devant permettre une participation appropriée du public. Le texte du mécanisme de contrôle de respect de la Convention, intitulé «Structure et fonctions du Comité d'examen du respect des dispositions et procédures d'examen du respect des dispositions», a été adopté en octobre 2002⁴¹³.

L'organe principal du mécanisme de contrôle du respect de la Convention d'Aarhus est un Comité d'examen composé de huit membres élus par la Réunion des Parties et agissant à titre personnel⁴¹⁴. Les critères de sélection sont doubles : d'une part, les candidats doivent être des ressortissants des Parties ou Signataires de la Convention, étant spécifié que le Comité ne peut pas compter plus d'un ressortissant du même Etat ; d'autre part, il doit s'agir de «personnes de haute moralité possédant des compétences reconnues dans les domaines auxquels la Convention se rapporte, y compris une expérience juridique»⁴¹⁵.

Le mécanisme de contrôle du respect élaboré dans le cadre de la Convention d'Aarhus innove en mettant en place un organe plus indépendant, proche des caractéristiques d'un organe juridictionnel. Sur ce point, il se distingue des mécanismes élaborés dans le cadre du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève qui ont, chacun, établi un organe de nature politique, et il se rapproche du mécanisme élaboré dans le cadre du Protocole

⁴¹² Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement (doc. A/CONF.151/26, Vol. I).

⁴¹³ Décision I/7 adoptée lors de la première Réunion des Parties à la Convention (doc. ECE.MP.PP/2/ADD.8).

⁴¹⁴ *Id.* para. 1.

⁴¹⁵ *Id.* para. 2 et 3.

de Kyoto en exigeant que les membres du comité siègent à titre personnel et aient une expérience juridique⁴¹⁶. Le mécanisme élaboré dans le cadre de la Convention d'Aarhus va cependant plus loin que ce dernier en limitant les critères géopolitiques de composition, une caractéristique qui s'explique en partie par la portée géographique réduite de ce traité. L'indépendance des membres du Comité s'explique cependant également par la nature particulière de ce traité qui combine droit de l'environnement et droits de l'homme. Il n'est donc pas surprenant que certaines des caractéristiques d'organes chargés d'assurer le respect de traités dans le domaine des droits de l'homme, tel que le Comité des droits de l'Homme, aient eu une influence sur la structure du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus⁴¹⁷.

Les possibilités de saisine du Comité d'examen du respect de la Convention d'Aarhus⁴¹⁸ incluent les trois possibilités prévues dans le cadre du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève⁴¹⁹. En plus de celles-ci, de simples individus peuvent adresser des communications au Comité concernant le respect «par cette Partie» des dispositions de la Convention, «à moins que celle-ci n'ait notifié ... qu'elle ne pouvait accepter pendant une période n'excédant pas quatre ans l'examen de communications de ce type»⁴²⁰. Ces communications sont d'ailleurs soumises à des exigences supplémentaires: elles doivent être «solidement étayées» et ni «anonyme(s), abusive(s), manifestement déraisonnable(s), ou incompatible(s) avec les dispositions» de la décision ou de la Convention⁴²¹. Cette possibilité de saisine, qui constitue une nouveauté dans les AEM, s'explique par la nature hybride de la Convention d'Aarhus et le fait que chacun est particulièrement intéressé au respect de ses dispositions.

Le Comité d'examen a des fonctions semblables à celles du Comité d'Application de la Convention de Genève⁴²². Il doit :

- examiner toute demande qui lui est soumise ;
- établir, à la demande de la Réunion des Parties, un rapport sur le respect de la Convention ;

⁴¹⁶ Voir *supra* p. 45.

⁴¹⁷ En application de l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme est «composé de ressortissants des Etats Parties au présent Pacte, qui doivent être des personnalités de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'homme. Il sera tenu compte de l'intérêt que présente la participation aux travaux du comité de quelques personnes ayant une expérience juridique».

⁴¹⁸ Décision I/7 (doc. ECE.MP.PP/2/Add.8).

⁴¹⁹ Voir *supra* p. 79 et p. 84.

⁴²⁰ Décision I/7 (doc. ECE.MP.PP/2/Add.8), para. 18. A l'aube de la deuxième Réunion des Parties à la Convention (25-27 mai 2005), aucune Partie à la Convention n'avait encore fait usage de cette possibilité (voir le rapport du Comité d'examen, doc. ECE/MP.PP/2005/13, p. 5).

⁴²¹ Décision I/7 (doc. ECE.MP.PP/2/Add.8) , para. 19-20.

⁴²² *Id.* para. 13.

- contrôler le respect de l'obligation de présenter des rapports.

En plus, le Comité a également la compétence d'examiner, de son propre chef, «des questions relatives au respect de la Convention». Il s'agit là d'une innovation qui étend considérablement le pouvoir du Comité d'examen et le libère des possibilités de saisines arrêtées par les Parties.

A chaque Réunion ordinaire des Parties, le Comité d'examen soumet un rapport sur ses activités contenant les recommandations qu'il juge appropriées⁴²³. En attendant que la Réunion des Parties intervienne, le Comité d'examen peut recommander certaines mesures lorsque cela permet de régler sans délai les questions relatives au respect de la Convention⁴²⁴. C'est ainsi qu'après avoir consulté la Partie concernée, le Comité peut lui donner des conseils ou faciliter l'octroi d'une aide. Il peut également, avec l'accord de la Partie concernée, lui faire des recommandations, la prier de présenter une stratégie pour parvenir à respecter ses obligations et, en cas de communication reçue du public, recommander des mesures particulières visant à régler la question. En dehors de ces cas, c'est à la Réunion des Parties qu'il appartient de prendre des mesures consécutives aux fins d'obtenir le plein respect de la Convention⁴²⁵. Le texte établissant les procédures d'examen suggère une liste de mesures que la Réunion des Parties peut prendre «compte tenu de la cause de non-respect». Outre celles que le Comité d'examen peut recommander, ces mesures incluent : rendre public le non-respect, formuler une mise en garde, suspendre «conformément aux règles applicables du droit international concernant la suspension de l'application des traités» des droits et privilèges spéciaux accordés à la Partie concernée au titre de la Convention et, prendre toute autre mesure « non conflictuelle, non judiciaire et concertée ».

La liste des mesures pouvant être prises par la Réunion des Parties n'est pas sans rappeler celle élaborée dans le cadre du Protocole de Montréal : depuis des mesures d'assistance à l'imposition de sanctions. Nous soulignerons bien entendu le fait que le choix des mesures devra tenir compte de la cause de non-respect, un élément que nous avons déjà mis en évidence dans le cadre de la Convention climat, du Protocole de Kyoto, du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève. Le mécanisme de contrôle de la Convention de Aarhus est innovateur en matière de recours à des mesures consécutives du fait qu'il autorise le Comité d'examen à aller de l'avant sans attendre une décision de la Réunion des Parties. Si cette possibilité souligne une indépendance accrue du Comité, il faut néanmoins souligner que ses compétences demeurent limitées à la formulation de recommandations après consultation, voire après avoir obtenu l'accord de la Partie concernée. On est

⁴²³ *Id.* para. 35.

⁴²⁴ *Id.* sections XI et XII.

⁴²⁵ *Id.* para. 37.

donc loin de l'indépendance octroyée aux deux groupes du Comité de contrôle du Protocole de Kyoto qui détiennent la compétence de prendre des mesures consécutives sans l'accord de la Partie concernée et sans devoir en référer à la Conférence des Parties⁴²⁶.

C. La Convention de Bâle

La Convention de Bâle régleme le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination. Elle donne le droit à toute Partie d'interdire l'importation de ces déchets et oblige les autres Parties à respecter ce droit⁴²⁷. La Convention requiert également que les Parties prennent les mesures appropriées pour réduire la production et les mouvements transfrontières des déchets dangereux⁴²⁸. Les articles 6 et 7 établissent une procédure de consentement préalable en connaissance de cause en application de laquelle la Partie exportatrice doit obtenir le consentement des Parties importatrices ou transitaires avant que le mouvement transfrontière ne soit autorisé.

La Convention de Bâle ne contient pas de disposition spécifique concernant l'élaboration d'un mécanisme de contrôle du respect. La base légale générale qui a permis d'ancrer une telle institution dans le texte de la Convention est l'article 15.5 qui charge l'organe suprême de l'AEM d'examiner la mise en œuvre du traité⁴²⁹. D'après Patrick Szell, qui s'exprimait ainsi en 1997, trois raisons pourraient expliquer l'absence d'une base légale plus spécifique. Tout d'abord, ce traité vise avant tout à protéger non pas l'environnement global, mais les intérêts individuels d'une Partie susceptible de souffrir d'un dommage à son environnement en raison d'un mouvement transfrontière de déchets dangereux. Par ailleurs, un tel dommage sera plus vraisemblablement dû à la volonté de nuire ou à l'appât du gain de la part d'une autre Partie, probablement industrialisée, plutôt que le résultat d'une incapacité technique ou financière. Enfin, tant le responsable du dommage que sa victime seront en principe identifiables. Au vu de ces caractéristiques, concluait cet expert, il semblait plus approprié de développer un régime fondé sur la responsabilité de l'auteur du dommage plutôt qu'un mécanisme de contrôle du respect de la Convention⁴³⁰.

⁴²⁶ Voir *supra* pp. 45-47.

⁴²⁷ Article 4.1 de la Convention de Bâle.

⁴²⁸ *Id.* article 4.2.

⁴²⁹ Cette caractéristique n'est pas sans incidence légale ou pratique sur l'organe de contrôle. En effet, elle a pour conséquence que cet organe est un organe subsidiaire de la Conférence des Parties. En d'autres termes, il est soumis à l'autorité de l'organe suprême de la Convention et, en particulier, son budget opérationnel doit être approuvé par cet organe. Voir A. SHIBATA, «The Basel compliance mechanism», *RECIEL*, vol. 12/2 (2003) p. 186.

⁴³⁰ P. SZELL, *loc. cit.* (note 350), p. 305.

Quoi qu'il en soit, les Parties à la Convention ont adopté non seulement, en 1999, un Protocole sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommage résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux⁴³¹, mais aussi, en décembre 2002, un «mécanisme visant à favoriser l'exécution et le respect des obligations»⁴³². Les Parties ont ainsi démontré que l'utilité d'une institution de ce genre n'est pas limitée à la fourniture d'une assistance à des Parties ayant des difficultés à respecter des obligations établies dans le but de protéger l'environnement global.

L'objectif du mécanisme de contrôle du respect de la Convention de Bâle est «d'aider les Parties à respecter les obligations énoncées dans la Convention de Bâle et de faciliter, promouvoir, surveiller et chercher à garantir l'exécution et le respect des obligations» de ce traité⁴³³. Le ton est donné : la priorité est à l'assistance et le respect des obligations doit uniquement être «cherché», mais non assuré.

L'organe principal du mécanisme de contrôle du respect de la Convention de Bâle est un Comité de quinze membres nommés par les Parties et élus par la Conférence des Parties. La composition du Comité doit être basée sur le principe de représentation géographique équitable des cinq groupes régionaux de l'ONU. Les membres exercent leurs fonctions «en toute objectivité et dans l'intérêt bien compris de la Convention». Ils doivent en outre avoir des compétences dans les domaines de la Convention⁴³⁴. Le Comité est donc un organe dont la nature politique n'est pas sans rappeler celle des organes de contrôle du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève. Ce que signifie, concrètement, l'obligation d'agir de manière objective et dans l'intérêt de la Convention est bien entendu ouvert à interprétation. Ces exigences constituent cependant un pas vers la mise en place d'un organe plus indépendant, suivant l'exemple des comités de contrôle du Protocole de Kyoto et de la Convention d'Aarhus⁴³⁵.

Les fonctions du Comité sont essentiellement de deux ordres. D'une part, le Comité exerce des compétences concernant le respect de la Convention par les Parties de manière individuelle⁴³⁶. D'autre part, le Comité est chargé d'examiner des questions générales ayant trait à l'exécution et au respect des

⁴³¹ Entamées en 1993, les négociations du Protocole se sont achevées 6 ans plus tard par son adoption lors de la Cinquième Conférence des Parties (Bâle, Décembre 1999). En mai 2005, le Protocole n'avait que cinq Parties. Il lui en faut vingt pour entrer en vigueur. Pour le texte du Protocole, voir : <http://www.basel.int/COP5/docs/Prot-f.PDF>.

⁴³² Entamées en 1995 (Décision III/11), les négociations sur le mécanisme se sont achevées 7 ans plus tard lors de la Sixième Conférence des Parties (Décembre 2002). Voir la Décision VI/12, contenue dans le rapport de la Sixième Conférence des Parties, doc. UNEP/CHW.6/40.

⁴³³ *Id.* para. 1.

⁴³⁴ *Id.* para. 3-8.

⁴³⁵ Pour Shibata, les membres du comité devront être des experts individuels et non pas des représentants des gouvernements. A. SHIBATA *loc. cit.* (note 429), p. 188.

⁴³⁶ *Id.* para. 9-20.

obligations énoncées dans la Convention⁴³⁷. Seul le premier volet de ces compétences, et donc le mécanisme de contrôle du respect individuel de la Convention, nous intéresse ici⁴³⁸.

Les possibilités de saisine du Comité sont similaires à celles du mécanisme de contrôle du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève, en particulier en ce qui concerne une saisine de nature préventive lorsqu'une Partie réalise qu'elle ne sera peut-être pas en mesure de respecter ses obligations⁴³⁹. La possibilité d'une saisine d'une Partie contre une autre est cependant plus limitée que dans les mécanismes de contrôle du respect que nous avons déjà passés en revue. En effet, dans le cadre de la Convention de Bâle, la Partie qui saisit le Comité doit être dans une relation particulière avec la Partie dénoncée : elle doit avoir «directement affaire» avec elle au titre de la Convention⁴⁴⁰, c'est-à-dire être importatrice, exportatrice ou transitaire.

Cette condition mise à la saisine d'une Partie contre une autre est une nouveauté dans le cadre des mécanismes de contrôle du respect des AEM. Elle constitua d'ailleurs une des principales controverses entre les négociateurs⁴⁴¹. Cette saisine conditionnelle est sensée souligner les aspects bilatéraux de la Convention de Bâle. Mais cette argumentation structurelle ne semble pas convaincante car toute Partie, et non pas seulement la Partie importatrice, exportatrice ou transitaire, a un intérêt à ce que chaque mouvement transfrontière de déchets dangereux soit en conformité avec le droit international. Il faut donc voir dans cette limitation de la saisine d'une Partie contre une autre un succès politique regrettable des Etats opposés à ce mode de saisine et à une vision réellement multilatérale - ou collective - des mécanismes de contrôle du respect des AEM⁴⁴².

Lorsqu'il est saisi, le Comité exerce, dans un premier temps, une fonction de facilitation. Il lui appartient d'établir les faits et les «causes profondes du problème et d'aider à le résoudre»⁴⁴³. Dans l'exercice de cette fonction, le Comité peut fournir des conseils, des recommandations «non contraignantes» et des renseignements. Dans un deuxième temps, le Comité «peut» recommander à la Conférence des Parties d'envisager d'autres mesures : la fourniture d'un appui supplémentaire dans le cadre de la Convention ou la publication d'une déclaration d'avertissement et la fourniture de conseils

⁴³⁷ *Id.* para. 21-24.

⁴³⁸ Voir notre définition des «mécanismes de contrôle du respect», *supra* pp. 3-4.

⁴³⁹ Décision VI/12, para. 9 (doc. UNEP/CHW.6/40).

⁴⁴⁰ *Id.* para. 9b).

⁴⁴¹ Sur les dessous des négociations relatives à cette question, voir A. SHIBATA, *loc. cit.* (note 429), pp. 189-190.

⁴⁴² Voir à cet égard *infra* p. 102.

⁴⁴³ Décision VI/12, para. 19 (doc. UNEP/CHW.6/40).

concernant le respect des obligations à l'avenir⁴⁴⁴. Ces mesures confirment le fait que le mécanisme de contrôle du respect de la Convention de Bâle est dénué d'une fonction d'exécution.

Le mécanisme de contrôle du respect de la Convention est, de tous les mécanismes qui ont précédemment été passés en revue, le plus faible. Son intervention la plus forte se limite à donner un avertissement. Même si ce genre de mesure peut être considéré comme une sanction politique, cette dernière reste particulièrement douce pour un Etat peu soucieux de sa bonne réputation. On ne peut que partager la déception exprimée par le représentant des Pays-Bas lors de l'adoption du mécanisme de contrôle du respect de la Convention de Bâle. Celui-ci a indiqué qu'un «mécanisme solide et de plus grande portée serait plus approprié» et que son pays ne considérerait pas ce mécanisme comme «un précédent pour les prochains mécanismes de respect dans le cadre d'autres accords environnementaux régionaux ou multilatéraux»⁴⁴⁵. Cela doit être gardé à l'esprit, sachant qu'au moment de l'adoption de ces mécanismes de contrôle du respect, deux autres institutions de ce type étaient en cours de négociation : dans le cadre du Protocole de Cartagena et dans celui de la Convention de Rotterdam.

D. Le Protocole de Cartagena

Un des AEM les plus récemment adopté, le Protocole de Cartagena est entré en vigueur en date du 11 septembre 2003⁴⁴⁶. Visant les mouvements transfrontières d'organismes vivants modifiés⁴⁴⁷, ce Protocole établit une procédure d'accord préalable en connaissance de cause avant le premier mouvement transfrontière volontaire de tels organismes destinés à être introduits intentionnellement dans l'environnement de la Partie importatrice⁴⁴⁸.

L'article 34 du Protocole de Cartagena constitue la base légale pour l'élaboration de procédures et mécanismes de respect des obligations. Lors de leur première réunion, qui s'est tenue en février 2004, les Parties au Protocole ont adopté le texte des «procédures et mécanismes de respect des obligations prévues par le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques»⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ *Id.* para. 20.

⁴⁴⁵ Voir le rapport de la Sixième Conférence des Parties à la Convention de Bâle, doc. UNEP/CHW.6/40, para. 65.

⁴⁴⁶ Voir le site officiel du Protocole : <http://www.biodiv.org/biosafety/>.

⁴⁴⁷ Article 1 du Protocole de Cartagena.

⁴⁴⁸ Article 7 du Protocole de Cartagena.

⁴⁴⁹ Pour le texte des « procédures et mécanismes de respect des obligations prévues par le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques », voir le doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/15.

L'objectif des procédures et mécanismes de respect des obligations est de promouvoir le respect des dispositions du Protocole, de traiter les cas de non-respect par les Parties et de fournir des conseils ou une assistance, s'il y a lieu⁴⁵⁰. Cet objectif intègre clairement les dimensions préventives d'un non-respect et réactives à un cas de non-respect. Son libellé laisse cependant déjà présager que l'accent est davantage sur la facilitation du respect que sur la sanction, que ce soit comme incitation au respect ou conséquence d'un non-respect.

Au niveau des principes gouvernants les procédures et mécanismes de respect des obligations, on soulignera que les organes doivent accorder une attention particulière aux «besoins spécifiques des pays en développement Parties, en particulier les pays les moins avancés et les petits Etats insulaires, et des pays ayant une économie en transition Parties, et pleinement prendre en compte les difficultés qu'ils rencontrent dans le cadre de la mise en œuvre du Protocole»⁴⁵¹. Cette formulation, dont l'idée sous-jacente est d'ailleurs reprise à deux autres endroits du texte, a remplacé une référence au principe des responsabilités communes mais différenciées des Etats⁴⁵².

Les procédures et mécanismes de respect des obligations au titre du Protocole de Cartagena établissent un Comité composé de quinze membres proposés par les Parties et élus par l'ensemble des Parties au Protocole «en choisissant trois membres dans chacun des cinq groupes régionaux de l'Organisation des Nations Unies»⁴⁵³. L'inclusion de critères additionnels à cette représentation géopolitique n'a pas été retenue. En particulier, la proposition de refléter les différents intérêts de deux groupes de Parties au Protocole (pays importateurs et pays exportateurs d'organismes vivants modifiés) n'a pas emporté le consensus. En ce qui concerne la qualité en laquelle les membres siègeront, le texte stipule que ceux-ci devront exercer leurs fonctions «objectivement et à titre personnel»⁴⁵⁴. Le texte des procédures et mécanismes de respect des obligations au titre du Protocole de Cartagena confirme donc la tendance actuelle de mettre en place un organe de contrôle le moins politisé possible, autrement dit le plus indépendant.

Les fonctions du Comité visent d'une part le contrôle du respect individuel des obligations du Protocole, d'autre part des questions générales de respect du Protocole. Seul le premier volet de ces fonctions nous intéresse ici⁴⁵⁵. En particulier, le Comité doit identifier les «circonstances spécifiques et les causes

⁴⁵⁰ *Id.* para. 1 de la section I.

⁴⁵¹ *Id.* para. 3 de la section I.

⁴⁵² Voir le texte soumis aux négociateurs à l'ouverture de la conférence, doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/8, para. 3 de la section I.

⁴⁵³ *Id.* para. 1 et 2 de la section II.

⁴⁵⁴ *Id.* para. 3 de la section II.

⁴⁵⁵ Voir notre définition des «mécanismes de contrôle du respect», *supra* pp. 3-4.

possibles» d'un cas de non-respect et fournir du conseil et/ou une assistance à la Partie concernée en vue de «l'aider à respecter ses obligations»⁴⁵⁶. A nouveau, l'accent est clairement mis sur la facilitation.

Les possibilités de saisine du Comité sont au nombre de deux. Premièrement, toute Partie pourra soumettre une saisine en ce qui la concerne. Deuxièmement, toute Partie qui est touchée (en anglais «affected») ou qui est susceptible d'être touchée par le non-respect d'une autre Partie pourra saisir le Comité. Ces options de saisine appellent deux commentaires. D'une part, il est surprenant que le texte ne prévoient pas la possibilité d'un canal neutre de saisine, en particulier sur la base des informations soumises au Secrétariat⁴⁵⁷ ou au Centre d'échange pour la prévention des risques biotechnologiques⁴⁵⁸, si ce n'est pour examiner les questions générales de respect des obligations prévues par le Protocole⁴⁵⁹. D'autre part, on peut regretter que la possibilité de saisine d'une Partie contre une autre ait été limitée. La formulation retenue est cependant loin d'être aussi restrictive que celle consacrée dans le cadre de la Convention de Bâle. En particulier, la terminologie « susceptible d'être touchée par le non-respect d'une autre Partie » permet une interprétation très large qui ouvre la porte à des possibilités de saisine bilatérale particulièrement étendues⁴⁶⁰.

En ce qui concerne les mesures que le Comité peut prendre, celles-ci sont de l'ordre de la facilitation : assistance et conseils, recommandations sur la fourniture d'une assistance financière et technique, demande ou assistance dans l'élaboration d'un plan d'action de respect des obligations. Le choix des mesures dépendra de «la capacité de la Partie concernée, spécialement les pays en développement Parties, en particulier les pays les moins avancés et les

⁴⁵⁶ *Id.* para. 1 de la section III.

⁴⁵⁷ L'article 33 du Protocole de Cartagena se lit comme suit : «Chaque Partie veille au respect des obligations qui sont les siennes en vertu du présent Protocole et, à des intervalles réguliers décidés par la Conférence des Parties siégeant en tant que Réunion des Parties au Protocole, fait rapport à la Conférence des Parties siégeant en tant que Réunion des Parties au Protocole sur les mesures qu'elle a prises pour en appliquer les dispositions».

⁴⁵⁸ L'article 20 du Protocole de Cartagena se lit comme suit : « ... chaque Partie communique au Centre d'échange pour la prévention des risques biotechnologiques toute information qu'elle est tenue de fournir au titre du Protocole, et : a) Toutes les lois, réglementations et directives nationales en vigueur visant l'application du Protocole, ainsi que les informations requises par les Parties dans le cadre de la procédure d'accord préalable en connaissance de cause ; b) Tout accord ou arrangement bilatéral, régional ou multilatéral ; c) Un résumé des évaluations des risques ou des études environnementales relatives aux organismes vivants modifiés menées en application de sa réglementation et effectuées conformément à l'article 15, y compris, au besoin, des informations pertinentes concernant les produits qui en sont dérivés, à savoir le matériel transformé provenant d'organismes vivants modifiés qui contient des combinaisons nouvelles décelables de matériel génétique répliquable obtenu par le recours à la biotechnologie moderne ; d) Ses décisions finales concernant l'importation ou la libération d'organismes vivants modifiés ; e) Les rapports soumis en vertu de l'article 33, y compris les rapports sur l'application de la procédure d'accord préalable en connaissance de cause».

⁴⁵⁹ Section III, para. 1d), doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/L.10.

⁴⁶⁰ Entretien avec Jurg Bally, Division Droit, OFEFP, 22 mars 2004.

petits Etats insulaires, et les Parties ayant une économie en transition, à respecter les obligations ainsi que des facteurs tels que la cause, le type, le degré et la fréquence de non-respect »⁴⁶¹. En ce qui concerne la Conférence des Parties siégeant en tant que Réunion des Parties au Protocole, l'organe suprême du Protocole, celle-ci peut décider des mesures telles que : fournir une assistance financière et technique, formuler une mise en garde ou requérir la publication du cas de non-respect⁴⁶². En cas de non-respect répété, le texte des procédures et mécanismes de respect des obligations au titre du Protocole de Cartagena se limite à déléguer à la troisième session de l'organe suprême du Protocole le soin de décider d'éventuelles autres mesures.

Au niveau du choix entre les mesures pouvant être décidées, l'organe suprême du Protocole doit, tout comme le Comité de contrôle, tenir compte de «la capacité de la Partie concernée, spécialement les pays en développement Parties, en particulier les pays les moins avancés et les petits Etats insulaires, et les Parties ayant une économie en transition, à respecter les obligations ainsi que des facteurs tels que la cause, le type, le degré et la fréquence de non-respect»⁴⁶³.

On soulignera que le texte innove en distinguant clairement entre les mesures que pourra prendre d'une part le Comité, d'autre part l'ensemble des Parties. Seul le mécanisme de contrôle du respect élaboré dans le cadre du Protocole de Kyoto opère une telle distinction, mais dans le cas du groupe de la facilitation et du groupe de l'exécution du Comité de contrôle. Dans le cadre de la Convention d'Aarhus, il y a un chevauchement partiel entre ce que le Comité et l'organe suprême du traité peuvent recommander⁴⁶⁴. Le mécanisme de contrôle du Protocole de Cartagena confirme donc la tendance actuelle d'octroyer plus d'indépendance au comité de contrôle que ce qui est prévu dans le cadre des mécanismes du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève où le comité joue plus volontiers le rôle d'antichambre de l'organe suprême de l'AEM : il prépare les recommandations qui seront ensuite formellement adoptées par l'organe suprême. Il faut noter cependant que cette déférence envers l'organe politique principal de l'AEM s'accompagne de la pratique de la Réunion des Parties au Protocole de Montréal qui est celle d'adopter, sans amendement, l'intégralité des recommandations préparées par le Comité.

Au niveau des mesures qui peuvent être prises par le Comité de contrôle ou l'organe suprême du Protocole, on peut regretter l'absence d'équilibre entre les mesures d'assistance et les sanctions, quand bien même les Parties au Protocole ont été moins frileuses que dans le contexte de la Convention de

⁴⁶¹ *Id.* para. 1 de la section VI.

⁴⁶² *Id.* para. 2 de la section VI.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ Voir *supra* pp. 87-88.

Bâle. Bien entendu, le texte invite expressément les Parties à considérer d'autres mesures en cas de non-respect répété. Mais il n'y a aucune certitude que cette possibilité sera utilisée. Au demeurant, les partisans de mesures plus sévères auront bien du mal à imposer leur point de vue du fait qu'ils ne disposeront alors plus de monnaie d'échange dans le cadre des négociations.

On relèvera également que le texte requiert que la cause de non-respect soit prise en compte lorsque le Comité de contrôle choisit les mesures à appliquer. Ce texte va cependant plus loin que la formulation, désormais traditionnelle, consacrée dans le cadre du Protocole de Montréal, de la Convention de Genève et de la Convention d'Aarhus et se rapproche de celle consacrée dans le cadre du groupe de la facilitation du Protocole de Kyoto⁴⁶⁵ : le choix des mesures doit tenir compte de la capacité à respecter les obligations. Ce faisant, le texte explicite le genre de facteurs à l'origine du non-respect qui doit être considéré dans le cadre d'une procédure de non-respect. L'ancrage, dans le principe des responsabilités communes mais différenciées des Etats, de cette particularité de l'ensemble des mécanismes de contrôle du respect des AEM a cependant échoué⁴⁶⁶. La majorité des négociateurs ont en effet considéré que ce principe consacrerait alors une responsabilité différenciée en matière de respect des obligations, une approche incompatible avec le principe d'égalité de traitement en cas d'obligations identiques (égalité devant le droit)⁴⁶⁷. Ainsi, et contrairement au texte établissant les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto, les procédures et mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Cartagena ne formalisent pas davantage que nécessaire l'objectif de promouvoir l'égalité réelle des Etats au niveau du contrôle du respect du droit.

E. La Convention de Rotterdam

La Convention de Rotterdam est entrée en vigueur le 24 février 2004⁴⁶⁸. Son objectif est de promouvoir la coopération entre les Parties dans le cadre du commerce international de certains produits chimiques dangereux par le biais de la facilitation de l'échange d'informations sur leurs propriétés et la mise en place d'un processus national de décision sur les importations et exportations⁴⁶⁹. La Convention établit une procédure de consentement préalable en connaissance de cause pour l'importation de certains produits chimiques.

⁴⁶⁵ Voir *infra* p. 140.

⁴⁶⁶ Cette possibilité était entre crochets dans le texte soumis aux négociateurs lors de l'ouverture de la conférence. Voir la section I para. 3 du doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/8.

⁴⁶⁷ Entretien avec Jurg Bally, Division Droit, OFEFP, 22 mars 2004.

⁴⁶⁸ Pour plus de détail sur cette question, voir *infra* p. 139ss.

⁴⁶⁹ Article 1 de la Convention de Rotterdam.

L'article 17 stipule que les Parties développeront et adopteront « dès que possible » des procédures et mécanismes institutionnels pour déterminer et traiter les cas de non-respect de la Convention. Le projet des procédures et mécanismes institutionnels pour le traitement des cas de non-respect de la Convention de Rotterdam a été discuté pour la première fois lors de la neuvième session du Comité Intergouvernemental de négociation en octobre 2002⁴⁷⁰. Lors de leur première Conférence, en septembre 2004, les Parties ont décidé de repousser la suite de leurs travaux sur cette question à une date ultérieure⁴⁷¹. Le stade actuel des négociations met cependant particulièrement bien en évidence les controverses politiques les plus difficiles entre les pays favorables à un régime de contrôle fort (c'est notamment le cas de l'Union européenne) et ceux souhaitant limiter le mécanisme de contrôle du respect à une fonction d'assistance (c'est notamment le cas de l'Australie et des Etats-Unis).

Le projet de texte soumis à la première Conférence des Parties à la Convention⁴⁷² prévoit l'établissement d'un « Comité de respect » élu par la Conférence des Parties⁴⁷³. La composition de ce Comité est encore en discussion. On notera en particulier que les critères de composition (une représentation géographique équitable des groupes régionaux de l'ONU ou des sept régions de la Convention) sont encore en discussion. Il faut également souligner que le texte prévoit que les membres du Comité devront exercer leurs fonctions de manière objective et dans l'intérêt supérieur de la Convention, une formulation similaire à celle prévue dans le contexte de la Convention de Bâle⁴⁷⁴.

En ce qui concerne les fonctions du Comité de respect, les Parties ont uniquement trouvé un consensus sur des fonctions de facilitation, c'est-à-dire sur le fait que le comité pourra formuler des « recommandations non-contraignantes », des conseils ou donner des informations⁴⁷⁵. La possibilité de recommander à la Conférence des Parties des « mesures additionnelles » suscite

⁴⁷⁰ Pour le texte soumis à la considération des Parties lors de cette réunion, voir le document UNEP/FAO/PIC/INC.9/16. Un document révisé a été adopté à l'issue de cette réunion (doc. UNEP/FAO/ PIC/INC.9/L.1/Add.1, reproduit à l'annexe VII du Rapport de cette réunion, doc. UNEP/FAO/PIC/INC.9/21). Pour une analyse succincte des négociations lors de la neuvième session du comité intergouvernemental de négociation, voir le Résumé du *BNT* disponible sur : <http://www.iisd.ca/linkages/vol15/enb1575e.html>.

⁴⁷¹ Voir la décision RC-1/10 contenue dans le rapport de la Première Conférence des Parties (Genève, 20-24 septembre 2004), doc. UNEP/FAO/RC/COP.1/33. Cette décision s'explique par le fait que l'article 17 de la Convention n'exige pas que les procédures et mécanismes de contrôle du respect de la Convention soient adoptés lors de la première réunion des Parties. Au surplus, les négociations sur cette question sont contentieuses, et les Parties ont préféré les remettre à une date ultérieure. Voir le résumé de la conférence disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol15/enb15105e.html>.

⁴⁷² Doc. UNEP/FAO/RC/COP.1/20.

⁴⁷³ Para. 1 de l'annexe au doc. UNEP/FAO/RC/COP.1/20.

⁴⁷⁴ *Id.* para. 2 et 3.

⁴⁷⁵ *Id.* para. 18.

des oppositions, notamment de la part des pays en développement et des Etats-Unis⁴⁷⁶.

Au niveau des options de saisine du Comité pour des cas individuels de non-respect, le projet met en évidence des difficultés pour ainsi dire traditionnelles. Malgré un consensus liminaire sur l'option «incrimination personnelle», les désaccords subsistent sur la possibilité d'une saisine par une Partie à propos d'une autre, ainsi que la possibilité pour le Comité d'être saisi sur la base d'informations qui lui ont été communiquées par le Secrétariat⁴⁷⁷.

En conclusion, le projet de texte actuel relatif aux procédures et mécanismes institutionnels pour déterminer et traiter les cas de non-respect de la Convention de Rotterdam est peu ambitieux. La position des Etats-Unis, qui a radicalement changé depuis que l'administration du Président George W. Bush négocie pour ce pays, fait craindre que les partisans d'un régime fort de contrôle du respect auront bien des difficultés à imposer leurs positions, à l'image de ce qui s'est passé dans le contexte de la Convention de Bâle et du Protocole de Cartagena.

§ 4 Vers un système de contrôle du respect des AEM

Notre présentation des traits saillants des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto et de six autres mécanismes élaborés dans le cadre d'AEM laisse percevoir des caractéristiques communes entre ces institutions. Nous nous attacherons, ci-dessous, à mettre en évidence ces éléments qui forment le noyau d'un système de contrôle du respect des AEM. Nous montrerons à cet égard comment ces traits caractéristiques ont évolué au fil du temps. Nous identifierons leurs avantages et suggérerons également des manières d'améliorer la structure institutionnelle de ces mécanismes.

A. Les caractéristiques communes et points forts des mécanismes de contrôle de respect des AEM

1) Un objectif double : la prévention et la réaction

Les mécanismes visant à assurer le respect des AEM ont généralement le double objectif de prévenir et de réagir aux cas de non-respect. Le premier objectif, la prévention, vise avant tout à éviter la survenance d'un dommage, parfois irréparable, à l'environnement. Il permet cependant aussi d'éviter que des intérêts plus directs des Parties, notamment de nature économique, ne soient

⁴⁷⁶ Voir le Résumé du *BNT* relatif à la dixième session du comité intergouvernemental de négociation, <http://www.iisd.ca/chemical/pic/pic10/>.

⁴⁷⁷ Para. 12 de l'annexe au document UNEP/FAO/RC/COP.1/20.

touchés. Le second objectif, la réaction, a également deux raisons d'être. D'une part, et bien que la prévention soit préférable, les mécanismes de contrôle de respect doivent également faire face à un possible non-respect des obligations qui permettrait de restaurer, dans la mesure du possible, l'intégrité de l'environnement⁴⁷⁸. D'autre part, une réaction permettra également de protéger les intérêts plus directs des Parties, tels que de nature commerciale.

Les impératifs de prévention et de réaction requièrent que l'objectif des mécanismes de contrôle du respect des AEM soit exprimé de manière à englober des mesures incitatives visant à anticiper et assurer un respect continu de l'AEM, ainsi que des mesures correctives visant à faire face au non-respect. Prévenir le non-respect, promouvoir le respect, faciliter le respect, assurer le respect, faire exécuter le respect, réparer les conséquences du non-respect sont autant de manières d'énoncer les objectifs de prévention et de réaction des mécanismes de contrôle du respect des AEM.

Une précision supplémentaire s'impose en ce qui concerne l'objectif de réaction au non-respect. Les AEM sont caractérisés par la coexistence d'obligations au contenu faiblement contraignant et d'obligations précises qui ne laissent pas de flexibilité au niveau de leur respect. Les premières obligations, symptomatiques d'un droit international de coopération, laissent plus ou moins de marge de manœuvre aux Parties dans le cadre de leur mise en œuvre. Cela ne veut pas dire qu'elles n'ont pas force obligatoire, mais la manière dont elles sont libellées rend plus difficile la détermination sans équivoque d'un non-respect⁴⁷⁹. Dans ce cas, l'objectif du mécanisme devrait être de promouvoir leur respect. Les secondes obligations, au contraire, sont précises : leur respect est plus facilement vérifiable. L'objectif du mécanisme devrait donc prioritairement être d'assurer qu'elles sont respectées. Les diverses natures juridiques des normes contenues dans un AEM devraient être reflétées dans le texte établissant le mécanisme de contrôle du respect des obligations. Une telle approche, par ailleurs implicitement consacrée dans le cadre de la Convention climat⁴⁸⁰ et du Protocole de Kyoto⁴⁸¹, a l'avantage d'offrir plus de sécurité juridique, les Parties sachant à l'avance quelle

⁴⁷⁸ Le groupe de l'exécution du comité de contrôle du Protocole de Kyoto a uniquement pour objectif d'«assurer l'intégrité de l'environnement», les Parties ayant refusé la proposition du Président Pronk que l'objectif soit de «réparer le dommage à l'environnement». Voir section V, para. 6 des Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto (doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 68-81). Voir également le texte «Core elements for the implementation of the Buenos Aires Plan of Action» daté du 21 juillet 2001, préparé par le Président Pronk pendant la deuxième partie de la sixième Conférence des Parties.

⁴⁷⁹ Voir *supra* note 280.

⁴⁸⁰ Le processus consultatif multilatéral exerce ses fonctions de facilitation à l'égard d'obligations au contenu faiblement contraignant.

⁴⁸¹ Le groupe de la facilitation exerce ses fonctions vis-à-vis du respect d'obligations au contenu faiblement contraignant, alors que le groupe de l'exécution a ses compétences limitées à l'examen du respect d'obligations précises. Voir les sections IV et V des Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto (doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 68-81).

situation correspond à un cas de «non-respect». Il serait donc intéressant que les objectifs des mécanismes de contrôle du respect des AEM soient formulés de manière à tenir compte de ces différences d'objectifs : prévenir le non-respect de toute obligation, promouvoir le respect des obligations faiblement contraignantes et assurer le respect des obligations précises.

2) *Des Comités de contrôle de plus en plus indépendants*

En ce qui concerne les organes des mécanismes de contrôle du respect passés en revue, nous nous attacherons à identifier les traits communs relatifs, d'une part, à la composition du Comité de contrôle, d'autre part, à la relation entre le Comité de contrôle et l'organe suprême de l'AEM.

a) La composition du Comité de contrôle

L'organe principal des mécanismes de contrôle du respect est un Comité ayant les caractéristiques suivantes : élu par l'organe suprême de l'AEM, de taille restreinte et, avec l'exception du cas de la Convention d'Aarhus, représentatif des intérêts politiques des Parties. Les critères de composition du Comité sont importants à deux égards : ils reflètent la nature juridique du mécanisme de contrôle et mettent en évidence les intérêts politiques en jeu.

La composition du Comité de contrôle constitue tout d'abord un bon indicateur de la nature diplomatique ou juridictionnelle des mécanismes. S'il semble difficile d'imaginer, à l'heure actuelle⁴⁸², qu'un organe autre que l'organe suprême de l'AEM élise les membres de l'organe de contrôle, deux facteurs influent sur leur indépendance : le fait qu'ils soient des experts ou des représentants des Parties, et la qualité en laquelle ils agissent (à titre personnel ou non). On notera à cet égard une évolution de la pratique étatique au niveau de l'indépendance de l'organe de contrôle. En effet, les Parties aux AEM ayant établi les premiers mécanismes de contrôle (Protocole de Montréal et Convention de Genève) ont préféré minimiser l'autonomie de l'organe de contrôle. L'acceptabilité du mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal tenait d'ailleurs justement au fait que ses membres ne devaient pas agir à titre personnel mais, au contraire, faire preuve d'une «démonstrable subservience» à la Réunion des Parties⁴⁸³. Ces débuts plutôt timides ont certainement contribué à faire des mécanismes de contrôle du respect des institutions plus facilement acceptables aux yeux de toutes les Parties. Les

⁴⁸² Si les Parties à un AEM venaient à mettre sur pied un organe de contrôle de nature quasi-juridictionnelle comme l'organe de règlement des différends de l'OMC, alors elles pourraient s'inspirer des règles de composition des groupes spéciaux qui limitent au maximum l'ingérence politique des membres de l'OMC. Voir l'Article 8 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.doc).

⁴⁸³ P. SZELL, *op. cit.* (note 270), p. 49 ; H. SCHALLY, *op. cit.* (note 380), pp. 86-87.

exemples plus récents de la Convention d'Aarhus, du Protocole de Cartagena et, surtout, du Protocole de Kyoto montrent cependant une tendance en faveur d'une indépendance accrue de l'organe de contrôle, avec des membres experts siégeant à titre personnel. Dans une moindre mesure, mais toujours dans l'objectif de préserver l'indépendance de l'institution de contrôle, les textes relatifs à la Convention de Bâle et à la Convention de Rotterdam prévoient que les membres du comité devront exercer leurs fonctions de manière objective et dans l'intérêt de la Convention.

La composition du Comité reflète également les intérêts politiques en présence au sein de chaque AEM. Dans le cas d'un traité global, la règle est de se baser sur le principe de la «représentation géographique équitable» consacré à l'ONU, qui donne un nombre de sièges égal à chacun des cinq groupements géopolitiques principaux⁴⁸⁴. Après tout, si l'atteinte à l'environnement est de nature à affecter tout Etat, chaque Partie a un intérêt identique à ce que l'AEM soit respecté. En plus de cette approche traditionnelle, les Parties ont développé une seconde règle de répartition prenant en compte les intérêts particuliers des Parties à un AEM spécifique. Ainsi, le mécanisme de contrôle du Protocole de Kyoto a une clé de répartition tenant compte du fait que les Parties à cet AEM sont industrialisées (Annexe I) ou en développement. Une telle approche, rejetée au dernier stade des négociations dans le cadre de la Convention de Bâle⁴⁸⁵ et du Protocole de Cartagena⁴⁸⁶, est également en discussion dans le cadre de la Convention de Rotterdam. Cette combinaison de règles a l'avantage indéniable de renforcer la légitimité de l'organe de contrôle, de le rendre plus acceptable aux yeux des Parties. Elle a néanmoins également pour effet de le politiser davantage.

Trouver un équilibre entre une composition suffisamment empreinte de considérations politiques pour être légitime aux yeux des Parties, et des règles garantissant que l'organe, au niveau opérationnel, aura un degré d'indépendance suffisant vis-à-vis des Parties pour être crédible, constitue un objectif clé dans l'élaboration de l'organe de contrôle de respect de l'AEM. A ces considérations, il faut ajouter une préoccupation liée à l'efficacité de cet organe : cet impératif requiert que l'organe soit de taille relativement réduite⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Afrique, Asie, Europe de l'Est, Europe de l'Ouest et autres (Nouvelle Zélande, Australie, Japon) et Amérique Latine et Caraïbes (GRULAC).

⁴⁸⁵ Le texte discuté en janvier 2002 dans le cadre de la quatrième session du «Legal Working Group» de la Convention proposait un équilibre entre pays exportateurs et pays importateurs de déchets dangereux. Voir le doc. UNEP/CHW/LWG/4/5.

⁴⁸⁶ Le texte des «Procédures et mécanismes de respect des obligations prévues par le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques » soumis aux Parties lors de leur première session envisageait qu'«un équilibre entre les pays importateurs et les pays exportateurs » soit assuré. Voir le doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/8, para.2 section II.

⁴⁸⁷ G. HANDL, *loc. cit.* (note 274), p. 39.

En conclusion, l'organe de contrôle du respect des obligations est un organe de taille restreinte dont la composition reflète à la fois la structure politique de la communauté internationale et, parfois, les intérêts particuliers des principaux groupes de pays concernés. S'il n'existe pas encore, à l'heure actuelle, d'unanimité sur le fait que les membres, nommés par l'organe suprême de l'AEM, devraient être des experts siégeant «à titre personnel», les développements au sein du Protocole de Kyoto, du Protocole de Cartagena et de la Convention d'Aarhus ainsi que, dans une moindre mesure, au sein des Conventions de Bâle et de Rotterdam, montrent que l'indépendance des membres du Comité est devenu un élément clé des mécanismes de contrôle du respect des AEM⁴⁸⁸.

b) La relation entre le Comité de contrôle et l'organe suprême de l'AEM

La relation entre le Comité de contrôle et l'organe suprême de l'AEM constitue également un des aspects des mécanismes qui a connu une évolution. Cantonné, à l'origine, à la formulation de recommandations à l'attention de l'organe suprême⁴⁸⁹, le Comité de contrôle se voit désormais confier des compétences propres avec la possibilité de formuler des recommandations directement à la Partie concernée⁴⁹⁰. Cette tendance demeure néanmoins limitée dans la mesure où elle ne vise que des mesures de facilitation. Dès qu'il s'agit de formuler une mise en garde ou d'imposer des sanctions, c'est à l'ensemble des Parties que revient la compétence de prendre une décision. Il faut noter à cet égard que le groupe de l'exécution du mécanisme de contrôle de respect du Protocole de Kyoto fait figure d'exception du fait qu'il a la compétence d'imposer des sanctions, certes déterminées à l'avance, sans l'intervention de l'organe suprême du traité. Si les Parties devaient décider que ces mesures auront force obligatoire en droit international, le Comité de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sera non seulement de loin le plus indépendant mais le plus puissant⁴⁹¹.

3) *Des possibilités de saisine exhaustives : la matérialisation de la nature multilatérale des mécanismes de contrôle du respect des AEM*

Les options de saisine de l'organe du mécanisme de contrôle de respect de l'AEM semblent, *a priori*, des candidats idéals pour constituer un élément clé d'un système de mécanismes de contrôle de respect. Les précédents du Proto-

⁴⁸⁸ Nos conclusions sont identiques à celles que Handl exprimait déjà en 1997. *Id.* p. 40.

⁴⁸⁹ Dans le cadre du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève.

⁴⁹⁰ Dans le cadre du Protocole de Cartagena, de la Convention d'Aarhus, de la Convention de Rotterdam et du Protocole de Kyoto.

⁴⁹¹ Voir *infra* p. 133ss.

cole de Montréal, de la Convention de Genève et du Protocole de Kyoto militent en faveur de possibilités de saisine exhaustives : par la Partie concernée, par une autre Partie, et par le biais d'un canal politiquement neutre sur la base d'informations objectives, que ce soit le Secrétariat, les rapports d'experts ou un centre d'échange d'information. En dépit de cela, certaines Parties restent très frileuses à l'idée qu'une entité autre qu'elles-mêmes puisse saisir l'organe de contrôle du respect. Ces hésitations, qui ont mené à un affaiblissement du mode de saisine bilatéral dans le cadre de la Convention de Bâle⁴⁹², ainsi que dans une moindre mesure dans le cadre du Protocole de Cartagena⁴⁹³, nous semblent injustifiées.

En effet, la saisine par une Partie contre une autre, quand bien même elle n'a jamais été utilisée en pratique, est une option nécessaire pour plusieurs raisons. D'une part, elle permet de maintenir une pression accrue sur les Parties peu soucieuses de respecter leurs engagements. Elle a un effet dissuasif. D'autre part, elle est conforme à l'idée que toute Partie a un intérêt au respect de l'AEM. Une partie de la doctrine se réfère à cet égard à l'existence d'un «soft legal interest» en faveur de toute Partie⁴⁹⁴. Dans le même ordre d'idée, chaque Partie serait autorisée à agir comme «trustee» des autres Parties⁴⁹⁵ ou dans le cadre d'une *actio popularis*⁴⁹⁶. Enfin, l'option de saisine par une Partie contre une autre permet de tenir compte du fait que la violation d'obligations de certains AEM entraîne parfois des conséquences plus graves sur une Partie que pour l'ensemble des Parties. Ce sera en particulier le cas dans la Convention de Bâle ou le Protocole de Cartagena, mais également dans le contexte de traités ayant des répercussions économiques importantes. Dans ces cas, la saisine d'une Partie contre une autre constituerait le pendant d'une procédure de règlement des différends.

En ce qui concerne une saisine par le biais d'un canal neutre, celle-ci constitue la meilleure garantie que ce qui prime avant tout, à savoir l'intégrité de l'AEM, soit sauvegardé. La protection de l'environnement est une préoccupation qui mérite d'être soustraite, autant que faire ce peut, aux enjeux politiques. Ainsi, dans la mesure où des motifs politiques empêcheraient les Parties de saisir l'organe de contrôle, il est opportun de donner à l'AEM une sorte de protecteur, une option de saisine politiquement neutre. Celle-ci peut se concrétiser de plusieurs manières. D'une part, certains Secrétariats des AEM exercent des fonctions dans le cadre de la communication de rapports fournis par les Parties : ils se trouvent alors dans une position privilégiée pour prendre

⁴⁹² Voir *supra* p. 91.

⁴⁹³ Voir *supra* p. 94.

⁴⁹⁴ L. BOISSON DE CHAZOURNES, *loc. cit.* (note 266), p. 65.

⁴⁹⁵ D. HUTCHINSON, «Solidarity and breaches of multilateral treaties», *BYIL*, vol. 59, 1988, pp. 157-158.

⁴⁹⁶ Voir à cet égard F. VOEFFRAY, *op. cit.* (note 269). Voir également C. ROMANO, *op. cit.* (note 242), p. 75.

connaissance d'un possible cas de non-respect, ne serait ce que du non-respect de l'obligation de fournir ces rapports⁴⁹⁷. D'autre part le rôle de canal politiquement neutre peut être joué par des experts techniques qui examinent de manière approfondie les communications effectuées par les Parties. Le rapport de ces experts, transmis au Comité de contrôle, sert à attirer l'attention du Comité sur des cas potentiels de non-respect⁴⁹⁸. Enfin, une centrale d'échange d'informations peut également servir de canal neutre de saisine du Comité de contrôle⁴⁹⁹. Dans chacun de ces scénarios, le rapport fourni par les Parties demeure une pièce maîtresse dans la récolte d'information sur la mise en œuvre de l'AEM, «la clef de voûte de l'ensemble de la procédure de contrôle»⁵⁰⁰.

En plus de ces modalités de saisine plutôt traditionnelles, les négociations relatives au mécanisme de contrôle du respect de la Convention d'Aarhus ont porté sur une possible saisine par la société civile, une question controversée liée à la structure actuelle de la «communauté internationale». Accorder, au niveau international, la qualité pour agir à un individu n'est certes pas sans précédents, comme en témoigne en particulier des traités dans le domaine des droits de l'homme⁵⁰¹ ou du droit pénal international⁵⁰². Dans le premier cas de figure, le traité donne un droit à l'individu qui peut ensuite saisir un organe international pour obliger l'Etat à respecter ses engagements. Dans le second cas de figure, l'individu se voit imposer des obligations et peut être poursuivi par un organe international en cas de non-respect. Bien entendu, le fait que la protection de l'environnement constitue un objectif auquel les individus ont un intérêt milite en faveur de l'octroi d'un droit de saisine en faveur de tout un chacun. Cet argument est d'ailleurs mis en avant par ceux qui soutiennent la consécration d'un droit de l'homme à un environnement propre, droit dont la violation ouvrirait la porte à une action judiciaire au niveau international⁵⁰³. Si cette option peut sembler désirable, elle n'en demeure pas moins irréaliste à l'heure actuelle. Une autre possibilité, politiquement plus acceptable, est d'accroître la transparence des procédures, c'est-à-dire de les ouvrir, en partie, au public. Ceci aurait également l'avantage de renforcer leur légitimité⁵⁰⁴. Les Parties pourraient combiner, d'une part, un statut d'observateur pour les

⁴⁹⁷ C'est le cas dans le cadre du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève.

⁴⁹⁸ C'est le cas dans le cadre du Protocole de Kyoto.

⁴⁹⁹ Cette option a été discutée, mais finalement pas retenue, dans le cadre du Protocole de Cartagena.

⁵⁰⁰ K. BANNELIER-CHRISTAKIS, «Techniques de contrôle – Le système des rapports», dans C. IMPERIALI, *op. cit.* (note 35), p. 91.

⁵⁰¹ Voir l'article 1 du (premier) Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, disponible sur : <http://untreaty.un.org/English/TreatyEvent2001/pdf/10f.pdf>.

⁵⁰² Voir l'article 1 du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, 17 juillet 1998, disponible sur : [http://www.un.org/law/icc/statute/french/rome_statute\(f\).pdf](http://www.un.org/law/icc/statute/french/rome_statute(f).pdf).

⁵⁰³ Voir par exemple P. RODGERS KALAS, *loc. cit.* (note 323), p. 191.

⁵⁰⁴ G. HANDL, *loc. cit.* (note 274), p. 41.

groupes d'intérêts (tels que les organisations non gouvernementales de protection de l'environnement et l'industrie), d'autre part, des procédures offrant à ces groupes un degré de participation limité (par exemple par le biais de la possibilité de soumettre des informations pertinentes à l'organe de contrôle)⁵⁰⁵. Des clauses devraient bien entendu veiller à ce que des informations confidentielles soient protégées.

4) *Les fonctions du Comité : une approche individualisée*

L'approche *ad hoc* qui caractérise l'élaboration des mécanismes de contrôle du respect des AEM est on ne peut mieux mise en évidence dans la manière dont les fonctions des organes sont précisées. Celles-ci peuvent être classées de plusieurs manières.

Une première approche vise à distinguer entre l'examen du respect individuel ou général des obligations⁵⁰⁶. Bien que ces deux fonctions soient importantes, il n'est pas nécessaire qu'elles soient exercées par le même organe, en particulier par l'organe de contrôle du respect, comme c'est le cas dans le cadre de la Convention de Bâle, de la Convention de Rotterdam et du Protocole de Cartagena. L'examen des questions générales de respect peut en effet être confié à un autre organe tel que l'organe subsidiaire de mise en œuvre de la Convention climat. Une telle séparation institutionnelle présente deux avantages. D'une part, elle permet de réduire la quantité de travail du Comité d'Application. D'autre part, les questions générales de respect visent davantage l'effectivité de l'AEM. Il semblerait plus adéquat qu'elles soient discutées dans le cadre d'un organe plus politique. C'est pour ces raisons que nous avons limité notre étude aux procédures relatives aux cas individuels de non-respect⁵⁰⁷.

Une seconde manière de classer les différentes fonctions des mécanismes de contrôle de respect est de distinguer entre une approche de facilitation ou d'assistance, et une approche d'exécution qui a pour objectif de garantir le respect. Ce schéma est adopté dans le cadre du Protocole de Kyoto : le groupe de la facilitation vise principalement à aider les Parties à respecter leurs obligations⁵⁰⁸, alors que le groupe de l'exécution est chargé de déterminer si les Parties respectent les obligations souscrites et d'appliquer des mesures consécutives en cas de non-respect⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Les règles relatives aux mécanismes de contrôle de la Convention d'Aarhus et du Protocole de Kyoto sont particulièrement progressistes en la matière. Voir les documents ECE.MP.PP/2/Add.8 et FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 68-81.

⁵⁰⁶ Cette typologie est suggérée par le PNUE dans ses Lignes directrices. Voir *supra* p. 74.

⁵⁰⁷ Voir *supra* pp. 3-4.

⁵⁰⁸ Para. 4 de la section IV des Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto (Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 68-81).

⁵⁰⁹ *Id.* para. 4 et 6 de la section V.

Il existe des modalités additionnelles pour organiser les diverses fonctions de l'organe de contrôle. Par exemple, il est possible d'opérer une distinction entre les fonctions de prévention et de réaction au non-respect ou alors de distinguer entre la qualité de la Partie concernée par un cas de non-respect : développée ou en développement.

Les options disponibles et utilisées pour distinguer entre les diverses fonctions des mécanismes de contrôle du respect des AEM reflètent la complexité de ces traités, complexité qui résulte en partie de la combinaison de leurs objectifs (prévention et réparation), de la nature juridique des obligations y incluses (précises ou au contenu faiblement contraignant) et de la qualité des Parties concernées (développées ou en développement, importatrices/exportatrices). Malgré les différentes manières dont celles-ci sont exprimées, les fonctions principales des organes de contrôle du respect des AEM que nous avons passés en revue sont, au minimum, de traiter les cas de non-respect individuel dont le Comité est saisi, de déterminer s'il y a non-respect, et de prendre des mesures consécutives.

De manière générale, il serait cependant souhaitable que les diverses fonctions soient exprimées sur une base systématique de manière à clarifier les rôles respectifs des organes de contrôle (comité et organe suprême), de pouvoir les comparer puis de mettre en évidence les avantages comparatifs de telle ou telle approche. Par ailleurs, les mécanismes devraient tenir compte des divers types d'obligations et clarifier quelle situation peut être constitutive d'un «non-respect»⁵¹⁰. Cela reviendrait à établir une liste des obligations précises dont le non-respect entraînera des mesures consécutives visant à garantir ou assurer leur respect, par le biais notamment de mesures d'exécution ; le respect des autres obligations, au contenu faiblement contraignant, devant essentiellement être «promu» par le biais de mesures de facilitation. Si les Parties au Protocole de Montréal n'ont pas été en mesure d'établir une telle liste⁵¹¹, la manière dont a été libellé le mandat du groupe de l'exécution du mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto peut servir de modèle à l'avenir⁵¹².

En ce qui concerne le genre de mesures consécutives, le schéma élaboré dans le cadre du Protocole de Montréal⁵¹³ demeure tout à fait actuel. Tous les mécanismes de contrôle s'inspirent largement de son approche qui consiste à offrir une palette de réponses allant de l'assistance aux sanctions. Bien entendu, la portée de ces sanctions varie grandement d'un mécanisme à l'autre. Mais l'idée que le non-respect mène, éventuellement, à des

⁵¹⁰ D'un avis semblable, voir G. HANDL, *loc. cit.* (note 274), p. 44.

⁵¹¹ Voir *infra* p. 120.

⁵¹² Voir *supra* p. 47.

⁵¹³ Para. 9 de l'annexe IV à la décision IV/5 (procédure applicable en cas de non-respect) des Parties au Protocole de Montréal (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15).

conséquences désagréables constitue un trait commun des mécanismes passés en revue. Des considérations de sécurité juridique militent cependant en faveur d'une rigueur accrue : le genre et la nature juridique de mesures consécutives devraient toujours être précisés dans le texte établissant le mécanisme afin que les Parties sachent à l'avance le sort qui leur sera réservé.

Au niveau du choix entre l'une ou l'autre des mesures consécutives, la plupart des mécanismes le font dépendre des circonstances particulières de chaque cas d'espèce⁵¹⁴. Cette formule a d'ailleurs été progressivement élaborée de telle sorte que tous les mécanismes de contrôle requièrent actuellement que les «causes de non-respect», et parfois spécifiquement celles liées aux capacités de la Partie concernée⁵¹⁵, soient prises en compte. Prendre en compte les causes de non-respect ne constitue pas seulement une caractéristique commune des mécanismes de contrôle du respect des AEM. Il s'agit d'un principe fondamental de ces institutions qui se traduit par une approche individualisée, donc différenciée, dans le cadre du contrôle du respect du droit qui les distingue clairement des procédures de règlement des différends. L'étude, connexe, du «pourquoi» du non-respect des AEM a récemment fait l'objet de plusieurs analyses qui confirment la justesse de cette approche⁵¹⁶. Si une partie

⁵¹⁴ Dans le cadre de la Convention de Genève, les recommandations du comité d'application doivent tenir compte «des circonstances de la question». Voir le para. 9 de l'annexe à la décision 1997/2 concernant le comité d'application, sa structure et ses fonctions ainsi que les procédures d'examen du respect des obligations, telle que modifiée (doc. ECE/EB.AIR/75). Dans le cadre de la Convention d'Aarhus, la Réunion des Parties doit tenir compte de «la cause de non-respect, du degré de non-respect et de la fréquence des cas de non-respect». Voir le para. 37 de l'annexe à la décision I/7 relative à la structure et fonctions du comité d'examen du respect des dispositions et procédures d'examen du respect des dispositions (doc. ECE.MP.PP/2/Add.8). Dans le cadre de la Convention de Rotterdam, le comité doit identifier «the facts and root causes of the matter of concern» avant de recommander des mesures de facilitation, et tenir compte de «the cause, type, degree and frequency of compliance difficulties» s'il veut recommander ou si la conférence des parties veut décider des mesures additionnelles. Voir les para. 25 et 26 de l'annexe VII au rapport de la neuvième session du comité intergouvernemental de négociation (doc. UNEP/FAO/PIC/INC.9/21). Dans le cadre du Protocole de Cartagena, l'organe suprême du Protocole doit, tout comme le Comité de contrôle, tenir compte de «la capacité de la Partie concernée, spécialement les pays en développement Parties, en particulier les pays les moins avancés et les petits Etats insulaires, et les Parties ayant une économie en transition, à respecter les obligations ainsi que des facteurs tels que la cause, le type, le degré et la fréquence de non-respect». Voir la section VI para 2. du doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/15. En ce qui concerne le Protocole de Kyoto, le groupe de la facilitation doit exercer ses fonctions en tenant compte du «principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties» de même que des «circonstances qui entourent la question dont il est saisi». Le groupe de l'exécution, quant à lui, doit tenir compte de «la cause de non-respect, de sa nature, de son ampleur et de sa fréquence» uniquement dans le cas du non-respect des dispositions relatives à la communication d'informations. Dans les autres cas de non-respect, les mesures consécutives sont automatiques, non individualisées. Voir la section IV, para. 4, le préambule de la section XIV ainsi que la section XV des Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto (doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 68-81). Dans le cadre de la Convention de Bâle, le Comité doit établir les faits et les «causes profondes du problème» (décision VI/12, para. 19, doc. UNEP/CHW.6/40).

⁵¹⁵ C'est le cas des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto et du Protocole de Cartagena.

⁵¹⁶ H. JACOBSON et E. BROWN WEISS, *op. cit.* (note 185) ; E. BROWN WEISS, «Understanding compliance with international environmental agreements : the baker's dozen myths», *U. Rich. Law*

de la doctrine, notamment Chayes et Handl, adoptent le point de vue que le but premier des mécanismes de contrôle du respect est d'«aider» les Parties à respecter les engagements souscrits, plus qu'il n'a pour objectif de les punir pour des infractions passées, Brown Weiss et Jacobson concluent que les causes de non-respect incluent, en plus d'un manque de capacités, la volonté de l'Etat⁵¹⁷. L'accent doit donc être mis sur le développement à la fois d'incitations négatives (mise en garde, sanction, suspension de droits et privilèges), d'incitations positives (accès à des ressources financières ou technologiques), voire de méthodes «sunshine» qui reposent essentiellement sur le facteur «réputation» (transparence, participation des ONG...), afin de faire face aux diverses causes de non-respect et d'y remédier de la manière la plus appropriée.

B. Le système des mécanismes de contrôle du respect des AEM

Le tour d'horizon que nous venons de faire des traits saillants des mécanismes de contrôle du respect des AEM nous a permis de discerner les points communs de ces institutions et de dresser la liste des éléments clés d'un système de mécanismes de contrôle du respect des AEM. En résumé, ces caractéristiques sont les suivantes. Tout d'abord, leur objectif est de prévenir le non-respect de toute obligation et de réagir aux cas de non-respect. Ensuite, leur organe de contrôle est un Comité de taille restreinte. Ses membres sont élus par l'organe suprême de l'AEM et, avec l'exception de la Convention d'Aarhus, représentent les intérêts des Parties. Le Comité de contrôle bénéficie d'une certaine indépendance vis-à-vis de l'organe suprême de l'AEM. En ce qui concerne les modes de saisine ceux-ci sont, au minimum, au nombre de trois : une incrimination personnelle par une Partie considérant qu'elle n'est pas ou ne sera pas en mesure de respecter ses obligations, une saisine par une Partie à propos d'un possible non-respect par une autre Partie, et une saisine par le biais d'un canal politiquement neutre sur la base d'informations objectives, que ce soit le Secrétariat de l'AEM, des rapports d'experts chargés d'examiner les communications des Parties ou un centre d'échange

Review, vol. 32, 1999 ; B. A. SIMMONS, «Compliance with international agreements», *Annual Review of Political Science*, vol. 1, 1998, p. 75 ; H. HONGJU KOH, *loc. cit.* (note 185), p. 2599 ; G. HANDL, *loc. cit.* (note 274), p. 29 ; G. DOWNS, *loc. cit.* (note 185), p. 379 ; I. SHIHATA, «Implementation, enforcement and compliance with international environmental agreements – practical suggestions in light of the world bank experience», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 9, 1996, p. 37 ; J. CAMERON *et al.* (dir.), *op. cit.* (note 178) ; A. CHAYES et A. CHAYES, *op. cit.* (note 185) ; A. CHAYES et A. CHAYES, *loc. cit.* (note 281), p. 175 ; K. RAUSTIALA, *loc. cit.* (note 380) p. 387 ; K. KUMMER, «Incentives to comply», *RECIEL* (Octobre 1994) p. 256 ; M. GAVOUNELLI, «Compliance with international environmental treaties : the empirical evidence», *Proc. ASIL*, vol. 91, 1997, p. 234.

⁵¹⁷ H. JACOBSON et E. BROWN WEISS, *op. cit.* (note 185). Pour un résumé des conclusions de cette recherche qui a porté sur le comportement de neuf Etats en relation avec cinq AEM, voir E. BROWN WEISS, «Strengthening national compliance with international environmental agreements», *Environmental Policy and Law*, vol. 27, 1997, pp. 297-303.

d'information. Enfin, au niveau des fonctions du Comité, celui-ci doit traiter les cas de non-respect individuel dont il est saisi, déterminer s'il y a non-respect, et prendre des mesures consécutives allant de l'octroi de mesures de facilitation à l'imposition de sanctions, en tenant compte des causes de non-respect.

Les caractéristiques des mécanismes de contrôle du respect des AEM, en elles-mêmes, mettent en évidence les avantages de ces institutions. Nous rappellerons les points suivants :

- ils offrent une manière d'assurer le respect du droit dans un contexte où les techniques traditionnelles (procédures de règlement des différends) sont inadaptées et inutilisées⁵¹⁸ ;
- ils évitent l'application de règles de droit international général peu compatibles avec l'objectif de l'AEM⁵¹⁹ ;
- ils font partie d'un système plus vaste destiné à préserver l'intégrité de l'AEM : les mécanismes de contrôle du respect sont un des éléments d'un régime propre à l'AEM⁵²⁰ visant avant tout à assurer que son objectif sera atteint. Les autres éléments de ce régime incluent en particulier : l'obligation faite aux Parties de fournir des rapports sur la mise en œuvre de l'AEM, des lignes directrices détaillées sur le format et le contenu des rapports qui permettent d'obtenir des informations complètes et comparables, une procédure de vérification technique des rapports, la compétence pour l'organe suprême de passer en revue la mise en œuvre du traité, des réunions relativement fréquentes des organes de l'AEM, et l'existence d'organes chargés des questions générales relatives à la mise en œuvre de l'AEM⁵²¹. Cette approche intégrée se distingue également clairement des procédures de règlement des différends ;
- ils s'adaptent à la nature juridique (clairement contraignante ou faiblement contraignante) des obligations souscrites : l'organe de contrôle peut donner des conseils ou recommander une assistance dans le cas où l'obligation est si faiblement contraignante qu'il est difficile de

⁵¹⁸ Pour Handl, la création de mécanismes de mise en œuvre permet d'éviter les difficultés liées à l'utilisation d'une procédure de règlement des différends. G. HANDL, «Environmental security and global change : the challenge of international law», *Yb.Int'l Env.L.*, vol. 1, 1990, p. 17. Voir également T. GEHRING, *loc. cit.* (note 346), pp. 50-52.

⁵¹⁹ Certaines des conséquences prévues par la Convention de Vienne en cas de violation substantielle du traité, telles que la suspension des obligations des Parties, sont manifestement inappropriées dans le cas d'un instrument juridique sensé protéger l'intérêt commun. Voir *supra* p. 59.

⁵²⁰ Handl se réfère à un régime «internal». G. HANDL, *loc. cit.* (note 274), p. 29. D'autres font usage de la terminologie «autonome». Voir à cet égard R. CHURCHILL et G. ULFSTEIN, *loc. cit.*, (note 270).

⁵²¹ A noter que dans certains AEM, cette compétence est attribuée au mécanisme de contrôle du respect. Voir *supra* pp. 3-4.

conclure s'il y a ou s'il n'y a pas non-respect⁵²² ; il peut également prévoir des mesures d'exécution de type sanction en cas de non-respect d'obligations précises ;

- bénéficiaire de la confiance des Parties et opérant dans un contexte caractérisé par la transparence et la coopération⁵²³, les organes manient l'incitation et la répression en vue de parvenir au mieux à leurs fins dans une perspective d'avenir, plutôt qu'orientée vers le passé⁵²⁴.

Ce tour d'horizon des mécanismes de contrôle du respect des AEM, s'il veut être complet, doit s'accompagner d'une réflexion sur les difficultés que rencontrent ces institutions. Nous nous y attacherons dans la section suivante de notre étude.

§ 5 Les écueils des mécanismes de contrôle du respect des AEM

Si les mécanismes de contrôle du respect du droit connaissent un grand succès auprès des Etats et d'une partie de la doctrine qui louent leurs avantages, ils sont également confrontés à des critiques. Nous en examinerons quatre : le fait que ces mécanismes affaiblissent le droit international, le fait que leur nature juridique est floue, les ambiguïtés liées à l'usage de la terminologie «non-respect» en lieu et place de «violation», et les incertitudes relatives à la nature juridique des mesures consécutives au non-respect. Nous nous attacherons également à répondre à chacune de ces critiques.

A. *Des mécanismes affaiblissant le droit international*

Les mécanismes de contrôle du respect des AEM éroderaient le droit international de deux manières. Une première critique porte sur les mesures consécutives ayant pour objectif de faciliter le respect de l'AEM : celles-ci seraient inadéquates dans la mesure où le non-respect du droit n'est pas le résultat de difficultés réelles, mais le fruit d'une violation délibérée d'une obligation. Cette critique vise plus globalement l'approche prônée par Chayes et Chayes⁵²⁵ qui

⁵²² Pour Handl, les mécanismes de contrôle du respect sont d'ailleurs «ideally suited to nudge states towards compliance for the very type of "soft" obligations that make up the bulk of the commitments that were established at Rio». G. HANDL, «Controlling implementation of and compliance with international environmental commitments : the rocky road from Rio», *Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y*, vol. 5, 1994, p. 329. Voir également G. ABI-SAAB, *op. cit.* (note 280), p. 212.

⁵²³ Il faut relever cependant le paradoxe d'une procédure qui souhaite à la fois garantir la pleine application des conventions et éviter toute confrontation avec les Etats. Voir à cet égard K. BANNELIER-CHRISTAKIS, *loc. cit.* (note 500), p. 92.

⁵²⁴ G. HANDL, *loc. cit.* (note 274), p. 29.

⁵²⁵ A. CHAYES et A. CHAYES, *op. cit.* (note 185).

serait fondée sur une vision trop idéaliste des relations internationales et qui sous-estimerait l'importance que peut revêtir, à tout le moins sous l'angle dissuasif, la menace de sanctions⁵²⁶. Cette critique est justifiée. L'accent mis sur la facilitation a d'ailleurs été progressivement contrebalancé par la prise en compte du fait que le non-respect pourrait être volontaire. Tous les mécanismes, d'ailleurs, envisagent la possibilité de sanctions, ou à tout le moins de mesures consécutives désagréables. La deuxième critique liée à un affaiblissement de la nature juridique de l'AEM provient du fait qu'une violation du droit n'est pas qualifiée comme telle et que les cas de non-respect peuvent rester sans conséquences ayant force obligatoire. Le droit ne serait plus du droit du fait que sa mise en œuvre n'est que matière à négociation. Sans l'admettre formellement, on sortirait le traité du domaine juridique pour en faire un instrument purement politique et diplomatique⁵²⁷. Cette critique est le fruit d'une analyse comparative des mécanismes de contrôle du respect avec des procédures juridictionnelles de règlement des différends. Or la portée actuelle de ces procédures est encore latente⁵²⁸. C'est donc plus l'absence de volonté de la part des Etats de se soumettre à des procédures pouvant aboutir à des mesures ayant force obligatoire que l'élaboration de mécanismes de contrôle du respect qui «politiserait» les traités.

B. La nature juridique floue des mécanismes de contrôle du respect

Plusieurs critiques à l'encontre des mécanismes de contrôle du respect des AEM sont liées au flou entourant leur nature juridique. D'une part, il est redouté que ces institutions, tout en ayant la compétence de recommander, voire décider, des sanctions ayant un impact lourd, ne présentent pas toutes les garanties d'une procédure judiciaire ou arbitrale (impartialité, indépendance, égalité de traitement des Parties)⁵²⁹. Les problèmes identifiés portent d'autre part sur l'absence de sécurité juridique qu'offrent les mécanismes de contrôle du respect. Cette situation résulterait du fait que les Parties ne savent pas à l'avance quelles mesures consécutives seront décidées en cas de non-respect. Dans le cadre de certains AEM, comme le Protocole de Montréal, il ne figure qu'une liste des possibles conséquences sans que la Partie sache laquelle sera décidée⁵³⁰. Dans d'autres cas, comme la Convention d'Aarhus, des mesures

⁵²⁶ H. HONGJU KOH, *loc. cit.* (note 185), p. 2639 ; G. DOWNS, *loc. cit.* (note 185), p. 379 ; H. JACOBSON et E. BROWN WEISS, *op. cit.* (note 185), pp. 547-548 ; D. VICTOR, *op. cit.* (note 185), pp. 683-684 ; et K. DANISH, *loc. cit.* (note 185), p. 790.

⁵²⁷ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 258), p. 146 et pp. 161-162.

⁵²⁸ Voir *supra* p. 51.

⁵²⁹ C. ROMANO, *op. cit.* (note 242), pp. 136-137. Du même avis, M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 258), p. 155 et O.YOSHIDA, *loc. cit.* (note 365), p. 140.

⁵³⁰ Voir l'Annexe V à la Décision IV/5 (doc. UNEP/OzL.Pro.4/15) .

«autres» peuvent être décidées⁵³¹. Enfin, dans le cadre de la Convention de Genève, l'incertitude semble presque totale : l'organe suprême peut «arrêter des mesures de caractère non discriminatoire visant à obtenir le respect intégral du Protocole »⁵³².

Répondre à ces critiques nous amène à approfondir la question de la nature juridique des mécanismes de contrôle du respect des AEM. La majorité de la doctrine qui s'est intéressée à cette question l'a fait dans le contexte du Protocole de Montréal. Et les opinions sont contrastées. Une partie de la doctrine souligne le caractère sans précédent, dans le domaine du droit international de l'environnement, de l'institution qui a été établie. En ce qui concerne sa nature juridique, elle suggère : «It remains to be seen, however, whether, in practice, the Implementation Committee will be more of a technical supervisory body or a quasi-judicial determinator of breaches»⁵³³. D'autres auteurs sont de l'avis que le Comité d'Application fait plus office d'un conciliateur que d'un arbitre⁵³⁴. Enfin, d'autres auteurs qualifient le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal comme caractéristique d'une approche administrative, plutôt que judiciaire, du non-respect des obligations⁵³⁵. Les mécanismes de contrôle du respect sont-ils de nature administrative, technique, diplomatique ou judiciaire ? Les tendances majoritaires actuelles de la doctrine sont doubles. Tantôt le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal est assimilé à une procédure diplomatique de règlement des différends, en l'occurrence la conciliation⁵³⁶. Tantôt ce mécanisme est défini comme étant une procédure «quasi-juridictionnelle», sans pour autant que cette terminologie ne soit clairement définie ou que les aspects diplomatiques, respectivement juridictionnels, de cette institution ne soient mis en évidence⁵³⁷.

Face aux difficultés pour classer les mécanismes de contrôle du respect parmi les divers moyens de règlements des différends, une partie de la doctrine suggère que ces mécanismes constituent une catégorie d'institutions de nature différente. Ainsi, il a été proposé que ces mécanismes font partie de

⁵³¹ En application du para. 37 h du texte «Structure et fonctions du comité d'examen du respect des dispositions et procédures d'examen du respect des dispositions» (doc. ECE.MP.PP/2/Add.8), la Réunion des Parties peut «prendre toute autre mesure non conflictuelle, non judiciaire et concertée qui peut se révéler appropriée».

⁵³² Voir le para. 11 de l'annexe à la décision 1997/2 telle qu'amendée (Annexe V du rapport de la dix-neuvième session de l'organe exécutif, doc. ECE/EB.AIR/75).

⁵³³ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 258), p. 133.

⁵³⁴ P. SZELL, *op. cit.* (note 270), p. 101.

⁵³⁵ K. RAUSTIALA, *loc. cit.* (note 380), p. 419.

⁵³⁶ Cet avis est soutenu par : L. BOISSON DE CHAZOURNES, *loc. cit.*, (note 266), p. 65 ; P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), p. 185 ; et P. SZELL, *loc. cit.* (note 270), p. 101.

⁵³⁷ Voir à cet égard T. GEHRING, *loc. cit.* (note 346), p. 53 ; et T. MARAUHN, «Towards a procedural law of compliance control in international environmental relations», *ZaôRV*, vol. 56, 1996, p. 731.

la famille des «procédures d'exécution douces»⁵³⁸. Ces procédures remplaceront les méthodes classiques visant à assurer le respect du droit, c'est-à-dire les procédures de règlement des différends qui sont basées sur des sanctions, la responsabilité internationale et la réparation de dommages⁵³⁹. Une autre proposition est de considérer les mécanismes de contrôle du respect comme des «procédures alternatives de règlement des différends»⁵⁴⁰. Faire des mécanismes de contrôle du respect des institutions d'un genre différent des procédures de règlements n'est cependant pas d'un grand secours pour identifier leur nature juridique.

Il nous semble que la recherche de la nature juridique des mécanismes de contrôle du respect des AEM doit à la fois se baser sur les approches traditionnelles du droit international visant à assurer le respect des obligations et à la fois s'en détacher. Ainsi, la nature diplomatique ou juridictionnelle de ces mécanismes sera étudiée ici à la lumière des critères distinguant les moyens diplomatiques des moyens juridictionnels de règlement des différends. Par contre, notre étude de la nature juridique des mécanismes de contrôle du respect fera abstraction du fait que l'objectif de ces mécanismes n'est pas de régler un différend mais de prévenir et de réagir aux cas de non-respect des obligations contenues dans un AEM. Nous commencerons donc, dans un premier temps, par identifier les caractéristiques diplomatiques et juridictionnelles des divers moyens de règlement de différend. Dans un second temps, nous comparerons ces caractéristiques à celles des mécanismes de contrôle du respect des AEM. Nous serons alors en mesure de mieux cerner la nature juridique de ces institutions.

a) La nature diplomatique des moyens de règlement des différends

Les moyens diplomatiques de règlement des différends sont principalement les négociations, les bons offices et la médiation, l'enquête, la conciliation et le recours aux organes de certaines organisations internationales⁵⁴¹.

Les négociations, les bons offices, la médiation et l'enquête sont des moyens non-spécialisés, en ce sens qu'ils ne sont que faiblement réglementés⁵⁴². Les négociations diplomatiques sont l'instrument ordinaire des relations internationales. Elles ne sont soumises à aucune exigence. Les bons offices et la médiation sont des moyens de règlement des différends qui

⁵³⁸ En anglais : «soft enforcement procedures».

⁵³⁹ F. FRANCIONI, «International "soft law" : a contemporary assessment», dans *Fifty years of the International Court of Justice, essays in honour of Sir Robert Jennings* (Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996), p. 176.

⁵⁴⁰ En anglais : «alternative dispute resolution». Voir C. CHINKIN, «Alternative dispute resolution under international law», dans M. EVANS, *op. cit.* (note 242), p. 123.

⁵⁴¹ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 590.

⁵⁴² *Id.* p. 592.

requièrent l'entremise d'un tiers. Mais là également, il n'y a pas de règles de droit international prescrivant la conduite des bons offices et de la médiation. L'enquête, pour sa part, a un objectif plus précis : elle vise à constater ou à vérifier des faits. Ce moyen de règlement des différends est soumis à quelques règles de droit international. En particulier, l'examen des faits doit être «impartial et consciencieux»⁵⁴³.

La conciliation quant à elle, est un moyen spécialisé de règlement des différends qui se rapproche le plus d'une procédure «quasi-juridictionnelle», intermédiaire entre l'enquête et l'arbitrage⁵⁴⁴. Les éléments juridictionnels de la conciliation proviennent du fait que l'organe de conciliation doit être impartial⁵⁴⁵, et parfois même composé de juristes qualifiés⁵⁴⁶, qu'il doit effectuer un examen d'une affaire dans son ensemble devant aboutir à une proposition de règlement acceptable pour les parties⁵⁴⁷, et enfin qu'il exerce ses fonctions en se basant sur un processus particulier, voire garantissant un droit d'être entendu pour les parties au différend⁵⁴⁸. Le grand absent de ces caractéristiques de type juridictionnel est, bien entendu, le fait que l'organe de conciliation n'a aucune obligation de trouver une solution au litige conforme au droit. On relèvera à cet égard que la procédure de conciliation de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités ne fait aucune mention d'une obligation d'appliquer le droit et, au contraire, invite le conciliateur à suggérer «toute mesure» susceptible d'aboutir à un «accord amiable» du différend⁵⁴⁹. La procédure de conciliation prévue par la Convention sur le droit de la mer intègre les mêmes principes⁵⁵⁰. La procédure de conciliation prévue par la Convention sur la diversité biologique laisse également toute flexibilité à l'organe de conciliation sur la manière dont il élaborera une proposition de résolution du différend⁵⁵¹. Enfin, le mémorandum d'accord sur le règlement

⁵⁴³ Voir l'article 9 des Conventions de la Haye sur le règlement des différends de 1899 et de 1907.

⁵⁴⁴ Ce qualificatif est le fruit de la réflexion de Hubert Thierry. H. THIERRY, S. SUR *et. al., op. cit.* (note 265), p. 593.

⁵⁴⁵ *Id.* p. 592. L'exigence d'impartialité est expressément requise dans la procédure de conciliation élaborée dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (article 2 de l'Annexe V à la convention).

⁵⁴⁶ C'est le cas dans le cadre de la procédure de conciliation prévue dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir le para. 1 de l'Annexe à la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁵⁴⁷ H. THIERRY, S. SUR *et. al., op. cit.* (note 265), p. 592.

⁵⁴⁸ Voir le para. 5 de la procédure de conciliation prévue dans le cadre de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir également l'article 6 de l'Annexe V à la Convention sur le droit de la mer. A noter que ce droit d'être entendu n'est pas requis dans le cadre de la procédure de conciliation de la Convention sur la diversité biologique qui laisse à l'organe de conciliation toute liberté pour la conduite de la procédure. Voir l'article 5 de l'Annexe II à la Convention sur la diversité biologique.

⁵⁴⁹ Voir les para. 4 et 5 de l'Annexe à la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁵⁵⁰ Voir les Articles 5 et 6 de la section 1 de l'Annexe V à la Convention sur le droit de la mer.

⁵⁵¹ Voir l'Article 5 de l'Annexe II à la Convention sur la diversité biologique : «La Commission de conciliation... rend une proposition de résolution du différend que les Parties examinent de bonne foi».

des différends de l'OMC ne contient aucune règle quant à la manière dont une procédure de conciliation devra être conduite⁵⁵².

b) La nature juridictionnelle des moyens de règlement des différends

Trois caractéristiques opposent aux moyens diplomatiques de règlement des différends les techniques juridictionnelles consistant en l'arbitrage et le règlement judiciaire. En effet, ces techniques concernent un différend juridique, c'est-à-dire susceptible d'être tranché par le biais de l'application du droit, elles impliquent l'application de règles de procédure et de principes propres à l'exercice de la justice et elles aboutissent à une décision juridiquement obligatoire⁵⁵³.

c) La nature juridique des mécanismes de contrôle du respect des AEM

Il s'agit ici d'effectuer une comparaison entre les caractéristiques des mécanismes de contrôle du respect et celles des moyens diplomatiques et juridictionnels de règlement des différends. Parmi les moyens diplomatiques de règlement des différends, seule la conciliation est susceptible d'offrir un cadre institutionnel aussi élaboré que les mécanismes de contrôle du respect. Nous limiterons donc notre étude à identifier dans quelle mesure les éléments juridictionnels des mécanismes de contrôle du respect des AEM sont plus ou moins élaborés que ceux de la conciliation (organe impartial, voire composé de juristes, examen de l'ensemble de la question devant aboutir à une solution acceptable par les parties, et respect d'une procédure particulière, voire d'un droit d'être entendu pour les parties au différend). Si les mécanismes de contrôle du respect contiennent moins d'éléments de type juridictionnel que la conciliation, alors il faudra conclure qu'ils sont des mécanismes diplomatiques. S'ils ont davantage de caractéristiques juridictionnelles, il faudra admettre qu'ils sont, au minimum de type «quasi-juridictionnel», voire de nature juridictionnelle.

Notre analyse du système des mécanismes de contrôle du respect de six AEM a mis en évidence les éléments communs suivant⁵⁵⁴. En ce qui concerne le Comité, celui-ci bénéficie d'une certaine indépendance vis-à-vis de l'organe suprême, mais il n'existe pas, formellement, d'exigence d'impartialité. En ce qui concerne le déroulement de la procédure de contrôle du respect, le Comité suit un processus particulier qui accorde de plus en plus d'importance au droit

⁵⁵² Voir l'Article 5 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.doc).

⁵⁵³ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), pp. 597-598.

⁵⁵⁴ Voir *supra* p. 98ss.

d'être entendu⁵⁵⁵. En ce qui concerne le résultat de la procédure, le Comité doit déterminer s'il y a non-respect, et prendre des mesures consécutives allant de l'octroi de mesures de facilitation à l'imposition de sanctions. L'issue de la procédure doit être basée sur le respect de l'AEM.

En conclusion, il est possible de cerner la nature juridique des mécanismes de contrôle de respect. D'un côté, ceux-ci présentent moins de caractéristiques juridictionnelles que la procédure de conciliation ne le fait. En effet, les membres de l'organe de contrôle n'ont pas l'obligation d'être impartiaux. D'un autre côté, les mécanismes de contrôle de respect sont plus proches des moyens juridictionnels de règlement des différends dans la mesure où ils se basent sur le respect du droit. Pesant ces deux considérations tout en tenant compte de l'indépendance accordée aux membres du Comité de contrôle nous concluons provisoirement que ces mécanismes sont au minimum de nature «quasi-juridictionnelle». Nous verrons ci-dessous, par le biais d'une analyse de la terminologie «non-respect» puis de la nature juridique des mesures adoptées à l'issue d'une procédure de contrôle du respect, si cette conclusion peut être davantage renforcée ou, au contraire, diluée.

C. *Les ambiguïtés liées à l'usage de la terminologie «non-respect» à la place de «violation»*

Une troisième critique à l'encontre des mécanismes de contrôle du respect porte sur le choix des termes «non-respect» en lieu et place de «violation». Nous avons déjà évoqué les différences de perception relatives à ces terminologies⁵⁵⁶. Celles-ci sont-elles justifiées, au-delà de sensibilités politiques, par des considérations juridiques ?

Dans son commentaire de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Commission de Droit International (ci-après CDI) ne définit pas ce qu'elle entend par «violation» d'un traité⁵⁵⁷. Cette omission n'est pas réitérée dans son commentaire de l'article 12 (violation d'une obligation internationale) du projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites⁵⁵⁸. D'après la CDI, il y a violation d'une obligation internationale «lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation». Et d'expliquer que ce manque de conformité entre les exigences du droit international et les faits en cause peut

⁵⁵⁵ Les mécanismes de contrôle de la Convention d'Aarhus, de la Convention de Bâle et de la Convention de Genève élaborent des règles permettant à la Partie concernée de participer à la procédure et de se faire entendre.

⁵⁵⁶ Voir *supra* p. 58.

⁵⁵⁷ Voir le Rapport de la CDI à l'Assemblée Générale, *ACDI* 1966, vol II, p. 253.

⁵⁵⁸ Voir le rapport de la CDI à l'Assemblée Générale sur les travaux relatifs à sa 53ème session, pp. 131-140, doc. A/56/10, disponible sur : <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

être exprimé de plusieurs façons ainsi qu'en atteste la pratique de la Cour internationale de Justice⁵⁵⁹. C'est ainsi que se référer à des actes «compatibles ou non avec les obligations d'un Etat»⁵⁶⁰, «contraires à» ou «non conformes à» la règle en question⁵⁶¹, ou les «manquement(s) (aux) obligations conventionnelles»⁵⁶² (en anglais : «failure to comply with treaty obligations») ⁵⁶³ sont autant de manière d'exprimer qu'il y a eu violation d'une obligation internationale. Ainsi, d'après la CDI et la Cour, le non-respect d'obligations contenues dans un traité est constitutif d'une violation d'une obligation internationale. Il y a identité juridique entre ces deux terminologies. Par conséquent, les conséquences juridiques qui leur sont attachées au niveau de la responsabilité internationale de l'Etat en cause sont les mêmes.

Cette conclusion, à laquelle nous souscrivons, n'est pas unanimement partagée. Avec d'autres membres de la doctrine⁵⁶⁴ et avec l'appui de la pratique étatique, Rosenne considère que «non-respect» et «violation» sont des notions juridiques distinctes. Ainsi, la terminologie «violation» se réfère au manquement à une obligation juridiquement contraignante et entraîne la responsabilité internationale de l'Etat qui en est l'auteur, alors que l'expression «non-respect» vise la qualification par un organe politique d'un traité spécifique⁵⁶⁵ d'une activité étatique. En d'autres termes, «non-respect» serait le pendant diplomatique de l'expression juridique «violation». Qu'en est-il dans le contexte particulier des AEM ?

Bien que la question de ce que recouvre précisément la terminologie «non-respect» ait été soulevée dans le cadre du groupe d'experts chargé d'élaborer le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal⁵⁶⁶ qui, le premier, a utilisé cette terminologie dans le contexte des AEM, le texte de la décision établissant le mécanisme est muet quant à sa définition. L'effort le plus proche visant à cerner cette terminologie - par le biais de l'élaboration

⁵⁵⁹ *Id.* p. 132.

⁵⁶⁰ *Affaire du Personnel Diplomatique et Consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Arrêt CIJ Recueil, 1980, p. 29, para. 56.

⁵⁶¹ *Affaire des Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis), Arrêt, CIJ Recueil 1986, p. 64 para. 115 et p. 98 para. 18

⁵⁶² *Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), Arrêt CIJ Recueil, 1997, p. 50 para. 70.

⁵⁶³ *Id.* p. 46 para. 57.

⁵⁶⁴ Voir à cet égard T. MARAUHN et M. EHRMANN, «Workshop on "institutional building" in international environmental law : summary of the discussion», *ZaöRV*, vol. 56, 1996, p. 823 : «While participants found it impossible to draw a clear line between "non-compliance" and "breach of treaty", they nevertheless agreed upon some distinctions between the two notions. Thus it was argued that there existed different tolerable levels of non-compliance while the question of whether there is a breach of treaty was a matter of "yes" or "no"...».

⁵⁶⁵ S. ROSENNE, *op. cit.* (note 275) p. 94.

⁵⁶⁶ Pendant sa seconde session, le groupe d'expert souligna que le terme «non-respect» mériterait d'être clarifié et élaboré. Voir le Report of the Second Meeting of the *ad hoc* working group of legal experts on non-compliance with the Montreal Protocol (doc. UNEP/OzL.Pro/WG-3/2/3), para. 12.

d'une liste indicative des possibles situations de non-respect - échoua lui aussi. En effet, lors de leur troisième session, les Parties invitèrent un groupe d'experts à élaborer une liste des possibles cas de non-respect du Protocole⁵⁶⁷. Sur la base de cette instruction, le Secrétariat suggéra une liste⁵⁶⁸ qui fut discutée par le groupe d'experts⁵⁶⁹. Pour certains, c'est l'incapacité des Parties de qualifier *ex ante* tous les types particuliers d'actes constitutifs de non-respect qui expliqua que les Parties renoncèrent à l'élaboration de cette liste⁵⁷⁰. Les discussions au sein du groupe d'experts montrent, pour leur part, que c'est plutôt le statut des contributions financières au Fonds Multilatéral - sur une base volontaire ou juridiquement contraignante - qui était au cœur de la controverse et que c'est pour éviter de devoir trancher cette question que l'idée de la liste fut tout simplement abandonnée⁵⁷¹. Par conséquent, c'est à l'organe suprême du Protocole, la Réunion des Parties, que revient la pleine compétence de définir si une situation est constitutive ou non d'un «non-respect» du Protocole⁵⁷². Les mécanismes élaborés depuis suivent la même approche : ils visent le «non-respect», et non pas la «violation» des obligations, et accordent à l'organe de contrôle ou à l'organe suprême du traité la compétence de décider s'il y a «non-respect».

En conclusion, si l'on s'en tient à l'avis de la CDI et de la CIJ, le choix de la terminologie «non-respect» n'a pas d'impact sur la nature juridique des mécanismes de contrôle du respect des AEM. La pratique étatique, par contre, met en évidence que le fait que l'organe de contrôle ou l'organe suprême du traité n'a pas la compétence de constater la «violation» d'une obligation renforce le caractère diplomatique de ces mécanismes.

D. Les incertitudes relatives à la nature juridique des mesures consécutives au non-respect, en particulier de la suspension de droits et privilèges accordés par l'AEM

La force obligatoire d'une décision adoptée par un organe de règlement des différends constitue une des trois caractéristiques qui distingue les moyens diplomatiques des moyens juridictionnels de règlement des différends⁵⁷³. Nous nous attacherons ci-dessous à identifier la nature juridique des mesures adoptées au stade ultime d'une procédure de contrôle du respect.

⁵⁶⁷ Voir la décision III/2 (doc. UNEP/OzL.Pro.3/11).

⁵⁶⁸ Voir le doc. UNEP/OzL.Pro/WG.3/3/2.

⁵⁶⁹ Voir le projet de rapport de cette réunion (doc. UNEP/OzL.Pro/WG.3/L.5).

⁵⁷⁰ Cette hypothèse est mise en avant par Koskenniemi. M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 258), p. 133.

⁵⁷¹ Voir le doc. UNEP/OzL.Pro/WG.3/L.5, para. 42. Egalement de cet avis, et particulièrement bien informé, R. E. BENEDICK, *op. cit.* (note 369), p. 273.

⁵⁷² Du même avis, O.YOSHIDA, *loc. cit.* (note 365), p. 107.

⁵⁷³ Voir *supra* pp. 55-56.

Pour analyser la nature juridique de l'issue de la procédure de contrôle du respect, il importe d'opérer une distinction entre les diverses mesures qui peuvent être décidées par l'organe suprême. En effet, c'est un non-sens de parler de décision juridiquement contraignante dans le cas de mesures de facilitation. Fournir une assistance technique, financière ou technologique à la Partie concernée, ou formuler une mise en garde, ne peut guère constituer un acte juridiquement contraignant. C'est uniquement dans le cadre de mesures d'exécution, autrement dit des sanctions, que la nature juridique de la décision de l'organe suprême devient une question pertinente.

Les six mécanismes de contrôle du respect des AEM que nous avons passés en revue octroient la compétence d'adopter des sanctions. Celles-ci varient d'un traité à l'autre. La sanction la plus faible est l'avertissement⁵⁷⁴, la plus forte est une suspension des droits et privilèges accordés par l'AEM⁵⁷⁵. C'est donc en relation avec ce type de mesures que nous analyserons si les mécanismes de contrôle de respect peuvent mener à l'adoption de sanctions ayant force obligatoire en droit international. Pour l'heure, nous n'incluons pas le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto dans le champ de notre analyse. La nature juridique des mesures décidées par le Comité de contrôle de ce traité fera l'objet d'une discussion plus approfondie dans le chapitre suivant⁵⁷⁶.

Les mesures d'exécution consécutives d'un non-respect sont du ressort de l'organe suprême de l'AEM. De manière générale, la question de la nature juridique des décisions adoptées par cet organe donne lieu à controverse. D'emblée, on précisera que la nature juridique de cet acte n'est jamais précisée dans un AEM. Par ailleurs, avec l'exception notable du Protocole de Kyoto⁵⁷⁷, les textes établissant les mécanismes de contrôle sont également muets à cet égard. Il s'agit là d'une déviation par rapport à l'usage en matière judiciaire ou arbitrale où le caractère juridiquement contraignant de l'issue de la procédure est généralement expressément indiqué⁵⁷⁸. Considérer, *a contrario*, que toute

⁵⁷⁴ C'est le cas dans le cadre de la Convention de Bâle, voir *supra* p. 89.

⁵⁷⁵ C'est le cas dans le cadre du Protocole de Montréal et de la Convention d'Aarhus. Voir *supra* p. 79 et p. 87.

⁵⁷⁶ Voir *infra* p. 133ss.

⁵⁷⁷ L'article 18 du Protocole précise que le choix du mode d'adoption des mécanismes, amendement ou décision, sera déterminant à cet égard.

⁵⁷⁸ Voir notamment l'article 59 du Statut de la CIJ, l'article 296.2 de UNCLOS, et l'article 84 de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (1907). Le principe de la chose jugée, ou *res judicata*, est un principe de droit applicable à toute procédure judiciaire et en application duquel : «a right, a question or fact put in issue and distinctively determined by a Court of competent jurisdiction as a ground for recovery, cannot be disputed». Citation empruntée de J. COLLIER et V. LOWE, *The settlement of disputes in international law* (Oxford University Press, 1999), p. 262. Voir en particulier la note de bas de page 367 pour des références à la jurisprudence d'organes judiciaires internationaux, dont la CIJ.

décision relative à l'exécution de l'AEM n'est pas juridiquement contraignante constitue à notre avis un raccourci peu satisfaisant⁵⁷⁹.

Dans le cadre du Protocole de Montréal, un rapport sur les discussions entre les Parties dans le cadre de l'élaboration d'une éventuelle «liste indicative des situations de non-respect du Protocole» témoigne des avis divergents des Etats en la matière. Les éléments de base de cette liste, préparée par le Secrétariat, suggéraient que le non-respect de «toute décision de la Réunion des Parties» constitue une situation de non-respect dont le Comité d'Application pourrait être saisi⁵⁸⁰. Les discussions sur cette liste mirent en évidence que, pour certaines Parties, ce n'était pas toutes les décisions adoptées par la Réunion des Parties qui étaient de nature juridiquement contraignante. Pour d'autres, seules les décisions ayant un contenu substantiel étaient juridiquement contraignantes. Pour d'autres enfin, les décisions ne pouvaient pas être placées sur le même niveau que les dispositions du Protocole⁵⁸¹. En d'autres termes, la portée des décisions de la Réunion des Parties était limitée à une dimension politique. En l'absence de consensus sur la nature juridique des décisions prises par la Réunion des Parties, la suggestion de mentionner l'option «toute décision de la Réunion des Parties» fut rayée de la liste⁵⁸².

La question de la nature juridique des décisions adoptées par l'organe suprême d'un AEM a été analysée par Werksman⁵⁸³ qui plaide en faveur d'une approche au cas par cas. Ainsi, si l'on se penche sur le cas particulier des décisions de l'organe suprême du Protocole de Kyoto établissant les «règles et lignes directrices»⁵⁸⁴ en matière d'absorption de gaz à effet de serre et d'échange de droits d'émissions, celles-ci auront un tel impact sur les obligations de réduction/limitation des émissions des gaz à effet de serre que leur nature non contraignante n'aurait que peu de sens. Dans ce cas, il faut donc considérer que les Parties ont, implicitement, accordé à l'organe suprême la compétence d'adopter des décisions ayant force obligatoire. Cette analyse nous semble très convaincante. Il rentre en effet dans l'attribut de la souveraineté des Etats de pouvoir déléguer à un organe international la

⁵⁷⁹ Koskeniemi affirme en bloc que «the Meeting of the Parties (to the Montreal Protocol) cannot take binding decisions». M. KOSKENIEMI, *loc. cit.* (note 258), p. 146. Moins lapidaires, Churchill et Ulfstein considèrent que seules les décisions à portée interne (décision de la Conférence des Parties relative aux fonctions d'un de ses organes subsidiaires ou instruction donnée au Secrétariat de la Convention) ont force obligatoire en droit international. R. CHURCHILL et G. ULFSTEIN, *loc. cit.* (note 270) p. 634, faisant référence à H. G. SCHERMERS et N. M. BLOCKKER, *International institutional law* (1995), pp. 741-822.

⁵⁸⁰ Doc. UNEP/OzL.Pro/WG.3/3/2.

⁵⁸¹ Voir le rapport du «Ad hoc working group of legal experts on non-compliance with the Montreal Protocol» sur sa 3ème session (doc. UNEP/OzL.Pro/WG.3/L.5), para. 46.

⁵⁸² Doc. UNEP/OzL.Pro/WG.3/L.6.

⁵⁸³ J. WERKSMAN, *loc. cit.* (note 110), pp. 98- 99.

⁵⁸⁴ Articles 3.4 et 17 du Protocole de Kyoto.

compétence d'adopter des décisions ou des normes ayant force obligatoire. Si l'octroi de cette compétence n'est pas effectué de manière explicite, son existence doit être évaluée à la lumière de la volonté des Etats. Qu'en est-il des décisions de l'organe suprême d'un AEM de suspendre les droits ou privilèges d'une Partie ?

S'ils ne précisent pas la nature juridique des mesures d'exécution, certains textes⁵⁸⁵ établissant les mécanismes de contrôle du respect spécifient que la suspension des droits et privilèges doit être en conformité avec les règles de droit international. On pense en particulier aux règles contenues dans la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵⁸⁶.

La Convention de Vienne réglemente les conditions de suspension d'un traité, la procédure à suivre et les effets de cette suspension. Ces dispositions ont été établies dans l'objectif de préserver, autant que possible, la règle *pacta sunt servanda*⁵⁸⁷. Ainsi, la Convention n'octroie pas le droit à toute Partie de suspendre l'opération d'un traité de manière unilatérale. Une suspension ne peut intervenir que sur la base des règles contenues dans le traité en question⁵⁸⁸, en cas d'accord entre toutes les Parties après consultation des autres Etats contractants⁵⁸⁹, ou sur la base des règles contenues dans la Convention de Vienne⁵⁹⁰. Une des causes possibles de suspension prévue par la Convention de Vienne est la violation «substantielle» d'un traité multilatéral⁵⁹¹. La Convention de Vienne contient également des règles relatives à la procédure à suivre lorsqu'une Partie souhaite suspendre l'opération d'un tel traité⁵⁹². Pour la majorité des membres de la CDI, ces garanties de procédure étaient essentielles pour assurer la sécurité des traités, en particulier pour éviter que la suspension de l'opération d'un traité ne soit uniquement invoquée dans le but de permettre à une Partie de se défaire d'une obligation devenue gênante⁵⁹³. Enfin, la Convention de Vienne réglemente les effets de la suspension de l'opération d'un traité⁵⁹⁴. Nous examinerons ci-

⁵⁸⁵ C'est le cas dans le cadre du Protocole de Montréal, de la Convention d'Aarhus.

⁵⁸⁶ *RTNU* vol. 1155 p. 331.

⁵⁸⁷ Dans son commentaire de l'article 39, dont les principes furent ensuite intégrés dans les articles 54 et 57 de la Convention de Vienne, la Commission de Droit International souligne l'importance d'avoir une disposition générale au début de la section «Terminaison et suspension de l'opération des traités» de la Convention qui puisse servir de «safeguard for the stability of treaties». Voir les Projets d'articles sur le droit des traités adoptés par la Commission de Droit International à sa 18ème session, Rapport de la CDI à l'Assemblée Générale, *Annuaire CDI*, 1966, vol II, p. 236. Voir également NAHLIK, «The grounds of invalidity and termination of treaties», *AJIL*, 1971, p. 736.

⁵⁸⁸ Article 57 a) de la Convention de Vienne.

⁵⁸⁹ *Id.* article 57 b).

⁵⁹⁰ *Id.* articles 58 à 62.

⁵⁹¹ *Id.* article 60.

⁵⁹² *Id.* articles 65 à 68.

⁵⁹³ Rapport de la CDI à l'Assemblée Générale, *Annuaire CDI*, 1966, vol II, p. 262.

⁵⁹⁴ Article 72 de la Convention de Vienne.

dessous ces règles dans l'objectif d'identifier la nature juridique des mesures de suspension des droits et privilèges accordés par un AEM.

1) *Les motifs de suspension prévus par la Convention de Vienne sur le droit des traités*

L'article 60.2 de la Convention de Vienne régit la suspension d'un traité multilatéral en cas de violation «substantielle» d'une de ses dispositions. Une violation sera considérée comme «substantielle» si elle consiste en une répudiation non autorisée du traité ou si elle porte sur une disposition essentielle à l'accomplissement de l'objet ou de l'objectif du traité⁵⁹⁵. Dans son commentaire, la Commission de Droit International explique qu'une telle disposition essentielle n'est pas forcément une disposition fondamentale, c'est-à-dire centrale à l'objectif du traité. Il suffit qu'il s'agisse d'une disposition considérée par une Partie comme essentielle pour l'existence du traité, à savoir que cette disposition doit être au cœur de la réflexion de l'Etat lorsqu'il décide de devenir Partie au traité⁵⁹⁶. La nature essentielle d'une disposition d'un traité doit donc être déterminée au cas par cas du point de vue de la Partie souhaitant invoquer la violation pour suspendre l'opération du traité, et non pas de manière objective. Les règles de la Convention de Vienne relatives aux conditions de la suspension d'un traité multilatéral sur la base de sa violation réservent les règles particulières contenues dans le traité en question⁵⁹⁷. Les AEM dont les droits et privilèges peuvent être suspendus requièrent qu'un «non-respect», et non pas une «violation substantielle», soit constaté. Le degré d'exigence pour la suspension de droits et privilèges est donc théoriquement plus bas dans le contexte d'un AEM que ne le prescrivent les règles de la Convention de Vienne.

2) *La procédure à suivre*

En cas de violation «substantielle» du traité, la Convention de Vienne permet à une ou plusieurs Parties de suspendre l'opération du traité⁵⁹⁸. Seul nous intéresse ici le cas d'une réaction collective car elle s'apparente à une suspension décidée par l'organe suprême de l'AEM. En application de l'article 60.2 a), toutes les autres Parties à l'unanimité sont autorisées à suspendre, en tout ou partie, l'opération du traité soit entre elles et la Partie en cause, soit entre toutes les Parties⁵⁹⁹. Dans ce cas, les garanties de procédure⁶⁰⁰ prévues par

⁵⁹⁵ *Id.* article 60.3.

⁵⁹⁶ Voir le Rapport de la CDI à l'Assemblée Générale, *Annuaire CDI*, 1966, vol II, p. 255. En anglais : «considered by a Party to be essential to the effective execution of the treaty», c'est-à-dire «material in inducing it to enter the treaty at all, even although ... of an ancillary character».

⁵⁹⁷ Article 60.4 de la Convention de Vienne.

⁵⁹⁸ *Id.* article 60.2 a), b) et c).

⁵⁹⁹ *Id.* article 60.2 a).

la Convention de Vienne dans le cas où une Partie souhaiterait suspendre l'opération du traité sont inapplicables. Avec Sinclair, on peut se demander si l'exigence de l'unanimité suffit à éviter que ne soit adoptée une décision arbitraire⁶⁰¹. Quoi qu'il en soit, la décision de suspension prise par l'organe suprême de l'AEM devra l'être à l'unanimité moins la partie en cause⁶⁰².

3) *Les effets de la suspension*

En ce qui concerne les effets de la suspension, l'article 72 stipule que celle-ci libère les Parties entre lesquelles l'opération du traité a été suspendue de leur obligation de se conformer au traité dans leurs relations mutuelles. Ces règles sont cependant supplétives, la Convention de Vienne réservant ce que les Parties auraient pu convenir soit dans le traité en question, soit dans un autre accord⁶⁰³. Par exemple, une décision de l'organe suprême de l'AEM sera constitutive d'un tel «accord». En l'occurrence, les décisions établissant les mécanismes de contrôle limitent les effets de la suspension aux droits et privilèges prévus par l'AEM.

4) *Conclusion*

En application des règles et aux conditions susmentionnées, la décision de suspension prise par l'organe suprême de l'AEM sera juridiquement contraignante. Bien entendu, il s'agit d'une conclusion théorique qui repose sur l'assimilation des terminologies «violation» et «non-respect». Cette conclusion met cependant en évidence qu'il est envisageable, avec un minimum de volonté politique, de clarifier la nature juridique des mesures d'exécution faisant suite à un cas de non-respect et de préciser que celles-ci ont force obligatoire.

§ 6 Conclusion

Ce tour d'horizon des mécanismes de contrôle de respect de six AEM nous a permis d'identifier l'émergence d'un système de mécanismes de contrôle de leur respect. En effet, bien que ces mécanismes soient négociés dans des forums différents et adaptés aux particularismes de chaque AEM, ils possèdent tous un noyau dur de caractéristiques. En particulier, l'organe de contrôle doit, dans l'exercice de ses fonctions, identifier et tenir compte des causes de non-respect, un trait saillant que nous analyserons en profondeur

⁶⁰⁰ *Id.* articles 65-68.

⁶⁰¹ I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the law of treaties*, 1984, pp. 188-190.

⁶⁰² Pour un avis contraire, voir M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 258), p. 141.

⁶⁰³ Article 72.1 de la Convention de Vienne.

dans la deuxième partie de notre étude. Les mécanismes de contrôle du respect des AEM présentent des écueils. La plupart des critiques formulées à l'encontre de cette famille d'institutions touchent à leur nature juridique. En particulier, les mécanismes de contrôle du respect des AEM semblent défier toute classification au sein de l'un des deux groupes de moyens de règlement des différends : diplomatique ou juridictionnel. Notre analyse a cependant montré que ces institutions ont davantage de propriétés de nature juridictionnelle que les procédures de conciliation. Le fait que l'organe de contrôle base ses travaux sur le respect du droit et que la procédure de contrôle puisse aboutir à des décisions ayant force obligatoire en droit international font que les mécanismes de contrôle du respect des AEM sont des institutions de nature plus juridictionnelle que diplomatique.

Ces conclusions vont nous permettre de mieux appréhender le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto. Dans la section suivante, ce mécanisme sera comparé aux six mécanismes qui ont été présentés. Les nouvelles perspectives qu'il offre pourront ainsi être mises en évidence.

Section IV

Les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto : à la croisée des chemins⁶⁰⁴

§ 1 Introduction

Le texte des «Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto»⁶⁰⁵ a été adopté lors de la septième session de la Conférence des Parties à la Convention climat, en automne 2001. Ces mécanismes constituent un des éléments des «Accords de Marrakech»⁶⁰⁶, un ensemble de décisions devant permettre la ratification, et donc l'entrée en vigueur, du Protocole. Pour que ces mécanismes prennent vie, ils doivent encore être adoptés par les Parties au Protocole. Cette adoption sera effectuée lors de la première session de cet organe⁶⁰⁷ et se matérialisera par un entérinement du texte agréé par les Parties à la Convention. La seule caractéristique des mécanismes encore ouverte à négociation vise la nature juridique des mesures qui seront adoptées

⁶⁰⁴ Pour une présentation et une analyse de ces mécanismes, voir X. WANG et G. WISER, *loc. cit.* (note 127) ; et R. LEFEBER, *loc. cit.* (note 127), p. 26.

⁶⁰⁵ Doc. FCCC/CP/2001/13 Add.3.

⁶⁰⁶ Doc. FCCC/CP/2001/13 et Add.1 à Add.4.

⁶⁰⁷ La première session de la Réunion des Parties au Protocole se tiendra du 29 novembre au 9 décembre 2005 à Montréal, Canada, en même temps que la onzième Conférence des Parties à la Convention climat (article 13.6 du Protocole).

par le groupe de l'exécution. Nous tiendrons compte de cette inconnue dans le cadre de notre analyse des mécanismes de contrôle du Protocole de Kyoto.

Les mécanismes de respect du Protocole de Kyoto sont, comme les autres mécanismes du système de contrôle du respect des AEM, caractérisés par une complexité certaine. Celle-ci découle de la nature particulière des AEM. Le résultat est l'établissement de mécanismes particulièrement élaborés en raison de la diversité des objectifs visés, de la variété des causes de non-respect et des moyens à disposition pour assurer l'intégrité de l'AEM. Ci-dessous nous effectuerons une analyse des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto qui met en valeur cette complexité. Nous mettrons en évidence que les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto offrent un savant mélange de prévention et de réaction au non-respect se traduisant par un cocktail d'incitations au respect et de sanction en cas de non-respect, un florilège d'aspects diplomatiques et juridictionnels, une procédure multilatérale laissant la porte ouverte à des procédures bilatérales, et un équilibre délicat entre l'égalité formelle des Etats et la promotion de l'égalité réelle entre des Etats inégaux.

§ 2 Un savant mélange de prévention et de réaction au non-respect

S'il y a un domaine du droit international de l'environnement où l'ampleur des conséquences néfastes envisagées justifie une action préventive, c'est bien celui de la lutte contre les changements climatiques. A vrai dire, la Convention climat et le Protocole de Kyoto vont au-delà d'une approche préventive en fondant l'action de la communauté internationale sur le principe de précaution. En application de la précaution⁶⁰⁸, «l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption» de mesures pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques «quand il y a un risque de perturbations graves ou irréversibles»⁶⁰⁹. En d'autres termes, les incertitudes scientifiques ne peuvent justifier une inaction dont les conséquences pourraient être désastreuses. Les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto s'inscrivent dans une logique similaire. Bien entendu, ils permettent de réagir à des cas de non-respect. Mais

⁶⁰⁸ Nous n'entrerons pas ici dans la controverse relative à la nature juridique de la précaution : approche, principe, ou simple politique. Sur cette question, voir E. HEY, «The precautionary concept in environmental policy and law : institutionalising caution», *Georgetown International Environmental Law Review*, 1992, p. 304. Voir également L. BOISSON DE CHAZOURNES, «Le principe de précaution : nature, contenu et limite», dans *Le principe de précaution – Aspects de droit international et de droit communautaire*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002, pp. 65-94 ; L. LUCCHINI «Le principe de précaution en droit international de l'environnement : ombres plus que lumières», *AFDI*, 1999, p. 710.

⁶⁰⁹ Article 3.3 de la Convention climat, repris dans le préambule du Protocole de Kyoto.

cette approche réactive est savamment dosée avec une approche préventive visant à assurer qu'avant tout, les Parties restent en situation de respect.

Dès le début des négociations⁶¹⁰ du texte des mécanismes de contrôle du respect, leur objectif fut exprimé de manière assez vaste, avec des éléments tant préventifs que réactifs : éviter que les Parties se trouvent dans une situation de non-respect, faciliter le respect des dispositions et favoriser le respect des engagements par le biais de mesures facilitatrices ou contraignantes⁶¹¹. Au fil des négociations, la nature préventive et réactive des objectifs de l'institution a été confirmée⁶¹². Dès la douzième session des organes subsidiaires de la Convention climat, en juin 2000, la formulation spécifique de l'objectif des mécanismes de contrôle du respect devait faire l'objet d'un consensus préliminaire entre les Parties : faciliter, favoriser et garantir le respect des engagements du Protocole⁶¹³.

A. *L'approche préventive*

L'approche préventive des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto est assurée par plusieurs biais. Il s'agit, tout d'abord, d'une partie du mandat du groupe de la facilitation⁶¹⁴. Celui-ci «est chargé de donner des conseils et d'apporter une aide aux Parties aux fins de l'application du Protocole». Cette fonction préventive générale est complétée par un mandat plus spécifique en relation avec le respect de certaines obligations mises à la charge des pays industrialisés⁶¹⁵. Le groupe de la facilitation est en effet chargé de «signaler rapidement tout risque de non-respect» de ces obligations et d'y remédier par le biais de conseils ou d'une aide⁶¹⁶.

L'approche préventive, qui met l'accent sur le maintien du respect, est également ancrée dans les fonctions du groupe de l'exécution. Ce dernier est chargé d'établir si les Parties industrialisées respectent leurs principales obligations en matière de communication d'information, de réduction des

⁶¹⁰ Les négociations ont principalement été menées dans le cadre d'un Groupe de Travail Conjoint (ci-après GTC) des deux organes subsidiaires de la Conférence des Parties à la Convention climat.

⁶¹¹ Rapport du GTC sur ses travaux pendant la dixième session des organes subsidiaires (ci-après «SB») de la Convention climat (doc. FCCC/SBI/1999/8, para. 7).

⁶¹² Note des coprésidents du GTC résumant les soumissions des Parties en vue de SB-11 et la cinquième Conférence des Parties (ci-après «CdP») (paragraphe 4, FCCC/SB/1999/7), note informelle des coprésidents du GTC datée du 3 novembre 1999, Working Paper No. 7 (2000) des coprésidents du GTC.

⁶¹³ Rapport du GTC sur ses travaux pendant SB-12 (FCCC/SBI/2000/5), Proposition par les coprésidents du GTC à l'issue de la première partie de SB-13 (FCCC/SB/2000/11), Rapport du GTC sur ses travaux pendant la deuxième partie de SB-13 (FCCC/CP/2000/5/Add.3(vol.IV) et projet de décision pour la septième Conférence des Parties (FCCC/CP/2001/5/Add.2).

⁶¹⁴ Doc. FCCC/CP/2001/13 Add.3, section IV.

⁶¹⁵ Pour le détail des obligations visées par cette approche préventive, voir *supra* p. 46.

⁶¹⁶ Doc. FCCC/CP/2001/13 Add.3, section IV, para. 5 et 6 .

émissions des gaz à effet de serre et de respect des critères d'admissibilité pour faire usage des mécanismes de flexibilité⁶¹⁷. Le non-respect de ces obligations mène à des sanctions automatiques relativement lourdes qui font figure de claire incitation au respect du Protocole. Le texte des mécanismes et procédures relatives au respect des dispositions du Protocole stipule d'ailleurs expressément que ces conséquences «doivent inciter à ce respect»⁶¹⁸.

En plus des mandats des deux groupes du Comité de contrôle de respect du Protocole de Kyoto, il faut ajouter que l'approche préventive est favorisée par le fait que les possibilités de saisine du Comité sont exhaustives. En particulier, une Partie a la possibilité de saisir le groupe de la facilitation par le biais d'une «question de mise en œuvre» à l'égard d'elle-même si elle constate, par exemple, qu'elle ne sera pas en mesure de respecter certains de ses engagements⁶¹⁹.

B. L'approche réactive

L'approche réactive est aussi solidement ancrée dans les mécanismes de respect du Protocole de Kyoto. Celle-ci caractérise les deux groupes du Comité de contrôle. Le groupe de la facilitation, pour sa part, est chargé de promouvoir le respect de tous les engagements pris par les Parties en vertu du Protocole, à l'exception de ceux qui tombent dans le cadre du mandat du groupe de l'exécution. Le mandat du groupe de la facilitation ne vise pas la réaction au «non-respect» des obligations du Protocole. En effet, ce groupe est uniquement chargé d'examiner les «questions de mise en œuvre» liées aux dispositions du Protocole. Cette terminologie est, comme on le verra, dictée à la fois par des considérations juridiques (la teneur faiblement contraignante des engagements considérés) et politiques (le refus des pays en développement d'être soumis à une procédure d'exécution). C'est au niveau du mandat du groupe de l'exécution que l'approche réactive trouve sa plus grande concrétisation. Ce groupe est en effet chargé d'appliquer des mesures consécutives en cas de non-respect des principales obligations mises à la charge des Parties industrialisées⁶²⁰.

C. Conclusion

Le double objectif de prévention et de réaction au non-respect est une des caractéristiques communes des mécanismes de contrôle du respect des AEM

⁶¹⁷ *Id.* section V.

⁶¹⁸ *Id.* section V, para. 6.

⁶¹⁹ *Id.* section VI, para. 1b).

⁶²⁰ *Id.* section V.

que nous avons précédemment identifiée⁶²¹. Les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sont cependant les premiers à élaborer ces deux aspects avec autant de précision. Cela se traduit par un cocktail d'incitations au respect et de sanction en cas de non-respect. En particulier, les mesures d'incitation négatives que sont les sanctions décidées par le groupe de l'exécution devraient constituer un outil particulièrement efficace pour éviter que les Parties industrialisées ne respectent pas leurs principales obligations.

§ 3 Un florilège d'aspects diplomatiques et juridictionnels

Les mécanismes de contrôle du respect des AEM sont des institutions dont la nature juridique reste l'objet de controverses au sein de la doctrine. Pour notre part, nous avons conclu que ces mécanismes se rapprochent de la conciliation, une procédure diplomatique, mais ont des caractéristiques juridictionnelles additionnelles à celle-ci. En particulier, le fait que le respect du droit figure au centre des préoccupations des mécanismes de contrôle du respect implique que ces institutions se rapprochent des modes juridictionnels de règlement des différends. Nous sommes donc tentés de les qualifier d'institutions «quasi-juridictionnelles» pour marquer qu'elles vont au-delà des techniques diplomatiques de règlement des différends⁶²².

Les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto ne font pas exception à la nature juridique floue qui caractérise le système des mécanismes de contrôle du respect des AEM. Mais, à la différence des autres mécanismes, celui du Protocole de Kyoto est structuré de manière à ce que les fonctions de nature diplomatique et celles se rapprochant d'un organe juridictionnel fassent l'objet de procédures distinctes. Cette séparation entre une approche diplomatique et quasi-juridictionnelle se concrétise par l'existence de deux groupes distincts au sein du Comité de contrôle. Le premier, le groupe de la facilitation, peut être assimilé à un organe de conciliation dont le mandat est, pour un organe de ce type, particulièrement élaboré⁶²³. Le second, le groupe de l'exécution, est comme nous le montrerons, de type quasi-juridictionnel, voire juridictionnel.

La possibilité de créer une institution compétente à la fois pour faciliter et pour garantir le respect des dispositions du Protocole fut envisagée dès la première réunion de négociation⁶²⁴. Le principe d'une telle approche

⁶²¹ Voir *supra* p. 98.

⁶²² Voir *supra* pp. 55-56.

⁶²³ On notera, en particulier, que sont précisés : la procédure à suivre, le genre de mesures consécutives que peut appliquer le groupe de la facilitation ainsi que le fait qu'il devra exercer ses fonctions «compte tenu du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties». Doc. FCCC/CP/2001/13 Add.3, section IV.

⁶²⁴ Rapport du GTC sur ses travaux pendant SB-10 (Doc. FCCC/SBI/1999/8, para. 7).

combinant, d'une part la délivrance de conseils et la facilitation d'assistance, d'autre part la possibilité de conséquences plus contraignantes, était largement accepté par la grande majorité des Parties⁶²⁵, avec néanmoins des variations tant structurelles que de principe. Au niveau structurel, les deux options étaient les suivantes. Premièrement, une approche d'exécution ne pourrait que succéder à un éventuel échec d'une approche de facilitation⁶²⁶. Dans ce cas, l'organe de contrôle serait tenu de fournir dans un premier temps des mesures d'assistance et ne pourrait s'aventurer à envisager des sanctions que dans la mesure où une approche de facilitation n'aurait pas porté les fruits escomptés. Cette approche graduelle est conforme à la pratique des Comités d'application du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève⁶²⁷. La deuxième option pour la structure des mécanismes consistait à prévoir deux approches évoluant en parallèle⁶²⁸. Dans la mesure où les Parties décidaient de mettre en place des procédures parallèles, encore fallait-il déterminer le principe sur la base duquel un cas de non-respect tomberait dans le champ d'application de l'un ou de l'autre groupe. Pour les pays en développement, le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties requérait que la qualité de la Partie en cause, industrialisée ou en développement, constitue le critère décisif⁶²⁹. Sur la base de ce principe, seul le contrôle du respect des obligations des Parties industrialisées devait tomber dans le champ d'application du groupe de l'exécution. Pour les pays industrialisés, au contraire, les Parties ayant souscrits les mêmes obligations devaient être soumises à la même procédure. En d'autres termes, c'est la nature des obligations non-respectées qui constituait le critère déterminant pour qu'un cas de non-respect soit soumis au groupe de la facilitation ou au groupe de l'exécution.

En ce qui concerne la controverse de nature structurelle, les Parties optèrent pour des procédures de facilitation et d'exécution parallèles et établirent un groupe de la facilitation et un groupe de l'exécution⁶³⁰. La

⁶²⁵ La majorité des Parties était donc de l'avis qu'une approche uniquement «managerial» n'était pas suffisante dans le cadre du Protocole de Kyoto. Faisant figure d'exception, l'Australie a opté, dès le début des négociations, pour des conséquences uniquement volontaires, ou, selon sa terminologie, «politiquement contraignantes», suggérant ainsi la mise place uniquement d'un groupe de facilitation (*BNT*, Vol 12, No 117 et notes de l'auteur). Ce pays a, par la suite, été rejoint par le Japon et la Russie.

⁶²⁶ Cette approche graduelle (facilitation puis exécution) était notamment supportée par le Japon (*BNT*, Vol 12, No 116). Elle est conforme à l'approche «persuasive continuum». J. BRUNNEE, *loc. cit.* (note 202), p. 269.

⁶²⁷ Voir *supra* p. 82 et p. 85.

⁶²⁸ Cette approche, avec divers degrés de liens institutionnels entre les deux groupes, était préconisée par les Etats-Unis et l'Union européenne (*BNT*, Vol.12 No. 116).

⁶²⁹ Cette proposition fut soumise pour la première fois en 1999. Voir doc. FCCC/SB/1999/MISC.12 p.42 et doc. FCCC/SB/1999/MISC.12/Add.2.

⁶³⁰ Voir le rapport du GTC sur ses travaux pendant SB-12 (doc. FCCC/SBI/2000/5), la proposition des coprésidents à l'issue de la première partie de SB-13 (doc. FCCC/SB/2000/11), le rapport du GTC sur ses travaux pendant la deuxième partie de SB-13 (doc. FCCC/CP/2000/5/Add.3(volIV) et le

seconde controverse, qui porte sur le choix entre un traitement différencié des Parties sur la base de leur niveau de développement et une égalité de traitement formelle, sera discutée plus amplement ci-dessous⁶³¹.

La nature juridique des deux groupes du Comité de contrôle doit être évaluée à la lumière de leurs caractéristiques. Certaines sont communes aux deux organes, d'autres sont spécifiques à chacun d'entre eux. Nous analysons ci-dessous la nature juridique des deux groupes à la lumière de leur composition et des règles de vote, de leurs règles de procédures et de leurs compétences.

A. *La composition et les règles de vote du Comité de contrôle : un organe «mi-figue, mi-raisin»*

Pendant les négociations relatives au Comité de contrôle, les Parties se mirent assez facilement d'accord sur le fait que les membres de cet organe seraient élus par la Réunion des Parties⁶³² et qu'ils agiraient à titre personnel⁶³³. Les

projet de décision proposé par les coprésidents du GTC pour adoption par la CdP-7 (doc. FCCC/CP/2001/5/Add.2).

⁶³¹ Voir *infra* p. 140.

⁶³² Un consensus fut atteint durant les premières sessions du GTC (doc. FCCC/SB/2000/11, FCCC/CP/2000/5/Add.3(volIV), et FCCC/CP/20001/5/Add.2).

⁶³³ Pendant la 1ère session du GTC (SB-10, juin 1999), la question de la qualité en laquelle les membres agiraient fut à peine abordée. Seule l'Union européenne indiqua dans sa soumission écrite que les questions juridiques devraient être traitées par un organe quasi-judiciaire, favorisant ainsi une certaine indépendance des membres de l'organe de contrôle (doc. FCCC/SB/1999/MISC.4). Pendant SB-10, les Etats-Unis laissaient la porte ouverte aux deux options, alors que l'Union européenne suggérait un comité d'experts indépendants (voir le Résumé du *BNT* relatif à cette réunion). La qualité en laquelle les membres agiraient constituait un des éléments du questionnaire soumis par les coprésidents aux Parties à l'issue de SB-10 (doc. FCCC/SBI/1999/8, Annexe II, para. 12(b)). En réponse, la Chine, l'Union européenne, la Pologne, AOSIS et la Suisse indiquèrent que les membres devraient agir en leur qualité personnelle (doc. FCCC/SB/1999/MISC.12). Pendant SB-11/CdP-5, des déclarations orales en faveur de l'option «qualité personnelle» furent faites par la Suisse (30/10/1999), Tuvalu (au nom de AOSIS), l'Afrique du Sud et l'Australie (29/10/1999) (notes de l'auteur). Seuls les Etats-Unis et l'Arabie Saoudite exprimèrent des doutes sur cette option, les premiers soulignant que la qualité en laquelle les membres d'un organe agissaient dépendait de la nature juridique de l'organe, le second arguant qu'il n'est pas réaliste de penser que les membres agiraient véritablement à titre personnel (doc. FCCC/SB/1999/MISC.12). A l'issue de SB-11/CdP-5, en octobre 1999, les coprésidents indiquaient que les membres pourraient agir soit en tant que représentants des Parties, soit à titre personnel («Co-Chairs' initial thoughts on procedures and mechanisms relating to a compliance system under the Kyoto Protocol», document informel daté du 3/11/1999 distribué à l'issue de la CdP-5). Ces deux alternatives se retrouvent dans divers autres documents préparés par les coprésidents : Eléments d'un système de respect des dispositions pour le Protocole de Kyoto (doc. FCCC/SB/2000/1), «Co-Chairmen's preliminary thoughts on a compliance institution for the Kyoto Protocol» (document informel daté du 5/06/1999 distribué pendant SB-12), ainsi que la proposition des coprésidents contenue dans le rapport du GTC sur ses travaux pendant SB-12 (doc. FCCC/SBI/2000/5). Au fil des sessions, l'option «à titre personnel» emporta le suffrage de l'ensemble des Parties, sans que cette question ne fasse l'objet de controverses particulières. En effet, bien que les deux options aient encore été présentes dans le Rapport du GTC sur ses travaux pendant SB-12 (doc. FCCC/SBI/2000/5), dès SB-13 le texte servant de base aux négociations stipule que les membres du Comité agiront en leur qualité personnelle (Proposition par les coprésidents du

questions les plus controversées touchaient les critères de composition des deux groupes ainsi que les règles de vote applicables. Ce sont en effet ces deux éléments qui déterminent qui détient le pouvoir sur l'organe de contrôle, une question à laquelle tant les pays développés que les pays en développement attachaient beaucoup d'importance et qui fut résolue dans les Accords de Bonn⁶³⁴.

Les deux principales options de composition étaient, dès le début des négociations, clairement identifiées et soutenues respectivement par les pays en développement et par les pays industrialisés : composition reflétant une répartition géographique équitable des cinq groupes régionaux de l'ONU en tenant compte des groupes d'intérêt conformément à la pratique actuelle au sein du Bureau de la Conférence des Parties de la Convention⁶³⁵, ou une représentation plus grande, voire exclusive, des Parties de l'Annexe I⁶³⁶. Pour les pays en développement, la nature globale des changements climatiques, en particulier le fait qu'eux-mêmes pâtiront le plus des dommages en résultant, justifiait qu'ils soient majoritaires dans chaque groupe du Comité de contrôle. La formulation qu'ils proposaient avait également l'avantage d'être conforme à la pratique habituelle dans le cadre des organes des Nations Unies. A cela, les pays industrialisés répondaient que leur participation majoritaire au sein de l'organe de contrôle se justifiait par le fait que les obligations de réduction, le cœur des engagements contenus dans le Protocole, étaient uniquement à leur charge. Il était donc normal que ces pays soient plus largement, voire exclusivement représentés dans l'organe chargé d'assurer le respect de ces obligations, en l'occurrence le groupe de l'exécution. Au surplus, les Etats industrialisés considéraient que le critère avancé par les pays en développement était adéquat dans le contexte d'organes politiques, ce que n'était pas, à leur avis, le Comité de contrôle⁶³⁷. Combinant les deux approches,

GTC, doc. FCCC/SB/2000/11). Cette option sera conservée jusqu'à la CdP-7 (doc. FCCC/CP/2000/5/Add.3(volIV) et FCCC/CP/2000/5/Add.2).

⁶³⁴ Accords de Bonn sur la mise en œuvre du Plan d'Action de Buenos Aires, décision 5/CP.6, reproduite dans le doc. FCCC/CP/2001/5.

⁶³⁵ Si la règle 22 des Règles de Procédure (doc. FCCC/CP/1996/2) stipule que «Chacun des cinq groupes régionaux sera représenté par deux membres du Bureau et un membre du Bureau représentera les petits Etats insulaires en développement», la pratique est qu'un membre du Bureau représente également les intérêts des pays producteurs de pétrole (Arabie Saoudite, Nigeria, Iran, Koweït, Venezuela...).

⁶³⁶ Voir les «Co-Chairs' initial thoughts on procedures and mechanisms relating to a compliance system under the Kyoto Protocol», document informel daté du 3/11/1999 distribué à l'issue de la CdP-5.

⁶³⁷ La tentative de l'Union européenne de justifier la position des pays industrialisés par le fait que le comité de contrôle ne serait pas un organe politique mais un organe quasi-judiciaire ou judiciaire était faiblement justifiée. Par exemple, l'organe d'appel de la procédure de règlement des différends de l'OMC est composé d'individus nommés par les membres de l'OMC de manière à représenter globalement l'ensemble des membres de l'OMC (Article 17.2 et 17.3 de l'Accord relatif au règlement des Différends). En ce qui concerne le Tribunal International de la Convention sur le droit de la mer, les juges nommés par les Parties doivent représenter les principaux systèmes légaux ainsi qu'une représentation géographique équitable (Article 2 du Statut Tribunal International de la Convention sur le droit de la mer). Enfin, le Statut de la Cour Internationale de Justice ne requiert nullement

le Président de la sixième Conférence des Parties à la Convention climat eut l'audace de proposer une composition basée en partie sur le critère avancé par les pays en développement, tout en suggérant des règles de vote permettant aux pays de l'Annexe I de bloquer l'adoption d'une décision par le groupe de l'exécution⁶³⁸. Cette proposition fut acceptée par les Parties comme partie intégrante des Accords de Bonn⁶³⁹. En plus, les Parties décidèrent que les membres du groupe de l'exécution devaient avoir une expérience dans le domaine juridique⁶⁴⁰.

Les critères de composition et les règles de vote applicables au groupe de la facilitation et au groupe de l'exécution sont des témoins particulièrement frappant des aspirations parfois contradictoires des Etats. D'un côté, les aspects diplomatiques des deux groupes sont mis en évidence par leurs critères de composition. Clairement, ceux-ci visent à mettre sur pied des organes représentatifs des différents intérêts politiques des Parties au Protocole. Cet aspect diplomatique est renforcé par les règles de vote au sein du groupe de l'exécution qui permettent aux pays industrialisés et aux pays en développement de bloquer l'adoption d'une décision. D'un autre côté, les Parties ont tenu à préciser que les membres des groupes agiront à titre personnel et ont été jusqu'à exiger que les membres du groupe de l'exécution aient une expertise particulière dans le domaine juridique. Ces caractéristiques sont propres à des organes juridictionnels. Ce «mélange des genres» n'est pas spécifique aux organes de contrôle du Protocole de Kyoto⁶⁴¹. De par leurs caractéristiques, les deux groupes du Comité de contrôle se situent à l'intersection des organes dont les critères de composition sont purement politiques, comme dans le cadre du Protocole de Montréal, et des organes de nature quasi-juridictionnelle, comme dans le cadre de la Convention d'Aahrus.

que les juges proviennent des Etats ayant accepté la juridiction obligatoire de la Cour ou des Etats parties au différend.

⁶³⁸ Voir *supra* p. 45.

⁶³⁹ Accords de Bonn sur la mise en œuvre du Plan d'Action de Buenos Aires, décision 5/CP.6, reproduite dans le doc. FCCC/CP/2001/5. A noter que, postérieurement à l'adoption des Accords de Bonn, les délégués débattirent de manière informelle la possibilité de préciser, voire modifier partiellement, les critères de composition des deux groupes. Un délégué suggéra que les membres soient «nommés par» les Parties incluses dans l'Annexe 1, respectivement les Parties non-incluses dans l'Annexe 1, en lieu et place d'être élus par les Parties au Protocole sur la base d'une recette stipulant la provenance des candidats. Un autre délégué précisa que la formulation «provenant de», retenue dans l'accord politique, signifiait que ce serait la nationalité ou le domicile des candidats qui serait déterminant dans le processus de nomination des candidats. Il suggéra que le facteur déterminant soit la nomination «par» les Parties de l'Annexe 1 ou les Parties non incluses dans l'Annexe 1. Ces propositions ne recueillirent pas le suffrage de la grande majorité des négociateurs qui préférèrent s'en tenir au texte de l'accord politique (jeudi 26 juillet 2000, notes de l'auteur).

⁶⁴⁰ Doc. FCCC/CP/2001/13 Add.3, section V, para. 3.

⁶⁴¹ Voir à cet égard la composition du comité de contrôle de la Convention de Bâle, *supra* p. 90.

B. Les procédures : des règles détaillées

Le texte des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto détaille les procédures applicables au Comité et à ses groupes. Ces procédures, que nous avons précédemment présentées⁶⁴², manifestent le souci des Parties d'assurer que les fonctions du Comité de contrôle seront exercées sur la base de règles précises qui garantissent un droit élaboré d'être entendu. Ces règles de procédure sont symptomatiques de la nature quasi-juridictionnelle des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto. A cet égard, aucun des autres mécanismes de contrôle du respect des AEM n'établit de procédures aussi détaillées.

C. Les compétences du Comité de contrôle : la double nature juridique des mécanismes mise en évidence

C'est l'existence de compétences distinctes pour le groupe de la facilitation et le groupe de l'exécution qui met le mieux en évidence la nature juridique hybride du Comité de contrôle.

La nature diplomatique du groupe de la facilitation est essentiellement dictée par les fonctions de cet organe (promotion du respect du Protocole par le biais de l'examen de questions de mise en œuvre) et le genre de mesures consécutives qu'il peut appliquer (conseils, assistance, recommandations)⁶⁴³. Ces mesures n'ont pas force contraignante et tendent donc à l'accord de la Partie concernée. On peut cependant regretter que les questions de mise en œuvre relatives aux engagements rentrant dans le cadre du mandat du groupe de la facilitation donnent uniquement lieu à des mesures d'assistance. Il n'est pas prévu, par exemple, que l'assistance technique et financière octroyée dans le cadre du Protocole pourra être suspendue dans la mesure où une Partie fait manifestement preuve de mauvaise volonté dans le cadre de la mise en œuvre de ses engagements. Une telle approche, consacrée dans le cadre du Protocole de Montréal, aurait permis au groupe de la facilitation de manier «la carotte et le bâton»⁶⁴⁴, c'est-à-dire d'inciter, à la fois de manière positive et négative, les Parties à respecter leurs engagements.

Le groupe de l'exécution du Protocole de Kyoto est, pour sa part, doté d'une fonction plus juridique. Celle-ci est mise en évidence par le fait que cet organe doit se prononcer sur l'existence d'un «non-respect» des obligations mises à la charge des pays industrialisés⁶⁴⁵. L'exercice de cette fonction s'assimile à la constatation, par un organe juridictionnel, de la violation d'un

⁶⁴² Voir *supra* p. 44ss.

⁶⁴³ Doc. FCCC/CP/2001/13 Add.3, section XIV.

⁶⁴⁴ Sur cette approche, voir P. SAND, *op. cit.* (note 17), p. 215.

⁶⁴⁵ Doc. FCCC/CP/2001/13Add.3, section V para. 4.

traité⁶⁴⁶. La nature juridique des mesures consécutives décidées par le groupe de l'exécution constitue également un critère central pour évaluer la nature juridique de cet organe. Il n'est donc pas étonnant que cette question constitua, aux côtés de la question de la composition des organes ainsi que d'une possible approche différenciée, la question la plus épineuse sur laquelle les Parties eurent à trouver un consensus. On se rappelle que l'article 18 du Protocole stipule que «si des procédures et mécanismes relevant du présent article entraînent des conséquences qui lient les Parties, ils sont adoptés au moyen d'un amendement au présent Protocole». En d'autres termes, les Parties ont décidé, lors de l'adoption du Protocole, de clarifier dans quelles circonstances une décision d'un organe de l'AEM pourra avoir force obligatoire, une question actuellement caractérisée par un flou juridique certain⁶⁴⁷. L'article 18 énonce donc clairement que le choix du mode d'adoption des mécanismes du contrôle du respect du Protocole déterminera la nature juridique de ses mesures consécutives. Dans l'hypothèse où les Parties au Protocole adoptent ces mécanismes par le biais d'une simple décision, alors ces mesures ne pourront pas être juridiquement contraignantes. Par contre, une adoption par le biais d'un amendement signifie que les mesures consécutives pourront avoir force obligatoire. Nous avons évoqué ci-dessus⁶⁴⁸ l'impact du retrait américain sur les négociations relatives à la nature juridique des mesures décidées par le groupe de l'exécution. Nous avons en particulier souligné la résurrection, pendant la deuxième partie de la sixième Conférence des Parties, de la proposition jusque-là minoritaire soutenue par l'Australie, le Japon et la Russie, en vertu de laquelle la nature des mesures consécutives décidées par le groupe d'exécution devait être uniquement «politiquement contraignante». A Bonn, les Parties en faveur de mesures juridiquement contraignantes⁶⁴⁹ ne parvinrent pas à imposer que la Réunion des Parties soit tenue d'adopter le texte des mécanismes par le biais d'un amendement. Les Accords de Bonn se limitent en effet à différer aux Parties au Protocole le choix du mode d'adoption des procédures de respect des dispositions du Protocole, laissant de ce fait à cet organe le soin de décider si les mesures consécutives seront de nature juridiquement contraignante ou non⁶⁵⁰. Les chances pour que les Parties au Protocole adoptent les mécanismes par le biais d'un

⁶⁴⁶ Voir *supra* pp. 116-117.

⁶⁴⁷ Pour une discussion de la nature juridique des décisions de l'organe suprême d'un AEM, voir *supra* p. 118.

⁶⁴⁸ Voir *supra* p. 24.

⁶⁴⁹ La possibilité de mesures consécutives légalement contraignantes était, jusqu'en mars 2001, soutenue par l'Union européenne, les Etats-Unis, la Suisse, le Canada et les pays en développement. Après l'annonce de leur retrait du Protocole de Kyoto, les Etats-Unis restèrent remarquablement discrets sur cette question.

⁶⁵⁰ Voir décision 5/CP.6 et doc. FCCC/CP/2001/5/Add.2 où la Conférence des Parties recommande que les Parties au Protocole adoptent les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions «comme prévu à l'article 18».

amendement sont assez minces. Bien que les Parties favorables seront en mesure d'imposer l'adoption par le biais d'un amendement⁶⁵¹, il n'en demeure pas moins que pour avoir force obligatoire vis-à-vis d'une Partie, celle-ci doit le ratifier. Or, il n'existe aucune incitation négative qui forcerait une Partie récalcitrante à se soumettre à une procédure de contrôle du respect ayant force obligatoire⁶⁵². En particulier, la tentative de l'Union européenne de faire de la ratification de l'amendement une des conditions de participation aux mécanismes de flexibilité a échoué elle aussi⁶⁵³. En fin de compte, et comme les Accords de Bonn, les Accords de Marrakech ne lient pas l'accès aux mécanismes de flexibilité à la ratification de l'amendement adoptant les mécanismes relatifs au respect du Protocole⁶⁵⁴. L'absence de mesures consécutives légalement contraignantes en cas de non-respect des dispositions du Protocole par toute Partie industrialisée constitue, à notre avis, la conséquence la plus importante du retrait américain sur les négociations relatives aux mécanismes de contrôle du respect des dispositions du Protocole.

Si l'absence de force obligatoire des mesures consécutives décidées par le groupe de l'exécution a des implications sur la nature juridique des mécanismes, sa portée en pratique doit cependant être relativisée⁶⁵⁵. En effet, les mécanismes de contrôle du respect prescrivent l'application de sanctions automatiques par le groupe de l'exécution qui auront, même en l'absence de force obligatoire en droit international, des conséquences réelles. Prenons un exemple. Une des sanctions en cas de non-respect de l'obligation de réduction des émissions est la suspension de l'admissibilité au bénéfice de cessions opérées dans le cadre du commerce d'émissions⁶⁵⁶. En d'autres termes, la Partie concernée n'aura plus le droit de faire usage des crédits d'émissions achetés pour se retrouver en situation de respect de son obligation de réduction. Le groupe d'experts chargé d'examiner les communications nationales de cette Partie fera donc abstraction de ces éventuels crédits dans son évaluation des émissions de gaz à effet de serre. Par conséquent, la suspension de l'admissibilité de faire usage de ce mécanisme de flexibilité aura *de facto* des conséquences auxquelles la Partie concernée ne pourra pas échapper.

⁶⁵¹ En application de l'article 20.3 du Protocole, un amendement est adopté, en l'absence de consensus, par une majorité des trois-quarts des Parties présentes et votantes.

⁶⁵² Sur les différentes techniques de négociation qui furent envisagées pour forcer les Parties à accepter des mesures consécutives légalement contraignantes, voir R. LEFEBER, *loc. cit.* (note 127), pp. 47-54.

⁶⁵³ Les Accords de Bonn se limitent à prévoir que seules les Parties ayant «accepté l'accord», et non pas «ratifié l'amendement», relatif au contrôle du respect auront le droit de transférer ou acquérir des crédits générés par l'usage des mécanismes de flexibilité. Voir décision 5/CP.6 et FCCC/CP/2001/5/Add.2 section VI, para. 11. Sur le lien entre les mécanismes de flexibilité et les mécanismes de contrôle du respect, voir R. LEFEBER, *id.* pp. 29-30.

⁶⁵⁴ Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.2 p. 4, para. 5.

⁶⁵⁵ Voir Lefebber, également de cet avis : R. LEFEBER, *loc. cit.* (note 127), pp. 47-54.

⁶⁵⁶ FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 68-81, section XV, para. 5b).

Une autre particularité du groupe de l'exécution concerne le fait que la grande majorité des mesures consécutives qu'il décidera a été déterminée à l'avance par les Parties et trouvera application sur une base automatique⁶⁵⁷. Cette caractéristique est une nouveauté dans le cadre du système des mécanismes de contrôle du respect des AEM. Elle s'explique par le fait que les Parties souhaitaient accroître la sécurité juridique en précisant d'emblée quelle sanction sera applicable en cas de non-respect d'obligations particulières. Bien qu'il affecte l'étendue du pouvoir discrétionnaire du groupe de l'exécution, ce trait saillant n'a pas d'impact sur sa nature juridique.

Un dernier aspect du groupe de l'exécution que nous mettrons en évidence dans le cadre de notre analyse de la nature juridique de cet organe est lié au rôle de la Réunion des Parties, en particulier la question d'une éventuelle procédure d'appel. Pendant les négociations, les pays en développement soutenaient la possibilité d'une procédure d'appel assez limitée auprès de la Réunion des Parties. Un appel pourrait uniquement porter sur une décision relative au respect des obligations de réduction/limitation des gaz à effet de serre mises à la charge des pays industrialisés et seulement dans la mesure où il y aurait une violation des règles de procédure du Comité de contrôle⁶⁵⁸. Parmi les pays industrialisés, la Nouvelle Zélande était le principal tenant d'une procédure d'appel. La proposition de ce pays allait cependant à l'encontre de celle des pays en développement puisqu'elle suggérait un appel de nature judiciaire, c'est-à-dire sans rôle pour la Réunion des Parties, et ce afin d'éviter une interférence politique⁶⁵⁹. Les Etats-Unis et l'Union européenne, pour leur part, questionnaient tout simplement l'utilité d'une procédure d'appel⁶⁶⁰. A leurs yeux, les procédures et mécanismes offraient suffisamment de garanties dans la conduite de la procédure pour assurer que celle-ci soit régulière⁶⁶¹. Par ailleurs, une telle procédure pourrait être utilisée à des fins tactiques et dilatoires⁶⁶². En fin de compte, les Accords de Bonn⁶⁶³

⁶⁵⁷ Voir *supra* p. 47.

⁶⁵⁸ Proposition du G77/Chine datée du 15 novembre 2000 : «denial of due process through violation of the rules and procedures of the Committee». Auparavant, AOSIS soutenait un appel de nature quasi-judiciaire, l'Arabie Saoudite proposait un appel à la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole et l'Afrique du Sud suggérait un appel à un panel. Voir le résumé du «compliance workshop», Bonn, 1-3 mars 2000, (disponible sur http://www.iisd.ca/climate/cop6/tech_ws/compliance/index.html et le Résumé du *BNT* relatif à la cinquième Conférence des Parties (disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12123f.html>).

⁶⁵⁹ Voir le résumé du «compliance workshop», Bonn, 1-3 mars 2000 (*ibid.*), et les notes de l'auteur relatives à la première partie de la Sixième Conférence des Parties.

⁶⁶⁰ Voir le Résumé du *BNT* relatif à la 13ème session des organes subsidiaires de la Convention climat, disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12151e.html>.

⁶⁶¹ Voir le résumé du « compliance workshop », Bonn, 1-3 mars 2000, disponible sur : http://www.iisd.ca/climate/cop6/tech_ws/compliance/index.html ; et le Résumé du *BNT* relatif à 13ème session des organes subsidiaires de la Convention climat, disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12151e.html>.

⁶⁶² *Ibid.*

entérinent la proposition des pays en développement en octroyant la possibilité d'un appel à la Réunion des Parties contre une décision du groupe de l'exécution visant le respect des engagements de réduction/limitation des gaz à effet de serre si la Partie estime qu'elle n'a pas bénéficié d'une procédure régulière. Les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole incorporent en effet un certain nombre de garanties dans la conduite de la procédure qui sont similaires à celles qu'octroient les procédures juridictionnelles de règlement des différends, avec un droit d'être entendu particulièrement élaboré⁶⁶⁴. En cas d'appel, la décision ne sera annulée que si les trois-quarts des Parties, et donc les pays en développement, le décident. Il s'agit donc d'une possibilité d'appel assez limitée qui n'accroît que très faiblement l'aspect diplomatique du groupe de l'exécution.

En conclusion, l'examen des compétences des deux groupes du Comité de contrôle du respect du Protocole de Kyoto souligne la double nature juridique de cette institution. D'un côté, le groupe de la facilitation s'apparente à une procédure de conciliation, de type diplomatique. De l'autre côté, plusieurs aspects relatifs au groupe de l'exécution mettent en valeur sa nature juridictionnelle. Les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto ont donc jusqu'à un certain point réussi à intégrer les avantages d'une procédure juridictionnelle de règlement des différends. Si les Parties au Protocole devaient nous surprendre et adopter les mécanismes de contrôle du respect par le biais d'un amendement, alors la nature juridique du groupe de l'exécution sera similaire à celle d'un moyen juridictionnel de règlement des différends. Ceci marquerait une percée au niveau de la nature juridique des mécanismes de respect des AEM. Même en l'absence d'un tel amendement, le groupe de l'exécution sera un organe de type quasi-juridictionnel et les

⁶⁶³ Accords de Bonn sur la mise en œuvre du Plan d'Action de Buenos Aires, décision 5/CP.6, reproduit dans doc. FCCC/CP/2001/5.

⁶⁶⁴ Les deux groupes du comité de contrôle ont l'obligation de s'assurer qu'une soumission est corroborée par des informations suffisantes, est fondée ou n'est pas insignifiante ; ils doivent notifier, à la partie en cause, la décision de donner suite à une question de mise en œuvre, et cette partie a la possibilité de faire un commentaire sur cette décision. La partie en cause a le droit : de désigner une ou plusieurs personnes pour la représenter ; de participer aux débats considérant cette question et de soumettre des informations idoines sur lesquelles le groupe «devra» baser ses délibérations ; de soumettre des commentaires écrits sur l'information utilisée par le groupe ; de requérir la traduction de certains documents. A l'issue de la procédure, les groupes ont l'obligation de notifier leur décision, y inclus les considérants et conclusions, par écrit à la partie en cause. En outre, dans le cadre d'une procédure dans le groupe de l'exécution, la partie concernée peut : exiger son audition et faire une soumission écrite supplémentaire à la suite de la décision préliminaire du groupe. Enfin, la partie en cause peut former un appel contre la décision du groupe de l'exécution dans la mesure où ces garanties n'ont pas été respectées. Voir les sections VII à XI des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole (doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp 69-81, en annexe 2 à cette étude). L'importance de ces garanties a notamment été soulignée par les Etats-Unis qui mirent en exergue l'importance d'un «due process» à la mesure de la gravité et de la nature légalement contraignante des conséquences adoptées par un organe de contrôle du respect des dispositions (doc. FCCC/SB/1999/MISC.4, papier numéro 8). La Micronésie souleva le même point pendant la première partie de la Sixième Conférence des Parties (notes de l'auteur).

mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto représenteront les mécanismes de contrôle les plus robustes jamais élaborés à ce jour dans le cadre d'un AEM⁶⁶⁵.

§ 4 Une procédure multilatérale laissant la porte ouverte à des procédures bilatérales

Le Protocole de Kyoto est caractérisé par la poursuite d'un objectif commun, la protection de l'environnement, allié à la protection d'intérêts commerciaux de nature individuelle, un objectif qui accentue la dimension bilatérale que peut revêtir un cas de non-respect. Cette double préoccupation se traduit par des possibilités exhaustives de saisine du Comité de contrôle.

Les possibilités de soumettre une communication au Comité de contrôle du Protocole de Kyoto sont particulièrement complètes et s'inspirent largement des options prévues dans le cadre du Protocole de Montréal⁶⁶⁶, sous réserve du rôle du Secrétariat. Une possibilité de saisine par le Secrétariat constitue en effet une proposition qui fut rapidement écartée par les négociateurs au motif qu'elle mettrait en danger sa neutralité⁶⁶⁷. On se rappellera que le Comité est saisi des questions de mise en œuvre : soit identifiées dans les rapports présentés par les équipes d'examen ; soit soumises par toute Partie à l'égard d'elle-même ; soit soumises par toute Partie à l'égard d'une autre Partie, informations probantes à l'appui⁶⁶⁸. La première option met en évidence le rôle essentiel des rapports d'examen technique des informations communiquées par les Parties. Ces rapports constituent la plus importante source objective d'informations sur la manière dont les Parties mettent en œuvre les engagements souscrits. La deuxième option, à savoir l'incrimination personnelle, confirmera ou infirmera l'existence d'un lien de confiance entre le Comité et les Parties : la fréquence à laquelle les Parties feront usage de cette option constituera une sorte de baromètre pour mesurer à quel degré les Parties sont à l'aise avec le Comité. Si les schémas actuellement constatés dans les régimes similaires du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève se répètent, cette option de saisine sera vraisemblablement la plus utilisée car elle permet à la Partie en cause de sauver la face, plutôt que d'attendre qu'un rapport d'examen, voire pire une autre Partie, soulève des questions de mise en œuvre. La troisième option -

⁶⁶⁵ Pour un avis similaire, voir X. WANG et G. WISER, *loc. cit.* (note 127).

⁶⁶⁶ Voir *supra* p. 79.

⁶⁶⁷ Voir le Résumé du *BNT* relatif au «Compliance workshop», Vienne, 6-7 octobre 1999, disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12111e.html> ; ainsi que le Résumé du *BNT* relatif à la 13^{ème} session des organes subsidiaires de la Convention climat, disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12151e.html>.

⁶⁶⁸ Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 68-81, section VI.

une Partie contre une autre - n'a jamais été utilisée, que ce soit dans le cadre des régimes similaires du Protocole de Montréal et de la Convention de Genève ou, plus généralement, dans le cadre des procédures de règlement des différends des AEM. En dépit de cela, cette option de saisine fut âprement contestée par l'Australie et la Russie lors de la septième Conférence des Parties à la Convention climat, ces pays arguant qu'une telle possibilité augmentait le risque de tensions entre les Parties⁶⁶⁹. L'intérêt de cette option est cependant double. D'une part, elle sert de garde-fou et met une pression supplémentaire sur les Parties pour qu'elles respectent leurs obligations. D'autre part, elle témoigne du fait que le non-respect des dispositions d'un AEM peut, dans certaines circonstances, avoir un impact direct sur les intérêts d'une Partie, en plus de l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale à protéger l'environnement global.

Le fait que les Parties à la Convention de Bâle et, dans une moindre mesure, au Protocole de Cartagena, aient limité la possibilité de saisine d'une Partie contre une autre⁶⁷⁰ constitue un affaiblissement regrettable de la nature exhaustive des possibilités de saisine d'un Comité de contrôle. Il faut espérer que les Parties à la Convention de Rotterdam s'inspirent davantage des options de saisine élaborées dans le cadre du Protocole de Kyoto.

§ 5 Un équilibre délicat entre l'égalité formelle des Etats et la promotion de l'égalité réelle entre Etats inégaux

Notre étude du système des mécanismes de contrôle du respect des AEM a mis en évidence que l'organe de contrôle doit tenir compte des circonstances entourant la question dont il est saisi, en particulier de la cause de non-respect. Cette approche contextuelle fera l'objet d'une analyse dans la deuxième partie de notre étude. Pour l'heure, nous présenterons dans quelle mesure et sur quelle base les mécanismes du Protocole de Kyoto ont entériné cette approche qui vise à ce que les Parties ne soient pas traitées sur la base d'une égalité formelle.

A un stade précoce des négociations, des propositions furent soumises qui visaient à établir un régime de contrôle du respect du droit traitant les Parties au Protocole de manière différente sur la base de leur niveau de développement. Ce n'est qu'à Marrakech qu'elles emportèrent le suffrage de toutes les Parties. Ces propositions venaient principalement des pays en développement qui prônaient une différenciation sur la base de la qualité de la Partie en cause, Annexe I ou non-Annexe I, c'est-à-dire industrialisée ou non.

⁶⁶⁹ Voir le Résumé du *BNT* relatif à la Septième Conférence des Parties, disponible sur <http://www.iisd.ca/linkages/vol12/enb12189e.html>.

⁶⁷⁰ Voir *supra* p. 91 et p. 94.

A cette proposition, les pays ayant une économie en transition ajoutaient qu'ils devaient également bénéficier d'un traitement différencié en raison de leur situation particulière. Nous retraçons ci-dessous les négociations relatives à ces propositions de différenciation.

A. *Les négociations, pas à pas*

Dès la première réunion du groupe de négociation⁶⁷¹, les pays en développement soulignèrent l'importance du principe des responsabilités communes mais différenciées dans le cadre de l'élaboration d'un régime de contrôle du respect des obligations du Protocole. L'Afrique du Sud suggéra en effet que ce régime «reconnaisse le principe des responsabilités communes mais différenciées dans ses réponses au non-respect» ainsi que «les capacités des Parties à respecter leurs engagements»⁶⁷². Pour sa part, le G77 et la Chine indiquaient que ce principe constituait une pierre angulaire de la structure et du fonctionnement des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole⁶⁷³. Ces tentatives d'étendre l'application du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties à une procédure de contrôle du respect devaient rapidement susciter une réaction de la part des pays industrialisés. Lors d'une réunion informelle qui suivit la première réunion du groupe de négociation, les Etats-Unis expliquèrent que s'il devait y avoir des procédures distinctes pour les pays industrialisés et en développement, cela ne pouvait qu'être le fruit de la nature différente des obligations mises à la charge de ces deux groupes de pays. Ainsi, c'est parce que les engagements des pays en développement étaient peu précis qu'ils ne pourraient donner lieu à des mesures d'exécution légalement contraignantes. Dans la même logique, c'est la nature précise des obligations mises à la charge des pays développés, en particulier les obligations de réduction des émissions de gaz à effet de serre, qui pourrait éventuellement justifier une procédure d'exécution⁶⁷⁴.

Le débat était lancé. Une option prônait qu'une différence de traitement dans le cadre du contrôle du respect des obligations pouvait uniquement résulter d'une différenciation préexistante dans le droit. Selon cette approche, c'est le contenu des obligations qui déterminerait la procédure de contrôle du

⁶⁷¹ Les négociations commencèrent en juin 1999 pendant la dixième session des organes subsidiaires de la Conférence des Parties. Elles furent menées au sein d'un Groupe de Travail Conjoint (ci-après GTC) aux deux organes subsidiaires de la Conférence des Parties, formellement établi pendant la quatrième Conférence des Parties (décision 1/CP.4).

⁶⁷² Doc. FCCC/SB/1999/MISC.4, papier numéro 6.

⁶⁷³ Doc. FCCC/SB/1999/MISC.4/Add.3. Voir également le paragraphe 7 du rapport du groupe de négociation sur ses travaux pendant la dixième session des organes subsidiaires (doc. FCCC/SBI/1999/8).

⁶⁷⁴ Voir la p. 4 du Résumé du *BNT* résumant cette réunion informelle qui s'est tenue à Vienne les 6-7 octobre 1999, disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12111e.html>.

respect: le respect d'obligations au contenu faiblement contraignant serait contrôlé dans le cadre d'une procédure de facilitation, alors que le respect d'obligations précises serait assuré par le biais d'une procédure d'exécution capable d'aboutir à des conséquences légalement contraignantes. En d'autres termes, l'égalité réelle des Etats avait déjà été réalisée au travers de l'élaboration de normes différenciées au sein du Protocole. Y superposer une forme additionnelle de différenciation renverserait l'équilibre de l'accord et introduirait des inégalités entre les Parties. L'autre option visait à réaffirmer la promotion de l'égalité réelle des Parties également dans le cadre du contrôle du respect des obligations. Celle-ci devait se traduire par des procédures de non-respect distinctes en fonction du niveau de développement de la Partie en cause, et ce même si les Parties avaient à leur charge des obligations identiques. Selon cette approche, c'est la qualité de la Partie, développée, en développement ou ayant une économie en transition, qui justifierait une différenciation au niveau du contrôle de l'application du droit.

Dans le cadre de la préparation de la deuxième réunion de négociation⁶⁷⁵, certains pays en développement précisèrent leur proposition. L'Alliance des petits Etats insulaires⁶⁷⁶ ainsi que l'Afrique du Sud indiquèrent que le régime de contrôle du respect, basé sur le principe des responsabilités communes mais différenciées «entre les Parties de l'Annexe I et les Parties ne figurant pas à l'Annexe I» devait tenir compte des «caractéristiques communes mais différenciées des obligations et des capacités des Parties»⁶⁷⁷. De leur côté, certains pays industrialisés questionnaient l'application de ce principe à une procédure de contrôle du respect des engagements souscrits⁶⁷⁸, soulignant que les différents niveaux de développement des Parties avaient déjà été pris en compte au stade de l'élaboration de droits, obligations et privilèges différenciés dans le Protocole. Ainsi, dans la mesure où toutes les Parties avaient des obligations identiques, telles celles incluses dans l'article 10 du Protocole, une différence de traitement dans le cadre du contrôle du respect de ces obligations ne se justifiait nullement⁶⁷⁹. Les débats pendant la deuxième réunion du groupe de négociation confirmèrent ces deux approches⁶⁸⁰. De même, à l'issue de cette réunion, un document élaboré par les coprésidents du

⁶⁷⁵ La deuxième réunion du groupe de négociation s'est tenue pendant la onzième session des organes subsidiaires et la Cinquième Conférence des Parties à la Convention climat, du 25 octobre au 5 novembre 1999.

⁶⁷⁶ Voir le glossaire en annexe 1 à cette étude.

⁶⁷⁷ Doc. FCCC/SB/1999/MISC.12 p. 42 et doc. FCCC/SB/1999/MISC.12/Add.2.

⁶⁷⁸ Position de l'Australie, doc. FCCC/SB/1999/MISC.12 p. 4.

⁶⁷⁹ Position des Etats-Unis, doc. FCCC/SB/1999/MISC.12 p. 66.

⁶⁸⁰ Les pays en développement, opposés par la Nouvelle Zélande, l'Australie, le Canada et les Etats-Unis, arguèrent que le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des parties de l'Annexe I et de celles ne figurant pas à l'Annexe I justifiait un traitement différencié. Voir le Résumé du *BNT* relatif à la Cinquième Conférence des Parties, disponible sur <http://www.iisd.ca/linkages/vol12/enb12123e.html>.

groupe de négociation proposa les deux options pour une approche différenciée : différenciation sur la base du principe des responsabilités communes mais différenciées ou traitement équivalent des Parties ayant souscrits à des obligations identiques⁶⁸¹. A ce stade des négociations cependant, la traduction concrète de l'approche prônée par les pays en développement sur la structure et le fonctionnement des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole devait encore être précisée⁶⁸².

Pendant la troisième session du groupe de négociation⁶⁸³, les pays en développement firent des propositions concrétisant l'application, aux procédures de contrôle du respect, du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties de l'Annexe I et ne figurant pas à l'Annexe I. Selon eux, ce principe aurait pour possibles conséquences :

- d'exclure des mécanismes le contrôle du respect des obligations mises à la charge des Parties ne figurant pas à l'Annexe I⁶⁸⁴,
- de privilégier l'accès au groupe de la facilitation pour les Parties ne figurant pas à l'Annexe I⁶⁸⁵,
- de limiter la procédure du groupe de l'exécution aux Parties de l'Annexe I⁶⁸⁶, et
- d'exclure l'application de pénalités financières aux Parties ne figurant pas à l'Annexe I⁶⁸⁷.

En réponse, les pays industrialisés réaffirmèrent leur conviction selon laquelle le principe mis en avant par les pays en développement avait déjà été pris en compte lors de l'élaboration de droits, obligations et privilèges

⁶⁸¹ Document «Co-Chairs' initial thoughts» distribué pendant la conférence.

⁶⁸² Doc. FCCC/SB/1999/7, para. 6.

⁶⁸³ Cette réunion eut lieu pendant la douzième session des organes subsidiaires, du 12-16 juin 2000.

⁶⁸⁴ Voir la proposition de l'Inde, doc. FCCC/SB/2000/MISC.2 p. 46. Pendant les négociations, la Chine et l'Arabie Saoudite, opposées par l'Argentine et le Chili, suggérèrent que le régime de contrôle de la mise en œuvre du Protocole serait uniquement applicable aux Parties de l'Annexe I et que le processus consultatif multilatéral de la Convention serait applicable aux Parties ne figurant pas à l'Annexe I. Voir le *BNT*, vol. 12 No 135 disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12135e.html>.

⁶⁸⁵ Pour l'Argentine, bien que le groupe de facilitation serait compétent pour toutes les Parties, les mesures consécutives de type facilitation seraient principalement destinées à aider les Parties ne figurant pas à l'Annexe I à respecter leurs engagements découlant de l'Article 10. Voir doc. FCCC/SB/2000/MISC.2 p. 4.

⁶⁸⁶ Voir la proposition de l'Alliance des petits Etats insulaires, doc. FCCC/SB/2000/MISC.2 p. 79. Voir également la déclaration de l'Arabie Saoudite en date du 14 juin (*BNT* vol 12 No 135, disponible sur <http://www.iisd.ca/vol12/enb12135e.html>). D'une opinion différente, l'Argentine suggéra que les Parties ne figurant pas à l'Annexe I pourraient également se voir imposer des conséquences légalement contraignantes. Par exemple, si une telle Partie ne respectait pas ses engagements découlant de l'article 10, elle pourrait être suspendue de la possibilité de participer au mécanisme de développement propre. Voir doc. FCCC/SB/2000/MISC.2 p. 10.

⁶⁸⁷ Voir la proposition du Brésil, doc. FCCC/SB/2000/MISC.2 p. 27.

différenciés tant pour les Parties ne figurant pas à l'Annexe I que pour les Parties ayant une économie en transition⁶⁸⁸. Pour eux, les procédures ne pouvaient créer des «nouveaux principes ou règles de droit international»⁶⁸⁹, mais devait garantir que les Parties ayant les mêmes obligations feraient l'objet d'un traitement similaire⁶⁹⁰ dans le cadre de la procédure de respect des dispositions du Protocole sur la base du principe d'«égalité des Parties»⁶⁹¹. Ces vues opposées furent reflétées dans la proposition des coprésidents élaborée à l'issue de cette réunion⁶⁹².

Au début de la quatrième session du groupe de négociation⁶⁹³, les coprésidents soumièrent un texte de négociation plus élaboré⁶⁹⁴. Parmi les nouveautés, on soulignera l'intégration de la substance de l'article 3.6 du Protocole relatif à «la certaine latitude» accordée aux Parties de l'Annexe I en transition vers une économie de marché dans l'exécution de leurs engagements⁶⁹⁵. Pendant cette session du groupe de négociation, un consensus sembla émerger sur le fait que le groupe de l'exécution ne s'appliquerait qu'aux obligations des Parties de l'Annexe I. Pour les pays en développement, cela était la conséquence logique de l'application du principe des responsabilités communes mais différenciées⁶⁹⁶. Pour les pays développés, au contraire, cette particularité reflétait la nature juridique différente des obligations mises à la charge des pays en développement⁶⁹⁷, de nature

⁶⁸⁸ Voir la proposition de l'Australie, doc. FCCC/SB/2000/MISC.2 p. 13. Voir également la proposition du Canada, doc. FCCC/SB/2000/MISC.2 p. 29.

⁶⁸⁹ Voir la proposition du Canada, doc. FCCC/SB/2000/MISC.2 p. 29.

⁶⁹⁰ Voir la proposition de l'Australie, doc. FCCC/SB/2000/MISC.2 p. 13.

⁶⁹¹ Voir la proposition de l'Union européenne, doc. FCCC/SB/2000/MISC.2 p. 64.

⁶⁹² Voir l'Annexe au rapport du groupe de négociation sur son travail durant la douzième session des organes subsidiaires, doc. FCCC/SB/2000/CRP.3/Rev.1, en particulier les sections relatives aux Principes, Champ d'Application, Etablissement, et Résultat et Conséquences. Voir également les mêmes sections dans le texte de négociation élaboré en vue de la treizième session des organes subsidiaires, doc. FCCC/SB/2000/7.

⁶⁹³ Cette réunion eut lieu pendant la treizième session des organes subsidiaires, 11-15 septembre 2000.

⁶⁹⁴ Doc. FCCC/SB/2000/CRP.10/Add.1. La section relative aux Principes prévoit l'application à la fois du principe des responsabilités communes mais différenciées et du principe de traitement équivalent des Parties ayant souscrits les mêmes obligations. Voir également : l'option 4 de la section relative au Champ d'Application (les procédures ne seraient applicables qu'aux Parties de l'Annexe I alors que le processus consultatif multilatéral viserait toute autre question) ; l'option 1 de la section relative au groupe de facilitation («Taking into account the differentiated responsibilities of Annex I Parties and non-Annex I Parties, the facilitative branch shall with regard to non-Annex I Parties apply the consequences set out in Section IV, paragraphs..., and with respect to Annex I Parties the consequences set out in section IV, paragraphs...») ; la section relative au groupe de l'exécution (son mandat pourrait être limité aux Parties de l'Annexe I et une certaine flexibilité serait accordée aux Parties ayant une économie en transition) ; et, pour finir, la section relative aux Conséquences (des conséquences facilitatives différentes sont prévues pour les Parties figurant à l'Annexe I et celles n'y figurant pas, de même que des conséquences d'exécution sont limitées aux Parties de l'Annexe I).

⁶⁹⁵ *Id.* para. 21 de la section II.

⁶⁹⁶ *BNT*, vol. 12 No 143, 144 et 148, disponibles sur : <http://www.iisd.ca/climate/sb13/index.html>.

⁶⁹⁷ *BNT*, vol. 12 No 143, disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12143e.html>.

faiblement contraignante et requérant un certain comportement plutôt qu'un résultat quantifiable⁶⁹⁸. En ce qui concerne le groupe de la facilitation, les pays en développement invoquèrent également le principe des responsabilités communes mais différenciées pour justifier des mesures consécutives différentes pour les pays de l'Annexe I et ceux n'y figurant pas⁶⁹⁹.

Pendant la première partie de la sixième Conférence des Parties, à La Haye⁷⁰⁰, aucun progrès ne fut formellement accompli sur cette question, la conférence ayant été suspendue pour reprendre à Bonn huit mois plus tard. Le texte proposé par les coprésidents⁷⁰¹ comme base de négociation pour cette réunion gardait toutes les options sur la table, que ce soit en relation avec les principes applicables, la possibilité de conséquences facilitatrices différenciées pour les Parties de l'Annexe I et celles n'y figurant pas, la limitation du mandat du groupe de l'exécution aux Parties de l'Annexe I⁷⁰², et la flexibilité accordée aux Parties industrialisées ayant une économie en transition. A l'issue de la première partie de la sixième Conférence des Parties, le Président Pronk soumit une proposition de compromis sur les questions politiques encore controversées, notamment en relation avec le régime de contrôle du respect des obligations⁷⁰³. En ce qui concerne une différenciation entre les Parties «en particulier les Parties figurant et ne figurant pas à l'Annexe I», le Président de la Conférence suggéra les éléments suivants :

⁶⁹⁸ *BNT*, vol. 12. No 144, disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12144e.html>.

⁶⁹⁹ Cette proposition fut contrée par l'Australie, les Etats-Unis, la Nouvelle Zélande et la Russie. Voir le *BNT*, vol. 12 No 146 (disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12146e.html>). D'après la proposition des coprésidents contenue dans le rapport de cette réunion (doc. FCCC/SB/2000/10./Add.2), les Parties ne figurant pas à l'Annexe I pourraient bénéficier de conseils et de l'assistance ainsi que de la facilitation d'assistance technique et financière, alors que les Parties visées à l'Annexe I pourraient recevoir des conseils et de l'assistance ou se voir opposer des recommandations, la publication de non-respect, un avertissement ou l'initiation de la procédure d'exécution.

⁷⁰⁰ La cinquième session du groupe de négociation coïncida avec la deuxième partie de la treizième session des organes subsidiaires, 13-18 novembre 2000, et la première partie de la Sixième Conférence des Parties, 20-25 novembre 2000. Voir le Résumé de cette réunion, *BNT*, vol. 12 No 163, en particulier les pp. 21-23 (disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12163e.html>). A l'issue de la première partie de la sixième Conférence des Parties, les Parties prirent note du texte sur les procédures et mécanismes relatifs au respect du Protocole (doc. FCCC/SB/CRP.15 rev.2, qui devint doc. FCCC/CP/2000/5/Add.3).

⁷⁰¹ Doc. FCCC/SB/2000/11.

⁷⁰² La proposition de l'Argentine selon laquelle le groupe de l'exécution pourrait être chargé du respect de certaines obligations mises à la charge des pays en développement dans l'article 10 du Protocole ne fut pas soumise à nouveau. Par ailleurs, les Parties ne suggéraient plus que le non-respect, par les Parties ne figurant pas à l'Annexe I, des critères d'admissibilité pour faire usage du mécanisme de développement propre soit traité par le groupe de l'exécution.

⁷⁰³ Cette Note datée du 23 novembre 2000 fut soumise en raison des progrès insuffisants réalisés pendant les négociations ministérielles. Pour un résumé de son contenu, voir le *BNT*, Vol. 12 No 162 (disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12162e.html>). Cette Note, qui n'amena pas le consensus espéré fut ensuite annexée à la décision 1/CP.6, qui suspendit la Sixième Conférence des Parties, « as an element of political guidance to the completion of work on the negotiating texts forwarded to the Conference ».

- le mandat du groupe de l'exécution est limité aux obligations mises à la charge des Parties de l'Annexe I ;
- tous les autres cas de non-respect sont du ressort du groupe de la facilitation, prenant en considération les caractéristiques des obligations des Parties de l'Annexe I et celle n'y figurant pas ; et
- il n'y aura pas de différenciation entre les Parties figurant et ne figurant pas à l'Annexe I en ce qui concerne les conséquences déterminées par le groupe de la facilitation.

Cette proposition reflétait une approche basée sur la nature des obligations considérées plutôt que sur la qualité de la Partie concernée. Et c'est sur la base du même raisonnement que Monsieur Pronk fit une nouvelle proposition de compromis entre les première et deuxième parties de la sixième Conférence des Parties, avec le bémol que celle-ci contenait une référence nouvelle à la flexibilité accordée aux pays industrialisés ayant une économie en transition⁷⁰⁴.

Enfin, quelques semaines avant la reprise de la sixième Conférence des Parties, le Président de la Conférence proposa un texte de négociation consolidé⁷⁰⁵ dont les aspects de différenciation étaient les suivants :

- les deux groupes du Comité de contrôle doivent tenir compte de la flexibilité accordée aux pays industrialisés ayant une économie en transition⁷⁰⁶ ;
- le groupe de la facilitation doit tenir compte des circonstances entourant la question examinée ainsi que du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives. La différenciation n'est donc pas limitée à la classification «Annexe I» «non-Annexe I» comme le demandait les pays en développement et inclut toutes les circonstances pertinentes de chaque cas particulier ;
- le mandat du groupe de l'exécution est limité à des obligations mises à la charge des Parties de l'Annexe I. La logique, par ailleurs non explicitée, derrière cette proposition satisfait tant les pays en développement que les pays développés ;
- le texte relatif aux mesures consécutives appliquées par le groupe de la facilitation n'opère pas de distinction entre la qualité de la Partie en cause, suggérant que la différenciation ne va pas au-delà de la différenciation dans le droit⁷⁰⁷ ;

⁷⁰⁴ Proposition du 9 avril 2001 disponible sur : http://unfccc.org/sessions/cop6_2/unfccc_np.pdf.

⁷⁰⁵ Doc. FCCC/CP/2001/2/Add.6.

⁷⁰⁶ Cette proposition reflète les articles 4.6 de la Convention et 3.6 du Protocole.

⁷⁰⁷ Articles 4.3, 4.4, 4.5 et 4.7 du Protocole.

- enfin, et en application de l'article 18, le groupe de l'exécution est tenu de prendre en compte la cause, la nature, le degré et la fréquence de non-respect, ouvrant de ce fait la porte à une approche individualisée du contrôle du non-respect des obligations.

Pendant la deuxième partie de la sixième Conférence des Parties, à Bonn, les négociations sur ces questions portèrent essentiellement sur la portée d'une approche différenciée dans le cadre du groupe de la facilitation⁷⁰⁸.

Dans les Accords de Bonn⁷⁰⁹, les Ministres décidèrent que :

- le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties sera reflété dans la structure du régime de contrôle du respect des obligations ;
- le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties sera reflété dans le mandat du groupe de la facilitation.

B. Le résultat des négociations : les Accords de Marrakech

L'accord conclu à Marrakech sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto⁷¹⁰ contient plusieurs références à une approche différenciée des Parties dans le contrôle du respect du Protocole.

Tout d'abord, le Comité de contrôle doit tenir compte de la latitude accordée par les Parties au Protocole, en application de l'article 3.6 du Protocole et eu égard à l'article 4.6 de la Convention, aux Parties visées à l'Annexe I en transition vers une économie de marché⁷¹¹. Ce texte, qui ne fait que confirmer une différenciation dans la mise en œuvre du Protocole déjà consacrée par le Protocole lui-même et qui n'est pas applicable à l'obligation de réduction des émissions, ne suscita pas d'opposition.

En ce qui concerne le mandat du groupe de la facilitation, l'accord conclu à Marrakech requiert que ce groupe exerce ses fonctions «compte tenu du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties... Le groupe tient compte également des circonstances

⁷⁰⁸ Voir le *BNT*, Vol 12, No 168 (disponible sur : <http://www.iisd.ca/vol12/enb12168e.html>). Dans un questionnaire soumis aux ministres, Pronk demandait : est-ce que le groupe de la facilitation devrait traiter les Parties de l'Annexe I et celles ne figurant pas à l'Annexe I de manière différente, en particulier par le biais de l'application de conséquences différentes ? Ou est-ce qu'un traitement distinct pouvait être reflété par le biais d'une référence explicite, dans le cadre du mandat du groupe de la facilitation, au principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties ? (Voir le doc. FCCC/CP/2001/CRP.8).

⁷⁰⁹ Accords de Bonn sur la mise en œuvre du Plan d'Action de Buenos Aires, décision 5/CP.6, reproduite dans doc. FCCC/CP/2001/5. Cette décision se base sur la proposition de Pronk «Core Elements for the Implementation of the Buenos Aires Plan of Action», soumise le 21 juillet 2000 à 22 heures 47.

⁷¹⁰ Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 68-81, en annexe 2 à cette étude.

⁷¹¹ *Id.* section II, para. 11.

qui entourent les questions dont il est saisi»⁷¹². Cette formulation intègre seulement en partie la position exprimée par les pays en développement du fait qu'elle ne limite pas l'application de ce principe aux deux groupes de Parties «figurant ou ne figurant pas à l'Annexe I». Une telle limitation n'avait d'ailleurs aucune justification autre que purement politique et visait à exclure les pays ayant une économie en transition des bénéficiaires d'une assistance technique et financière. Les pays industrialisés, pour leur part, parvinrent à ajouter à ce critère de différenciation requérant la prise en considération du niveau de développement de la Partie concernée, la nécessité pour le groupe de la facilitation de tenir compte des circonstances particulières de chaque cas. En d'autres termes, le groupe de la facilitation devra adopter une approche individualisée, contextuelle, fondée sur les particularités de chaque question lui étant soumise. Cette large marge de manœuvre accordée à cet organe lui donne quasiment carte blanche dans l'exercice de ses fonctions avec la réserve qu'il devra à tout le moins tenir compte de l'impact sur le non-respect du niveau de développement socio-économique de la Partie en cause.

Le mandat du groupe de l'exécution est limité au respect d'obligations spécifiques mises à la charge des Parties de l'Annexe I⁷¹³. Comme nous l'avons déjà souligné, la justification de cette différenciation n'est pas expresse. Elle pourrait, théoriquement, être basée à la fois sur des considérations juridiques (la nature précise des obligations mises à la charge des pays industrialisés) et sur des considérations plus politiques (une extension du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives). Néanmoins, en l'absence de précision à l'égard du critère de différenciation, nous sommes tentés d'expliquer cette approche par des considérations purement juridiques, c'est-à-dire que seul est soumis à la compétence du groupe de l'exécution l'examen du respect d'obligations précises.

En ce qui concerne les mesures consécutives appliquées par le groupe de la facilitation, le texte des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto réitère le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives. L'application des mesures consécutives suggérées doit tenir compte de ce principe⁷¹⁴. Le texte est cependant loin d'entériner la proposition des pays en développement qui visait concrètement à limiter la facilitation d'une assistance technique et financière aux Parties ne figurant pas à l'Annexe I. Par ce biais, les pays en développement souhaitaient exclure les pays industrialisés, et surtout les pays ayant une économie en transition, des bénéficiaires de telles mesures. Face à ce risque, les pays ayant une économie en transition⁷¹⁵ avaient rétorqué que

⁷¹² *Id.* section IV, para. 4.

⁷¹³ *Id.* section V para. 4.

⁷¹⁴ *Id.* section XIV, préambule.

⁷¹⁵ Essentiellement par la voix de la Russie soutenue par le Japon.

l'assistance donnée par le groupe de la facilitation devait être disponible pour toute Partie en ayant besoin, et pas seulement pour les pays en développement. Le compromis fut le suivant. D'une part le groupe de la facilitation peut faciliter l'octroi d'une assistance technique et financière tel que la Convention le prévoit⁷¹⁶, c'est-à-dire que le transfert de technologie peut bénéficier aux pays ne figurant pas à l'Annexe II (pays en développement et pays ayant une économie en transition). D'autre part le groupe de la facilitation peut faciliter l'octroi «à toute Partie concernée» d'une assistance technique et financière «provenant de sources autres que celles créées en vertu de la Convention et du Protocole pour les pays en développement». En d'autres termes, l'accord conclu à Marrakech stipule que toute Partie peut bénéficier de mesures de facilitation. Mais celles-ci doivent être accordées en tenant compte des besoins socio-économiques de la Partie concernée.

En ce qui concerne les mesures consécutives appliquées par le groupe de l'exécution, les Parties ont laissé une place limitée à une différenciation dans le contrôle du respect⁷¹⁷. Une approche différenciée est uniquement requise en cas de non-respect des obligations relatives à la communication d'information. Là, le groupe de l'exécution doit prendre en compte la cause, la nature, l'ampleur et la fréquence de non-respect. En ce qui concerne le non-respect des autres obligations rentrant dans le champ d'application du groupe de l'exécution (critères d'admissibilité pour faire usage des mécanismes de flexibilité et obligations de réduction/limitation des émissions), le texte des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto impose l'adoption de conséquences spécifiques, identiques pour toute Partie concernée. En somme, le groupe de l'exécution est essentiellement caractérisé par l'absence de différenciation dans le contrôle du respect des obligations, sauf en ce qui concerne les Parties ayant une économie en transition, et dans la mesure où les Parties au Protocole devaient décider que celles-ci peuvent bénéficier d'une flexibilité dans leurs obligations autres que celle d'atteindre leur objectif quantifié de réduction d'émissions. Cette approche s'explique par plusieurs considérations. Tout d'abord, pour des raisons environnementales, l'intégrité du Protocole doit être assurée. De ce fait, le régime de contrôle du respect doit laisser le moins d'échappatoires possibles: les raisons d'un non-respect, même involontaires, ne peuvent guère être invoquées et le groupe de l'exécution est tenu d'appliquer des mesures déterminées à l'avance. Ensuite, pour des raisons de concurrence économique, il s'agit d'éviter que certaines Parties soient tentées de se soustraire à l'effort collectif et bénéficient d'avantages compétitifs indus. Par ailleurs, pour des raisons d'équité, les circonstances particulières de ces Parties ont déjà été prises en compte lors de l'individualisation des objectifs de réduction des

⁷¹⁶ Articles 4.3, 4.4 et 4.5 du Protocole de Kyoto.

⁷¹⁷ Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, pp. 68-81, section XV, para. 1.

émissions : l'égalité réelle des Parties aurait donc déjà été assurée. Enfin, s'agissant de pays développés, un manque de capacités comme cause de non-respect semble moins excusable et sera assimilé à un manque de volonté politique. Dans ces conditions, introduire une possible différenciation sur la base de considérations socio-économiques aurait eu pour conséquence de traiter de manière différente des Etats dans des situations similaires.

C. Conclusion : entre inégalité réelle et égalité formelle

En conclusion, le traitement différencié constitue un des piliers du groupe de la facilitation. Il se justifie doublement. Tout d'abord, la différenciation s'explique par la nature juridique faiblement contraignante des obligations rentrant dans son champ d'application qui s'accommode mal de mesures d'exécution contraignantes et qui appelle une réponse «douce» ayant principalement pour objectif de promouvoir le respect des obligations. La préoccupation de l'organe est, ici, d'ordre pratique. Une réponse individualisée, contextuelle, l'amènera tout naturellement à tenir compte des circonstances socio-économiques affectant la Partie concernée. L'approche différenciée dans le cadre des mécanismes de contrôle du respect a cependant également une autre assise : l'équité ou le souci de promouvoir l'égalité réelle des Parties également au niveau du contrôle du respect des obligations. Cette approche est justifiée par le fait qu'un grand nombre des Parties est susceptible d'être confronté à des difficultés d'ordre technique ou financier qui feront obstacle à une mise en œuvre intégrale. Dans ce cas, l'organe de contrôle a l'obligation de tenir compte de ce manque de capacités et devra décider des mesures consécutives visant à assister la Partie concernée à respecter le Protocole.

Dans le cadre du groupe de l'exécution, par contre, le principe de base est l'égalité des Parties dans le contrôle du respect des obligations avec des nuances au bénéfice des pays ayant une économie en transition et dans les cas de contrôle du respect des obligations relatives à la communication d'informations. Cette place réduite accordée à la différenciation s'explique d'une part par la nature précise des obligations rentrant dans le champ d'application du groupe de l'exécution. Elle est justifiée d'autre part par le fait que l'égalité réelle des Parties concernées a déjà été réalisée au niveau de l'élaboration de normes différenciées : désormais, la place est à l'égalité formelle.

En comparaison avec les autres membres de la famille des mécanismes de contrôle du respect des AEM, le système de différenciation mis en place dans le cadre du Protocole de Kyoto est exemplaire à plusieurs égards. Premièrement, il opère une distinction sur la base de la nature des obligations faisant l'objet de la procédure. Dans le cas d'obligations faiblement contraignantes, les mesures consécutives sont de l'ordre de la facilitation. Dans

le cas d'obligations précises, les mesures consécutives sont essentiellement de type sanction. Les mécanismes de contrôle que nous avons passés en revue mettent en place, pour leur part, une approche graduée pour faire face au non-respect d'obligations : les sanctions succèdent à l'échec de mesures d'assistance, quelle que soit l'obligation considérée⁷¹⁸. Or dans la mesure où les mécanismes poursuivent l'objectif de prévenir les cas de non-respect et, à cette fin, offrent la possibilité de mesures de facilitation aux Parties qui en feraient la demande, la nécessité d'une telle approche graduée n'est pas évidente. Un deuxième élément novateur des mécanismes de contrôle du Protocole de Kyoto est la formulation du principe légal justifiant une approche différenciée des pays sur la base de leur niveau de développement socio-économique. Alors que les autres mécanismes font uniquement dépendre le choix des mesures consécutives des facteurs entourant le cas de non-respect et notamment des causes de non-respect⁷¹⁹, le mécanisme du contrôle du respect du Protocole de Kyoto fait figure d'exception en précisant qu'une approche individualisée doit se fonder sur le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties.

§ 6 Conclusion

Les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto sont particulièrement élaborés, à la hauteur de la complexité de ce traité et de l'importance de ses enjeux. Membre de la famille des mécanismes de contrôle du respect des AEM, cette institution devrait désormais servir de modèle⁷²⁰ en raison de plusieurs de ses caractéristiques. D'une part, la prévention du non-respect est accompagnée d'incitations positives et négatives qui rendent cet objectif prioritaire. En associant une approche préventive à des réactions sérieuses en cas de non-respect, les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto offrent un cocktail de réponses qui permettront à la fois de préserver l'intégrité de l'environnement et de protéger certains intérêts individuels des Parties. D'autre part, l'élaboration de ces mécanismes repose sur une approche plus juridique. La prise en compte de la nature faiblement contraignante ou précise des obligations mises à la charge des Parties a permis d'établir deux procédures distinctes : la facilitation et l'exécution. Alors que la première est de type diplomatique, la seconde se rapproche d'une procédure de type juridictionnel. Enfin, les mécanismes de contrôle du respect du Proto-

⁷¹⁸ Cette voie a été choisie par la grande majorité des AEM : Protocole de Montréal, Convention de Genève, Convention de Bâle, Convention d'Aarhus et Protocole de Cartagena. Elle est également en discussion dans le cadre de la Convention de Rotterdam.

⁷¹⁹ Voir *supra* p. 105.

⁷²⁰ Actuellement, le rôle de modèle est attribué à la procédure applicable en cas de non-respect du Protocole de Montréal. Voir : X. WANG, *loc. cit.* (note 178), p. 178 ; D. G. VICTOR, *op. cit.* (note 109), p. 138 ; et G. HANDL, *loc. cit.* (note 522), p. 327.

cole de Kyoto sont les premiers à expliciter une base légale spécifique justifiant un traitement différencié des Parties sur la base des circonstances socio-économiques les affectant. C'est vers l'étude de cette approche contextuelle ou individualisée, qui est aux antipodes d'une procédure de type judiciaire⁷²¹, que nous nous tournerons dans la deuxième partie de cette étude.

⁷²¹ S. ROSENNE, *The International Court of Justice, an essay in political and legal theory* (Leyden, 1957), p. 66 : «This discussion in the conception of the nature of the judicial task made manifest in the recent work of the Court may be briefly summarized as being : so far as possible to isolate, in the concrete case, the legal problem from the circumstances in which it had its immediate origin, to consider that legal problem in an objective and even abstract way, and to reach its decision on the basis of that examination, to the exclusion of all political, moral or other extra-legal considerations».

Deuxième partie :

Approche différenciée dans le droit et dans le contrôle du respect du droit: entre égalité formelle et égalité réelle des Etats

La première partie de cette étude a mis en exergue une caractéristique fondamentale des mécanismes de contrôle du respect des AEM : la prise en compte des circonstances particulières du cas considéré, en particulier la cause de non-respect. Ce faisant, ces institutions adaptent la manière dont elles vont considérer un cas à la nature volontaire ou involontaire du non-respect. En particulier, les difficultés liées à l'existence de capacités techniques et financières insuffisantes pour la mise en œuvre des obligations ne peuvent pas être ignorées par l'organe de contrôle. Concrètement, cette approche individuelle se traduit par le choix des mesures consécutives les mieux adaptées au cas particulier, depuis la fourniture d'une assistance jusqu'à l'imposition de sanctions, de manière à ce que la Partie en cause se retrouve le plus rapidement possible en situation de respect et que l'intégrité de l'AEM soit préservée. Dans le contexte particulier des négociations relatives aux mécanismes de contrôle du Protocole de Kyoto, nous avons également évoqué la proposition des pays en développement de donner à la prise en compte des causes socio-économiques du non-respect une assise juridique particulière par le biais de la consécration du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des pays. Ce faisant, les pays en développement cherchaient à étendre au niveau de la structure institutionnelle du traité un principe applicable, jusqu'alors, uniquement au stade normatif. Cette proposition sert de prétexte à cerner dans quelle mesure la promotion d'une égalité réelle entre les Etats doit s'accompagner, en plus de l'élaboration de normes différenciées, d'un traitement différencié au niveau du contrôle de leur respect.

Dans le premier chapitre de cette partie, nous nous pencherons sur les origines et la place actuelle du recours à l'élaboration de normes différenciées au sein de traités internationaux. Dans le deuxième chapitre, nous analyserons les enjeux et les mérites d'une approche différenciée dans le contrôle du respect du droit.

Chapitre I

La différenciation dans le droit

L'élaboration de droits et obligations différenciées - ou différenciation dans le droit - est généralement évoquée comme une technique juridique permettant d'inciter les pays développés et les pays en développement à devenir Partie à un traité malgré leurs intérêts divergents. La participation de ces deux groupes d'Etats est assurée par le biais de l'élaboration de normes différenciées qui tiennent compte de la différence dans leurs niveaux de développement respectifs. Un tel traitement différencié est l'héritage de l'après-deuxième guerre mondiale et de la décolonisation qui s'en suivit. Une étude de la différenciation dans le droit ne saurait néanmoins être limitée à cette dichotomie pays développés - pays en développement en raison du fait que cette approche est également utilisée pour élaborer des droits et obligations différenciés entre d'autres groupes de pays, voire sur une base individualisée. Par ailleurs, un traitement différencié peut être justifié par des considérations autres que de nature socio-économique. Comme nous le verrons, les Etats ont, par le biais de la différenciation dans le droit, progressivement développé une technique particulièrement bien adaptée aux relations internationales et à la complexité des problèmes auxquels ils doivent faire face ensemble.

Notre étude des normes différenciées comporte sept sections. Dans une première section, nous tenterons de cerner les contours de la différenciation dans le droit. Dans une deuxième section, nous présenterons le concept d'équité dans lequel est ancrée cette approche. Nous nous tournerons alors, dans une troisième section, vers l'étude du principe équitable des responsabilités communes mais différenciées des Etats. Dans une quatrième section, nous étudierons la manière dont les Parties à la Convention climat et au Protocole de Kyoto ont eu recours à cette technique. Dans les cinquième et sixième sections, nous répondrons aux diverses critiques formulées à son encontre. Enfin, dans une septième et dernière section, nous nous interrogerons sur la nature juridique de cette technique.

Section I

Les contours de la différenciation dans le droit

§ 1 Le plus petit dénominateur commun de la définition d'une approche différenciée

Comme d'autres terminologies, le terme «différenciation» n'a pas, *per se*, de définition légale universellement reconnue. D'après le dictionnaire Robert, la différenciation est «le fait de marquer, faire une différence» (Petit Larousse : la différenciation est «l'action de différencier ou de se différencier»). Le verbe différencier, quant à lui, signifie «distinguer par une différence»). Transposée dans le contexte de l'élaboration de traités, cette définition assez générale qui ne fixe de limite ni aux différences justifiant un traitement différencié ni à l'objectif dans lequel cette différenciation est opérée, permet un recours à la différenciation des droits et obligations dans des circonstances et en vue d'objectifs très divers.

La technique de différenciation se distingue de la simple existence de droits et obligations différents pour les Parties à un traité. Ainsi, si une Partie s'engage à vendre ce qu'une autre Partie s'engage à lui acheter, nous ne sommes pas dans un cas de traitement différencié. Bien que ces obligations soient de nature différente, elles sont, *a priori*, de nature directement réciproque⁷²². En d'autres termes, le seul élément pris en considération pour établir ces obligations différentes est le fait qu'une Partie souhaite acheter ce que l'autre souhaite lui vendre. Il s'agit d'une relation juridique relativement étroite établie dans un but bien déterminé entre deux Etats sur un pied d'égalité souveraine⁷²³. Lorsque l'on se réfère à un traitement différencié dans le droit, il est généralement sous-entendu que les Parties joignent leurs efforts dans un objectif de coopération, tel que le maintien de la paix, la protection de l'environnement, la promotion du commerce international ou la protection des droits de l'homme, mais qu'elles ne sont pas requises de l'atteindre, ou autorisées à en bénéficier, par le biais d'obligations, de droits ou de privilèges identiques. Ce qui, précisément, justifie une différence de traitement est ouvert à négociation. Mais ce qui semble incontesté, et donc constitue le plus petit dénominateur commun de tous les cas de différenciation dans le droit, est le fait que les Parties sont traitées différemment sur la base de leurs circonstances particulières.

⁷²² Pour une discussion de la relation entre différenciation et le principe de réciprocité, voir *infra* p. 206.

⁷²³ Pour une discussion de la relation entre différenciation et le principe d'égalité souveraine, voir *infra* p. 202.

§ 2 Les objectifs d'une approche différenciée

L'élaboration de normes différenciées dans un traité peut répondre à plusieurs objectifs. La doctrine en évoque principalement quatre :

- assurer la participation d'un ou plusieurs Etats à un traité ;
- éviter l'adoption d'un accord entérinant le plus petit dénominateur commun ;
- promouvoir une «égalité réelle» entre des «Etats inégaux» ; et
- imposer aux Etats «forts» les responsabilités les plus lourdes.

A. Assurer la participation d'un ou plusieurs Etats à un traité

Un premier objectif de la différenciation dans le droit est d'assurer la participation à un traité de groupes d'Etats⁷²⁴, notamment les pays en développement et les pays développés, ou encore d'Etats pris individuellement⁷²⁵. La différenciation a ainsi pour but de donner à un ou plusieurs Etats particuliers l'incitation décisive pour qu'il(s) devienne(nt) Partie à un traité. La participation ou l'absence de participation de certains Etats dans un traité peut en effet avoir une influence déterminante sur son effectivité. Le recours à cette technique juridique est donc essentiellement dicté par des considérations pratiques. Les traités visant à faire face à des problèmes environnementaux globaux, comme la perte de la diversité biologique ou la lutte contre les changements climatiques, illustrent bien que le degré ainsi que la qualité de participation des Etats peuvent être vitaux. L'absence de participation de la grande majorité des Etats, et en particuliers de ceux les plus responsables de ces problèmes ou ayant les meilleures capacités pour y remédier, risque de remettre en question l'existence même du traité. La saga du «décès» du Protocole de Kyoto, attendu par beaucoup à la suite de la décision du Président des Etats-Unis, Georges W. Bush, en mars 2001, de ne pas soumettre cet accord à la ratification du Congrès, puis sa «résurrection» quelques mois plus tard, témoignent bien de l'importance que peut revêtir pour la survie d'un traité la participation de certains Etats⁷²⁶.

⁷²⁴ D. B. MAGRAW, *loc. cit.* (note 6), p. 69 ; A. M. HALVORSSSEN, *op. cit.* (note 6), pp. 30-31 ; et W. LANG, *loc. cit.* (note 346), p. 122.

⁷²⁵ D. FRENCH, «Developing states and international environmental law : the importance of differentiated responsibilities», *ICLQ*, vol. 49, 2000, pp. 39-40 ; et P. CULLET, «Differential treatment in international law : towards a new paradigm of inter-state relations», *EJIL*, vol. 10, 1999, p. 552.

⁷²⁶ Pour un historique de cet épisode mouvementé de la vie du Protocole de Kyoto, voir *supra* p. 26.

B. *Eviter l'adoption d'un accord entérinant le plus petit dénominateur commun*

La doctrine identifie un second objectif dans lequel les Etats ont recours à l'élaboration de droits et obligations différenciés : éviter l'adoption d'un accord entérinant le plus petit dénominateur commun⁷²⁷. En d'autres termes, un traitement différencié vise à permettre le développement de normes globalement plus ambitieuses et, par conséquent, l'adoption d'un traité plus efficient que ce que les Etats les plus récalcitrants sont prêts à accepter. Cet objectif est souvent invoqué dans le cadre de traités environnementaux régionaux ou globaux et a justifié la création d'obligations différenciées de réduction d'émissions polluantes comme les gaz à effet de serre⁷²⁸, les substances appauvrissant la couche stratosphérique d'ozone⁷²⁹ ou les dérivés soufrés⁷³⁰.

C. *Promouvoir une «égalité réelle» entre des «Etats inégaux»*

Troisièmement, l'élaboration de droits et obligations différenciés vise à atteindre l'objectif suivant : promouvoir une «égalité réelle»⁷³¹ entre des «Etats inégaux»⁷³². Cet objectif, qui prit de l'importance dans les années soixante à la suite de la décolonisation, est basé sur la constatation suivante: bien que les Etats soient formellement égaux, ils sont en réalité inégaux en termes de niveau de développement économique et social. Traiter ces Etats de manière similaire aurait pour conséquence de renforcer cette inégalité réelle. Afin d'éviter des disparités croissantes entre pays riches et pays pauvres, ces derniers devraient être mis au bénéfice de normes non réciproques⁷³³. C'est ainsi

⁷²⁷ P. SAND, «Lessons learned in global environmental governance», *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.*, vol. 18, 1991, p. 220 ; et L. SUSSKIND et C. OZAWA, «Negotiating international agreements», dans A. HURRELL et B. KINGSBURY (dir.), *The international politics of the environment* (Clarendon press, Oxford, 1992), p. 159.

⁷²⁸ Voir l'Annexe B du Protocole de Kyoto qui contient des objectifs de réduction individualisés pour chaque pays développé.

⁷²⁹ L'article 5 du Protocole de Montréal, intitulé «Situation particulière des pays en développement», octroie un délai supplémentaire à ces pays pour observer les mesures de réglementation des substances qui appauvrissent la couche d'ozone. Par ailleurs, l'article 10, qui établit un Fonds multilatéral, stipule que les contributions sont versées par les Parties qui ne sont pas visées au paragraphe 1 de l'article 5, à savoir les pays développés.

⁷³⁰ Voir l'article 2 et l'annexe II du Protocole à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre, 1994 (doc. EB.AIR/R.84).

⁷³¹ Ou égalité «relative», par opposition à une égalité «formelle» ou «absolue».

⁷³² H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 738. Voir également O. SCHACHTER, *Sharing the world's resources* (Columbia University Press, 1977) p.7 ; et J. A. PASTOR RIDRUEJO, «Cours général de droit international public», *RCADI*, vol. 274, 1998, pp. 159-160.

⁷³³ Pour cette partie de la doctrine, si des droits ou obligations contenus dans un traité sont différenciés au sens technique mais, en réalité, renforcent les disparités entre pays en développement et pays développés, alors il ne s'agit pas, à proprement parler, de «différenciation». Cet avis est notamment

que l'établissement de normes différenciées est justifié par des considérations d'équité⁷³⁴ basées sur les besoins des pays en développement⁷³⁵.

La différenciation, en tant que technique permettant de prendre en considération les divers niveaux de développement de certains pays et visant à les niveler, est une pratique que l'on retrouve dans divers domaines du droit international : protection de l'environnement, droits de l'homme et droit commercial. Dans le domaine de l'environnement, l'élaboration de normes différenciées a permis d'une part que les pays en développement aient des obligations de réduction de pollution moindres, d'autre part que les pays développés soient tenus de leur fournir une assistance technique et financière pour les mettre en œuvre⁷³⁶. On notera en particulier que le Protocole de Montréal constitue le premier AEM dans lequel des obligations furent clairement différenciées sur une base pays en développement - pays développés⁷³⁷. Aujourd'hui, le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, sur lequel nous reviendrons ci-dessous⁷³⁸, sert de guide pour une telle approche différenciée au sein des AEM. Dans le domaine des droits de l'homme, le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels⁷³⁹ établit un traitement différencié des pays développés et en développement. Seuls ces derniers sont, par exemple, autorisés à déterminer sur la base de leur économie nationale dans quelle mesure les droits économiques contenus dans le Pacte sont garantis aux non-nationaux⁷⁴⁰. La Convention relative aux droits des enfants⁷⁴¹ est un autre exemple où les circonstances particulières des pays en développement sont prises en compte, bien que ce traité n'aille pas jusqu'à établir, à proprement parler, des

exprimé par Cullet qui prend comme exemple la composition actuelle du Conseil de Sécurité de l'ONU. Voir P. CULLET, *loc. cit.* (note 726), p. 551.

⁷³⁴ Un concept que l'on oppose à une justice corrective – visant à réparer un acte illicite. Sur ces deux différentes notions de justice, voir P. BENSON, «The basis of corrective justice and its relation to distributive justice», *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, p. 515.

⁷³⁵ A. M. HALVORSSSEN, *op. cit.* (note 6), aux pp. 30-31. Voir également O. SCHACHTER, *op. cit.* (note 732) p. 10 : «need as a standard of equity (and of real equality)». Ou comme l'exprime Aceves : «In a world of limited resources, institutions should seek to ensure that resources are allocated according to need rather than power.» W. A. ACEVES, «Critical jurisprudence and international legal scholarship : a study of equitable distribution», *Col. J. Trans. L.*, vol. 39, 2001, p. 365.

⁷³⁶ Pour un historique de l'introduction progressive de normes différenciées dans les traités visant à protéger l'environnement, voir A. M. HALVORSSSEN, *op. cit.* (note 6), p. 75.

⁷³⁷ Article 5. Pour une analyse de la manière dont les intérêts et besoins des pays en développement furent pris en compte durant les négociations de ce traité, voir B. LING, «Developing countries and ozone layer protection : issues, principles and implications», *Tulane Environmental Law Journal*, vol. 6, 1993, p. 91.

⁷³⁸ Voir *infra* p. 193.

⁷³⁹ RTNU vol. 993 p. 3.

⁷⁴⁰ *Id.* article 2.

⁷⁴¹ RTNU vol. 1577 p. 3.

obligations différenciées pour ce groupe de pays⁷⁴². Enfin, dans le domaine des échanges commerciaux, l'Accord sur l'OMC adopté en 1994 contient plusieurs dispositions établissant un traitement différencié au profit des pays en développement, en particulier les pays les moins avancés : des délais plus longs pour la mise en œuvre de certaines obligations, des exemptions, un traitement préférentiel de leurs exportations, et la fourniture d'assistance pour leur permettre de se conformer à leurs obligations et mieux tirer profit du système commercial multilatéral⁷⁴³.

D. *Imposer aux Etats «forts» les responsabilités les plus lourdes*

Dans sa quatrième fonction, la technique d'élaboration de droits et obligations différenciés est également ancrée sur la constatation de l'inégalité réelle des Etats. Néanmoins, plutôt que de tenter de pallier cette situation et de rétablir une certaine égalité entre les Etats, elle justifie que les Etats «forts» soient chargés de responsabilités plus lourdes⁷⁴⁴. La différenciation sert donc ici un objectif diamétralement opposé à celui exposé précédemment. Se fondant sur une vision réaliste des relations internationales, les tenants de cette approche prônent, par exemple, que le maintien de la sécurité internationale relève avant tout de la responsabilité des principales puissances⁷⁴⁵. Pour Reisman, notamment, les différences de responsabilités établies dans le traité de Non-Prolifération Nucléaire⁷⁴⁶, la Charte des Nations Unies⁷⁴⁷ ainsi que le traité

⁷⁴² Voir les articles 23, 24 et 28 de la Convention relative aux droits des enfants qui requièrent que «les besoins des pays en développement soient pris en compte» dans la mise en œuvre de ces dispositions.

⁷⁴³ Voir à ce sujet la Note élaborée par le Secrétariat de l'OMC en date du 10 novembre 1994 (disponible sur : http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ldc2_512.htm#Introduction). Pour une analyse des limites de ce traitement différencié, voir H. YOUSSEF, «Special and differential treatment for developing countries in the WTO», juin 1999, disponible sur : <http://www.southcentre.org/publications/s&d/toc.htm>.

⁷⁴⁴ Voir W. M. REISMAN, «Towards a normative theory of differential responsibility for international security functions : responsibilities of majors powers», dans N. ANDO (dir.), *Japan and international law, past, present and future* (Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999), pp. 43-57.

⁷⁴⁵ «States with economic and demographic bases sufficient to sustain vigorous political activities, if necessary, by the military instrument, anywhere on the planet and internal political structures that enable elites to clarify and to implement international interests with the support or acquiescence of the rank-and-file». *Id.* p. 47.

⁷⁴⁶ Pour le texte de la Convention, voir le doc. INFCIRC/140 sur le site <http://www.iaea.org/worldatom/Documents/Legal/npt.shtml>. Les articles I et II de la Convention ont été élaborés sur la base d'une approche «grandfather» : les Etats disposant de l'arme nucléaire en 1967, c'est-à-dire au moment des négociations du traité, sont autorisés à la conserver. C'est le cas du Royaume-Uni, des Etats Unis, de la Russie, de la Chine et de la France. Les autres Etats s'engagent à ne pas la développer ou l'acquérir. Sur l'évolution de ce régime différencié depuis l'entrée en vigueur de ce traité, voir la résolution 984 (1995) du Conseil de Sécurité ainsi que l'opinion du Juge Oda dans l'*Affaire de la Légalité de la Menace ou de l'Utilisation d'Armes Nucléaires*, CIJ Recueil, 1996, p. 35.

⁷⁴⁷ L'article 27.3 de la Charte des Nations Unies consacre un droit de veto pour les membres permanents du Conseil de Sécurité. Comme le précise Bowett, c'est la réalité politique au moment

constitutif de certaines agences économiques internationales⁷⁴⁸ reflètent cette approche.

§ 3 La différenciation dans le droit : le résultat d'une approche contextuelle

Le premier objectif d'une approche différenciée que nous avons identifié est celui d'assurer la participation des Etats au sein d'un instrument juridique. Il constitue à notre avis l'objectif ultime d'une différenciation dans le droit. Les trois autres objectifs sont de nature secondaire dans la mesure où ils explicitent comment obtenir le degré de participation voulu. Ainsi, si l'objectif est d'inciter les pays en développement à devenir partie à un traité, alors l'élaboration de normes différenciées visant à assurer l'égalité réelle des Etats servira de guide aux négociateurs. De même, si l'objectif est d'amener quelque pays industrialisé récalcitrant à se joindre à un effort commun de réduction d'émissions polluantes, alors l'élaboration de normes différenciées sur une base individuelle fournira la clé d'une possible ratification d'un traité globalement plus ambitieux.

Préciser l'objectif secondaire d'une différenciation dans le droit constitue une étape nécessaire, même si elle est implicite, dans l'élaboration du traité. En clarifiant la manière dont le degré de participation voulu au sein du traité sera assuré, l'objectif secondaire d'une différenciation détermine en effet qui sera mis au bénéfice d'un traitement différencié, sur quelle base et sous quelle forme. Il n'existe pas, en effet, de «recette de différenciation» prête à l'emploi dont les négociateurs pourraient s'inspirer pour traduire en termes juridiques concrets l'objectif ultime d'une approche différenciée. Non seulement les négociations constituent rarement un exercice entièrement transparent et engendrent généralement quantité de marchandages entre les Etats, mais chaque traité vise une problématique propre et requiert qu'une approche différenciée soit adaptée aux circonstances du cas d'espèce.

Que la différenciation soit opérée entre des groupes d'Etats ou individuellement pour chaque Etat, elle se fonde sur un même postulat : la pluralité des situations dans lesquelles se trouvent les Etats légitime l'élaboration d'une pluralité correspondante de normes. Dans le domaine du

de l'adoption de la Charte qui explique que les membres de l'ONU acceptèrent une distribution du pouvoir pouvant être considérée comme contraire au principe de l'égalité souveraine entre Etats : «The basic premise was that upon these (permanent) members would fall the brunt of the responsibility for maintaining international peace and security and, therefore, to them must be given the final or decisive vote in determining how that responsibility should be exercised». D. BOWETT, *The law of international institutions* (Quatrième édition, 1982) p. 28.

⁷⁴⁸ Reisman se réfère ici aux organisations dans lesquelles le pouvoir de décision est lié à la taille des contributions financières. W. M. REISMAN, *op. cit.* (note 744), p. 55. C'est notamment le cas des institutions de Bretton Woods : Banque Mondiale et Fonds Monétaire International.

droit international du développement, Sur et Combacau qualifient cette approche différenciée de droit «situationnel»⁷⁴⁹. Dans le domaine du droit international de l'environnement, Sand définit cette approche comme constitutive d'un «régime asymétrique» qui ne prétend pas traiter les Etats de manière égale, mais qui, au contraire, différencie les obligations en fonction des circonstances spéciales de chaque partie⁷⁵⁰. Le choix des «circonstances spéciales» affectant les Etats, c'est-à-dire la manière dont se définit la «situation» d'un Etat, est cardinal. Par exemple, dans le domaine des AEM, quelques-unes des «circonstances spéciales» traditionnellement prises en considération sont : le degré auquel l'Etat a contribué au dommage, ainsi que l'étendue des capacités technologiques et financières dont il dispose pour y remédier⁷⁵¹. Les négociations de l'Annexe B⁷⁵² du Protocole de Kyoto ont néanmoins mis en évidence qu'une multitude d'autres «circonstances spéciales» peuvent justifier un traitement différencié⁷⁵³.

§ 4 Les formes de concrétisation d'une approche différenciée

La différenciation dans le droit peut se concrétiser sous diverses formes. La pratique étatique met en évidence que les négociateurs ne manquent pas d'imagination à cet égard. L'élaboration d'un droit situationnel taillé à la mesure des circonstances particulières des Etats peut prendre les deux formes suivantes : les normes différenciées proprement dites, et les normes contextuelles. Nous évoquerons également ci-dessous une possible troisième catégorie de normes caractérisées par une différenciation «cachée».

⁷⁴⁹ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 739.

⁷⁵⁰ P. SAND, *loc. cit.* (note 727), p. 224.

⁷⁵¹ L. SUSSKIND et C. OZAWA, *op. cit.* (note 727), pp. 159-160. Pour Ling, les différences de capacité en matière technologique et financière constituent une «raison pratique» justifiant un traitement asymétrique des Etats, alors que le degré de contribution à un dommage à l'environnement constitue une «raison équitable» pour légitimer cette approche. B. LING, *loc. cit.* (note 737), p. 106. Cullet suggère, pour sa part, que la différenciation devrait prendre en considération la «situation of each and every state to determine their actual capacity to respond to a given problem». En d'autres termes, cet auteur justifie l'élaboration de normes différenciées individualisées sur la base d'un seul critère : la capacité de l'Etat à atteindre l'objectif du traité. Voir P. CULLET, *loc. cit.* (note 726), p. 552.

⁷⁵² Voir le glossaire en annexe 1 à cette étude de même que *infra* p.199.

⁷⁵³ Voir M. GRUBB, C. VROLIJK et D. BRACK, *op. cit.* (note 202), p. 84.

A. *Les normes différenciées*

Pour Magraw⁷⁵⁴, les normes différenciées sont des normes qui établissent un traitement différent qui semble être plus avantageux pour un groupe de pays⁷⁵⁵. Cette définition appelle trois commentaires de notre part.

Premièrement, cette définition est suffisamment large pour couvrir une différenciation au travers de normes créant des obligations, établissant des droits ou octroyant des privilèges. Des droits, obligations et privilèges différenciés sont en effet souvent nécessaires pour pleinement prendre en considération les spécificités des Etats. Dans le domaine de la protection de l'environnement, cette diversité des normes différenciées se traduira par exemple par des obligations de réduction d'émissions plus contraignantes pour les pays industrialisés, des obligations de fournir une assistance technique et financière uniquement à la charge des pays industrialisés, et le privilège⁷⁵⁶ accordé aux pays en développement d'avoir accès à des sources de financement pour mettre en œuvre leurs obligations.

Notre deuxième commentaire résulte du fait que la définition de Magraw se limite à une différenciation entre des groupes d'Etats. Or, la pratique étatique établit également des normes différenciées sur une base individuelle pour chaque Partie au traité. C'est notamment le cas, comme on le verra ci-dessous, de l'Annexe B du Protocole de Kyoto⁷⁵⁷.

Troisièmement, il est important de souligner que, même si les normes différenciées semblent avantager certains Etats, elles ne font en fait que refléter leurs différences. Il ne faut donc pas y voir la consécration d'une inégalité de traitement ou d'une absence de réciprocité, mais plutôt le résultat d'un exercice visant à trouver un accord équilibré prenant en compte certains particularismes.

En conclusion, nous suggérons que les normes différenciées sont des normes établissant un traitement différent, par le biais de droits, obligations ou privilèges, pour des Etats individuels ou des groupes d'Etats sur la base de leurs circonstances particulières et en vue d'un objectif de coopération. Nous qualifierons ces normes de «différenciation explicite» en raison du fait que l'objet ainsi que le bénéficiaire de la différenciation sont clairement précisés.

⁷⁵⁴ D. B. MAGRAW, *loc. cit.* (note 6), p. 69. Bien que l'analyse de Magraw se concentre sur une approche différenciée entre pays développés et en développement, cet auteur admet qu'une différenciation puisse être opérée entre des Etats regroupés sur la base d'un critère autre que leur niveau de développement. La typologie qu'il propose est donc valable pour toute approche différenciée dans le droit.

⁷⁵⁵ *Id.* p. 73 : «a norm that on its face provides for different, presumably more advantageous, standards for one set of countries than for another set».

⁷⁵⁶ P. SAND, *loc. cit.* (note 727), pp. 223-224.

⁷⁵⁷ Voir *infra* p. 199.

B. Les normes contextuelles

Les normes contextuelles constituent la deuxième forme identifiée par Magraw pour opérer une différenciation dans le droit. Ce genre de normes traite *a priori* tous les Etats de manière identique : l'obligation, le droit ou le privilège n'est pas cantonné à un seul ou quelques Etats, mais s'applique à tous et apparemment de manière identique. La différenciation se concrétise néanmoins au stade de la mise en œuvre de la norme du fait qu'elle requiert, ou au moins autorise, la prise en compte de circonstances propres à tous les Etats ou spécifiques uniquement à certains d'entre eux⁷⁵⁸. Dans ce cas, le contenu de la norme contextuelle est donc indéterminé et ne sera précisé qu'à la suite de son application à un cas concret.

Typiquement, une norme faisant référence à la terminologie «résultat équitable»⁷⁵⁹ ou «solution équitable»⁷⁶⁰ est de nature contextuelle. Ce recours à l'équité sera particulièrement utile dans deux cas. D'une part lorsque les intérêts des parties sont trop divergents et ne peuvent être conciliés, mais que les Etats veulent néanmoins qu'un accord soit formellement conclu⁷⁶¹. D'autre part lorsque la norme est de nature générale et que son contenu ne peut être précisé que dans un cas concret : pour s'appliquer, la norme devra être individualisée selon les circonstances⁷⁶². Dans l'un et l'autre cas, les parties ont recours à l'équité pour masquer l'absence d'accord sur le fond. L'identification du contenu de la norme quant à elle, et donc de ce que le terme «équité» veut véritablement et concrètement dire, est soit déléguée à un autre organe, tel que la Cour internationale de Justice, soit laissée provisoirement de côté dans l'espoir que des négociations futures conduisent à un accord plus substantiel. Nous explorerons en détail ci-dessous le rôle de l'équité comme pierre fondatrice d'un régime normatif caractérisé par une différenciation⁷⁶³.

⁷⁵⁸ D. B. MAGRAW, *loc. cit.* (note 6), p. 74.

⁷⁵⁹ Voir par exemple l'article 6 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997).

⁷⁶⁰ Voir par exemple l'article 83 de la Convention sur le droit de la mer (1982).

⁷⁶¹ M. W. JANIS, «The ambiguity of equity in international law», *Brooklyn JIL*, vol. IX, 1983, p. 25 ; E. LAUTERPACHT, «Equity, evasion, equivocation and evolution in international law», *Proceedings and Committee Reports of the American Branch of the International Law Association*, vol. 33, 1977-1978, pp. 45-46 ; R. LAPIDOTH, «Equity in international law», *Proc. ASIL*, vol. 81, 1990, p. 146 : «in difficult negotiations, reference to an abstract although perhaps ambiguous equity or equitable principles may help the parties to reach an agreement that otherwise might be impossible» ; W. LANG, «From environmental protection to sustainable development : challenges for international law», dans W. LANG (dir.), *op. cit.* (note 10) p. 289. Pour un analyse des recours à l'équité pour masquer l'absence d'accord sur le fond durant les négociations de la CNUCED, voir P. SANDS, «International law in the field of sustainable development», *BYIL*, vol. 65, 1994, p. 340.

⁷⁶² C'est le cas de l'article 83 de UNCLOS. Voir *infra* p. 177.

⁷⁶³ Voir *infra* p. 183.

La définition des normes contextuelles suggérée par Magraw n'est pas sans rappeler les normes caractérisées par un contenu faiblement contraignant⁷⁶⁴, dans la mesure où on les définit comme des normes laissant beaucoup de discrétion à une Partie que ce soit au niveau de leur mise en œuvre ou dans le cadre de leur interprétation⁷⁶⁵. En effet de telles normes autorisent également implicitement un certain degré de différenciation entre les Parties.

Pour Magraw, il existe deux types de normes contextuelles : générales et limitées. Les normes contextuelles sont «générales» lorsqu'il n'existe pas de restriction aux circonstances pouvant être prises en compte dans le cadre de leur mise en œuvre⁷⁶⁶. Ce sera le cas, à notre avis, lorsque l'expression «le cas échéant» tempère une obligation : chaque partie peut choisir si oui ou non, quand et à quelles conditions elle mettra en œuvre une obligation⁷⁶⁷. Les normes contextuelles sont par ailleurs «limitées» lorsque de telles circonstances sont précisées⁷⁶⁸. Ce sera le cas lorsque la norme prévoit, par exemple, qu'une Partie fera «tout ce qu'elle peut, dans la limite de ses ressources» pour respecter une obligation. Une telle norme autorise la prise en compte du stade de développement économique de chaque pays⁷⁶⁹.

La différenciation établie dans les normes contextuelles n'est donc pas aussi explicite qu'elle ne l'est dans le cas des normes différenciées. Dans le cas de normes contextuelles limitées, l'objet et le bénéficiaire de la différenciation sont partiellement précisés, alors que dans le cas de normes contextuelles générales, l'objet et le bénéficiaire de la différenciation ne sont pas précisés.

⁷⁶⁴ Sur ce concept, voir *supra* note 80.

⁷⁶⁵ P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), p. 27.

⁷⁶⁶ D. B. MAGRAW, *loc. cit.* (note 6), p. 75.

⁷⁶⁷ Voir par exemple, l'article 4.1 d) de la Convention climat : toutes les Parties «... encouragent la gestion rationnelle et encouragent et soutiennent par leur coopération la conservation et, le cas échéant, le renforcement des puits et réservoirs de tous les gaz à effet de serre...».

⁷⁶⁸ D. B. MAGRAW, *loc. cit.* (note 6), p. 75.

⁷⁶⁹ Des exemples de normes contextuelles limitées permettant de prendre en compte les circonstances socio-économiques des Parties incluent notamment : l'article 4 de la Convention pour la Protection du Patrimoine Mondial, Culturel et Naturel (1972, RTNU vol 1037 p. 151 : Chacun des Etats Parties «...s'efforce d'agir à cet effet tant par son propre effort *au maximum de ses ressources disponibles* que, le cas échéant, au moyen de l'assistance et de la coopération internationales dont il pourra bénéficier, notamment aux plans financier, artistique, scientifique et technique»); l'article 2 du Pacte International Relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels («Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir ... *au maximum de ses ressources disponibles*, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte ...»); et l'article 4.2.a) de la Convention climat qui stipule que Chaque Partie de l'Annexe I «adopte des politiques nationales et prend en conséquences les mesures voulues pour atténuer les changements climatiques... Ces politiques et mesures démontreront que les développés prennent l'initiative de modifier les tendances à long terme des émissions anthropiques... *tenant compte des différences* entre ces Parties quant à leur point de départ et leur approche, à leur structure économique et à leur base de ressources...».

C'est cette nature particulière des normes contextuelles qui a amené Halvorssen à les qualifier de différenciation « implicite »⁷⁷⁰.

C. Les normes caractérisées par une différenciation « cachée » ?

Nous faisons ici référence à un troisième type de normes qui mettent un ou plusieurs Etats au profit d'une forme de traitement préférentiel, sans pour autant que cela soit visible à la lecture du traité. Ce genre de normes constitue en fait une pratique courante. Il s'agit de normes qui sont applicables à toute Partie, alors qu'elles ne bénéficient réellement qu'à une ou plusieurs d'entre elles. Ces normes constituent ainsi des incitations décisives pour que des Etats particuliers deviennent Partie à un traité. Identifier ce genre de normes n'est pas chose aisée et requiert une familiarité avec le contexte des négociations, en particulier les intérêts des Etats. Prenons le Protocole de Kyoto en exemple. Les articles relatifs à la possible comptabilisation de la séquestration des gaz à effet de serre par des puits de carbone n'opèrent aucune différenciation explicite ou implicite⁷⁷¹. Pris à la lettre, ils peuvent être invoqués par toute Partie. Néanmoins, ces articles ont été introduits pour tenir compte des intérêts de certains pays comme le Japon, l'Australie, le Canada et les Etats-Unis, qui donnent beaucoup d'importance à la possible séquestration de dioxyde de carbone par les forêts et les terres agricoles. Un deuxième exemple de norme favorisant un groupe d'Etats particuliers est l'article 4 du Protocole qui permet à des Parties de remplir leurs engagements de manière conjointe. Cette possibilité, *a priori* ouverte à toute Partie, fut cependant introduite à la requête de l'Union européenne qui y voyait une condition *sine qua non* de sa participation au Protocole. Ici également, un traitement préférentiel est latent ou caché. Ces exemples de normes constituent-ils des cas de différenciation dans le droit ? Nous répondons par la négative, car même si *de facto* ces normes ont principalement été élaborées pour servir d'incitation à un ou plusieurs Etats particuliers, il n'en demeure pas moins que, *de lege*, elles peuvent être invoquées par toute Partie ou groupe de Parties. Nous excluons donc ce genre de normes de notre définition de la différenciation dans le droit.

⁷⁷⁰ Halvorssen est d'avis, cependant, que les normes contextuelles ne font pas partie des normes différenciées et ce pour deux raisons. D'une part, ce genre de norme requiert une interprétation avant de pouvoir déterminer quel pays peut bénéficier d'un traitement spécial. D'autre part, ces normes seraient moins efficaces pour inciter les pays en développement à joindre un traité. A. M. HALVORSSSEN, *op. cit.* (note 6), p. 70.

⁷⁷¹ Articles 3.3 et 3.4 du Protocole de Kyoto.

§ 5 Conclusion

Pour les besoins de notre étude, nous définirons la différenciation dans le droit comme une technique juridique utilisée par les Etats principalement dans le dessein d'assurer la participation d'Etats ou de groupes d'Etats à un traité ayant un objectif de coopération. A cette fin, certaines des «circonstances particulières» propres aux Etats sont prises en compte pour justifier un traitement différencié, que ce soit au niveau des obligations souscrites, ou au niveau des droits ou des privilèges accordés. En ce qui concerne la forme que peut revêtir la différenciation dans le droit, nous avons suggéré que celle-ci peut être explicite, dans la mesure où la norme identifie clairement l'objet et le bénéficiaire d'une différenciation, et qu'elle sera implicite dans la mesure où le contenu de la norme est caractérisé par une certaine flexibilité et où il appartient aux Parties d'en cerner les contours au stade de sa mise en œuvre.

Notre approche de la différenciation dans le droit est donc assez large. En effet, elle ne prescrit pas le contenu de l'objectif secondaire d'une approche différenciée et, par conséquent, quelles «circonstances particulières» des Etats justifieraient un traitement différencié. Cette approche s'explique par le fait que la différenciation dans le droit constitue une technique juridique pouvant être utilisée à des fins diverses, voire contradictoires, et dans des contextes très différents. Deux exemples dans le contexte des règles de vote au sein de l'ONU illustrent ce constat⁷⁷². Ainsi, dans les règles de procédure de la Convention climat, la règle de vote applicable en cas de décision adoptée par la Conférence des Parties ou ses organes subsidiaires est l'égalité arithmétique : une Partie - une voix⁷⁷³. Cette règle a pour objectif d'assurer que les organes de la Convention prendront leurs décisions sur la base du principe d'égalité souveraine entre les Etats. Par contre, la Charte des Nations Unies met les membres permanents du Conseil de Sécurité au bénéfice d'un droit de veto, et donc d'un traitement différencié. Cette règle est légitimée par le fait qu'au moment de la création de l'ONU, les «intérêts vitaux» des grandes puissances devaient être préservés. Il était donc nécessaire, dans ce but, que les droits de

⁷⁷² L'élaboration de droits de vote différenciés constitue une forme classique de différenciation au sein d'institutions internationales. Pour plus de détail, voir D. BOWETT, *op. cit.* (note 747), pp. 121-140 ; A. D. EFRAIM, *Sovereign (in)equality in international organizations*, (2000, Martinus Nijhoff publishers, The Hague/Boston/London), p. 78. Pour Bodansky, il n'y a pas de raison équitable pour que, malgré leurs différences de taille, population et richesse, tous les Etats soient traités sur pieds d'égalité. Voir D. BODANSKY, «The legitimacy of international governance : a coming challenge for international environmental law ?», *AJIL*, vol. 93, 1999, p. 596. Une autre forme traditionnelle de différenciation au sein d'institutions internationales est l'existence de taux de contributions financières correspondant à la richesse de l'Etat. Cette forme de différenciation, qui se base sur une échelle des contributions adoptée par l'Assemblée Générale, existe aussi bien dans les Agences spécialisées de l'ONU, que dans ses fonds, programmes ainsi que dans le cadre de nombreux traités internationaux. Voir P. SAND, *loc. cit.* (note 727), p. 225.

⁷⁷³ Règle 41 des Règles de procédure provisoires de la Convention Climat (doc. FCCC/CP/1996/2).

vote soient différenciés en faveur des vainqueurs de la seconde guerre mondiale.

La différenciation dans le droit est-elle plus qu'une simple technique à disposition des négociateurs ? Est-il possible de lui donner également une assise éthique, voire juridique ? Nous nous attacherons ci-dessous à identifier les racines de cette pratique. Nous chercherons en particulier à mettre en évidence que le concept d'équité est au cœur de la différenciation dans le droit.

Section II

L'équité au cœur de la différenciation dans le droit

§ 1 Introduction à l'équité

A ceux qui tentent de cerner le concept d'équité et d'en donner une définition universellement reconnue, Schachter adresse un avertissement dépourvu d'ambiguïté : «aucun concept de droit international ne résiste autant à une définition précise que la notion d'équité»⁷⁷⁴. Si cela peut rassurer le juriste, l'équité est également un concept caractérisé par une grande volatilité dans d'autres domaines, tels que la philosophie⁷⁷⁵.

Les efforts de la part de la doctrine pour définir l'équité confirment les difficultés d'une approche conceptuelle unique. Pour certains, l'équité est synonyme de «just and fair»⁷⁷⁶ ou équivaut à des concepts tels que «la justice, l'honneur, l'égalité, la moralité, le compromis, l'utilité publique, la pitié, la justesse, le droit naturel, ce qui est raisonnable, une bonne loi (...) et beaucoup d'autres choses»⁷⁷⁷. Cette liste constitue une des tentatives de présenter l'équité sous toutes ses facettes. Elle ne nous aide cependant guère, à moins de

⁷⁷⁴ O. SCHACHTER, «General course in public international law», *RCADI*, vol. 178, 1982 V, p. 82 : «no concept of international law resists precise definition more than the notion of equity». Voir également O. A. ELIAS et C. L. LIM, *The paradox of consensualism in international law* (Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1998), p. 228.

⁷⁷⁵ Pour les philosophes, l'équité sert de principe de base pour convenablement allouer aux membres de la société les ressources, droits, devoirs, opportunités et obligations. Certes, nous avons là une définition, mais ce en quoi consiste une allocation «convenable» et, par conséquent, ce que signifie l'équité *in concreto* dépend de la théorie particulière de justice sociale que le philosophe choisira. H. PEYTON YOUNG, *Equity in theory and practice* (Princeton University Press, 1993), p. xi. Nous ne sommes donc guère avancés. L'absence d'approche commune de la part des philosophes est d'autant moins utile à notre entreprise que leur notion d'équité n'est pas toujours la même que celle à laquelle se réfèrera un diplomate ou un juriste. C. R. ROSSI, *Equity and international law, a legal realist approach to international decision making* (Transnational Publishers, Inc. Irvington, New York, 1993), p. 3.

⁷⁷⁶ Voir C. R. ROSSI, *id.* p. 9, faisant référence à R. NEWMAN, «The principles of equity as a source of world law», *Israel Law Review*, vol. 1, 1966, pp. 616 et 625.

⁷⁷⁷ C. R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 9, faisant référence à Y. MAKONNEN, «Western attitudes to international equity», *Tulane Law Review*, vol. 25, 1950, p. 60.

souscrire à l'opinion que l'équité, en raison de l'absence d'une définition académique intrinsèque et objective, n'existe pas⁷⁷⁸. Or le fait que l'équité soit en réalité très présente dans le discours international permet de facilement rejeter ce point de vue. S'il manque quelque chose à la notion d'équité, c'est une approche commune de sa définition et de ses fonctions en droit international, non pas son existence.

L'équité en droit international peut être analysée sous divers angles. Nous en évoquerons quatre :

- l'équité dans le contexte normatif et dans le contexte juridictionnel,
- l'équité en tant que justice discrétionnaire et en tant que justice distributive,
- l'équité : un concept aux multiples facettes, et
- l'équité : un processus et un résultat.

A. *L'équité dans le contexte normatif et dans le contexte juridictionnel*

Cette approche de l'équité vise à opérer une distinction entre ceux qui y ont recours : les Etats ou un organe juridictionnel. La majorité de la doctrine étudie uniquement la manière dont les juges ont recours à l'équité dans leurs décisions. On pensera en particulier à l'abondante littérature concernant les arrêts de la Cour internationale de Justice relatifs à la délimitation du plateau continental⁷⁷⁹. Cette constatation est conforme à l'analyse de Conforti lorsqu'il affirme que lorsqu'on se réfère à l'équité en droit international, c'est généralement en relation avec le rôle des juges⁷⁸⁰. Dans ce contexte, les questions de séparation des pouvoirs entre les organes judiciaires et les Etats, de même que la relation entre droit et justice, sont au cœur des débats et controverses⁷⁸¹.

Rossi fait partie du courant doctrinal qui considère que la manière dont les juges ont recours à l'équité offre la «meilleure perspective» du rôle de l'équité en droit international⁷⁸². Bien que cet auteur admette que l'équité joue également un rôle dans le contexte normatif, il suggère que les processus de codification du droit international ont une approche de l'équité «souvent modulable et aussi vague que la notion de nouvel ordre mondial»⁷⁸³. En

⁷⁷⁸ H. PEYTON YOUNG, *op. cit.* (note 775), p. xi.

⁷⁷⁹ Voir *infra* p. 252ss.

⁷⁸⁰ B. CONFORTI, «Cours général de droit international public», *RCADI*, vol. 212, 1991, p. 93.

⁷⁸¹ R. LAPIDOTH, *loc. cit.* (note 761), p. 138.

⁷⁸² C. R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 4.

⁷⁸³ *Ibid.* «(O)ften adaptable and as dreamy as the notion of new world orderism itself». D'un avis différent mais de manière convaincante, Peyton s'interroge : si l'équité sert uniquement à masquer

d'autres termes, le recours à l'équité par les Etats est un exercice politique «suspect», alors que le recours à l'équité dans le contexte judiciaire fournit un «cadre de référence» pour l'étude de l'équité⁷⁸⁴.

Nous sommes également d'avis qu'il y a une différence entre la manière dont les Etats et le pouvoir judiciaire ont recours à l'équité. Les organes juridictionnels sont en effet tenus d'appliquer le droit tel qu'il existe, alors que les négociateurs bénéficient de plus de flexibilité dans le cadre de l'élaboration du droit international⁷⁸⁵. Cela ne signifie pas, cependant, que les approches de l'équité qu'ont les Etats et les juges seront différentes en toutes circonstances. Il existe en fait un lien entre elles, comme en témoigne le domaine de la délimitation du plateau continental et celui des cours d'eau transfrontières⁷⁸⁶.

Tout bien pesé, cette première approche de l'équité ne nous paraît pas totalement satisfaisante du fait qu'elle ne met pas sur un pied d'égalité la manière dont les Etats et les organes judiciaires ont recours à l'équité. Or l'équité utilisée dans un contexte normatif possède une valeur juridique équivalente à l'équité à laquelle un juge peut avoir recours dans l'exercice de ses fonctions.

B. *L'équité : justice discrétionnaire et justice distributive*

Cette seconde approche de l'équité se construit autour des différentes opinions mises en avant par les courants doctrinaux des pays occidentaux et des pays en développement⁷⁸⁷. D'après Janis, les auteurs occidentaux considèrent généralement l'équité comme conférant au juge un certain pouvoir discrétionnaire, alors que la doctrine des pays en développement y voit le principe fondateur d'une justice distributive. Ainsi, le fossé qui sépare le recours à l'équité par le juge et les Etats se double d'un clivage nord-sud qui politise le débat.

des points de vue égoïstes, pourquoi donc demeure-t-elle autant le centre d'intérêt de la doctrine ? Voir H. PEYTON YOUNG, *op. cit.* (note 775), p. 162.

⁷⁸⁴ C. R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 4. Dans son commentaire relatif aux négociations de la Déclaration de Rio, Philippe Sands évoque également le fossé qui sépare le contenu de l'équité dans les contextes normatifs et judiciaires : «...many of the larger developing countries invoked "equity" in support of the view that the extent of a State's right to the use of shared natural resources was determined by the size of their population, an approach rejected by the majority of the members of the ICJ in the case concerning *Maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, ICJ Reports 1993, p.4, at p. 40 (para. 80) ». Voir P. SANDS, *loc. cit.* (note 761), p. 340.

⁷⁸⁵ D. A. FRENCH, «International environmental law and the achievement of intragenerational equity», *Environmental Law Reporter*, vol 31, 2001, p. 10469.

⁷⁸⁶ Voir à cet égard T. M. FRANCK, *Fairness in international law and institutions* (Clarendon University press, Oxford, 1995), p. 68 ; P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), p. 220 ; et O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 86.

⁷⁸⁷ M. W. JANIS, *loc. cit.* (note 761).

C. *L'équité : un concept aux multiples facettes*

Cette troisième approche vise plutôt à offrir un aperçu exhaustif de toutes les diverses manifestations de l'équité, sans se limiter à une approche conceptuelle particulière. Se basant sur cette approche, Schachter suggère que l'équité revêt cinq formes :

- l'équité servant de base à une justice individualisée visant à atténuer les effets non désirables résultant d'une stricte application du droit ;
- l'équité synonyme de justesse, bonne foi ou de ce qui est raisonnable ;
- l'équité servant de base à certains principes de raisonnement juridique : estoppel, enrichissement illégitime, abus de droit ;
- une mesure équitable pour allouer et partager des ressources ou des bénéfices ; et
- l'équité comme synonyme de justice distributive permettant de justifier des requêtes dans le domaine socio-économique et la redistribution des richesses⁷⁸⁸.

Bien que cette approche permette de mettre en évidence les diverses facettes de l'équité, elle rend difficile une approche analytique de l'équité.

D. *L'équité : un processus et un résultat*⁷⁸⁹

La quatrième et dernière approche de l'équité que nous avons identifiée opère une distinction entre les deux stades auxquels elle intervient dans le cadre de l'élaboration d'une norme ou d'une décision. Premièrement, l'équité peut qualifier le processus à suivre. Deuxièmement, l'équité peut qualifier le résultat à atteindre : le contenu de la norme ou de la décision⁷⁹⁰.

Cette approche est notamment celle que choisit Janis pour concilier ce qu'il voit comme l'approche occidentale de l'équité et celle qu'auraient les pays en développement. Pour cet auteur, l'équité requiert d'une part que chaque cas soit traité en tenant compte de ses circonstances particulières, d'autre part que la décision obtenue à la suite de ce processus soit équitable, dans le sens qu'elle prenne en compte les besoins des pays en développement⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 82.

⁷⁸⁹ Il nous paraît intéressant de noter que cette approche dualiste de l'équité est également mise en avant dans le domaine des sciences sociales pour fournir la clé de distribution de biens et de responsabilités au sein d'une société : a «process that takes differences of opinion into account, and strikes a balance between competing points of view». H. PEYTON YOUNG, *op. cit.* (note 775), pp. xii, 162 et 167.

⁷⁹⁰ O. SCHACHTER, *International law in theory and international practice* (Dordrecht/Boston/Lancaster, 1991), pp. 55-61.

⁷⁹¹ M. W. JANIS, *loc. cit.* (note 761), p. 33.

Pour les besoins de notre étude, nous choisirons de suivre cette quatrième approche de l'équité. Nous nous référerons par conséquent désormais à l'équité comme qualifiant la procédure à suivre en vue de l'adoption de décisions ou de normes (que ce soit par un organe juridictionnel ou un organe législatif), et comme concept substantiel déterminant le contenu d'une décision ou d'une norme. Ce choix nous paraît d'autant plus justifié que cette approche a été mise en évidence dans le contexte de la Convention climat par le Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat (ci-après GIEC)⁷⁹². Pour le GIEC, «(L)'équité soulève des problèmes de procédure et de substance. Les problèmes de procédure ont trait à la façon de prendre les décisions alors que les problèmes de substance ont trait aux résultats»⁷⁹³.

§ 2 Les origines de l'équité

Les origines de l'équité en tant que modèle d'allocation de bénéfices ou de charges entre plusieurs parties sont souvent attribuées à Aristote⁷⁹⁴, plus particulièrement à sa théorie sur la justice qui est encore aujourd'hui très présente dans la littérature relative à l'équité⁷⁹⁵. Il est cependant intéressant de noter qu'Aristote ne fait pas usage, dans son discours sur la justice, de la terminologie «équité». Il se réfère par contre à l'équité dans un autre contexte, en tant que concept auquel le juge peut avoir recours afin de corriger une loi déficiente en raison de sa nature universelle⁷⁹⁶. De nos jours, la doctrine considère néanmoins que la définition qu'Aristote donne de la justice distributive est semblable à une définition de l'équité mise en avant par les pays en développement dans le contexte de la distribution des ressources⁷⁹⁷.

Dans «Ethiques», Aristote expose sa théorie de la justice distributive : celle-ci doit guider l'attribution d'«honneur ou d'argent ou d'autres choses devant être partagées entre les membres de la communauté politique». Pour Aristote, « si les personnes ne sont pas égales, elles ne recevront pas des parts égales : en fait, c'est soit lorsque des citoyens égaux reçoivent des parts inégales soit

⁷⁹² Pour plus d'informations sur le GIEC, voir le glossaire en annexe 1 à cette étude.

⁷⁹³ Voir la Deuxième Evaluation du GIEC (1995), Chapitre 6, *Équité et considérations sociales*, p. 14.

⁷⁹⁴ Voir M. W. JANIS, *loc. cit.* (note 761), pp. 19-20 ; R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), pp. 199-201 ; et H. PEYTON YOUNG, *op. cit.* (note 775), pp. 9, 64-65.

⁷⁹⁵ H. PEYTON YOUNG, *op. cit.* (note 775), p. 8. Peyton Young cite deux autres théories de justice : l'utilitarisme classique de Bentham, en application duquel des biens sont distribués de manière à maximiser le bien être total de tous les prétendants ; et la théorie de Rawls d'après laquelle, en application du principe de maximin ou de différence, le groupe d'individus le moins advantagé devrait être advantagé autant que possible.

⁷⁹⁶ ARISTOTE, *Nicomachean Ethics*, (traduit et édité par Roger Crisp, Cambridge University Press, 2000) Livre 5, Chapitre 10 : «And this is the very nature of what is equitable – a correction of the law, where it is deficient on account of its universality».

⁷⁹⁷ Voir R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 200 ; M. W. JANIS, *loc. cit.* (note 761), pp. 21-22.

lorsque des citoyens inégaux reçoivent des parts égales qu'il y a des disputes et des plaintes. Cela ressort clairement du principe de distribution sur la base du mérite. Car tout le monde s'accorde sur le fait que la justesse d'une distribution se mesure à la lumière de ce que chacun mérite, mais tout le monde ne partage pas la même signification du mérite : pour les démocrates, chaque citoyen est libre ; pour les oligarques, la richesse ou une naissance noble est déterminante ; et pour les aristocrates, l'important c'est la vertu»⁷⁹⁸.

Complétant sa théorie dans «Politiques»⁷⁹⁹, Aristote suggère que le mérite de chacun soit évalué à la lumière de ses contributions à la poursuite de l'objectif de l'Etat. Il postule que cet objectif est que les membres de la société aient «une bonne qualité de vie». Il conclut que ceux qui contribuent le plus à l'objectif de l'Etat en faisant preuve d'«excellence civile» doivent bénéficier de la plus grande partie des biens.

La définition qu'offre Aristote de la justice distributive contient deux principes fondamentaux. Premièrement, les individus inégaux doivent être traités de manière inégale. Deuxièmement, dans le cas d'individus inégaux, les biens doivent être alloués selon leur mérite, à savoir le degré auquel ils ont contribué à la qualité de vie au sein de la société. Le premier principe est profondément ancré dans la tradition judiciaire occidentale en application de laquelle des considérations de justice requièrent le traitement égal d'individus dans des situations identiques et le traitement différent d'individus dans des situations différentes⁸⁰⁰. Le second principe, qui établit la règle sur la base de laquelle des biens doivent être alloués, est plus controversé en raison de sa nature contextuelle.

Transposée dans le contexte de l'élaboration de traités internationaux relatifs à la distribution de ressources⁸⁰¹, la notion d'équité selon Aristote se traduit comme suit. Premièrement, elle postule que les Etats inégaux doivent être traités de manière inégale. Elle requiert donc que la situation des Etats, notamment leurs circonstances particulières, soient prises en compte pour adopter une décision ou une norme visant à allouer des biens. L'équité, dans cette fonction, qualifie un processus. Elle ne nous oriente cependant guère sur

⁷⁹⁸ ARISTOTE, *op. cit.* (note 796), Livre 5, Chapitre 2, pp. 85- 86. Aristote opérait une distinction entre deux formes de justice particulière. La justice corrective avait pour objectif de restaurer les excès de transactions ou échanges entre privés, qu'ils soient de nature volontaire ou involontaire. Dans ce cas, la justice était fondée sur un principe d'égalité ou de réciprocité entre les parties au contrat et il appartenait au juge de fournir des remèdes «arithmétiquement proportionnés» afin que la victime se retrouve dans une situation similaire à ce qu'elle aurait été sans l'occurrence de l'acte injuste. La justice distributive constitue la deuxième forme de justice particulière identifiée par Aristote. Voir R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), pp. 200 – 201 ; et R. LAPIDOTH, *loc. cit.* (note 761), p. 139.

⁷⁹⁹ Voir ARISTOTE, *The Politics* (traduit par Ernest Barker, Oxford Clarendon press, 1948), pp. 117-120.

⁸⁰⁰ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 200. Pour une analyse des diverses dimensions juridiques et politiques de l'égalité, voir A. D. EFRAIM, *op. cit.* (note 772), pp. 47-52.

⁸⁰¹ Pour Rossi, bien qu'Aristote ait utilisé sa théorie de la justice distributive uniquement dans le contexte de l'allocation de privilèges par le gouvernement à des individus, «his true sentiment is not distorted by including the distribution of resources». R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 200.

ce que sera une distribution, et donc une décision ou une norme, équitable. Cette forme de l'équité est donc minimaliste⁸⁰². Deuxièmement, la formule d'équité d'Aristote requiert que le mérite des Etats soit évalué sur la base d'une référence ou d'une règle⁸⁰³. C'est par ce biais que l'équité revêt un contenu plus précis et qu'elle s'identifie au résultat du processus décisionnel ou normatif.

§ 3 La place actuelle de l'équité dans l'élaboration de traités

L'équité fait partie intégrante du processus de négociation et de l'accord en résultant du fait que les Etats doivent s'entendre sur l'allocation des bénéfices et des charges, un exercice qui nécessite de prendre en compte les perceptions des Etats quant à la justesse et à l'équité de l'accord⁸⁰⁴. En d'autres termes, l'équité invite les Etats à prendre en compte les intérêts de chaque négociateur, et donc à tenir compte de la spécificité de leur situation, et ce afin d'obtenir un accord équitable⁸⁰⁵.

En tant qu'elle qualifie une procédure, l'équité ne constitue pas une référence au moyen de laquelle la justesse d'un accord peut être mesurée. Elle ne fait que suggérer un processus, un modèle de négociation, qui permettra aux Etats de trouver un meilleur arrangement, plus équilibré et plus acceptable. Les efforts des négociateurs ne sont pas uniquement dictés par des considérations idéalistes. Ils trouvent principalement leur raison d'être dans le fait que les relations internationales contemporaines ne laissent parfois pas d'autre choix aux Etats que de conclure un accord de coopération⁸⁰⁶. Cette approche contextuelle ouvre la porte à l'élaboration de normes différenciées légitimées par les différentes circonstances dans lesquelles se trouvent les Etats.

Il n'est pas surprenant que dans cette fonction l'équité suscite des controverses. Une partie de la doctrine rejette en effet cette approche, arguant que le processus décrit ne saurait être prisonnier du concept d'équité du fait qu'il correspond ni plus ni moins aux techniques ordinaires de négociation⁸⁰⁷. A notre avis, que le processus porte ou non le label «équité» n'est pas en soit déterminant dans la mesure où la doctrine s'accorde sur ce qu'il signifie en pratique. Et à moins de considérer que les relations internationales sont exclusivement soumises à la loi du plus fort et que le principe d'égalité

⁸⁰² Cette conclusion est également partagée par Peyton Young, voir *supra* note 789.

⁸⁰³ H. PEYTON YOUNG, *op. cit.* (note 775), p. 80.

⁸⁰⁴ O. SCHACHTER, *op. cit.* (note 770), pp. 55-61.

⁸⁰⁵ Cette approche est également mise en avant par Magraw, D. B. MAGRAW, *loc. cit.* (note 6), p. 78.

⁸⁰⁶ O. SCHACHTER, *op. cit.* (note 732), p. 142.

⁸⁰⁷ O. A. ELIAS et C. L. LIM, *op. cit.* (note 774), p. 229.

souveraine n'est qu'hypocrisie, il faut bien admettre qu'un accord a plus de chance de susciter l'approbation générale s'il tend à établir un équilibre entre les intérêts des négociateurs. Cet équilibre sera le résultat de la prise en compte de leurs circonstances particulières et permettra l'adoption d'un traité fondé sur une réciprocité globale. Concrètement, il se traduira par l'élaboration d'un droit situationnel caractérisé par l'allocation de droits, d'obligations et de privilèges différenciés.

Au-delà de la procédure à suivre dans les négociations, l'équité fournit un guide plus ou moins précis aux Etats sur la manière de déterminer le contenu d'une norme. L'équité est alors dotée d'un contenu propre ou, à défaut, elle précise comment déterminer le contenu de la norme. Il est intéressant de noter que le recours à l'équité dans cette forme l'est le plus souvent dans des domaines précurseurs du droit international et vise à encadrer son évolution⁸⁰⁸: «when we invoke equity ... we are calling for new lawmaking»⁸⁰⁹.

§ 4 Exemples de la pratique étatique

C'est dans les négociations relatives à l'accès aux ressources naturelles⁸¹⁰ et à l'allocation des responsabilités entre les Etats pour des atteintes à l'environnement⁸¹¹ que l'équité a joué et continue de jouer un rôle clé. Nous présentons ci-dessous deux exemples de recours à l'équité qui consacrent la différenciation dans le droit.

⁸⁰⁸ P. S. THACHER, «Equity under change», *Proc. ASIL*, vol. 81, 1987, p. 134.

⁸⁰⁹ J. KOZYRIS, «Is there a role for equity in international law?», *Proc. ASIL*, vol. 81, 1987, p. 148. Voir également R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 10 : «the variety of ways in which international law has been "advanced" under the banner of equity».

⁸¹⁰ Le rôle de l'équité dans l'allocation des ressources a été analysé par Franck. Cet auteur suggère dans ce contexte trois approches de l'équité : «corrective equity», «broadly conceived equity», et «common heritage equity». T. M. FRANCK, *op. cit.* (note 786), pp. 56-58.

⁸¹¹ Le rôle de l'équité pour allouer les responsabilités entre pays développés et en développement en cas d'atteintes à l'environnement, telles que le trou dans la couche d'ozone, les pluies acides ou les changements climatiques, a été analysé par Cheng Zheng-Kang. Pour cet auteur, l'équité signifie que chaque pays a : le droit d'utiliser raisonnablement les ressources naturelles communes de la Terre et la responsabilité de les protéger ; le droit de prendre des décisions conformes au droit international sur comment utiliser ses propres ressources naturelles ; et la responsabilité de faire de son mieux pour aider à résoudre des problèmes environnementaux globaux. Dans ce contexte, les pays les plus responsables d'une atteinte à l'environnement ont une responsabilité accrue pour y faire face. C. ZHENG-KANG, «Equity, special considerations, and the third world», *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y*, vol. 1, 1990, p. 61.

A. *La Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer*⁸¹²

C'est pendant les négociations de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après UNCLOS) que l'équité a gagné en importance pour servir de base à l'allocation de ressources naturelles entre les membres de la communauté internationale⁸¹³. Ce traité se réfère expressément à l'équité dans plusieurs de ses articles⁸¹⁴. Cependant, ces références peuvent, et dans certains cas doivent, être comprises différemment⁸¹⁵. Par exemple dans le contexte du partage des ressources résultant d'activités dans les fonds marins et leur sous-sol⁸¹⁶, le terme équité a un contenu substantiel spécifique faisant écho au concept d'équité économique des appels en faveur d'un Nouvel Ordre Economique Mondial⁸¹⁷. Dans d'autres cas, comme la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive des Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face⁸¹⁸, le terme équité reflète les difficultés des négociateurs à trouver un accord en raison de la nature situationnelle du droit, c'est-à-dire de la nécessité de préciser la norme dans chaque cas de figure. Quoi qu'il en soit, dans les deux cas, l'équité requiert que certaines circonstances particulières des Etats soient prises en compte dans le cadre de l'élaboration de la norme.

1) *Le rôle de l'équité dans la délimitation du plateau continental*

Depuis les années soixante, les questions de délimitation du plateau continental ont fait l'objet d'une jurisprudence importante. Nous reviendrons sur ces affaires dans la deuxième partie de notre étude consacrée à la différenciation dans le contrôle du respect du droit. Nous étudierons alors le rôle de l'équité dans le cadre de l'exercice de la fonction juridictionnelle et analyserons dans quelle mesure l'équité a justifié le traitement différent d'Etats se trouvant dans des situations différentes⁸¹⁹. Pour le moment, nous nous intéresserons aux longs débats législatifs entourant la recherche des critères applicables pour délimiter le plateau continental. Ces débats ont été un élément central des négociations de la Convention sur le Plateau Continental (1958)⁸²⁰, dite Conven-

⁸¹² Adoptée en date du 10 décembre 1982, la Convention est entrée en vigueur le 16 novembre 1994. Pour le texte officiel de UNCLOS, voir *RTNU*, vol 1834 p. 3.

⁸¹³ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 205.

⁸¹⁴ Voir R. LAPIDOTH, *loc. cit.* (note 761), p. 140.

⁸¹⁵ M. W. JANIS, *loc. cit.* (note 761), p. 28.

⁸¹⁶ Articles 140, 155.2, 160.2j, 162.2n et 173.2. Voir également *l'Accord Relatif à l'Application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer*, adopté le 28 juillet 1994, entré en vigueur le 28 juillet 1996.

⁸¹⁷ Voir *infra* p. 187.

⁸¹⁸ Articles 74 et 83 UNCLOS.

⁸¹⁹ Voir *infra* p. 252ss.

⁸²⁰ *RTNU* vol. 499 p. 311. L'article 6 de la Convention de Genève stipule : « Dans le cas où un même plateau continental est adjacent aux territoires de deux ou plusieurs Etats dont les côtes se font

tion de Genève, ainsi que pendant les quatorze années que durèrent les négociations de la Convention de 1982. Ces négociations opposaient un groupe d'Etats favorables à ce que la délimitation se fasse sur la base de l'équité, à un autre groupe d'Etats demandant que la délimitation se fasse sur la base de l'équidistance⁸²¹. La dixième session de la troisième Conférence sur le Droit de la Mer marqua la victoire «du camp de l'équité»⁸²². Les délégués ôtèrent toute référence au principe d'équidistance et décidèrent que «(L)a délimitation du plateau continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable»⁸²³.

Dans ce contexte, l'équité est utilisée dans sa forme minimaliste. En effet, elle ne fait que requérir qu'un processus soit suivi dans le cadre de l'exercice de délimitation du plateau continental. Par contre, elle ne fournit aucun indice sur le contenu de ce que constitue un «accord équitable». En déléguant l'identification du contenu de la norme à des négociations bilatérales entre les parties intéressées et *in fine* à un organe de règlement des différends, cette référence à l'équité constitue un pas en direction d'un droit international plus flexible qui répond aux attentes spécifiques des Etats directement concernés⁸²⁴. Ce genre de recours à l'équité est cependant loin de recueillir tous les suffrages, en particulier celui de ceux soucieux d'assurer la sécurité juridique et d'éviter que le pouvoir juridictionnel fasse office de législateur⁸²⁵. Nous

face, la délimitation du plateau continental entre ces Etats est déterminée par accord entre ces Etats. A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci est constituée par la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun de ces Etats». La Convention ne fait donc pas usage de la terminologie «équité» à cet égard, mais certains ont vu dans la référence aux «circonstances spéciales» une invitation à appliquer des principes équitables. Pour un historique des négociations de l'article 6, voir l'avis du Juge Oda cité dans R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), pp. 206 et 212.

⁸²¹ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 207. Pour le détail des négociations sur ces questions, voir l'Opinion Dissidente du Juge Oda dans l'*Affaire du Plateau Continental (Libyan Arab Jamahiriya c. Malte)*, Arrêt, CIJ Recueil, 1985, p. 123, ainsi que dans l'*Affaire du Plateau Continental (Tunisie c. Libye)*, Arrêt, CIJ Recueil, 1982, p. 18, para. 131-145.

⁸²² T. M. FRANCK, *op. cit.* (note 786), p. 68.

⁸²³ Article 83 UNCLOS.

⁸²⁴ LAUTERPACHT, *loc. cit.* (note 761), pp. 33-34 : a «move in the direction of a more flexible and responsive international law».

⁸²⁵ Voir H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 386 : «C'est dire qu'il n'y a plus de règle et qu'aucune "méthode" de délimitation ne peut être considérée comme obligatoire. Il y a là un grand danger d'arbitraire judiciaire...». Voir également B. H. OXMAN, «The third United Nations Conference on the law of the sea : the tenth session (1981)», *AJIL*, vol. 76, 1982, p. 14 : «One might have expected more than a text that says nothing of significance while, worse still, trying to give a contrary impression by introducing unnecessary language and avoiding recognized terminology associated with the jurisprudence and scholarship on the subject». Egalement sur cette question, voir l'Opinion Dissidente du Juge Oda dans l'*Affaire entre la Libye et Malte (Plateau Continental)*, Arrêt, CIJ Recueil, 1985, p. 123, para. 32-33 : «However, the simple invocation of "the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice" does not furnish any practical assistance towards a solution, in the absence of any more

répondrons à ces critiques que l'équité, malgré son flou juridique certain et l'absence d'indices sur les facteurs à prendre en considération pour effectuer la délimitation, a permis néanmoins aux Etats de trouver un accord sur une question particulièrement délicate, là où sans elle le traité aurait été lacunaire. La délimitation du plateau continental sur une base *ad hoc* permet l'élaboration d'un droit individualisé le mieux adapté aux circonstances propres des Etats concernés.

2) *Le rôle de l'équité dans le partage des ressources résultant d'activités dans les fonds marins et leur sous-sol*

C'est dans le contexte des négociations relatives aux limites extérieures du plateau continental que l'équité joua également un rôle majeur. L'article 1 de la Convention de Genève stipulait que l'Etat côtier conservait sa juridiction sur les ressources naturelles du plateau continental jusqu'à une profondeur de deux cents mètres ou «au-delà de cette limite, jusqu'au point où la profondeur des eaux sus-jacentes permet l'exploitation des ressources naturelles». En d'autres termes, l'Etat côtier était autorisé à étendre ses droits souverains sur les fonds marins aussi loin qu'il était en mesure de les exploiter⁸²⁶. Ce critère était bien évidemment avantageux pour les pays développés bénéficiant de la technologie nécessaire pour explorer et exploiter les ressources du plateau continental⁸²⁷. Mais cette réglementation était d'autant plus controversée que le plateau continental contient des minéraux identiques à ceux dont certains pays en développement faisaient alors le commerce⁸²⁸. Ainsi, non seulement le critère d'exploitation favorisait *de facto* un accès inégal aux ressources en faveur des pays riches, mais il menaçait directement l'économie de certains pays pauvres. Ces considérations socio-économiques furent vigoureusement défendues par l'Ambassadeur de Malte Arvid Pardo à l'issue de l'échec de la Deuxième Conférence des Nations Unies sur le Droit de la Mer⁸²⁹. Mêlant ces préoccupations à des considérations sécuritaires et le danger d'atteintes irrémédiables à l'environnement, Pardo suggéra la création d'un régime international particu-

specific designation of which rules from the entire panoply of customary, general, positive and conventional law are of particular significance. Similarly, the prescription of an equitable solution as the goal offers not the slightest clue as to what constitutes an equitable solution in the case of shelf delimitation, and no method for reaching such an equitable solution is specified. What is more, given the contractual freedom of States, each party to an agreement must be deemed to regard it as equitable, or at the very least to have waived the right to seek to undo it on grounds of inequity. Hence the reference to equity in Article 83, paragraph 1, while seeming to convey a norm of a legal nature, is, as a legal prescription, of little use : at most it can be held to prescribe the frame of mind in which the negotiators should approach their task». Pour une critique générale des articles des AEM requérant une «solution équitable», voir P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), p.126.

⁸²⁶ A. CASSESE, *International law in a divided world* (Clarendon press, Oxford, 1986), p. 379.

⁸²⁷ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 208.

⁸²⁸ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 416.

⁸²⁹ Intervention devant le Premier Comité de l'Assemblée Générale de l'ONU le 1er novembre 1967. *Id.* pp. 356 et 415-416.

lier : les fonds marins ainsi que le plateau continental au-delà de la juridiction nationale devraient faire partie du «patrimoine commun de l'humanité»⁸³⁰ dont les revenus de l'exploitation iraient en priorité aux pays en développement⁸³¹. La création d'un «patrimoine commun de l'humanité» n'était pas en elle-même contraire aux intérêts des pays développés⁸³². Cependant, la proposition de Pardo suggérait également un nouveau mode de distribution des ressources en faveur des pays en développement⁸³³, une sorte de justice distributive basée sur les besoins de ces pays. C'est une approche qui fait penser aux appels en faveur d'un Nouvel Ordre Economique Mondial⁸³⁴. La recherche d'un consensus sur les critères de distribution des profits, principal achoppement des négociations⁸³⁵, fut si ardue que les négociateurs se limitèrent à adopter un texte stipulant le «partage équitable des avantages financiers et autres avantages économiques ... en tenant particulièrement compte des intérêts et besoins des Etats en développement...»⁸³⁶.

Il est clair que certaines des critiques formulées à l'encontre du recours à l'équité dans le contexte de la délimitation du plateau continental demeurent pertinentes. La norme requérant un «partage équitable» est loin de satisfaire à l'impératif de sécurité juridique et l'identification de son contenu sera en fin de compte du ressort d'un organe juridictionnel. Il faut admettre néanmoins que l'équité va, ici, au-delà de sa forme minimaliste. Car l'accord articule clairement les principaux critères à prendre en considération dans le cadre de la distribution des ressources et, par la même, donne des indications additionnelles sur ce en quoi consiste un «partage équitable». La liste restreinte des critères à prendre en compte a l'avantage de limiter le possible contenu substantiel de l'équité et requiert une différenciation dans le droit basée

⁸³⁰ Les cinq éléments de la doctrine du patrimoine commun de l'humanité sont : pas de propriété individuelle sur le patrimoine ; gestion partagée ; profits partagés ; usage exclusivement à des fins pacifiques ; et conservation pour l'humanité, y compris les générations futures. Voir E. BROWN WEISS, *In fairness to future generations*, (The United Nations University, Tokyo, 1989), p. 48. Pour une analyse du concept du «patrimoine commun de l'humanité», voir K. BASLAR, *The concept of the common heritage of mankind in international law* (M. Nijhoff Publishers, The Hague/Boston, 1998) ; P. SREENIVASA RAO, «Environment as a common heritage of mankind : a policy perspective», dans *International law on the eve of the twenty-first century : views from the International Law Commission = Le droit international à l'aube du XXI^e siècle : réflexions de codificateurs* (New York : United Nations, 1997) ; et P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), pp. 120-122.

⁸³¹ A. CASSESE, *op. cit.* (note 826), p. 380.

⁸³² D'après le Juge Oda, «the oil industry in the United States seemed to be more willing to place the safety of its investments off the coasts of some developing nations under some kind of international control, in order to minimize the risks of eventual nationalization». Voir son Opinion Dissidente dans *l'Affaire du Plateau Continental (Tunisie c. Libye)*, CIJ Recueil, 1982, p.18, para. 91.

⁸³³ A. CASSESE, *op. cit.* (note 826), pp. 381-383.

⁸³⁴ Voir *infra* p. 187.

⁸³⁵ A. CASSESE, *op. cit.* (note 826), p. 384.

⁸³⁶ Article 160.2 f (i) UNCLOS.

principalement sur des considérations socio-économiques : les intérêts et besoins des pays en développement.

B. Les cours d'eau transfrontières

La réglementation relative aux cours d'eau transfrontières constitue un second exemple où l'équité a joué un rôle majeur dans l'élaboration d'un accord international⁸³⁷. S'inspirant de décisions d'organes judiciaires et arbitraux⁸³⁸, la communauté internationale entérina le principe d'utilisation équitable des cours d'eau internationaux en application duquel les besoins et usages de chaque Etat riverain doivent être pris en compte⁸³⁹. La Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997)⁸⁴⁰ semble aller au-delà de la fonction minimaliste de l'équité du fait qu'elle identifie une liste des facteurs à prendre en compte pour déterminer si une utilisation particulière du cours d'eau est «équitable»⁸⁴¹. Ces critères, assez nombreux, peuvent être regroupés en trois catégories : les facteurs naturels, les données historiques et les nécessités économiques et sociales⁸⁴². Ce guide pour déterminer en quoi consiste une «utilisation équitable» d'un cours d'eau a été qualifié de la meilleure description à ce jour des considérations à prendre en compte pour obtenir un «résultat équitable»⁸⁴³. On notera à cet égard que les «besoins socio-économiques des Etats» concernés figurent sur la

⁸³⁷ P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), pp. 218-222. Voir également S. UPADHYE, «The international watercourse : an exploitable resource for the developing nation under international law?», *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 2000, p. 61 ; et D. A. FRENCH, *loc. cit.* (note 785), p. 10469.

⁸³⁸ «L'idée d'attribuer à chaque intéressé un droit de participation équitable et raisonnable aux avantages que présente l'utilisation d'un cours d'eau... tire son origine du droit américain, plus précisément de la jurisprudence développée par la Cour suprême des Etats-Unis dans le cadre de litiges entre Etats fédérés...». L. CAFLISCH, «Règles générales du droit des cours d'eau internationaux», *RCADI*, vol. 219, 1989 VII, p. 141. Au niveau de la jurisprudence internationale, l'*Affaire de la Rivière Oder*, (CPJI Recueil, 1929, Série A, No 23), ainsi que la décision arbitrale dans l'*Affaire du lac Lanoux* (24 *ILR* 1957 p. 101) ont eu également un impact certain sur la consécration d'un principe d'utilisation équitable de cours d'eau transfrontières. Voir P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), p. 220 ; et O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 86.

⁸³⁹ P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), p. 220.

⁸⁴⁰ ONU doc. A/51/869. Le texte de ce traité s'inspire largement des Règles de Helsinki sur les usages des eaux internationales des cours d'eau transfrontières élaborées par l'Association de Droit International. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, «Helsinki rules on the uses of international waters of international rivers», *Report of the Fifty-Second Conference* (Helsinki, 1966), p. 486.

⁸⁴¹ Les facteurs listés dans l'article 5 des Règles d'Helsinki et l'article 6 de la Convention incluent notamment : (1) la géographie de l'eau ; (2) l'hydrologie de l'eau, et les contributions particulières en eau de chaque Etat ; (3) le climat ; (4) les utilisations passées et actuelles de l'eau ; (5) les besoins socio-économiques de chaque Etat ; (6) la population dépendante de l'eau dans chaque Etat ; (7) les coûts comparatifs pour des moyens alternatifs de satisfaire ces besoins en eau ; (8) la disponibilité d'autres ressources ; (9) l'évitement du gaspillage inutile d'eau ; (10) la prévisibilité pour un Etat de recevoir une compensation en cas de dommage à l'eau.

⁸⁴² L. CAFLISCH, *loc. cit.* (note 838), pp. 145-146.

⁸⁴³ D. A. FRENCH, *loc. cit.* (note 785), p.10469.

liste des facteurs pertinents. Cette prise en compte répond à des préoccupations d'équité économique et de justice distributive dans le cadre de l'allocation et de la jouissance de ressources naturelles. L'impact de ce guide sur l'élaboration d'une définition plus substantielle de l'équité ne doit cependant pas être surestimé. En effet, les considérations socio-économiques ne constituent qu'un seul des facteurs suggérés sur une liste par ailleurs non exhaustive. Nous soutenons, au contraire, que permettre la prise en compte d'un tel nombre de facteurs vient à l'encontre des efforts visant à cerner le sens de l'expression «utilisation équitable» : elle ne fait que renforcer l'approche contextuelle qu'il faut en avoir. On en conclut qu'il semble futile d'essayer de se baser sur cette liste pour tenter de définir ce en quoi consiste une «utilisation équitable» des cours d'eau transfrontières⁸⁴⁴. Cette conclusion est appuyée par le fait que même si le principe d'«utilisation équitable» des cours d'eau transfrontières est une règle de droit coutumier⁸⁴⁵, son application *mutatis mutandis* à d'autres domaines du droit international relatif aux ressources naturelles porterait à controverse⁸⁴⁶. En conclusion, ce qui pouvait sembler comme un effort prometteur pour donner un contenu substantiel à l'équité dans le contexte de l'allocation et la jouissance des ressources naturelles ne fait que réaffirmer la fonction minimaliste de l'équité dans le cadre d'une procédure: la norme sera individualisée au cas concret, et donc différenciée. Ce résultat, qui implique une certaine absence de sécurité juridique, ne doit pas inquiéter car «cette imprécision... dérive de la nature même des choses»⁸⁴⁷.

C. Conclusion

L'objectif de ce chapitre était de mettre en évidence le lien entre le rôle de l'équité dans l'élaboration de traités et le recours à la technique d'élaboration de normes différenciées ou de normes contextuelles. Les négociations relatives au droit de la mer et aux cours d'eau internationaux constituent deux exemples où les Etats ont eu recours à l'équité comme élément essentiel d'un accord visant à réglementer l'allocation et la jouissance de ressources naturelles sur une base autre qu'un partage à parts égales entre les parties concernées.

⁸⁴⁴ P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), p. 127.

⁸⁴⁵ Quand bien même la règle de l'utilisation équitable des cours d'eau transfrontières est intégrée dans de nombreux traités multilatéraux, sa nature coutumière n'est pas sans controverse. *Ibid.* et pp. 219-222. Dans l'*Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour se réfère au «droit fondamental (de la Hongrie) à une part équitable et raisonnable des ressources d'un cours d'eau international», sans pour autant clarifier la source de ce droit. Voir CIJ Recueil, 1997, para. 78. Pour une discussion de cet arrêt, et notamment de l'argumentation de la Cour sur l'usage équitable du Danube, voir S. UPADHYE, *loc. cit.* (note 837), pp. 81- 83.

⁸⁴⁶ Ecrivant en 1994, Sands prédit que «equity (in relation to the allocation of shared natural resources) is likely to play an important role in the coming years». P. SANDS, *op. cit.* (note 6), p. 205.

⁸⁴⁷ L. CAFLISCH, *loc. cit.* (note 838), p. 162.

Nous avons montré que les Etats font usage de l'équité en tant que procédure et en tant que résultat. Dans sa première fonction, l'équité requiert qu'un processus particulier soit suivi lors de l'adoption d'une norme. Exemples à l'appui, nous avons montré que cette forme d'équité, dite minimaliste, requiert que les circonstances particulières d'un cas concret soient prises en considération. C'est notamment le cas dans le cadre de la délimitation du plateau continental ainsi que pour évaluer si des Etats riverains font une utilisation équitable des cours d'eau internationaux. Dans ces deux cas, l'équité constitue la fondation d'une approche différenciée dans le droit. La manière dont cette différenciation va se traduire en pratique - sur quelle base, au bénéfice de quel Etat et avec quel objectif - n'est cependant pas précisée. En somme, les Parties bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'identification du contenu de la norme. Cette marge de manœuvre est réduite dans la mesure où les Etats donnent à l'équité un contenu plus substantiel. Sous cette deuxième forme, l'équité sert de guide pour préciser le contenu de la norme : elle fournit, de manière plus ou moins élaborée, l'objectif d'une différenciation, les circonstances particulières à prendre en considération ainsi que les bénéficiaires de la différenciation. Au travers de l'exemple de la réglementation relative au partage de bénéfices résultant de l'exploitation des fonds marins, nous avons montré que l'équité peut devenir synonyme de justice distributive basée sur des considérations socio-économiques. Dans ce cas, l'équité sert de fondement à une différenciation dans le droit entre pays développés et pays en développement, au bénéfice de ces derniers.

Section III

L'équité et le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats

Les exemples de différenciation dans le droit que nous avons précédemment identifiés dans le cadre de la Convention sur le droit de la mer et de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation⁸⁴⁸ mettent en évidence le rôle que joue l'équité au niveau de l'allocation des ressources naturelles. Nous avons montré à cet égard que ce concept peut justifier que des droits soient différenciés sur la base du niveau de développement des Etats concernés. L'équité joue un rôle non moins négligeable dans le contexte de l'allocation des responsabilités en cas de dommage aux ressources naturelles. Ainsi, l'équité exerce une fonction clé non seulement au niveau de l'allocation des ressources naturelles mais au niveau

⁸⁴⁸ Voir *supra* p. 176ss.

de la responsabilité en cas de pollution⁸⁴⁹. Dans ce contexte, l'équité permet de déterminer quel Etat, et sur la base de quel critère, assume la charge de protéger ces ressources ou de faire face à un dommage les menaçant. Le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives constitue un principe équitable permettant de répartir entre les Etats la responsabilité de lutter contre une atteinte à l'environnement. Ce principe, qui vise à faire face au «problème majeur» (selon l'expression du Professeur Georges Abi-Saab⁸⁵⁰) que constitue la répartition des charges, sert donc de base à un traitement différencié des Etats. Dans le dessein de mieux comprendre les tenants et aboutissants de ce principe, nous commencerons par rechercher ses origines⁸⁵¹.

§ 1 Les origines du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats

A. L'évolution des relations internationales

La différenciation dans le droit, en tant qu'approche fondée sur l'équité requérant que l'allocation de ressources naturelles soit effectuée de manière à favoriser les pays en développement, constitue un cheval de bataille de ces pays depuis les années septante. Bien que la différenciation dans le droit soit une technique juridique ayant des origines plus anciennes et pouvant servir des objectifs divers⁸⁵², c'est pendant cette période que les Etats ont progressivement invoqué l'équité dans ce sens particulier, surtout dans le cadre de la négociation de traités relatifs aux ressources naturelles⁸⁵³. Ce phénomène ne peut s'expliquer sans se référer au contexte dans lequel il s'est développé. D'une part, les relations internationales ont dépassé le cadre de préoccupations bilatérales pour s'intéresser à des objectifs globaux. S'affranchissant des limites de

⁸⁴⁹ E. BROWN WEISS, *loc. cit.* (note 12), p. 703 ; et, également du même auteur, «Environmental equity : the imperative for the twenty-first century», dans W. LANG, *op. cit.* (note 10), p. 18.

⁸⁵⁰ G. ABI-SAAB, *op. cit.* (note 280), p. 445.

⁸⁵¹ L'importance du contexte historique pour comprendre ce principe est particulièrement bien illustré par Mann : «These two foundation documents of international environmental law (*ndlr* the Stockholm Déclaration on the World Environment - UN Doc. A/ Conf.48/14/Rev. 1, 1972, reprinted in 11 ILM 1416 (1972), and the World Charter for Nature - UN Doc. A/Res./37/7, 1982), while forming decennial touchstones in the area, do not, in my view, provide a complete historical context for understanding the present Rio Declaration debates and their possible outcome. One must also look to other documents developed in the UN system. Principal among these are the Charter of Economic Rights and Duties of States (representing either the high point or the low point, depending on one's perspective, of the debate on the new international economic order), and the Declaration on the Right to Development, adopted by the General Assembly in 1986». Déclaration de Howard Mann, dans P. R. WILLIAMS, «Issues relating to the 1992 Brazil conference on the environment», *Proc. ASIL*, vol. 86, 1992, pp. 406-407.

⁸⁵² Voir *supra* p. 158ss.

⁸⁵³ A. M. HALVORSEN, *op. cit.* (note 6), p. 75.

la coexistence, elles se sont muées en outil de coopération entre Etats⁸⁵⁴. D'autre part, et logiquement, cette évolution a engendré une mutation du droit international : d'un «droit minimaliste»⁸⁵⁵ il est devenu un vaste domaine de réglementation prenant en compte les intérêts de l'ensemble de la communauté des Etats⁸⁵⁶.

Au dix-neuvième siècle, les Etats comprennent qu'il est dans leur intérêt commun de réglementer certains domaines des relations internationales, tels que le *jus in bello*⁸⁵⁷. Le développement d'un droit international relatif à des questions préoccupant tous les Etats est cependant alors à un stade précoce : des «îlots de droit de coopération dans un océan de droit de coexistence»⁸⁵⁸. En effet, jusqu'à la Première Guerre Mondiale, le droit international, qu'il soit coutumier ou sous la forme de traités, constitue principalement un outil visant à exprimer et renforcer des relations, basées sur la force, entre des Etats souverainement égaux⁸⁵⁹. En substance, les traités sont généralement caractérisés par une stricte réciprocité : les Etats prennent des engagements mutuellement symétriques et identiques⁸⁶⁰. A l'issue de la Grande Guerre, le développement du droit international est influencé par deux courants. D'une part, avec la révolution industrielle à la fin du dix-neuvième siècle et l'émergence d'une économie internationale, les Etats prennent conscience de leurs liens d'interdépendance⁸⁶¹. D'autre part, un courant idéaliste marque les relations internationales : le droit international devrait également avoir des objectifs éthiques visant à réformer les relations internationales et les sociétés au travers d'initiatives telles que la promotion de la paix, du développement ainsi que la protection des droits de l'homme⁸⁶². Cette approche idéaliste des relations internationales fut amplifiée à l'issue de la Seconde Guerre Mondiale comme en témoigne la création des Nations Unies ainsi que le processus de décolonisation. Dans les années soixante, les relations internationales sont caractérisées par deux courants apparemment contraires. D'un côté, il est admis que les problèmes globaux, tels que les atteintes à l'environnement, requièrent la coopération entre tous les Etats⁸⁶³. Cette prise de conscience,

⁸⁵⁴ Sur l'évolution du droit international, voir G. ABI-SAAB, *op. cit.* (note 280), pp. 324-326. Voir également P. CULLET, *loc. cit.* (note 726), p. 549 ; et S. PANNATIER, *L'Antarctique et la protection internationale de l'environnement* (Neuchâtel, 1994), p. 202.

⁸⁵⁵ P. ALLOTT, *Eunomia – new order for a new world* (1990) p. 324.

⁸⁵⁶ B. CONFORTI, *loc. cit.* (note 780), p. 164.

⁸⁵⁷ Le droit international humanitaire est né en 1864 à la suite de l'adoption de la première Convention de Genève. Voir J. FREYMOND (dir.), *Le Comité International de la Croix-Rouge* (Genève, 1984), p. 21.

⁸⁵⁸ G. ABI-SAAB, *op. cit.* (note 280), p.326.

⁸⁵⁹ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 25.

⁸⁶⁰ M. VIRALLY, «La réciprocité dans le droit international», *RCADI*, vol. 122, 1967, p. 23.

⁸⁶¹ G. ABI-SAAB, *op. cit.* (note 280), p. 325.

⁸⁶² H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 25.

⁸⁶³ S. PANNATIER, *op. cit.* (note 854), pp. 31 et 210.

particulièrement ancrée dans les pays développés, exige que les droits souverains des Etats d'exploiter leurs ressources naturelles soient limités⁸⁶⁴. De l'autre côté, beaucoup de nouveaux Etats résistent à toute tentative de «supranationalisation»⁸⁶⁵ tout en essayant de réorienter le droit international vers des objectifs de développement⁸⁶⁶. Pour ces pays, le principe formel d'égalité souveraine entre les Etats doit devenir «réel»⁸⁶⁷ : les ressources mondiales doivent être distribuées en conséquence⁸⁶⁸.

B. La Conférence de Stockholm

C'est sur fond de préoccupations potentiellement contradictoires entre pays développés et en développement⁸⁶⁹ que les Etats se réunissent à Stockholm en 1972 pour la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement Humain⁸⁷⁰. Parmi les textes non légalement contraignants adoptés à l'issue de cette conférence, la Déclaration des Principes pour la Préservation et l'Amélioration de l'Environnement Humain⁸⁷¹ intègre les points de vue des deux groupes de pays. Le Principe 24, par exemple, exprime la conviction commune de tous les Etats qu'ils doivent coopérer par le biais d'arrangements multilatéraux pour résoudre les problèmes internationaux d'atteinte à l'environnement. Ce principe demande donc un effort de la part de l'ensemble de la communauté inter-

⁸⁶⁴ A. HURRELL et B. KINGSBURY, *op. cit.* (note 727), p. 7 ; et W. LANG, *op. cit.* (note 10), p. 288.

⁸⁶⁵ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 728 : «Ils (les pays en développement) se veulent des Etats comme les autres, souverains et égaux, participant certes à une communauté internationale, mais égalitaire. Même au sein des organisations internationales, l'attachement à l'égalité du droit de vote, la méfiance à l'égard des organes restreints, témoignent de la volonté de maintenir, voire de promouvoir l'unité et l'homogénéité du statut de l'Etat». Voir également A. HURRELL et B. KINGSBURY, *op. cit.* (note 727), p. 7. Pour une analyse de l'importance du principe d'égalité souveraine pour les pays en développement, voir ZHENG-KANG, *loc. cit.* (note 811), p. 61.

⁸⁶⁶ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 716.

⁸⁶⁷ *Id.* p. 738 : «...il ne saurait exister de règle identique qu'entre égaux et (que) l'inégalité réelle, telle que manifeste dans les faits, appelle sur le terrain du droit une "inégalité compensatrice" pour que soient reconstituées les conditions nécessaires d'une véritable égalité, juridique autant qu'effective».

⁸⁶⁸ *Id.* p. 30. Pour une perspective des pays en développement sur la tension entre les objectifs de protection de l'environnement et les besoins de développement, voir R. P. ANAND, «Development and environment : the case of the developing countries», *Indian JIL*, vol. 24, 1980, p. 1.

⁸⁶⁹ P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), p 3 : «It was perceived at the time of the Stockholm Conference that progress on environmental protection was inextricably linked, especially for developing countries, with progress in economic development». Pour le détail de la manière dont les préoccupations des pays en développement ont été prises en compte à Stockholm, voir K. MICKELSON, «Rhetoric and rage : third world voices in international legal discourse», *Wisconsin International Law Journal* (summer 1998), p. 353.

⁸⁷⁰ Les pays de l'Est ne participèrent pas à la Conférence : elle ne fut donc pas véritablement «globale». Voir P. SANDS, R. G. TARASOFSKY et M. WEISS, *op. cit.* (note 3), p 7 : «Delegates from 113 States attended the Conference, representing most of the UN membership with the exception of the USSR, Cuba and a number of the other socialist countries who refused to attend on the ground that the criteria for invitation excluded certain States, notably the German Democratic Republic».

⁸⁷¹ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement Humain*, ONU doc. A/CONF.48/14, pp. 2-65 et Corr. 1(1972), 11 ILM (1972), p. 1416.

nationale dans le domaine de la protection de l'environnement global, une préoccupation particulière des pays développés. En parallèle, les intérêts des pays en développement sont intégrés dans les principes 9, 12 et 23⁸⁷² ainsi que dans les paragraphes 4 et 7 du préambule de la Déclaration⁸⁷³. Ces paragraphes reconnaissent les priorités de développement de ces pays ainsi que la nécessité pour les pays industrialisés de les aider dans leurs efforts de protection de l'environnement. Ces principes constituent la base pour des obligations différenciées en matière de protection de l'environnement et de fourniture d'assistance technique et financière. Sans faire référence explicitement à l'équité⁸⁷⁴, la Déclaration pose la pierre fondatrice d'une approche différenciée dans le droit international de l'environnement entre pays développés et en développement sur la base de leurs différents niveaux de développement.

C. *Le Nouvel Ordre Economique Mondial*

En 1974, l'Assemblée Générale de l'ONU lance un appel en faveur d'un Nouvel Ordre Economique Mondial (NOEM)⁸⁷⁵. Dans le contexte de la décolonisation, les pays en développement demandent un partage plus équitable des richesses mondiales pour corriger les inégalités entre pays développés et en développement, ainsi que pour réparer les préjudices résultant de la colonisation⁸⁷⁶. Par le biais de l'adoption de trois Résolutions⁸⁷⁷, l'Assemblée

⁸⁷² Le Principe 23 indique que l'application de normes environnementales pour les pays développés aux pays en développement peut être inappropriée en raison de leur coût social trop élevé. Les Principes 9 et 12 reconnaissent l'importance de transférer une assistance technique et financière aux pays en développement ainsi que le besoin de fournir une assistance « additionnelle » en cas de mise en œuvre de normes de protection de l'environnement.

⁸⁷³ Le paragraphe 4 reconnaît que les pays en développement doivent mettre leurs efforts dans leur développement et que les pays industrialisés doivent réduire le fossé entre eux-mêmes et les pays en développement. Le paragraphe 7 stipule que pour atteindre cet objectif de protection de l'environnement, il faut que la coopération internationale permette de dégager les fonds nécessaires afin que les pays en développement puissent s'acquitter de leurs responsabilités.

⁸⁷⁴ L'unique référence à l'équité dans la Déclaration de Stockholm n'est pas dans un contexte pays développé - en développement. En effet, dans le paragraphe 7 du Préambule, ce sont uniquement les « citoyens, communautés, entreprises et institutions de tout niveau » qui sont invités à partager de manière équitable les efforts de protection de l'environnement.

⁸⁷⁵ Pour une analyse du NOEM, voir M. BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international* (Paris, 1979). Voir également U. BAXI, « The new international economic order, basic needs and rights : notes towards development of the right to development », *Indian JIL*, vol. 23, 1983, p. 225. Selon Cullet, deux facteurs au moins permirent aux pays en développement de traduire leurs préoccupations par le biais de Résolutions de l'Assemblée Générale : d'une part, la crise énergétique avait mis en évidence la dépendance des pays développés vis-à-vis des pays en développement ; d'autre part, les pays en développement étaient majoritaires au sein de l'Assemblée Générale. P. CULLET, *loc. cit.* (note 726), p. 567.

⁸⁷⁶ M. W. JANIS, *loc. cit.* (note 761), p. 16. Voir également M. BEDJAOUI, *op. cit.* (note 875), p. 127 : « This international law of participation, genuinely all-embracing and founded on solidarity and cooperation must give great prominence to the principle of equity (which corrects inequalities) rather than to the principle of equality. In doing so, it must keep the objective in view, which consists of reducing and, if possible, even eradicating the gap that exists between a minority of rich nations and a majority of poor nations ».

Générale fait sienne les préoccupations des pays en développement et consacre l'équité comme la pierre fondatrice d'une justice internationale et un système économique plus juste⁸⁷⁸. Plus précisément, des considérations d'équité requièrent que les pays du Tiers Monde puissent se développer, notamment au travers d'un meilleur contrôle de leurs ressources naturelles⁸⁷⁹, que le fossé des niveaux de vie entre pays développés et en développement soit réduit et que, dans cet objectif, des ressources soient transférées des pays riches vers les pays pauvres⁸⁸⁰. L'appel pour un NOEM, solidement ancré dans la notion de traitement différencié au bénéfice des pays en développement⁸⁸¹, cristallise les aspirations de développement de ces pays. «L'équité économique»⁸⁸², une forme de justice distributive, requiert que les ressources soient allouées sur la base d'un critère essentiel : faire face aux besoins des pays en développement⁸⁸³.

⁸⁷⁷ AG Res. 3201 (S-VI) sur la Déclaration sur l'établissement d'un NOEM ; AG Res. 3201 (S-VI) sur le Programme d'action sur l'établissement du NOEM ; et AG Res 3281 (XXIX) sur la Charte sur les droits et devoirs économiques de l'Etat.

⁸⁷⁸ D. A. FRENCH, *loc. cit.* (note 785), p 10469.

⁸⁷⁹ Déjà en 1962, les pays en développement parvinrent à faire adopter une résolution sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (AG Res. 1803). Ce principe fut réaffirmé dans les Résolutions de l'Assemblée Générale sur le NOEM et a depuis été intégré dans de nombreux traités internationaux. Selon Eejima, l'objectif de la Résolution 1803 était pour les ex-colonies d'invoquer le principe de souveraineté sur leurs ressources naturelles pour se protéger d'ingérences de la part d'autres Etats ou des compagnies étrangères. Voir N. M. EEJIMA, «Sustainable development and the search for a better environment, a better world : a work in progress», *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y*, vol. 18, 1999/2000, p. 109, faisant référence à N. SCHRIJVER, *Sovereignty over natural resources* (1997). Selon Birnie et Boyle, les ex-colonies voulaient également affirmer leur prérogative «to nationalize or control foreign-owned resources and industries, free from some of the older rules which protected foreign investments». Voir P. BIRNIE et A. BOYLE, *op. cit.* (note 3), pp. 113-114.

⁸⁸⁰ D. B. MAGRAW, *loc. cit.* (note 6), p. 77.

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² Cette expression revient à HAQ, «From charity to obligation : a third world perspective on concessional resource transfers», *Texas ILJ*, vol. 14, 1979, p. 406. D'autres auteurs se réfèrent à une «justice économique distributive». Voir par exemple N. M. EEJIMA, *loc. cit.* (note 879), p. 111.

⁸⁸³ M. W. JANIS, *loc. cit.* (note 761), p. 22. L'équité, en tant que justice distributive basée sur les besoins socio-économiques des Etats concernés, recueille les suffrages d'une grande partie de la doctrine. Dans les années septante, Schachter met en évidence le rôle de l'équité comme principe directeur pour le partage des ressources mondiales et suggère qu'un tel partage devrait s'effectuer sur la base des besoins des pays. Voir O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 732), pp. 7 et 82. Plus récemment, Ginther considère que l'équité peut se référer à un ensemble de principes «that induce and regulate the levelling of historically grown and politically-legally upheld developmental and social disparities on international and national levels. Their function is to guide international standard-setting and law-making in the process of promoting a new socio-political order of sustainable development». Voir K. GINTHER, «Comment on the paper by Edith Brown Weiss», dans W. LANG, *op. cit.* (note 10) p. 30. Et en 1986, l'Association de Droit International déclare qu'«un nouvel ordre économique international devrait être développé en accord avec le principe d'équité, c'est-à-dire que ce développement devrait viser à obtenir un équilibre juste entre les intérêts divergeants et convergeants et en particulier entre les intérêts des pays développés et en développement». Voir INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA), «Déclaration de Séoul (1986) sur le développement progressif des principes de droit international relatifs au Nouvel Ordre Economique Mondial», *Report of the Sixty-Second Conference, Seoul, August 1986* (London, 1987) p. 429.

Le NOEM a permis de poser les fondations d'une partie de ce qui, vingt ans plus tard, deviendra le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives : tout comme ce fut le cas dans la Déclaration de Stockholm, une différence de traitement entre pays développés et en développement est justifiée par leurs différences en termes de développement socio-économique. Ce critère constitue un des piliers de la différenciation du principe précité.

§ 2 La Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement

La fin des années septante et les années quatre-vingt marquent le déclin du NOEM⁸⁸⁴ : «la remise en cause radicale de l'ordre économique international de l'après-guerre n'a pas eu lieu. Ainsi, les plus importantes revendications des pays en voie de développement dans le domaine du nouvel ordre économique international ne se sont traduites que dans des principes de soft law»⁸⁸⁵. Cette défaite est particulièrement évidente dans deux contextes. Il s'agit d'une part de l'affaiblissement du principe du traitement spécial et différencié des pays en développement dans l'Accord Final de l'Uruguay Round sur le GATT. Il s'agit, d'autre part, de l'attaque lancée par les responsables politiques des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni sur les Accords internationaux relatifs aux matières premières (International Commodity Agreements) dont l'objectif était de stabiliser les prix par le biais d'interventions gouvernementales sur les marchés⁸⁸⁶. Il existe néanmoins une exception notable à la résistance affichée par les pays riches à accepter des engagements juridiquement contraignants basés sur des considérations d'équité et de justice distributive. C'est le cas des instruments juridiques relatifs aux ressources naturelles, en particulier dans le domaine de la protection de l'environnement. Là, la communauté internationale a consacré l'approche équitable que constitue l'élaboration de normes différenciées au bénéfice des pays en développement dans de nombreux traités relatifs à l'allocation de droits et responsabilités sur les ressources naturelles. Ces exceptions au rejet des principes de base du NOEM s'expliquent essentiellement par des considérations pratiques. Comme Hurrell le souligne sans ambages : «Crudely speaking, the global environment is an area where the poor matter to the rich and where concessions have had to

⁸⁸⁴ En lieu et place d'obligations unilatérales de compensation mises à la charge des pays développés aux fins de réparer les injustices de l'ère coloniale, une nouvelle forme de solidarité basée sur la responsabilité mutuelle des deux groupes de pays et leur coopération fut consacrée. Voir P. CULLET, *loc. cit.* (note 726), p. 568.

⁸⁸⁵ J. A. PASTOR RIDRUEJO, *loc. cit.* (note 732), pp. 301-302.

⁸⁸⁶ B. S. CHIMNI, «Marxism and international law : a contemporary analysis», *Economic and Political Weekly* (6 Février 1999) p. 337.

be made in the interest of creating new cooperative regimes»⁸⁸⁷. Ce sera notamment le cas lorsque les problèmes environnementaux d'envergure globale mettent en évidence l'interdépendance de tous les pays et requièrent une action concertée de la part de l'ensemble de la communauté internationale⁸⁸⁸. Dans ce contexte, une approche différenciée devient logiquement un outil de négociation majeur pour prendre en compte la diversité des intérêts des Etats.

Les différentes priorités des pays développés et en développement, et donc le lien entre développement et environnement, devient un élément central du travail de la Commission Mondiale sur l'Environnement et le Développement (CMED). Egalement appelée Commission Brundtland⁸⁸⁹, cette commission devait servir de catalyseur en vue de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement (CNUED). Dans son rapport de 1987, Notre Futur à Tous, la Commission popularise la terminologie «développement durable»⁸⁹⁰, un concept répondant à des préoccupations d'équité entre les générations actuelles («intragenerational equity»⁸⁹¹) et entre ces générations et les générations futures («intergenerational equity»⁸⁹²).

En juin 1992, la CNUED⁸⁹³ se réunit autour de «l'objectif commun de tous les pays, à savoir le renforcement de la coopération internationale en vue de favoriser la croissance et le développement dans un monde entier et estimant que, en raison du caractère mondial des grands problèmes environnementaux, tous les Etats ont intérêt à appliquer des politiques visant à assurer un développement durable et écologiquement rationnel dans le cadre d'un bon équilibre écologique»⁸⁹⁴. Beaucoup souhaitaient que la conférence introduise

⁸⁸⁷ A. HURRELL, «Global inequality and international institutions», *Metaphilosophy*, vol. 32, janvier 2001, p. 53.

⁸⁸⁸ Pour le détail de l'incorporation progressive de normes différenciées dans les AEM, voir D. B. MAGRAW, *loc. cit.* (note 6), p. 90 ; A. M. HALVORSEN, *op. cit.* (note 6), p. 75 ; et P. SANDS, *op. cit.* (note 6), p. 219.

⁸⁸⁹ La CMED, présidée par le Premier Ministre Gro Brundtland, fut établie par la Résolution de l'Assemblée Générale 38/161 du 19 décembre 1983 avec trois objectifs : réexaminer les questions critiques d'environnement et de développement et formuler des propositions réalistes pour y remédier ; proposer de nouvelles formes de coopération internationale sur ces questions qui pourraient avoir une influence sur les politiques et les événements en vue de les modifier dans le sens voulu ; et élever le niveau des connaissances et d'engagements des individus, organisations volontaires, entreprises, institutions et gouvernements. Voir P. SANDS, *op. cit.* (note 6), p. 45.

⁸⁹⁰ Le développement durable est un «development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs». Voir WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *op. cit.* (note 16) p. 43.

⁸⁹¹ K. MICKELSON, *loc. cit.* (note 869), p. 353. Voir également S. PANNATIER, *op. cit.* (note 854), p. 231.

⁸⁹² Pour une discussion du principe d'équité entre les générations actuelles et futures, voir E. BROWN WEISS, *op. cit.* (note 849) ; et, du même auteur, «The rise or the fall of international law ?», *Fordham Law Review*, vol. 69, 2000, p 369.

⁸⁹³ Pour un bref historique de la CNUED, voir P. SANDS, *op. cit.* (note 6), p. 48. Voir également M. PALLEMAERTS, *loc. cit.* (note 7), p. 623.

⁸⁹⁴ AG Res. 43/196 (1988), para. 3.

un «Nouvel Ordre Ecologique Mondial»⁸⁹⁵. Il s'agissait en effet d'allouer les responsabilités futures en matière de protection de l'environnement entre des Etats aux niveaux de développement différents, ayant contribué de manière différente aux problèmes environnementaux et avec des priorités différentes⁸⁹⁶. Les divergences entre les pays industrialisés et les pays en développement⁸⁹⁷ polarisèrent les négociations de la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement⁸⁹⁸. Pour le premier groupe de pays, la priorité était de faire face aux problèmes environnementaux de nature globale. Pour atteindre cet objectif, il fallait convaincre les pays en développement de participer à l'effort commun. Pour le second groupe de pays, l'agenda environnemental des pays riches était considéré comme une nouvelle forme de colonisation à laquelle il fallait résister en réaffirmant leur priorité de développement. Le principe des responsabilités communes mais différenciées des Etats consacré lors de la CNUED permis d'établir un pont entre ces priorités différentes : entre environnement et développement. Ce principe, déjà consensuel dans le cadre des négociations relatives à la Convention climat⁸⁹⁹, fut adopté sous la forme du Principe 7 de la Déclaration de Rio, qui est le dernier Principe sur lequel les Etats se mirent d'accord⁹⁰⁰.

On se le rappelle, le Principe 7 se lit comme suit :

«Les Etats doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Etant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les Etats 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».

Pendant le Sommet Mondial sur le Développement Durable⁹⁰¹, le principe des responsabilités communes mais différenciées fit l'objet d'une attention

⁸⁹⁵ J. PRONK, «A new international ecologic order», *International Spectator*, vol. 14, 1991, pp. 728-732.

⁸⁹⁶ P. SANDS, *op. cit.* (note 6), p. 60.

⁸⁹⁷ I. PORRAS, *op. cit.* (note 17), pp. 22-23. Voir également P. SAND, *op. cit.* (note 17), p. 74.

⁸⁹⁸ ONU doc. A/CONF.151/5.

⁸⁹⁹ Bien que la Convention climat ait formellement été adoptée après la Déclaration de Rio, le libellé du principe des responsabilités communes mais différenciées fut d'abord agréé dans le cadre des négociations de la Convention climat. Voir I. PORRAS, *op. cit.* (note 17), p. 28 et note de bas de page 16.

⁹⁰⁰ J. D. KOVAR, «A short guide to the Rio Declaration», *Colorado Journal of international Environmental Law an Policy*, vol. 4, 1993, p. 128.

⁹⁰¹ La Conférence célébrant les dix ans de Rio s'est tenue en septembre 2002 à Johannesburg. Elle fut convoquée sur la base de la Résolution de l'Assemblée Générale A/RES/55/1999. A l'issue de la Conférence, les Etats adoptèrent la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable (ONU doc. A/CONF.199/L.6/Rev.2 et Corr.1) et le Plan d'Application du Sommet Mondial de Johannesburg pour le développement durable (ONU doc. A/CONF.199/L.3/Add.1 à 13).

particulière. Sous la pression des pays en développement, le Plan d'Application adopté à l'issue de la conférence ne contient pas moins de huit références à ce principe. Dix ans après sa consécration, le principe des responsabilités communes mais différenciées a pris une importance croissante en tant que pilier de la coopération internationale non seulement dans le domaine de la protection de l'environnement, mais, plus globalement, dans le domaine du droit relatif au développement durable⁹⁰².

Ancré dans l'équité en droit international⁹⁰³, le principe des responsabilités communes mais différenciées offre deux bases pour un traitement différencié dans l'attribution des responsabilités pour faire face à une atteinte à l'environnement. Justifié par des considérations environnementales (le degré de responsabilité vis-à-vis du dommage à l'environnement)⁹⁰⁴ et de développement (la capacité des Etats à faire face au dommage)⁹⁰⁵, un traitement différencié est désormais au cœur des efforts globaux visant à faire face aux atteintes à l'environnement mondial.

Section IV

La différenciation dans la Convention climat et le Protocole de Kyoto

§ 1 La différenciation dans la Convention climat

L'élaboration de normes différenciées et contextuelles est fermement ancrée dans la Convention climat, d'une part par le biais d'un principe guidant les Parties dans leurs efforts pour atteindre l'objectif ultime de la Convention,

⁹⁰² M.-C. CORDONNIER SEGGER, A. KHALFAN, M. GEHRING et M. TOERING, « Prospects for principles of international sustainable development law after the WSSD : common but differentiated responsibilities, precaution and participation », *RECIEL*, vol 12/1 (2003), pp. 57-58.

⁹⁰³ P. SANDS, *op. cit.* (note 6), p. 217. Selon Cullet, le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives « cristallise » les préoccupations d'équité en droit international de l'environnement. P. CULLET, *loc. cit.* (note 12), p. 169. Voir également E. BROWN WEISS, *loc. cit.* (note 12), p. 703.

⁹⁰⁴ Une version initiale de ce principe rédigée par le G77 et intitulée « responsabilité principale » visait principalement la responsabilité historique des pays développés vis-à-vis des atteintes à l'environnement : « The major historical and current cause of the continuing deterioration of the global environment is the unsustainable pattern of production and consumption, particularly in developed countries. Thus, the responsibility for containing, reducing and eliminating global environmental damage must be borne by the countries causing such damage, must be in relation to the damage caused and must be in accordance with their respective capabilities », cité par E. BROWN WEISS, *id.* p. 705 et note de bas de page 178.

⁹⁰⁵ Tout comme les résolutions relatives à la Conférence de Stockholm et au NOEM, le Principe 7 consacre les différents niveaux de développement comme base de traitement différencié. En ce qui concerne le besoin de réduire le fossé entre pays riches et pays pauvres, voir les Principes 3 (droit au développement), 5, 6 et 11.

d'autre part par le biais de normes contenant des droits et obligations spécifiques.

A. *Le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties*

Le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties constitue un des principes devant guider les efforts des Parties pour préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures⁹⁰⁶.

L'introduction, dans le texte de la Convention, d'un article consacré à des «principes», de même que le contenu de ces principes, furent l'objet de négociations difficiles opposant les pays industrialisés aux pays en développement. La plupart de ces derniers étaient de l'avis que les principes de la Convention devaient être précisés dans le corps du traité, alors que la plupart des pays industrialisés, Etats-Unis d'Amérique en tête, questionnaient l'utilité ainsi que la portée juridique de ceux-ci⁹⁰⁷. En fin de compte, les pays en développement réussirent à imposer la consécration d'un certain nombre de principes, notamment le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties, dans un article à part entière de la Convention. De leur côté, les pays industrialisés parvinrent à limiter la portée de ces principes par le biais d'un préambule à cet article. Ce préambule se lit :

«Dans les mesures qu'elles prendront pour atteindre l'objectif de la Convention et en appliquer les dispositions, les Parties se laisseront guider, entre autres, par ce qui suit ... ».

En utilisant la terminologie «entre autres», le préambule montre que la liste des principes n'est pas exhaustive. Par ailleurs, le préambule spécifie que les principes sont là pour guider les «Parties» à la Convention, et non pas n'importe quel Etat. Enfin, le préambule stipule que les principes visent les actions des Parties «pour atteindre l'objectif de la Convention», et non pas n'importe quelle action⁹⁰⁸.

L'article 3.1 de la Convention se lit :

«Il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, sur la base de l'équité et en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées et de leurs capacités respectives. Il

⁹⁰⁶ Article 3.1 de la Convention climat.

⁹⁰⁷ D. BODANSKY, *op. cit.* (note 25), p. 213.

⁹⁰⁸ *Ibid.* Pour d'autres exemples du «tactical desire» des Etats-Unis de se prémunir des possibles conséquences juridiques attribuées à certains termes utilisés dans le cadre des AEM, voir P. SAND, *op. cit.* (note 17), p. 68.

appartient, en conséquence, aux pays développés Parties d'être à l'avant-garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes.»

Le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives est donc clairement associé à l'équité. A cet égard, malgré l'absence de consensus sur la teneur et la portée exacte de l'équité dans le contexte des changements climatiques⁹⁰⁹, l'équité est devenue un «principe cardinal»⁹¹⁰ à la fois dans le cadre des négociations et dans la littérature y relative⁹¹¹. Comme on peut s'en douter, la Convention n'offre pas de définition précise de l'«équité»⁹¹² : c'est d'ailleurs certainement en raison de sa «constructive ambiguity» que ce terme a recueilli l'adhésion de toutes les Parties⁹¹³. La consécration du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives constitue bien un effort pour cerner l'équité par le biais de l'élaboration des critères devant guider l'allocation de droits et obligations différenciées entre les Parties, mais son interprétation est sujette à controverse. Car si tout le monde s'accorde sur le fait que les Etats ont une responsabilité «commune» en raison de la nature globale de l'atteinte à l'environnement, les avis divergent sur les critères de répartition de cette

⁹⁰⁹ Y. FARHANA, «Equity, entitlements and property rights under the Kyoto Protocol : the shape of "things" to come», *RECIEL*, vol. 8 No 3, 1999, p. 265.

⁹¹⁰ P. CULLET, *loc. cit.* (note 12), p. 170.

⁹¹¹ Pour un survol de la littérature relative à l'équité et aux changements climatiques entre 1995 et 1998, voir Y. FARHANA, *loc. cit.* (note 909), p. 270 note de bas de page 1. Voir également C. BATRUICH, «"Hot air" as a precedent for developing countries ? Equity considerations», *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y*, vol. 17, 1998/1999, pp. 50-51. Pour Bodansky, la Convention climat «scores relatively high in terms of equity, as defined by the needs of developing countries». Cela s'expliquerait par le fait que la Convention reconnaît que le développement constitue la priorité de ces pays et qu'elle met des obligations financières à la charge des pays industrialisés. Bodansky considère cependant que la Convention n'est pas autant «équitable» en ce qui concerne les pays développés du fait qu'elle ne tiendrait pas suffisamment compte de leurs différences. D. BODANSKY, *op. cit.* (note 29), p. 124. Pour une analyse de la nature équitable des négociations des Accords de Marrakech issus de la Septième Conférence des Parties à la Convention climat (novembre 2001), voir B. MÜLLER, «Equity in climate change : the great divide», 2002, disponible sur : www.OxfordClimatePolicy.org. Voir également la publication *Climate Equity Observer*, disponible sur <http://www.ecoequity.org>.

⁹¹² Une proposition de définition de l'équité mise en avant par le GIEC en 1996 suggère que les critères à appliquer dans l'allocation des responsabilités pour faire face aux changements climatiques soient, notamment, la vulnérabilité des Etats, leur richesse, leurs capacités et leurs ressources. Voir le «Assessment synthesis of scientific-technical information relevant to interpreting article 2 of the UN Framework Convention on Climate Change (1996)», disponible sur : <http://www.ipcc.ch/pub/sarsyn.htm>. En 2001, dans son «Third Assessment Report», le GIEC note la variété des approches vis-à-vis de l'équité basées, notamment, sur l'allocation, le résultat, le processus, les droits, la responsabilité, la pauvreté et l'opportunité, en fonction des diverses attentes vis-à-vis de la justesse d'un processus ou de son résultat. Le GIEC explique également que bien que la littérature se concentre sur la nature coûts-bénéfices des politiques climatiques, l'équité requiert également que des considérations de développement durable ainsi que des considérations de nature autres qu'économiques soient prises en compte. Voir le Résumé du Rapport du Groupe de Travail III, mars 2001, para. 5 note de bas de page 5, et para. 23, disponible sur : <http://wwwwww.ipcc.ch/pub/wg3spm.pdf>.

⁹¹³ D'après Sands, se référant à la CNUED, «little consideration was given, however, to what the concept (of equity, ndr) means and or to its consequences when applied to a particular set of facts». P. SANDS, *loc. cit.* (note 761), p. 340.

responsabilité entre les membres de la communauté internationale. Pour les pays en développement, les différentes responsabilités pour préserver le système climatique résultent de deux facteurs. Premièrement, et il s'agit là d'un critère en relation avec le niveau de développement des pays, les pays riches sont d'autant plus responsables tout simplement parce qu'ils ont les capacités techniques et financières pour faire face aux dommages à l'environnement. Les pays en développement, eux, doivent avant tout assurer leur développement, un développement qui s'accompagnera nécessairement d'émissions de gaz à effet de serre. Deuxièmement, et il s'agit là d'un critère environnemental, la responsabilité historique des Etats émetteurs est fondamentale. Etant donné que les pays industrialisés sont responsables des émissions à l'origine des changements climatiques, c'est à eux qu'il incombe en priorité de réduire les émissions des gaz à effet de serre⁹¹⁴.

Cette double logique derrière l'élaboration d'obligations différenciées était d'ailleurs également mise en avant dans le cadre des négociations du Principe 7 de la Déclaration de Rio⁹¹⁵. Pour certains pays industrialisés, en particulier les Etats-Unis, les différentes responsabilités des Etats sont uniquement le fruit de leurs différentes capacités socio-économiques à faire face aux changements climatiques⁹¹⁶. Ainsi, les Etats riches ont une responsabilité plus grande que les Etats pauvres. Il ne saurait par contre être question de responsabilité accrue en raisons d'émissions historiques, bien au contraire⁹¹⁷.

Le compromis entre ces positions n'est pas aussi explicite dans la Convention climat que dans la formulation du principe des responsabilités communes mais différenciées contenue dans la Déclaration de Rio⁹¹⁸. En particulier, alors que cette dernière consacre clairement l'existence de deux critères de différenciation (responsabilité pour les atteintes à l'environnement et responsabilité en raison du niveau de développement), la Convention climat précise uniquement que les différentes capacités des Etats, et donc en priorité leurs différents niveaux de développement, légitiment un traitement différencié. Par conséquent, nous interprèterons le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives dans le cadre de la Convention climat comme un principe de différenciation fondé sur le niveau de développement des Parties. Cela ne signifie pas, cependant, qu'une

⁹¹⁴ Les pays industrialisés, avec à peu près 20% de la population totale, représentent 60% des émissions annuelles de dioxyde de carbone, et le plus gros émetteur, les Etats-Unis, représente à lui seul plus de 20%.

⁹¹⁵ Voir *supra* p. 191.

⁹¹⁶ D. BODANSKY, *loc. cit.* (note 51), pp. 502-523.

⁹¹⁷ Les Etats-Unis sont parmi les rares Etats à prôner une approche «grandfathering» : l'allocation devrait être basée en proportion des émissions historiques, c'est-à-dire que le plus grand pollueur par le passé, en l'occurrence les Etats-Unis, conserve le droit relatif de continuer à polluer autant dans le futur.

⁹¹⁸ Voir *supra* p. 191.

différenciation fondée sur le critère de responsabilité historique est exclue. Pour les besoins de notre étude, nous retiendrons néanmoins le plus petit dénominateur commun des interprétations de ce principe.

B. *Les normes différenciées*

Sur la base du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, la Convention climat établit des normes différenciées essentiellement entre les pays industrialisés et ceux en développement. La liste des pays industrialisés est établie dans l'Annexe I à la Convention climat, d'où l'appellation «pays de l'Annexe I», par opposition à l'expression «pays ne figurant pas sur l'Annexe I» qui vise les pays en développement⁹¹⁹. Alors que ces deux groupes de Parties ont des obligations identiques en matière d'établissement d'inventaires nationaux de leurs émissions⁹²⁰, seules les Parties des pays industrialisés doivent entreprendre des politiques et des mesures pour atténuer les changements climatiques⁹²¹. La différenciation opérée dans la Convention est cependant plus complexe et ne se limite pas à allouer des droits et responsabilités différentes à deux groupes de Parties. Un troisième groupe de Parties bénéficie lui aussi de normes tenant compte de ses circonstances particulières : ce sont les Etats industrialisés ayant une économie en transition vers une économie de marché. Ces Etats, qui font partie de l'Annexe I, ne sont pas soumis à l'obligation de fournir des ressources financières et de transférer des technologies aux pays en développement, ni ne sont-ils tenus de participer aux coûts d'adaptation des Parties particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatique⁹²². De telles obligations sont uniquement mises à la charge des pays industrialisés ayant une économie de marché – les pays dits «développés» ou «pays de l'Annexe II» à la Convention climat⁹²³. Par ailleurs, les Parties ayant une économie en transition vers une économie de marché sont mises au bénéfice d'un privilège au même titre que les pays en développement : ils peuvent bénéficier du transfert de technologies et de savoir-faire écologiquement rationnel de la part des pays industrialisés ayant une économie de marché⁹²⁴.

En plus de cette différenciation entre divers groupes d'Etats, la Convention climat pose le premier jalon d'une différenciation individualisée entre les

⁹¹⁹ Pour la liste des «pays de l'Annexe I», voir l'annexe 1 à cette étude.

⁹²⁰ Article 4.1 de la Convention climat.

⁹²¹ Article 4.2 a) et b) de la Convention climat. Sur l'interprétation de cet article, voir *supra* note 25 p. XVII.

⁹²² Article 4.3, article 4.4, et article 4.5 de la Convention climat. Pour le détail des négociations ayant menées à l'adoption de ces trois articles, voir D. BODANSKY, *op. cit.* (note 25), pp. 218-220.

⁹²³ Pour la liste des «pays de l'Annexe II», voir le glossaire en annexe 1 à cette étude.

⁹²⁴ Article 4.5 de la Convention climat, qui, pour désigner ses bénéficiaires, se réfère aux Parties autres que les pays de l'Annexe II.

Parties de l'Annexe I. L'article 4.2 a) stipule en effet que chaque Partie de l'Annexe I :

«adopte des politiques nationales et prend en conséquences les mesures voulues pour atténuer les changements climatiques... Ces politiques et mesures démontreront que les pays développés prennent l'initiative de modifier les tendances à long terme des émissions anthropiques... tenant compte des différences entre ces Parties quant à leur point de départ et à leur approche, à leur structure économique et à leur base de ressources, de la nécessité de maintenir une croissance économique forte et durable, des technologies disponibles et des autres circonstances propres à chaque cas, ainsi que de la nécessité pour chacune de ces Parties de contribuer de façon appropriée et équitable à l'effort entrepris à l'échelle mondiale pour atteindre cet objectif.»

On peut difficilement imaginer une approche plus individualisée et contextuelle dans l'élaboration de normes différenciées. Cette approche n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle consacrée dans les négociations relatives au droit de la mer et aux cours d'eau internationaux dans lesquelles les négociateurs ont eu expressément recours à l'équité pour développer un droit situationnel adapté aux circonstances particulières de chaque Etat⁹²⁵.

En plus de l'élaboration de droits et obligations différenciés, la Convention climat ouvre la porte à une mise en œuvre différenciée. Par-là, nous entendons que certaines Parties bénéficient d'un traitement particulier au niveau de la mise en œuvre de normes. Cette extension d'une approche différenciée - de la norme à sa mise en œuvre - constitue d'ailleurs une innovation assez récente⁹²⁶. Cette nouvelle approche est incorporée de deux manières dans la Convention climat. Premièrement, la Convention lie la mise en œuvre des obligations mises à la charge des pays en développement au respect, par les pays développés, de leurs obligations en matière d'assistance technique et financière⁹²⁷. Ainsi, le non-respect de certaines obligations par les pays riches permettrait aux pays pauvres de suspendre, ou à tout le moins retarder, la mise en œuvre de leurs obligations⁹²⁸. La deuxième forme de différenciation dans la mise en œuvre intégrée dans la Convention climat vise les Etats industrialisés ayant une économie en transition vers une économie de marché.

⁹²⁵ Voir *supra* p. 176ss.

⁹²⁶ P. CULLET, *loc. cit.* (note 726), p. 552.

⁹²⁷ Article 4.7 de la Convention climat.

⁹²⁸ P. SAND, *op. cit.* (note 17) p. 232, se référant à P. T. STOLL, «The international environmental law of cooperation», dans WOLFRUM (dir.), *op. cit.*, (note 365), p. 90, et à L. BOISSON DE CHAZOURNES, «Le Fonds pour l'Environnement Mondial : recherche et conquête de son identité», *AFDI*, vol. 41, 1995, p. 630. Voir également A. DECAUX, *La réciprocité en droit international*, (Paris, 1980) p. 139. Decaux explique que dans le cas d'un accord contenant une clause de réciprocité, l'absence de réciprocité peut, en théorie, avoir un impact soit sur la naissance de l'obligation («condition suspensive»), soit sur sa mise en œuvre («condition résolutoire»). Il suggère qu'une référence expresse à une condition de réciprocité signifie que l'obligation n'existe pas tant que la réciprocité n'est pas satisfaite.

Pour ces pays, la Convention précise que «la Conférence des Parties accorde... une certaine latitude dans l'exécution de leurs engagements... notamment en ce qui concerne le niveau historique, qui sera choisi comme référence, des émissions anthropiques de gaz à effet de serre...»⁹²⁹.

C. *Conclusion*

En conclusion, la différenciation dans le droit constitue une caractéristique fondamentale de la Convention climat. Basée sur l'approche équitable consacrée dans le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties, cette approche a permis l'élaboration de droits et obligations différenciés essentiellement entre pays industrialisés et en développement, mais également entre les pays industrialisés ayant une économie de marché et ceux en transition vers une telle économie. Dans les deux cas, c'est principalement les différents niveaux socio-économiques de ces groupes de pays qui constituent le critère de différenciation, une différence de traitement qui s'étend d'ailleurs à la mise en œuvre des normes. La Convention climat pose cependant également le premier jalon d'une approche individualisée et contextuelle en ce qui concerne l'élaboration future de normes précises visant à ce que les pays industrialisés réduisent ou limitent leurs émissions de gaz à effet de serre. Dans ce cas, les critères de différenciation élaborés par la Convention sont pour le moins difficiles à cerner en raison de la diversité des circonstances particulières pouvant justifier un traitement différencié. L'absence de «formule d'équité» dénuée d'ambiguïté sur laquelle baser l'allocation des responsabilités des pays industrialisés pour faire face aux changements climatiques a engendré une des batailles les plus difficiles des négociations du Protocole de Kyoto : la détermination des taux individuels de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

§ 2 La différenciation dans le Protocole de Kyoto

En termes d'approche différenciée, le Protocole suit un schéma similaire à celui de la Convention. En ce qui concerne les principes, celui des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties y est consacré par le biais d'un renvoi aux principes de la Convention⁹³⁰. En ce qui concerne les droits et obligations spécifiques, le Protocole se conforme au

⁹²⁹ L'article 4.6 de la Convention climat ne précise pas comment cette flexibilité additionnelle sera accordée, mis à part en ce qui concerne le choix d'une année de référence autre que 1990. Certains Etats ont d'ailleurs fait usage de cette possibilité (décision 9/CP.2). Pour le reste, il appartiendra à la Conférence des Parties de prendre les décisions qu'elle juge appropriées. La flexibilité dans la mise en œuvre sera donc du ressort politique.

⁹³⁰ Préambule du Protocole.

Mandat de Berlin⁹³¹ dans lequel les Etats avaient reconnu l'insuffisance des obligations mises à la charge des Parties de l'Annexe I. Expressément basé sur le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties, ce Mandat appelle au renforcement des engagements des Parties industrialisées par le biais d'objectifs chiffrés de limitation et de réduction des émissions des gaz à effet de serre selon des échéances fixes, étant précisé que son résultat ne doit pas énoncer de nouveaux engagements pour les autres Parties, c'est-à-dire les pays en développement. Le Protocole assigne donc uniquement des obligations supplémentaires aux Parties de l'Annexe I⁹³² et se limite à réaffirmer les obligations de la Convention mises à la charge de toutes les Parties⁹³³. Par ailleurs, le Protocole confirme l'approche individualisée vis-à-vis de l'objectif de réduction des émissions pour les pays industrialisés, «une stratégie qui permis de résoudre certaines des divergences entre les pays industrialisés»⁹³⁴. C'est en effet l'allocation des responsabilités entre ces pays pour la réduction et la limitation des gaz à effet de serre qui constitue la substantifique moelle du Protocole.

Nous avons précédemment souligné que le texte de la Convention⁹³⁵ ouvre la porte à une différenciation entre les pays industrialisés sur la base d'une multitude de critères. Il n'est donc pas surprenant que les Etats aient mis en avant des critères de différenciation aussi variés que contradictoires dans le cadre des négociations sur les taux individuels de réduction des émissions. Ces critères incluait : le taux d'émission par habitant (une variation de cette approche est connue sous la dénomination «contraction and convergence»), la technique du «grandfathering» (l'allocation est basée en proportion des émissions historiques : le plus grand pollueur par le passé conserve le droit relatif de continuer à polluer autant dans le futur), l'intensité carbonique d'une économie, le produit national brut par habitant, la responsabilité historique des émissions (le plus grand pollueur par le passé doit réduire le plus), ainsi qu'une variété d'approches combinant deux ou plusieurs de ces critères⁹³⁶. En

⁹³¹ Décision 1/CP.1, contenue dans le Rapport de la Première Conférence des Parties, doc. FCCC/CP/1995/7/Add.1.

⁹³² Articles 2 et 3 du Protocole.

⁹³³ L'article 10 du Protocole réaffirme l'article 4.1 de la Convention et vise à permettre la mise en œuvre des obligations y contenues. La négociation de cet article 10 fut particulièrement difficile en raison d'une part de la volonté des pays industrialisés d'«avancer» la mise en œuvre de la Convention et d'autre part l'opposition farouche des pays développés de voir le Protocole aller au-delà, ne serait ce que de manière textuelle, des engagements contenus dans la Convention.

⁹³⁴ L. BOISSON DE CHAZOURNES, *loc. cit.* (note 23), p. 713.

⁹³⁵ Article 4.2 a) de la Convention, voir *supra* p. 197.

⁹³⁶ Pour une présentation et une analyse de ces diverses formules d'équité, voir O. BLANCHARD, P. CRIQUI, M. TROMMETTER et L. VIGUIER, «Au-delà de Kyoto : enjeux d'équité et d'efficacité dans la négociation sur le changement climatique», *Economie et Prévision*, vol. 143-144, 2000, pp. 16-22. Voir également B. MUELLER, «Fair compromise in a morally complex world», article présenté lors de la *Conference on equity and global climate change*, organisée par le Pew Center on Global Climate Change, 17-18 avril 2001, Washington DC (<http://www.wolfson.ox.ac.uk/~mueller>). Pour une présentation de toutes les formules d'équité proposées dans le cadre des négociations de l'Annexe B

pratique, du fait qu'un taux de réduction unique pour toutes les Parties était inacceptable à beaucoup d'entre elles, et que tous les Etats favorables à une approche différenciée⁹³⁷ étaient tout aussi incapables de se mettre d'accord sur les critères de différenciation, la distribution des efforts à fournir pris implicitement la forme suivante : chaque Etat indiqua quelle responsabilité il était prêt à accepter volontairement. Ce processus particulièrement flexible, basé essentiellement sur le poids politique respectif de chaque Etat, était néanmoins arbitré de main de maître par l'Ambassadeur d'Argentine, Raul Estrada. Chargé de présider les négociations devant mener à l'adoption du Protocole, l'Ambassadeur Estrada donna à l'un des critères une importance particulière : «ensuring that big economies have comparable rates»⁹³⁸, c'est-à-dire que les principales puissances économiques devaient avoir des obligations comparables de réduction des émissions des gaz à effet de serre. C'est cette approche qui explique que les obligations de réduction mises à la charge des membres de l'Union européenne et des Etats-Unis d'Amérique sont presque équivalentes, alors qu'initialement, les premiers promettaient de réduire leurs émissions de 15%, quand les seconds proposaient uniquement de les stabiliser...

La responsabilité de réduire globalement les émissions d'«au moins 5%» entre 2008 et 2012⁹³⁹ est distribuée individuellement entre les Parties industrialisées. L'allocation des taux de réduction spécifiques est précisée dans l'Annexe B⁹⁴⁰ du Protocole et varie beaucoup d'une Partie à l'autre. Ainsi, l'ensemble des membres de l'Union européenne doit réduire ses émissions de 8% alors que l'Islande a la possibilité d'augmenter les siennes de 7%. Les Etats-Unis doivent réduire leurs émissions de 7%, et la Suisse est assujettie à un taux identique à celui des membres de l'Union européenne, à savoir une réduction de 8%. En outre, le Protocole réaffirme l'approche différenciée dans la mise en œuvre. Ainsi, les pays ayant une économie en transition bénéficient d'une «certaine latitude» dans l'exécution de leurs engagements autres que l'obligation de réduction de leurs émissions⁹⁴¹. Par ailleurs, «la mesure dans laquelle les pays en développement Parties s'acquitteront effectivement de leurs engagements ... dépendra de l'exécution efficace pour les pays

du Protocole de Kyoto, voir J. DEPLEDGE, «Tracing the origins of the Kyoto Protocol: An article-by-article textual history», 25/11/2000, doc. FCCC/TP/2000/2, disponible sur: <http://maindb.unfccc.int/library/?screen=list&mode=wim&language=en&TRC1=ON&FLD1=dC&VAL1=FCCC/TP/2000/2&OPR1=contains>, pp. 39-43 ; voir également doc. FCCC/AGBM/1996/7 ; et ECN et CICERO, «Sharing the burden of greenhouse gas mitigation», mai 2001, disponible sur <http://www.cicero.uio.no/media/1314.pdf>.

⁹³⁷ Principalement la Suisse, la Norvège, l'Islande et l'Australie.

⁹³⁸ Déclaration du Président Raoul Estrada, dans J. DEPLEDGE, *loc. cit.* (note 936), pp. 42 et 44.

⁹³⁹ Article 3 du Protocole de Kyoto.

⁹⁴⁰ Voir le glossaire en annexe 1 à cette étude.

⁹⁴¹ Article 3.6 du Protocole de Kyoto.

développés Parties de leurs propres engagements en ce qui concerne les ressources financières et le transfert de technologies»⁹⁴².

Par souci de clarté, nous rappellerons en outre que le Protocole stipule également les moyens à disposition des Parties pour réduire, respectivement limiter, leurs émissions. En raison des controverses liées à la possibilité de comptabiliser l'absorption des gaz à effet de serre⁹⁴³ et de faire usage des «mécanismes de flexibilité»⁹⁴⁴ permettant de comptabiliser des réductions d'émissions effectuées à l'étranger, les négociateurs à Kyoto durent se limiter à adopter des articles minimalistes à leur égard. Les négociations sur ces questions ne furent complétées que quatre ans plus tard, lors de la Septième Conférence des Parties à Marrakech qui marqua véritablement l'aboutissement des négociations sur le Protocole et l'ouvrit à la ratification par les pays industrialisés⁹⁴⁵.

§ 3 Conclusion

En conclusion, la différenciation dans le droit constitue un principe de base de la Convention climat et du Protocole de Kyoto. Les négociateurs de ces traités ont su faire usage de cette technique juridique de manière à répondre à la complexité des intérêts en jeu. D'une part, les pays en développement voulaient donner la priorité à leur développement et amener les pays industrialisés à prendre, en premier, leurs responsabilités pour faire face aux

⁹⁴² Voir le préambule de l'article 10 du Protocole qui renvoie à l'article 3.7 de la Convention climat.

⁹⁴³ L'article 3.3 se réfère à l'absorption par les puits résultant d'activités humaines «directement liées au changement d'affectation des terres et à la foresterie» et limite ces activités au «boisement, au reboisement et au déboisement depuis 1990». Des travaux additionnels étaient nécessaires pour définir ces termes ainsi que le terme «forêt». L'article 3.4, quant à lui, stipule que les Parties au Protocole déterminent «quelles activités anthropiques supplémentaires ayant un rapport avec les variations des émissions par les sources et de l'absorption par les puits des gaz à effet de serre dans les catégories constituées par les terres agricoles et les changements d'affectation des terres et la foresterie doivent être ajoutées aux quantités attribuées aux parties visées à l'Annexe 1 ou retranchées de ces quantités et pour savoir comment procéder à cet égard». En plus des controverses relatives à la nature des ces activités supplémentaires, en particulier comment tenir compte des incertitudes, les Parties étaient en désaccord sur la possibilité d'en tenir compte pendant la première phase de réduction (2008-2012), et dans l'affirmative, à concurrence de quelle quantité.

⁹⁴⁴ Le Protocole envisage trois mécanismes permettant aux Parties de bénéficier de réductions d'émissions intervenues à l'étranger : des projets conjoints entre Parties de l'Annexe 1 (article 6), le mécanisme de développement propre qui permet des projets entre une Partie de l'Annexe 1 et une Partie ne figurant pas sur l'Annexe 1 (article 12) et l'échange de droits d'émission entre Parties de l'Annexe 1 (article 17). La principale pierre d'achoppement sur ces mécanismes était relative à la question de leur «complémentarité». L'Union européenne souhaitait limiter le recours possible à ces mécanismes, forçant de ce fait chaque Partie à réduire ses émissions essentiellement au niveau national. Elle était en ce sens soutenue par la Suisse. La grande majorité des autres pays industrialisés souhaitaient qu'il n'y ait aucune restriction, qu'elle soit qualitative ou quantitative, sur le recours à ces mécanismes.

⁹⁴⁵ Voir *supra* p. 33ss.

changements climatiques. D'autre part, les pays industrialisés souhaitent obtenir un accord universel de manière à amener les pays en développement sur les voies d'un développement durable. Au surplus, les pays industrialisés ayant une économie en transition demandaient que leur situation particulière soit prise en compte. Et, pour finir, chaque Etat industrialisé cherchait à obtenir un fardeau acceptable dans les efforts de limitation et de réduction des gaz à effet de serre. Cette approche contextuelle est ancrée dans le principe d'équité que constitue le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats. Elle s'est traduite par l'élaboration de normes différenciées et a permis de faire face à un défi peu ordinaire.

Section V

La conformité d'une différenciation dans le droit avec le droit international

Malgré le fait que le recours à des normes différenciées reflète une pratique courante dans le cadre de la négociation des traités, il n'est pas rare, et c'est même surprenant, que la doctrine s'interroge sur sa compatibilité avec le droit international. Dans certains cas, la différenciation dans le droit sera considérée comme contraire à un principe de droit, mais justifiée par des considérations d'équité. Dans d'autres cas, aucune justification n'est offerte et cette approche est donc jugée non conforme au droit international. La principale critique à l'encontre des normes différenciées est que le déséquilibre des droits ou obligations mutuelles en résultant affecte la validité du traité. Parmi les motifs invoqués pour justifier ce postulat, nous en analyserons trois : la différenciation dans le droit va à l'encontre du principe de l'égalité souveraine des Etats ; elle est difficilement conciliable avec l'interdiction des traités « inégaux » et avec le principe de « réciprocité égalitaire » ; elle reflète le recours à la contrainte par une Partie au traité contre une autre.

§ 1 L'égalité souveraine des Etats

L'argumentation est la suivante : le principe d'égalité souveraine requiert que les pays en développement aient des obligations identiques à celles qui sont mises à la charge des pays développés dans le cadre des AEM⁹⁴⁶. Afin d'éviter la conséquence logique de cette théorie, qui est l'illégalité d'une différenciation

⁹⁴⁶ A. M. HALVORSSSEN, *op. cit.* (note 6), p. 27.

dans le droit, il est suggéré que la différenciation subordonne le principe d'égalité souveraine à l'équité⁹⁴⁷.

A. *L'origine du principe d'égalité souveraine des Etats*

Pour la majorité de la doctrine⁹⁴⁸, le principe d'égalité souveraine a été développé par Grotius⁹⁴⁹ au dix-septième siècle par le biais d'une analogie entre l'état naturel des individus et les Etats. Postulant que les hommes sont égaux en droit interne, Grotius en conclut que les Etats sont égaux en droit international. En pratique, Grotius faisait une distinction entre le droit à un statut égal et l'égalité des droits : un statut égal ne confère pas automatiquement des droits égaux⁹⁵⁰. La définition que De Vattel⁹⁵¹ donne du principe d'égalité souveraine au dix-huitième siècle diffère de cette approche. Selon cet auteur, l'égalité des droits découle de l'égalité souveraine. Elle en fait partie intégrante.

Aujourd'hui, le principe d'égalité souveraine constitue un principe de base du droit international⁹⁵², un postulat fondamental des relations internationales⁹⁵³. En application de ce principe, et ce depuis la Renaissance, les Etats sont définis comme *superiorem non recognoscentes*⁹⁵⁴. Il est remarquable néanmoins que, mis à part cette définition générale du seul principe remportant l'unanimité des suffrages des Etats⁹⁵⁵, il n'y ait toujours pas de consensus sur le fondement théorique⁹⁵⁶, la nature juridique⁹⁵⁷, ni sur une définition précise et unique de l'égalité souveraine des Etats⁹⁵⁸.

⁹⁴⁷ P. CULLET, *loc. cit.* (note 726), p. 550. Voir également W. LANG, *loc. cit.* (note 346), p. 122 : «Equity of solutions prevail over equality of States».

⁹⁴⁸ A. D. EFRAIM, *op. cit.* (note 772), p. 64. Discutant les origines du principe d'égalité souveraine, Efraim met en évidence que certains académiques sont d'avis que ce principe fut développé postérieurement à Grotius par Pufendorf, Hobbes et de Vattel, alors que d'autres sont d'avis que son origine remonte à Vittoria (quinzième siècle).

⁹⁴⁹ H. GROTIUS, *Jus belli ac pacis* (1625).

⁹⁵⁰ A. D. EFRAIM, *op. cit.* (note 772), pp. 64-69.

⁹⁵¹ E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, p. lxii : «A dwarf is as much a man as a giant ; a small republic is no less sovereign state than the most powerful kingdom».

⁹⁵² S. ROSENNE, *op. cit.* (note 275), p. 128.

⁹⁵³ A. CASSESE, *op. cit.* (note 826), p. 130.

⁹⁵⁴ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 4 : «La souveraineté signifie en effet que les Etats ne peuvent pas être juridiquement soumis à une autorité qui leur soit supérieure». Pour un historique du concept de souveraineté et d'égalité des Etats, voir M. KOSKENNIEMI, *From apology to utopia ; the structure of international legal argument* (1989), p. 52.

⁹⁵⁵ A. CASSESE, *op. cit.* (note 826), p. 129.

⁹⁵⁶ B. KINGSBURY, «Sovereignty and inequality», *EJIL*, vol. 9, 1998 p. 603 et note de bas de page 9. Kingsbury propose trois différentes bases théoriques au concept d'égalité souveraine. Premièrement, sur la base de l'approche naturaliste de De Vattel, une analogie est établie entre les Etats et les individus. Deuxièmement, l'approche positiviste de Oppenheim considère que l'égalité

B. *La définition contemporaine du principe de l'égalité souveraine des Etats*

L'«égalité souveraine des membres» constitue un Principe fondateur de la Charte des Nations Unies⁹⁵⁹. En 1970, l'Assemblée Générale adopta une définition officielle du principe d'égalité souveraine dont l'interprétation se rapproche de celle mise en avant par De Vattel. En effet, dans la Déclaration sur les Principes de droit relatifs aux relations amicales et à la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies⁹⁶⁰, les membres des Nations Unies déclarèrent : «Tous les Etats jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et devoirs égaux et sont des membres égaux de la communauté internationale, quelles que soient leurs différences de nature économique, sociale, politique ou autre».

Cette interprétation authentique de la Charte ne devait pas mettre fin aux controverses doctrinales sur l'étendue du principe d'égalité souveraine, comme en témoigne encore à l'heure actuelle les opinions opposées de deux personnalités de renom du monde académique, les Professeurs Cassese et Caflisch.

est le corollaire de la souveraineté. Troisièmement, les structuralistes voient dans la réciprocité des relations internationales l'explication de l'égalité souveraine.

⁹⁵⁷ Pour Efraim, le principe d'égalité souveraine est du *jus cogens*. A. D. EFRAIM, *op. cit.* (note 772), p. 88. Pour Cassese, par contre, il est possible de déroger à ce principe par consentement. A. CASSESE, *op. cit.* (note 826), p. 129. Cette différence d'approche entre Efraim et Cassese s'explique par la différence de définition qu'ils ont du principe d'égalité souveraine : en tant que principe d'égalité formelle, c'est du *jus cogens* ; en tant que principe visant le contenu des droits et obligations des Etats, il est possible d'y déroger.

⁹⁵⁸ Cahier figure parmi ceux soutenant l'approche de De Vattel : «Ainsi, tous les Etats, grands ou petits, riches ou pauvres, possèdent les mêmes droits et obligations». P. CAHIER, «Cours général de droit international public», *RCADI*, vol. 195, 1985, pp. 35-37. Pour Henkin, «in legal conception, (States) are equal in status, personhood, legal capacity, rights, duties and responsibilities. States can decide to give unequal, preferred status to some States». L. HENKIN, «General course of public international law», *RCADI*, vol. 216, 1989, p. 27. Selon Zemanek, le principe d'égalité souveraine requiert que les membres des organisations internationales se voient octroyer les mêmes droits et obligations dans le processus de décision. K. ZEMANEK, «General course of public international law», *RCADI*, vol. 266, 1997, p. 100. Selon Ridruejo, «Le principe (de l'égalité souveraine) n'énonce que l'égalité d'ordre formel ou l'égalité des Etats devant le droit». J. A. PASTOR RIDRUEJO, *loc. cit.* (note 732), p. 159.

⁹⁵⁹ Article 2, paragraphe 1. D'après les travaux préparatoires de la Charte, cette terminologie fut agréée avec les quatre conséquences suivantes : les Etats sont juridiquement égaux ; chaque Etat jouit d'un droit inhérent à la souveraineté entière ; la personnalité de l'Etat ainsi que son intégrité territoriale et son indépendance politique sont respectés ; et les Etats devraient respecter de bonne foi leurs devoirs et obligations en droit international. Voir A. CASSESE, *op. cit.* (note 826), p. 129. Selon Brownlie, le principe d'égalité souveraine a trois corollaires : une juridiction *prima facie* exclusive sur un territoire et la population permanente y vivant ; un devoir de non-intervention dans ce territoire ; et le fait d'être juridiquement lié par des obligations internationales issues de la coutume ou de traités sur la base du consentement de l'Etat. Voir I. BROWNLIE, *Principles of public international law* (Oxford, 1990) p. 287. Pour une analyse critique de l'article 2 paragraphe 1 de la Charte des Nations Unies, voir A. D. EFRAIM, *op. cit.* (note 772), en particulier pp. 103-104. Selon Efraim, le principe d'égalité souveraine n'est pas applicable au sein de l'ONU : il ne vise que les relations interétatiques en dehors d'organisations internationales.

⁹⁶⁰ ONU doc. A/Res. 2625 (1970).

Selon Cassese, l'égalité juridique signifie que les membres de la communauté internationale doivent être traités sur un pied d'égalité. Une dérogation ne sera justifiée que dans la mesure où elle est le résultat soit de circonstances factuelles, soit du consentement exprès donné librement par l'Etat concerné⁹⁶¹. En d'autres termes, le principe d'égalité souveraine requiert l'élaboration de droits et obligations égaux, une règle à laquelle il ne peut être dérogé que dans deux circonstances bien définies. Pour Caflisch, au contraire, bien que le principe d'égalité souveraine gouverne la conclusion de traités, il ne vise pas son contenu⁹⁶². Pour appuyer son propos, Caflisch cite *L'Affaire Wimbledon*⁹⁶³ dans laquelle la Cour Permanente de Justice Internationale a indiqué que le droit de conclure des accords internationaux est un attribut de la souveraineté de l'Etat. En d'autres termes, le principe d'égalité souveraine ne requiert pas, par principe, l'élaboration de droits et devoirs identiques⁹⁶⁴.

Il est incontesté que la capacité des Etats à se lier par le biais d'un traité est une conséquence directe de leur souveraineté⁹⁶⁵. L'article 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités précise à cet égard que chaque Etat a la capacité de conclure des traités. Est-ce que le principe d'égalité souveraine, incontesté au stade de la négociation des traités, est également applicable au stade de la détermination du contenu du traité ? Si l'on en croit Caflisch, il est tout simplement erroné d'invoquer le principe d'égalité souveraine à l'appui d'une argumentation relative au contenu du traité. Si, par contre, on se base sur l'avis de Cassese, ce principe est applicable, mais les Etats peuvent y déroger par consentement mutuel.

Si l'on dépasse le cadre théorique de ce débat, il faut bien admettre que, en pratique, c'est bien le consentement des Etats, la manière dont ils expriment leur volonté à être liés par un accord, qui crée la relation juridique et précise son contenu : «(C)ette manifestation (de volonté) est nécessaire et suffisante»⁹⁶⁶ dans les limites du *jus cogens*⁹⁶⁷. Ceci explique vraisemblablement pourquoi la majorité de la doctrine et de la communauté internationale interprète le principe d'égalité souveraine comme une «conception purement formelle et abstraite»⁹⁶⁸ : les Etats ont un droit égal à faire valoir leurs droits⁹⁶⁹.

⁹⁶¹ A. CASSESE, *op. cit.* (note 826), p. 130.

⁹⁶² L. CAFLISCH, «Unequal treaties», *GYIL*, vol. 35, 1992, p. 66.

⁹⁶³ *L'Affaire Wimbledon*, CPJI Series A, No 1, p. 25. Voir également P. CAHIER, *loc. cit.* (note 958) p. 36.

⁹⁶⁴ L. CAFLISCH, *loc. cit.* (note 962), p. 66.

⁹⁶⁵ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 49.

⁹⁶⁶ *Id.* p. 43. Voir également S. ROSENNE, *op. cit.* (note 275), p. 128.

⁹⁶⁷ Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁹⁶⁸ G. ABI-SAAB, *op. cit.* (note 280), p. 332.

⁹⁶⁹ A. D. EFRAIM, *op. cit.* (note 772), p. 73.

En conclusion, le principe d'égalité souveraine ne constitue pas une base juridique adéquate pour argumenter que les Etats ont des droits et devoirs égaux. Ce principe ne va donc nullement à l'encontre de la différenciation dans le droit : l'élaboration de droits et obligations différenciés ne viole pas le principe d'égalité souveraine.

§ 2 Les traités «inégaux» et le principe de réciprocité

Il s'agit à ce stade de vérifier si le droit international, par le biais d'un éventuel principe de réciprocité ou de l'interdiction de traités «inégaux», n'autorise pas la différenciation dans le droit.

Les traités dits «inégaux» sont des traités dont les obligations réciproques ne sont pas équilibrées⁹⁷⁰. L'argumentation est la suivante. Le droit international classique était caractérisé par le principe de réciprocité égalitaire. Avec l'évolution des relations internationales, caractérisées en particulier par la coopération, cette approche a progressivement fait place à des traités contenant des normes «asymétriques» différenciées sur la base de l'équité⁹⁷¹. C'est cette absence de réciprocité dans le traité qui permettrait d'évaluer sa nature «inégaux»⁹⁷².

A. L'analyse de la doctrine

La question de la réciprocité dans les traités ne fait pas l'objet d'unanimité au sein de la doctrine. Virally⁹⁷³ et Decaux⁹⁷⁴ ont analysé en détail le principe de réciprocité dans le domaine du droit des traités. Nous présentons ci-dessous une synthèse de leurs argumentations respectives. Nous tenterons ensuite de concilier leurs approches afin d'analyser le lien entre la réciprocité et l'«inégalité» de traités contenant des normes asymétriques.

Pour Virally, mis à part quelques cas exceptionnels tels que les accords de paix, tous les traités sont caractérisés par un échange de concessions entre les Parties. Ils sont donc tous plus ou moins basés sur un principe de réciprocité.

⁹⁷⁰ L. CAFLISCH, *loc. cit.* (note 962), p. 65. Pour Reuter, les traités «inégaux» sont des traités «dans lesquels il n'y aurait pas un *équilibre réciproque* d'avantages mutuels». P. REUTER, *Introduction to the law of treaties* (1985), pp. 149 et 165. Voir également dans ce sens P. WESLEY-SMITH, *Unequal treaty 1898-1997*, (Oxford University Press, Hong Kong/Oxford/New York, 1998) p. 298.

⁹⁷¹ P. SAND, «Trusts for the earth : new international financial mechanisms for sustainable development», dans W. LANG, *op. cit.* (note 10) p. 183, également reproduit dans P. SAND, *op. cit.* (note 17), p. 291.

⁹⁷² Nous nous intéressons ici à la réciprocité dans la norme, et non pas à d'autres aspects de la réciprocité tel que dans le contexte de l'exécution d'un traité.

⁹⁷³ M. VIRALLY, *loc. cit.* (note 860).

⁹⁷⁴ A. DECAUX, *op. cit.* (note 928).

Cette réciprocité peut cependant revêtir deux formes : formelle ou réelle. La réciprocité est formelle lorsque les obligations en cause sont de nature similaire⁹⁷⁵. Elle est réelle, lorsque les obligations sont de nature différente, mais que considérées dans leur ensemble, elles équilibrent les avantages pour chacune des parties⁹⁷⁶. Virally estime par ailleurs qu'aucun degré de réciprocité n'est requis : l'avantage d'une Partie au traité peut simplement résulter du fait qu'un autre Etat deviendra également Partie au même traité. Dans ce cas, la signature ou la ratification du traité représente l'avantage concédé⁹⁷⁷. Analysant la pratique récente, il met en évidence le fait que les formes actuelles de coopération internationale visant à assurer une réduction des inégalités entre les Etats constituent une forme de réciprocité généralisée et différée⁹⁷⁸. Sur la question spécifique des traités «inégaux», Virally suggère que ceux-ci sont le résultat de graves inégalités entre les concessions faites sur une base réciproque et donnent lieu à une relation abusive. Sur la base de cette définition étroite des traités «inégaux», il conclut que «la question des traités inégaux ne se rattache que de façon très latérale à l'étude du principe de réciprocité»⁹⁷⁹. Ainsi, à l'exception des traités de paix et des cas où une Partie abuse d'une autre au moment de la conclusion d'un traité, tout traité est, dans son essence, réciproque. Concluant son étude, Virally est d'avis que le principe de réciprocité n'est pas un principe juridique, mais un principe de politique juridique⁹⁸⁰, en raison des difficultés de le définir en des termes légaux⁹⁸¹.

Pour sa part, Decaux met en évidence les ambiguïtés du principe de réciprocité dans l'élaboration d'obligations : d'un côté, ce principe est invoqué pour sanctionner les traités «inégaux» ; d'un autre côté, ce principe est rejeté pour le motif qu'il va à l'encontre de l'objectif qui consisterait à faire du principe formel d'égalité souveraine un principe réel⁹⁸². Analysant dans un premier temps la théorie des traités «inégaux», il les définit comme des traités caractérisés par une absence de réciprocité, un déséquilibre entre les Etats⁹⁸³. Sur la base de la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ, ainsi que des avis de la doctrine et de la pratique des Etats, il souligne que l'égalité doit être évaluée non seulement sur la base d'une clause particulière d'un traité, mais sur une

⁹⁷⁵ M. VIRALLY, *loc. cit.* (note 860), pp. 33-34.

⁹⁷⁶ *Id.* pp. 35-36.

⁹⁷⁷ *Id.* p. 42. Caflisch partage ce point de vue, voir L. CAFLISCH, *loc. cit.* (note 962), p. 68.

⁹⁷⁸ M. VIRALLY, *loc. cit.* (note 860), p. 94.

⁹⁷⁹ *Id.* p. 61.

⁹⁸⁰ *Id.* p. 63.

⁹⁸¹ *Id.* p. 100.

⁹⁸² A. DECAUX, *op. cit.* (note 928), pp. 17 et 34.

⁹⁸³ *Id.* p. 18.

base plus vaste incluant notamment des éléments extérieurs au traité même⁹⁸⁴. Decaux partage donc le point de vue de Virally sur l'existence d'une réciprocité étendue et conclut que la théorie des traités «inégaux» est essentiellement politique⁹⁸⁵. Analysant dans un deuxième temps le concept de réciprocité dans le droit international du développement, il est d'avis que celui-ci non seulement ne permet pas de réaliser l'égalité réelle entre les Etats, mais met en péril le principe d'unité juridique en application duquel un droit uniforme s'applique de manière égale à tous les Etats⁹⁸⁶.

Dans un effort pour concilier ces deux approches de la réciprocité, nous postulons, avec Virally, que les traités dans le domaine du développement sont également caractérisés par la réciprocité, c'est-à-dire un échange de concessions entre les Parties⁹⁸⁷, quand bien même le lien entre ces concessions n'est pas toujours évident de prime abord. D'un autre côté, nous suggérons avec Decaux que les accords de paix sont également caractérisés par une certaine réciprocité du fait qu'ils visent à compenser des injustices passées⁹⁸⁸. De même, nous sommes d'avis que des abus au moment de la conclusion du traité relèvent plus des règles relatives à l'interdiction du recours à la contrainte⁹⁸⁹ que d'un éventuel principe de la réciprocité.

En conclusion, la réciprocité au sens large fait partie intégrante de tout traité. Rechercher les éléments concédés de part et d'autre revient à cerner «l'équilibre véritable de l'accord»⁹⁹⁰. Dans le cas de la Convention climat et du Protocole de Kyoto, ce qui, à première vue, peut sembler comme l'absence d'engagements réciproques entre pays développés et en développement, ou même un traité «apparemment plus avantageux»⁹⁹¹ pour ces derniers, résulte d'une analyse incomplète des intérêts en jeu, notamment de l'absence de prise en compte des concessions faites par les pays en développement en faveur des

⁹⁸⁴ *Id.* pp. 29 et 33. Decaux se réfère à l'analyse de De Vattel sur les traités «inégaux» et souligne l'importance de placer le traité dans son contexte : «On ne peut limiter l'examen de l'inégalité en soi, sans considérer la situation dans laquelle elle s'insère».

⁹⁸⁵ *Id.* p. 40. Reuter partage cet avis. Selon lui, la théorie des traités inégaux, en application de laquelle la nature «inégaux» du traité peut être invoquée comme motif de nullité constitue uniquement un principe politique et n'a jamais été traduite en termes juridiques. P. REUTER, *op. cit.* (note 970), pp. 149 et 165.

⁹⁸⁶ A. DECAUX, *op. cit.* (note 928), pp. 51, 40 et 52 : «Le droit cesse d'être le même pour tous» ; «A partir du moment où on abandonne l'égalité juridique pure et simple, pour rentrer dans des considérations d'opportunités, comment s'arrêter ?» ; «Sans réciprocité des droits et obligations, le système juridique perd son homogénéité et se disloque en sous systèmes de plus en plus complexes». On comprend mal que Decaux consacre une approche large de la réciprocité pour ensuite nier son application dans le domaine du développement.

⁹⁸⁷ M. VIRALLY, *loc. cit.* (note 860), p. 94.

⁹⁸⁸ A. DECAUX, *op. cit.* (note 928), p. 33.

⁹⁸⁹ Voir *infra* p. 210.

⁹⁹⁰ M. VIRALLY, *loc. cit.* (note 860), p. 99.

⁹⁹¹ D. B. MAGRAW, *loc. cit.* (note 6), p. 73.

pays développés⁹⁹². Comme l'exprime Lang, le droit international de l'environnement est caractérisé par une «nouvelle réciprocité» : la réciprocité égalitaire ou stricte, est remplacée par des obligations asymétriques, notamment par le biais de l'élaboration d'obligations à la charge des pays industrialisés de financer la mise en œuvre des obligations mises à la charge des pays en développement⁹⁹³. En conséquence, des normes différenciées n'affectent pas, en tant que telles, le principe de réciprocité : les traités ne sont pas «inégaux» du fait de l'apparence d'un déséquilibre entre concessions réciproques.

Une définition étroite de la réciprocité, du fait qu'elle requiert des engagements directement réciproques et symétriques, semble *a priori* empêcher l'inclusion de normes différenciées au sein d'un traité. Néanmoins, l'analyse de la doctrine infirme cette conclusion. En effet, tant Virally que Decaux sont d'avis qu'il n'existe pas en droit international de principe de réciprocité au sens étroit. Simma partage ce point de vue lorsqu'il conclut qu'il n'existe aucune règle en droit international général en application de laquelle les traités internationaux sont caractérisés par une réciprocité : aucune conséquence juridique ne découle de l'absence de réciprocité, en tant que telle, au sein d'un traité⁹⁹⁴. De même, Caflisch partage cette opinion : ni les principes généraux, ni la coutume internationale, ni la Convention de Vienne sur le droit des traités ne requièrent l'«égalité» des traités⁹⁹⁵.

B. La Convention de Vienne sur le droit des traités

Les dispositions idoines de la Convention de Vienne sur le droit des traités confirment les conclusions de la doctrine. La Convention de Vienne consacre le principe du consentement des Etats comme élément constitutif d'un lien juridique. Une fois que ce consentement est valablement exprimé, les parties sont liées par le biais de la maxime *pacta sunt servanda*. Cette approche volontariste constitue une caractéristique fondamentale du droit international⁹⁹⁶. Les limites de cette approche sont précisées dans les articles de la Convention relatifs à l'invalidation, la terminaison et la suspension du traité⁹⁹⁷. Ces règles sont de nature coutumière⁹⁹⁸.

⁹⁹² La concession majeure des pays en développement est qu'ils se sont engagés à se développer de manière durable.

⁹⁹³ W. LANG, *op. cit.* (note 10), pp. 289-290.

⁹⁹⁴ B. SIMMA, *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen Völkerrechtlicher Verträge*, (1972), p. 68.

⁹⁹⁵ L. CAFLISCH, *loc. cit.* (note 962), p. 52.

⁹⁹⁶ A. D. EFRAIM, *op. cit.* (note 772), p. 80.

⁹⁹⁷ Partie V de la Convention de Vienne : articles 42-64.

⁹⁹⁸ I. SINCLAIR, *op. cit.* (note 601), p. 14.

1) *La validité du traité*

L'article 42 précise que la validité d'un traité peut être uniquement contestée par le biais de l'application de la Convention de Vienne. Dans son commentaire relatif à cette disposition, la Commission de Droit International (ci-après CDI) explique que l'objectif de cet article est d'assurer la stabilité des régimes contractuels⁹⁹⁹. Quant aux motifs d'invalidation du traité, la Convention de Vienne ne mentionne pas la prétendue «inégalité» du traité ou l'éventuel déséquilibre des prestations. Le seul article qui, apparemment, serait applicable à ce cas de figure est l'article 52 relatif à l'usage de la contrainte. Notre analyse de cet article, effectuée ci-après, mènera néanmoins à une réponse négative. En conclusion, les traités «inégaux» ne sont pas nuls *ex tunc*.

2) *La terminaison et la suspension du traité*

En ce qui concerne la terminaison et la suspension du traité, l'article 42 stipule que les règles relatives à ces questions contenues dans le traité peuvent être invoquées en plus des règles supplétives de la Convention de Vienne. Parmi celles-ci, il nous semble qu'essentiellement deux d'entre elles peuvent servir de base pour terminer ou suspendre un traité devenu «inégal»: l'article 62 (*clausula rebus sic stantibus*)¹⁰⁰⁰ et l'article 54 b (par consentement de toutes les Parties)¹⁰⁰¹. C'est donc dans ce cadre limité, de même que dans l'hypothèse où les Parties auraient stipulé dans le traité que celui-ci peut être terminé ou suspendu pour le motif qu'il est devenu «inégal», que la validité d'un traité devenu «inégal» peut être contestée. En dehors de ces cas de figure, les traités «inégaux» sont conformes au droit international.

§ 3 La contrainte

Les tentatives de la part de la doctrine¹⁰⁰² de même que de certains Etats¹⁰⁰³ de faire de l'«inégalité» d'un traité un motif de sa nullité reposent principalement

⁹⁹⁹ «Projets d'articles adoptés par la CDI lors de sa dix-huitième session», *ACDI*, 1966, Vol 2, p 236.

¹⁰⁰⁰ Voir L. CAFLISCH, *loc. cit.* (note 962), p. 76, pour une opinion similaire. L'article 62 est une norme de droit coutumier. Voir l'*Affaire des Pêcheries Islandaises*, Arrêt CIJ Recueil, 1973, p. 19, para. 36. Pour une analyse de l'article 62, voir A. VAMVOUKOS, *Termination of treaties in international law, the doctrines of rebus sic stantibus and desuetude* (1985). Voir également Reuter qui explique que pour pouvoir être pris en compte, le changement doit bouleverser radicalement les circonstances dans lesquelles l'accord avait été conclu. Qualitativement, le changement doit affecter les faits sur lesquels le consentement a été donné. Quantitativement, le changement doit être suffisant pour modifier complètement les conditions de l'accord, sa raison d'être. P. REUTER, *op. cit.* (note 970), p. 154.

¹⁰⁰¹ A ce sujet, voir P. REUTER, *op. cit.* (note 970), p. 149.

¹⁰⁰² Voir L. CAFLISCH, *loc. cit.* (note 962), p. 67, se référant à G. TENEKIDES, «Les effets de la contrainte sur les traités à la lumière de la Convention de Vienne du 23 mai 1969», *AFDI*, vol. XX,

sur l'argumentation suivante : un traité «inégal» n'est que le reflet d'une contrainte exercée par une partie vis-à-vis de l'autre au moment de sa conclusion. En d'autres termes, ce n'est pas le contenu du traité qui pose problème, mais les circonstances qui ont mené à sa conclusion.

La Convention de Vienne sur le droit des traités ne réglemente pas la négociation des traités¹⁰⁰⁴. Comme l'explique Rosenne, les négociations sont un exercice politique peu sujet à une réglementation juridique si ce n'est qu'elles doivent être menées de bonne foi¹⁰⁰⁵. En application de cette approche, la Convention de Vienne ne contient qu'un seul article relatif à la conclusion du traité. L'article 52, qui stipule qu'un traité conclu sous la contrainte est nul¹⁰⁰⁶, intègre le principe de la Charte des Nations Unies en vertu duquel le recours à la force et la menace d'y avoir recours sont interdits¹⁰⁰⁷. Lors de la rédaction de cet article, certains membres de la CDI ont souhaité que d'autres formes de pression, par exemple des pressions de nature économique ou politique, rentrent dans la définition du mot «contrainte»¹⁰⁰⁸. La Commission a cependant choisi de rester fidèle à la terminologie onusienne et, malgré les efforts d'une minorité de pays en développement de réintroduire cette

1974, p. 92. Voir également I. DETTER, «The problem of unequal treaties», *ICLQ*, vol 15, 1966, p. 1088 ; et M. VIRALLY, *loc. cit.* (note 860), p. 60.

¹⁰⁰³ Voir L. CAFLISCH, *loc. cit.* (note 962), p. 62 : les traités territoriaux entre la Russie soviétique à la fin des années 1880 étaient considérés «inégaux» par la Chine «as they had been forced on it by an imperial military and feudal power».

¹⁰⁰⁴ En 1962, un projet d'article relatif à la négociation et la rédaction des traités avait été adopté par la CDI : «A treaty is drawn up by a process of negotiation which may take place either through the diplomatic channel or some other agreed channel, or at meetings of representatives or at an international conference. In the case of treaties negotiated under the auspices of an international organization, the treaty may be drawn up either at an international conference or in some organ of the organization concerned.» En 1965, la CDI décida de mettre ce projet d'article de côté au motif qu'il était de nature descriptive plutôt que normative. Voir S. ROSENNE, *op. cit.* (note 275), p 131 ; et W. LANG, *loc. cit.* (note 346), p. 110.

¹⁰⁰⁵ S. ROSENNE, *id.* p 129. Avec Conforti, nous sommes d'avis que les règles applicables dans le cadre de la négociation de traités incluent une obligation uniquement morale ou politique de conclure un accord équitable. Voir B. CONFORTI, *loc. cit.* (note 780), p. 30.

¹⁰⁰⁶ C'est volontairement que l'article 52 ne définit pas la terminologie «menace ou emploi de la force». Comme le précise la CDI : «the precise scope of the acts covered by this definition should be left to be determined in practice by interpretation of the relevant provisions of the Charter». Voir «Draft Articles adopted by the ILC at its eighteenth session », *ACDI* 1966, Vol 2 p. 246.

¹⁰⁰⁷ L'article 2 paragraphe 4 se lit comme suit : «Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies». Avant l'adoption de la Charte, l'emploi de la force était autorisé, comme en témoigne l'acte constitutif de la Société des Nations. La manière dont l'article 52 de la Convention de Vienne est rédigé implique qu'il est uniquement applicable en cas de traité conclu après l'adoption de la Charte. En 1973, néanmoins, la CIJ indiqua que l'«article 52 may savour more of codification than progressive development» of international law. Voir l'*Affaire des Pêcheries Islandaises*, Arrêt Recueil CIJ 1973 p. 17.

¹⁰⁰⁸ «Projets d'articles adoptés par la CDI lors de sa dix-huitième session», *ACDI*, 1966, Vol 2 p. 246. Pour une analyse de la rédaction de cet article, voir I. SINCLAIR, *op. cit.* (note 601), pp. 177-181.

définition plus large de la «contrainte»¹⁰⁰⁹, le texte de l'article 52 fut adopté tel que proposé par la CDI. En conséquence, la contrainte peut être invoquée pour invalider un traité au motif qu'il est «inégal» uniquement dans la mesure où sa conclusion a résulté de la menace ou de l'emploi de la force.

§ 4 Conclusion

En conclusion, les normes différenciées ne sont pas *per se* contraires au droit international. Les objections à cette approche fondées sur le principe d'égalité souveraine, le principe de réciprocité ou l'interdiction de la contrainte sont légalement infondées. Néanmoins il existe un autre type de critiques formulées à l'encontre des normes différenciées. Sans remettre en cause leur conformité au droit international, certaines attaques visent la pertinence même de cette approche. Ci-après, nous passerons en revue et répondrons succinctement à ces préoccupations.

Section VI

La pertinence d'une approche différenciée dans le droit

Les critiques à l'encontre des normes différenciées sont variées : ces normes ne seraient pas efficaces pour faire face à des problèmes globaux¹⁰¹⁰ ; elles affaibliraient la crédibilité du droit international¹⁰¹¹ ; elles seraient basées sur une catégorisation arbitraire des Etats¹⁰¹² ; et elles créeraient des distorsions au niveau

¹⁰⁰⁹ I. SINCLAIR, *op. cit.* (note 601), p. 177. Voir également P. REUTER, *op. cit.* (note 970), p. 149 : afin de tenir compte des préoccupations des pays en développement, la Conférence de Vienne sur le Droit des traités (1968/1969) adopta une Déclaration interdisant le recours à la contrainte militaire, politique ou économique dans la conclusion des traités, déclaration qui fut annexée à l'Acte Final de la Conférence.

¹⁰¹⁰ La préoccupation centrale est que le traitement différencié peut en fait renforcer, plutôt qu'atténuer, l'inégalité réelle entre les Etats, comme en témoigne le Traité de Non-prolifération Nucléaire. Par ailleurs, un traitement plus favorable des pays en développement dans le contexte des AEM pourrait ralentir leur développement propre. G. HANDL, *loc. cit.* (note 522), p. 10.

¹⁰¹¹ En mettant à la charge des pays industrialisés le financement de la mise en œuvre des obligations mises à la charge des pays en développement, les AEM créent une «subvention» à la mise en œuvre et, par-là même, affaiblissent la crédibilité du droit international de l'environnement. P. SAND, *op. cit.* (note 17) p. 230, citant U. BEYERLIN et T. MARAUHN, *Law-making and law enforcement in international environmental law after the 1992 Rio Conference*, (1997) p. 160 ; et T. MARAUHN et M. EHRMANN, *loc. cit.* (note 564), p. 827. Ainsi que nous avons déjà souligné, les normes différenciées sont également considérées comme mettant en péril l'unité juridique du droit international en vertu de laquelle le droit s'applique à tous les Etats de manière égale. Voir A. DECAUX, *op. cit.* (note 928), pp. 51, 40 et 52.

¹⁰¹² Cet argument est exposé dans l'article de J. WERKSMAN, *loc. cit.* (note 392), p. 768.

de la concurrence économique¹⁰¹³. Ces critiques ont conduit certains à conseiller que les Etats ne fassent recours à des normes différenciées qu'avec une extrême précaution¹⁰¹⁴. L'ensemble de ces critiques a été analysé en détail par Halvorssen¹⁰¹⁵. Nous nous limiterons donc à quelques remarques.

L'efficacité d'un traité pour atteindre son objectif constitue un problème qui a récemment reçu une attention accrue de la part de la doctrine, en particulier dans le domaine des AEM¹⁰¹⁶. A notre avis, il est difficile d'argumenter que le traitement différencié *per se* a un impact négatif sur l'efficacité du traité. L'élaboration de droits et obligations différenciées constitue en effet un préalable à la conclusion du traité : sans différenciation, il n'y aurait pas d'accord entre les Etats sur le traité¹⁰¹⁷. Malgré cet état de fait, on peut regretter que cette approche puisse avoir pour conséquence de créer de telles lacunes dans le traité que sa crédibilité soit remise en question¹⁰¹⁸. Le défi consiste à équilibrer d'une part les intérêts particuliers des Etats dont la participation à l'effort commun est nécessaire tout en évitant d'autre part l'élaboration d'un traité dont l'existence est dénuée de sens¹⁰¹⁹.

Les préoccupations relatives au fait qu'une approche différenciée met en péril le droit international ne peuvent être comprises que dans le contexte d'un droit de coexistence qui n'est que partiellement représentatif des relations internationales actuelles. Une approche excessivement formelle et étroite du principe d'égalité souveraine¹⁰²⁰ ou de réciprocité¹⁰²¹ n'est tout simplement pas réaliste dans un monde où les Etats sont dans des situations si diverses que la prise en compte de cette inégalité réelle ne peut pas être ignorée lorsqu'un effort de coopération est requis. Il est par contre légitime de se demander s'il n'existe pas des limites quant à la pertinence des circonstances particulières justifiant un traitement différencié. De même, on peut craindre que la différenciation dans le droit, en raison de sa possible complexité, effiloche les traités ou serve de précédent malheureux.

La troisième critique vise la catégorisation arbitraire des Etats bénéficiant de normes différenciées. Prenons deux exemples concrets pour expliquer ce

¹⁰¹³ L'Etat bénéficiant de la norme différenciée est considéré comme possédant un avantage compétitif indu. I. PORRAS, *op. cit.* (note 17), p. 30.

¹⁰¹⁴ S. PANNATIER, *op. cit.* (note 854), p. 271.

¹⁰¹⁵ A. M. HALVORSSSEN, *op. cit.* (note 6), pp. 71-115.

¹⁰¹⁶ Voir par exemple D. G. VICTOR, K. RAUSTIALA et E. B. SKOLNIKOFF (dir.), *op. cit.* (note 109) ; A. CHAYES et A. CHAYES, *op. cit.* (note 185) ; et P. SAND, *op. cit.* (note 34).

¹⁰¹⁷ Pour un point de vue identique exprimé dans le contexte du Protocole de Montréal, voir P. SAND, *loc. cit.* (note 727), p. 221.

¹⁰¹⁸ Pour les Etats-Unis, l'absence de participation de certains pays en développement à l'effort de réduction des gaz à effet de serre a rendu le Protocole de Kyoto «fatally flawed». Pour plus de détails à ce sujet, voir *supra* p. 26ss.

¹⁰¹⁹ W. LANG, *loc. cit.* (note 346), p. 116.

¹⁰²⁰ Voir *supra* p. 202.

¹⁰²¹ Voir *supra* p. 206.

problème. Tout d'abord, dans la Convention climat, les Etats sont principalement¹⁰²² classés en deux catégories : les pays industrialisés (dits «Annexe I») et les pays en développement (dits «non-Annexe I»). Sur cette base, des droits et obligations différenciés ont été élaborés. A l'époque des négociations de la Convention climat, les avantages et inconvénients d'une règle claire de catégorisation des Etats en deux groupes distincts ont été amplement pesés. Les délégués ont finalement opté pour l'élaboration d'une liste des pays concernés, la «simplicité de cette méthode» paraissant la moins sujette à controverses¹⁰²³. Bien que le critère d'appartenance à l'Annexe I ait été clair au moment de son élaboration, en l'occurrence le fait d'être membre de l'OCDE, il ne fut pas spécifié dans la Convention. Les limites de cette approche devaient très vite être mises en évidence : quelques mois après l'adoption de la Convention climat, en octobre 1992, la Turquie¹⁰²⁴ engagea des manœuvres diplomatiques en vue de faire enlever son nom de l'Annexe I, alors que certains pays industrialisés tentaient, en vain, d'y faire ajouter le Mexique et la Corée devenus membres de l'OCDE ultérieurement à leur ratification de la Convention climat. Les négociations des taux de réduction des émissions des gaz à effet de serre dans le cadre du Protocole de Kyoto – taux unique pour tous les pays de l'Annexe I («flat target») ou différencié sur une base individuelle¹⁰²⁵ - offrent un second exemple des difficultés liées à l'élaboration de normes différenciées au sein d'un traité. Tant l'identification des Etats devant bénéficier d'un traitement différencié que le choix des critères de différenciation ont été problématiques. Et même s'il peut sembler que la catégorisation des Etats qui en a résulté dans l'Annexe B du Protocole est arbitraire, elle doit être comprise dans son contexte, en prenant en compte les intérêts en présence ainsi que le poids politique respectif des acteurs étatiques. Cela n'empêche pas que l'on peut regretter que des solutions de facilité aient parfois pris le pas devant des impératifs de clarté et de sécurité juridique¹⁰²⁶.

¹⁰²² La différenciation est, en fait, beaucoup plus complexe. Voir *supra* p. 199.

¹⁰²³ D. BODANSKY, *loc. cit.* (note 51), p. 507.

¹⁰²⁴ Doc. FCCC/CP/1997/MISC.3. On notera ici que, selon Bodansky, des considérations d'équité auraient du mener à une différenciation entre les membres de l'Annexe II à la Convention climat, en particulier dans le cas d'Etats moins riches comme la Turquie. Voir D. BODANSKY, *op. cit.* (note 25), p. 224.

¹⁰²⁵ Pour un résumé des négociations sur ces questions, voir J. DEPLEDGE, *loc. cit.* (note 936).

¹⁰²⁶ Le Protocole de Montréal constitue à l'heure actuelle le seul AEM précisant les critères pour qu'un pays en développement bénéficie du traitement spécial accordé dans l'article 5.1 : un délai additionnel est accordé à ceux qui dont la consommation de substances contrôlées était inférieure à 0.3 kilogrammes *per capita* à la date de l'entrée en vigueur du Protocole pour cette Partie. *A contrario*, les Parties à la Convention de Bâle sont encore en train d'essayer de déterminer le critère d'inclusion des Etats dans l'Annexe VII, dont le libellé provisoire est «Parties et autres Etats membres de l'OCDE, EU, Liechtenstein», et qui interdit le transfert de déchets dangereux non destinés au recyclage ou autres usages similaires à des Etats non listés dans cette Annexe. Sur cette question, voir le *BN T*, Vol. 20 No 06, disponible sur <http://www.iisd.ca/linkages/vol20/enb2006e.html>.

Enfin, la dernière critique que nous avons identifiée, à savoir la distorsion de la concurrence, est liée au débat plus général relatif à la relation entre les AEM et les règles de l'OMC. Cette problématique est double. D'une part, elle porte sur le possible impact négatif des mesures environnementales sur le commerce du fait qu'elles entraînent une augmentation des coûts de production. D'autre part, il s'agit de savoir sous quelles conditions des restrictions au commerce pour des motifs de protection de l'environnement sont compatibles avec l'OMC. Bien que certains AEM contiennent des restrictions au commerce, en particulier la CITES, la Convention de Bâle, le Protocole de Montréal et le Protocole de Cartagena, leur compatibilité avec l'OMC n'a jamais encore fait l'objet d'un débat devant un organe juridictionnel. En ce qui concerne la question de la distorsion de la concurrence, l'élaboration de normes différenciées peut en fait permettre d'éviter ces éventuelles distorsions. L'Annexe B du Protocole de Kyoto, qui assigne un objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre à chaque pays industrialisé, est un exemple patent où les coûts relatifs de ces réductions ont été pris en compte dans l'exercice de la négociation¹⁰²⁷.

En conclusion, les critiques formulées de manière généralisée à l'encontre d'une différenciation dans le droit ne sont pas toujours pertinentes et il nous semble que les avantages de cette approche compensent largement ses possibles inconvénients.

Section VII

La nature juridique de la différenciation dans le droit

Jusqu'à présent, nous avons caractérisé la différenciation dans le droit comme une simple technique juridique à disposition des Etats lors de la négociation de traités. Existe-t-il un principe de différenciation en droit international ? Et si oui, sur quel critère serait-il basé : sur les besoins des pays en développement ?

Avec Conforti¹⁰²⁸, Elias et Lim¹⁰²⁹, nous sommes d'avis que les Etats n'ont pas d'obligation, en droit international, de se soumettre à un processus de négociation équitable. Prendre en compte les intérêts et circonstances particulières des Etats et, sur cette base, élaborer des normes différenciées constitue bien une approche constructive pour forcer le consensus. Mais il n'existe aucune règle de droit international le requérant. Par ailleurs, dans la mesure où les Etats décideraient de suivre cette approche, existe-t-il une

¹⁰²⁷ M. GRUBB, C. VROLIJK, et D. BRACK, *op. cit.* (note 202), p. 84.

¹⁰²⁸ Pour Conforti, ce processus n'est pas juridiquement contraignant, il ne revêt qu'un aspect «politico-diplomatique». B. CONFORTI, *loc. cit.* (note 780), p. 94.

¹⁰²⁹ O. A. ELIAS et C. L. LIM, *op. cit.* (note 774), p. 229.

formule d'équité en application de laquelle les besoins des pays en développement devraient guider toute allocation de droits et obligations ? Là aussi, nous répondrons par la négative. Bien que les Etats aient consacré ce critère de différenciation dans de nombreux domaines du droit international (droits de l'homme, droit commercial, AEM)¹⁰³⁰, ainsi que dans des Déclarations politiques aussi importantes que la Déclaration de Rio et le Plan d'Application du Sommet Mondial de Johannesburg pour le développement durable¹⁰³¹, les conditions pour élever cette approche au rang d'un principe général de droit ou d'une règle coutumière ne nous semblent pas réunies¹⁰³².

Si l'on se limite au domaine des AEM, la prise en compte des différentes capacités des Etats constitue-t-elle un principe de droit international de l'environnement ? La doctrine est divisée¹⁰³³. Les négociations relatives à la rédaction du contenu du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats dans le cadre de la Convention climat ont cependant mis en évidence que les pays développés ont limité l'application de ce principe à cet instrument spécifique¹⁰³⁴. Au surplus, ce principe n'a pas, depuis, été expressément inclus dans un autre AEM¹⁰³⁵.

¹⁰³⁰ Voir *supra* p. 158ss.

¹⁰³¹ Doc. A/CONF.199/L.3/Add.1 à 13. Pour un résumé des débats relatifs à l'introduction de ce principe dans le Plan, voir le Résumé du *BNT*, vol 22 No51, disponible sur : <http://www.iisd.ca/linkages/2002/wssd>.

¹⁰³² Magraw, par exemple, suggère qu'il existerait uniquement un «soft law» principle or a an emerging customary norm that international conventional regimes – environmental and other – should, as a general matter, take the interests of developing countries in achieving sustainable development into account». Voir D. B. MAGRAW, *loc. cit.* (note 6), p. 79.

¹⁰³³ Se référant à Dupuy, Cullet est lui d'avis que la «consistent practice in recent environmental agreements and the fact that CBD (the principle of common but differentiated responsibilities) is specifically linked to other strands of differential treatment may lead to the recognition of CBD as a general principle of international environmental law». Cullet suggère ensuite que «even if a principle of differentiation is emerging, it is rather limited». Voir P. CULLET, *loc. cit.* (note 726), p. 580. Pour Halvorssen, le principe des responsabilités communes mais différenciées est du «soft law», et donc pas légalement contraignant. Elle se réfère également à Bodansky qui considère que la plupart des principes environnementaux ne rentrent pas dans la catégorie des principes de droit de l'article 38.1 c) du Statut de la CIJ. Halvorssen partage cette opinion lorsqu'elle conclut que peu de ces principes sont du droit coutumier. Voir A. M. HALVORSSSEN, *op. cit.* (note 6), p. 16. Ridruejo, lui, est plus affirmatif : le principe des responsabilités communes mais différenciées constitue un des cinq «fundamental principles of international environmental law». Voir J. A. PASTOR RIDRUEJO, *loc. cit.* (note 732), pp. 285-286. Perrez également conclut que ce principe constitue un principe général du droit international de l'environnement. Voir F. X. PERREZ, *Cooperative sovereignty : from independence to interdependence in the structure of international environmental law*, (The Hague : Kluwer Law International, 2000), pp. 283 et 296.

¹⁰³⁴ P. SANDS, *loc. cit.* (note 761), p. 337. La nature juridique des principes de la Convention climat a été l'objet de controverses au moment de leur adoption. Pour les Etats-Unis, le but de ces Principes était uniquement de fournir un contexte dans lequel interpréter la Convention climat : leur place devait par conséquent être dans le Préambule. Ce qui est clair, néanmoins, et nous rejoignons là Bodansky, c'est que ces principes sont juridiquement contraignants uniquement pour les Parties à la Convention climat et non pas de manière générale. D. BODANSKY, *loc. cit.* (note 51), p. 501.

¹⁰³⁵ Nous pensons en particulier à la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause (1998), au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (2000) à la Convention sur la diversité biologique (1992) et à la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (2001). A noter que les développements

Cette conclusion ne doit cependant pas être interprétée comme minimisant le poids politique et éthique du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats. Et l'on peut souhaiter que ce principe, inspiré de l'équité, fasse partie intégrante de tout processus d'allocation de responsabilités pour les dommages causés à l'environnement global et poursuive sa cristallisation vers un principe de droit international de l'environnement.

Section VIII

Conclusion

La technique juridique de la différenciation dans le droit a pour objectif ultime d'assurer la participation d'Etats à un traité. Dans ce but, les circonstances particulières des Etats sont prises en compte et servent de fondement à une approche différenciée. Cette approche trouve ses racines dans l'équité. En tant que procédure, l'équité suggère qu'un processus particulier soit suivi en vue de l'élaboration d'une norme. Il s'agit d'une forme de justice distributive dans l'allocation de droits et charges entre les Etats. Prendre en considération les circonstances particulières de chaque Etat fournit un guide aux négociateurs pour l'élaboration du traité. Dans sa fonction substantielle, l'équité définit le contenu de la norme ou, à tout le moins, elle offre un guide pour le définir. Dans ce cas de figure, une formule d'équité prescrit quelles circonstances particulières doivent être prises en compte pour élaborer des normes différenciées. Les exemples que nous avons présentés dans la Convention sur le droit de la mer et la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation ont mis en évidence que le recours à l'équité constitue une pratique courante dans le domaine de la gestion des ressources naturelles. Nous tournant vers l'allocation des responsabilités en cas d'atteinte à l'environnement, nous avons montré que l'équité a servi de base à l'élaboration d'une formule particulière : le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats. Fondé sur les différents niveaux de développement des Etats ainsi que sur leur degré de responsabilité historique vis-à-vis du dommage, ce principe justifie l'élaboration de droits et obligations différenciées, notamment entre les pays industrialisés et en développement. Analysant le recours à des normes différenciées dans le contexte de la Convention climat et du Protocole

postérieurs dans le cadre du Protocole de Montréal confirment cette conclusion : bien que la Russie ait demandé que l'application du principe des responsabilités communes mais différenciées, en particulier son aspect relatif au «certain degré de flexibilité» en faveur des pays ayant une économie en transition vers une économie de marché, soit étendue au Protocole de Montréal, les Parties à ce traité s'y sont opposées. J. WERKSMAN, *loc. cit.* (note 392), pp. 768-769.

de Kyoto, nous avons mis en évidence que ces traités consacrent le principe d'une différenciation sur la base des différents niveaux de développement des Parties. Analysant les critiques formulées à l'encontre de cette approche, nous avons montré que la différenciation dans le droit est non seulement conforme au droit international, mais qu'elle constitue une technique diplomatique efficace pour élaborer un traité dont l'objet est particulièrement complexe. Nous avons conclu ce chapitre en nous interrogeant sur la nature juridique de cette approche et avons suggéré que la prise en compte des différentes capacités économiques des Etats et leur traduction sous la forme de normes contextuelles ou différenciées, si elle contribue à la légitimité du droit international, reste confinée au domaine de la politique et de l'éthique. Il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un puissant levier pour promouvoir une égalité réelle entre les Etats.

Chapitre II

La différenciation dans le contrôle du respect du droit

Nous avons précédemment défini la différenciation dans le droit comme une technique juridique utilisée par les négociateurs principalement afin de promouvoir la participation d'Etats au sein d'un traité. Dans cet objectif, certaines «circonstances particulières» des Etats sont prises en compte pour justifier leur traitement différencié, que ce soit au niveau des droits et privilèges qui leur sont octroyés ou des obligations qu'ils souscrivent. A cet égard, nous avons montré que la pratique étatique consiste de plus en plus à utiliser les différences de niveau de développement socio-économique comme critère de différenciation, avec l'objectif ultime d'assurer une participation universelle au sein d'un traité et l'objectif sous-jacent de réaliser une égalité réelle entre les Etats. Le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, consacré dans la Convention climat¹⁰³⁶ et le Protocole de Kyoto¹⁰³⁷, constitue une illustration d'une telle approche différenciée qui se traduit notamment par le biais d'obligations en matière de réduction d'émissions¹⁰³⁸ et de fourniture d'assistance technique et financière à la charge uniquement des pays industrialisés¹⁰³⁹. Nous avons néanmoins conclu la première partie de notre étude consacrée à la différenciation dans le droit par la constatation qu'il n'existe pas actuellement de «formule d'équité» en droit international en application de laquelle les différences de niveau de développement économique et social entre pays devraient guider toute allocation de droits et obligations au sein des traités. Cette approche bénéficie cependant d'un poids politique et éthique important en vue de la promotion d'une égalité réelle entre les Etats.

On s'en souvient, la prise en compte de l'inégalité réelle des Etats constitue un trait caractéristique des mécanismes de contrôle du respect des AEM¹⁰⁴⁰. Tenir compte des circonstances entourant le non-respect d'une obligation, en particulier des causes du non-respect, est un élément clé des fonctions de l'organe de contrôle. Ce dernier doit aborder le problème du non-respect de manière contextuelle. Cette approche individualisée ouvre la porte à une différenciation dans le contrôle du respect du droit. Les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sont les premiers à avoir élaboré une base légale spécifique requérant que les circonstances socio-économiques

¹⁰³⁶ Article 3.1 de la Convention climat.

¹⁰³⁷ Préambule du Protocole de Kyoto.

¹⁰³⁸ Articles 4.2 a) et 4.2 b) de la Convention climat, article 3 et Annexe B du Protocole de Kyoto.

¹⁰³⁹ Articles 4.3 et 4.4 de la Convention climat, article 11 du Protocole de Kyoto.

¹⁰⁴⁰ Voir *supra* p. 107.

des Parties soient prises en compte dans le cadre du traitement d'un cas de non-respect. Sur proposition des pays en développement, le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties fait partie intégrante du texte établissant les mécanismes de contrôle du respect de ce traité. Alors que ce principe justifiait, jusqu'alors, une différenciation au niveau de l'établissement des droits et obligations des Parties, désormais ce principe guide l'organe chargé du contrôle du respect du Protocole. En ancrant l'approche contextuelle propre au système des mécanismes de contrôle du respect des AEM dans un principe du régime relatif aux changements climatiques, la proposition des pays en développement visait à assurer que l'égalité réelle consacrée dans le Protocole serait également promue au niveau du contrôle du respect de son contenu. Nous analyserons ci-dessous dans quelle mesure cet objectif a été atteint.

Ce deuxième chapitre est divisé en quatre sections. Dans une première section, nous offrons une définition de la différenciation dans le contrôle du respect du droit. Dans une deuxième section, nous analyserons dans quelle mesure les moyens classiques de règlement des différends font usage de cette technique. Nous nous intéresserons alors en particulier au principe d'égalité des parties et au principe d'impartialité. Dans une troisième section, nous cernerons la relation entre l'équité et la différenciation dans le contrôle de l'application du droit. Cela nous amènera à analyser la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en matière d'équité. Dans une quatrième section, nous porterons notre attention sur la différenciation dans le cadre des mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto. Nous évaluerons les mérites et les limites d'une approche différenciée fondée sur le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties.

Section I

Définition de la différenciation dans le contrôle du respect du droit

Sur la base de notre définition de la différenciation dans l'élaboration de droits et obligations¹⁰⁴¹, une différenciation dans le contrôle du respect du droit signifie que l'organe de contrôle traite différemment les Parties, sur la base des «circonstances particulières» les affectant.

Notre étude de la différenciation dans le droit a mis en évidence que le recours à des normes différenciées est une pratique que l'on retrouve dans

¹⁰⁴¹ Voir *supra* p. 157.

divers domaines du droit international, en particulier ceux de la protection de l'environnement, des droits de l'homme et du droit commercial¹⁰⁴². Cette différenciation dans le droit engendre, nécessairement, une différence de traitement dans l'application du droit : si des Etats ne sont pas titulaires des mêmes droits ou soumis à des obligations identiques, ils seront traités de manière différente par l'organe d'application. Si l'on prend l'exemple du Protocole de Montréal, seuls les pays en développement peuvent bénéficier d'une assistance technique ou financière pour la mise en œuvre de leurs obligations. Par conséquent, la suspension de ce privilège constitue une mesure consécutive à un non-respect qui ne peut trouver application que dans le cas où un pays en développement ne respecterait pas ses obligations. Si c'est une Partie développée qui ne respecte pas ses obligations, cette mesure consécutive ne peut pas trouver application. Cette différence de traitement résulte indirectement des différentes circonstances dans lesquelles se trouvent les Etats, plus directement de la nature différente de leurs droits, obligations et privilèges. Dans ce cas, la différenciation au niveau du contrôle de l'application du droit est la conséquence de la différenciation dans le droit : minimale, automatique ou implicite.

Une différenciation au niveau du contrôle de l'application du droit peut cependant, en théorie, aller au-delà d'une différenciation implicite. Ce sera le cas lorsque le législateur requiert que l'organe de contrôle prenne en considération les différentes circonstances, par exemple de nature socio-économique, des Parties concernées quand bien même ces dernières sont titulaires des mêmes droits ou tributaires des mêmes obligations. Cette différenciation supplémentaire engendre un second degré de traitement différencié que nous qualifierons d'explicite.

¹⁰⁴² Voir *supra* p. 158ss. Dans les domaines du droit de la mer et de la sécurité internationale, d'autres critères de différenciation ont été retenus : la qualité de puissance militaire victorieuse à l'issue de la seconde guerre mondiale, en ce qui concerne la Charte de l'ONU ; le fait de posséder l'arme nucléaire, en ce qui concerne le traité de Non-Prolifération Nucléaire ; les caractéristiques géographiques affectant un Etat, dans le cadre de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer.

Section II

La différenciation dans le cadre des techniques traditionnelles d'application du droit : procédures diplomatiques et juridictionnelles de règlement des différends

§ 1 Introduction

Notre objectif est de rechercher dans les règles de droit international relatives aux procédures diplomatiques et juridictionnelles de règlement des différends si elles sont susceptibles de nous orienter sur un possible traitement différencié dans le cadre de l'application du droit et, éventuellement, servir de précédent à une approche différenciée dans le cadre des mécanismes de contrôle du respect du droit. Nous compléterons cette étude en analysant le Statut de la Cour internationale de Justice (ci-après CIJ), le Statut du Tribunal international du droit de la mer et l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'ORD de l'OMC)¹⁰⁴³.

A. *Les principes applicables aux moyens diplomatiques de règlement des différends*

Les moyens diplomatiques de règlement des différends dits « non spécialisés »¹⁰⁴⁴ - les négociations, les bons offices, la médiation et l'enquête - sont faiblement réglementés. Seules les procédures d'enquête ont fait l'objet de dispositions élaborées dans le cadre des Conventions de La Haye sur le règlement pacifique des différends de 1899 et 1907. En application des règles édictées dans ces traités, il est possible de se référer à un principe général requérant que l'organe chargé de l'enquête procède avec impartialité à la recherche de tous les faits pertinents¹⁰⁴⁵. La conciliation, une procédure quasi-juridictionnelle intermédiaire entre l'enquête et l'arbitrage, est également caractérisée par l'exigence de l'impartialité de l'organe chargé de se prononcer sur le différend¹⁰⁴⁶. En somme, le principe d'impartialité semble être le seul principe géné-

¹⁰⁴³ Ces organes sont les plus utiles à notre étude du fait qu'ils sont ouverts à tous les Etats membres dans une perspective universelle (où une différenciation en fonction du développement économique et social des Etats a le plus de raison d'être) et que leur juridiction *ratione personae* vise des Etats, non pas des individus.

¹⁰⁴⁴ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 592.

¹⁰⁴⁵ Article 9 de la Convention de 1899 et article 9 de la Convention de 1907.

¹⁰⁴⁶ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 594. Pour des exemples de procédure de conciliation, voir l'annexe à la Convention de Vienne sur le droit des traités et l'Annexe V de la Convention sur le droit de la mer.

ral de droit international applicable dans le cadre des techniques diplomatiques de règlement des différends qui prévoient l'intervention d'un tiers.

B. Les principes applicables aux moyens juridictionnels de règlement des différends

Trois caractéristiques distinguent les techniques juridictionnelles des moyens diplomatiques de règlement des différends : elles concernent un différend juridique, c'est-à-dire susceptible d'être tranché par le biais de l'application du droit, elles impliquent l'application de règles de procédure et de principes propres à l'exercice de la justice et elles aboutissent à une décision juridiquement obligatoire¹⁰⁴⁷. La réglementation de ces techniques juridictionnelles est donc plus développée que celle de leurs homologues diplomatiques.

Les procédures d'arbitrage sont principalement régies par la Convention de la Haye sur le règlement pacifique des différends de 1907. Les caractéristiques qui différencient l'arbitrage des procédures judiciaires sont, d'une part leur non-permanence¹⁰⁴⁸, d'autre part le fait que le choix des juges appartient aux parties au différend. En ce qui concerne les règles de droit international applicables aux procédures d'arbitrage, «(I)l est admis que les juridictions arbitrales sont liées par les principes généraux tels que l'égalité des parties»¹⁰⁴⁹. On ajoutera à ce principe celui de l'impartialité, ainsi que le suggère le Règlement facultatif de la cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux Etats¹⁰⁵⁰.

Contrairement aux procédures d'arbitrage, il n'existe pas de traité offrant un cadre juridique général pour le règlement judiciaire des différends. La fonction de l'organe judiciaire consiste, typiquement, à «régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis»¹⁰⁵¹. L'exercice de cette fonction requiert que l'organe judiciaire établisse les faits, détermine le droit applicable, puis procède à l'application du droit aux faits par le biais d'une qualification juridique des faits et de l'application de conséquences juridiques obligatoires¹⁰⁵². Dans ses tâches, le juge bénéficie d'un large pouvoir

¹⁰⁴⁷ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), pp. 597-598.

¹⁰⁴⁸ Malgré ce que sa dénomination pourrait laisser croire, la Cour Permanente d'Arbitrage n'est ni une cour, ni permanente, mais constitue un mécanisme appelé à faciliter la création de juridictions arbitrales.

¹⁰⁴⁹ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 606. Voir également l'article 15 du Règlement facultatif de la Cour Permanente d'Arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux Etats. Voir : <http://www.pca-cpa.org/BD/2statefr.htm>.

¹⁰⁵⁰ *Id.* article 6.4.

¹⁰⁵¹ Article 38.1 du Statut de la CIJ.

¹⁰⁵² Il n'est pas sans intérêt de souligner que ces fonctions ne sont pas explicites ni dans le Statut de la CIJ ni dans son Règlement, bien qu'ils puissent être déduits de son article 95 relatif au contenu de son arrêt.

discrétionnaire¹⁰⁵³. Celui-ci porte en particulier sur le choix des moyens de preuve¹⁰⁵⁴ dans le cadre de l'établissement des faits. Ce pouvoir s'étend également à l'interprétation du droit¹⁰⁵⁵ que ce soit dans le cadre du choix du droit applicable, de la qualification juridique des faits ou de l'application des conséquences juridiques. Si la marge de manœuvre dont dispose l'organe judiciaire n'est que peu réglementée de manière concrète¹⁰⁵⁶, elle est cependant limitée par un certain nombre de principes généraux. L'exercice de la fonction judiciaire doit en effet répondre à deux exigences fondamentales : l'impartialité de l'organe juridictionnel et son corollaire, l'égalité des parties au différend «in their capacity as litigants»¹⁰⁵⁷. Ces deux principes, qui découlent du principe d'égalité souveraine entre les Etats, ont été identifiés par la CIJ comme inhérents au droit d'être entendu. Leur violation constituerait une erreur fondamentale de procédure incompatible avec une procédure judiciaire¹⁰⁵⁸.

C'est par le biais d'une analyse des principes d'impartialité et d'égalité des parties que nous tenterons d'identifier si et dans quelle mesure les techniques traditionnelles de règlement des différends permettent à l'organe de règlement des différends de tenir compte des circonstances particulières des parties et, sur cette base, de les traiter différemment.

¹⁰⁵³ Ainsi que l'exprime Rosenne : «It is true that the duty of a judge is to judge. But what he should judge, and how he should judge, is very much a matter for the individual judge». Voir S. ROSENNE, *An international law miscellany* (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993), p. 212.

¹⁰⁵⁴ S'il revient, avant tout, aux parties au litige de mettre en avant les faits, le juge a la compétence de décider si les allégations sont suffisamment établies. C'est donc à l'organe judiciaire qu'il appartient d'administrer les moyens de preuve dans l'objectif de lui permettre de développer la conviction morale de la réalité et vérité de tous les faits déterminants sur la base desquels il basera sa décision. Dans l'exercice de cette tâche, mis à part être lié par quelques principes de procédure, « international tribunals claim, and indeed exercise, complete freedom in the admission and evaluation of evidence in order to arrive at the moral conviction of the truth of the whole case ». Voir B. CHENG, *General principles of law as applied by international courts and tribunals* (Cambridge University Press, 1993), pp. 302, 307 et 335.

¹⁰⁵⁵ En application du principe *jura novit curia*, il appartient à l'organe judiciaire de déterminer le droit applicable et de l'appliquer au différend, sans être lié par les conclusions des parties. Voir l'*Affaire du Lotus*, Arrêt, CPJI Série A N° 10 (1927) p. 31. Voir également B. CHENG, *id.* pp. 299-301.

¹⁰⁵⁶ Quand bien même l'acte constitutif de l'organe judiciaire ou les règles de procédure qu'il adopte contiennent de nombreux détails sur la conduite de la procédure judiciaire, il est rare que soit clairement défini comment le juge, concrètement, établit les faits, les qualifie juridiquement et en tire les conséquences juridiques.

¹⁰⁵⁷ B. CHENG, *op. cit.* (note 1054), p. 290.

¹⁰⁵⁸ *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies* (Affaire Fasla), Avis consultatif du 12 juillet 1973, CIJ Recueil, 1973, para. 88-100. Pour la Cour, le droit d'être entendu inclut : «the right to an independent and impartial tribunal established by the law, the right to have the case heard and determined within a reasonable time, the right to a reasonable opportunity to present the case to a tribunal and to comment upon the opponent's case, the right to equality in the proceedings vis-à-vis the opponent, and the right to a reasoned decision».

§ 2 L'impartialité

A. Introduction

L'impartialité est un principe général de droit international¹⁰⁵⁹ considéré comme la pierre angulaire des caractéristiques de la fonction du juge¹⁰⁶⁰. Inspiré du droit national, ce principe fut consacré pour la première fois au niveau international par son inclusion dans la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux de 1899¹⁰⁶¹. Depuis, l'impartialité figure dans beaucoup de traités constitutifs ou de règles de procédure relatives aux organes juridictionnels internationaux. L'impartialité est notamment expressément requise par le Statut de la CIJ¹⁰⁶², le Statut du Tribunal du droit de la mer¹⁰⁶³, le Statut de la Cour Pénale Internationale¹⁰⁶⁴, le Statut du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)¹⁰⁶⁵, le Statut du Tribunal International pour le Rwanda¹⁰⁶⁶, les Règles de conduite du 11 décembre 1996 relatives au Mémoire sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après MRD de l'OMC)¹⁰⁶⁷ et le Statut de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CEJ)¹⁰⁶⁸. Le principe d'impartialité est également un droit de l'homme prescrit par de nombreux instruments juridiques internationaux¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁵⁹ B. CHENG, *op. cit.* (note 1054), pp. 284 et 290. Voir également l'opinion individuelle de Juge Kotaro Tanaka dans *l'Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt du 5 février 1970, CIJ Recueil, 1970 p. 3, pp. 154-155 : «The independence of the judiciary, therefore, despite the existence of differences in degree between various legal systems, may be considered as a universally recognized principle in most of the municipal and international legal systems of the world. It may be admitted to be a "general principle of law recognized by civilized nations"».

¹⁰⁶⁰ E. LAUTERPACHT, «The international lawyer as judge», dans *The international lawyer as practitioner* (BIICL, 2000), p. 129.

¹⁰⁶¹ Curieusement, c'est dans le cadre de la réglementation de la procédure d'enquête, une procédure diplomatique de règlement des différends, que fut consacré le principe d'impartialité. En application de l'article 9 de la première Convention de La Haye, les Commissions internationales d'enquête sont requises de faciliter la solution des litiges «en éclaircissant par un examen impartial et consciencieux les questions de fait». Cette formulation fut reprise dans la Convention de La Haye sur le règlement pacifique des conflits internationaux de 1907.

¹⁰⁶² Article 20, de même que l'article 4 des Règles de procédure de la CIJ.

¹⁰⁶³ Article 2 du Statut du tribunal du droit de la mer.

¹⁰⁶⁴ Article 36.3 a) du Statut de la Cour pénale internationale.

¹⁰⁶⁵ Article 13 du statut du TPIY.

¹⁰⁶⁶ Article 12 Statut du Tribunal international pour le Rwanda.

¹⁰⁶⁷ Principe Directeur (Section II) applicable à «toute personne faisant partie d'un groupe spécial ; b) siégeant à l'Organe d'appel permanent» (Section IV) du MRD de l'OMC.

¹⁰⁶⁸ Article 2 du Statut de la Cour de la CEJ.

¹⁰⁶⁹ Voir à cet égard l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948), l'article 14.1 du Pacte sur les droits civils et politiques (1966), l'article 6.1 de la Convention européenne sur les droits de l'Homme, l'article 8.1 de la Convention américaine sur les droits de l'Homme et l'article 7.1 (d) de la Charte africaine sur les droits de l'Homme et des peuples.

B. Définition

L'impartialité requiert que le juge «see with equal eye the party that claimed and the party that resisted»¹⁰⁷⁰. Il interdit par conséquent qu'un juge fasse preuve d'un parti pris en faveur de l'une ou l'autre des parties au différend. Concrètement, un tel biais résulterait par exemple du fait que les délibérations et conclusions du juge seraient influencées par les intérêts particuliers des Etats¹⁰⁷¹. Le principe d'impartialité nous intéresse dans la mesure où l'interdiction de favoriser une partie vis-à-vis de l'autre revient à interdire de traiter deux parties de manière différente sans que cette différenciation ne soit objectivement justifiée.

Le jugement rendu par la Chambre d'appel du TPIY dans l'*Affaire Procureur c. Anto Furundzija*¹⁰⁷² semble constituer le plus grand effort fourni par un organe judiciaire pour définir le principe d'impartialité. Se basant sur la jurisprudence développée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme ainsi que l'interprétation donnée à ce principe par des organes judiciaires nationaux, la Chambre d'appel conclut qu'il existe deux tests pour apprécier la possible impartialité d'un juge¹⁰⁷³. En application d'un test subjectif, le juge doit être dépourvu de préjugé : il doit être dépourvu d'un parti pris réel. En application d'un test objectif, le juge est impartial si rien dans les circonstances ne crée une apparence de partialité.

Dans son arrêt, le TPIY ne fournit pas de recette particulière pour déterminer *in concreto* s'il y a ou non «un parti pris réel» et une «apparence de partialité». La jurisprudence de la CIJ est également muette à l'égard des éléments constitutifs d'une impartialité. On peut néanmoins puiser dans certaines soumissions des parties au différend ou dans les opinions individuelles des juges quelques-uns des indices permettant de confirmer ou d'infirmer un soupçon de partialité. A cet égard, on notera les trois indices suivants : le choix du for, la nationalité du juge et la possibilité pour les parties au différend d'avoir une influence sur la composition de l'organe judiciaire.

1) *Le choix du for*

Les échanges diplomatiques qui précèdent la soumission, à la CIJ, des Affaires des Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (*Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni et Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis*

¹⁰⁷⁰ B. CHENG, *op. cit.* (note 1054), p. 290, se référant à une déclaration du Commissaire Gore, membre de la Commission d'Arbitrage dans l'*Affaire Betsey* (1797).

¹⁰⁷¹ R. O. KEOHANE, A. MORAVCSIK et A.-M. SLAUGHTER, *loc. cit.* (note 344), p. 457.

¹⁰⁷² Affaire No IT-95-17/1-A, jugement du 21 juillet 2000, disponible sur : <http://www.un.org/icty/furundzija/appeal/jugement/index.htm>.

¹⁰⁷³ *Id.* p. 189.

d'Amérique)¹⁰⁷⁴ illustrent que, tant pour la Libye que pour le Royaume-Uni, le choix du for était de nature à avoir un impact sur l'impartialité des juges. Ainsi pour le Royaume-Uni, le fait que les accusés de nationalité libyenne soient jugés en Libye mettait en doute l'impartialité des juges. Pour la Libye au contraire, un for aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni, pays dont des ressortissants étaient victimes, ne garantirait pas le droit à un tribunal impartial.

2) *La nationalité du juge*

En plus du choix du for, la nationalité des juges peut être considérée comme constituant un indice d'impartialité. Dans l'Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), le Juge Lachs rédigea un vibrant plaidoyer aux fins de lever tout doute possible sur l'impartialité d'un juge de la même nationalité qu'une des parties au différend. Il conclut : « ... it appears unseemly to doubt a Judge on account of the place where he was born or the passport he may carry »¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁴ Voir le communiqué de la Libye du 15 novembre 1991 : «When a small, developing country such as Libya finds itself accused by super-Powers such as the United States and the United Kingdom, it reserves its full right to legitimate self-defence before a fair and impartial jurisdiction, before the United Nations and before the International Court of Justice and other bodies». Le Royaume-Uni, pour sa part, déclara au Conseil de Sécurité en date du 21 janvier 1992 que : « It has been suggested the men might be tried in Libya. But in the particular circumstances there can be no confidence in the impartiality of the Libyan courts » (United Nations doc. S/PV.3033, p. 105). Ces deux déclarations sont rapportées par le Juge Oda dans son opinion dissidente relative aux *Affaires des Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Royaume-Uni et Jamahiriya Arabe Libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*. Voir CIJ Recueil, 1998, pp. 175 et 183 ; et CIJ Recueil, 1998, pp. 84 et 95. Les possibilités d'avoir un procès impartial dans l'éventualité où les deux accusés libyens étaient remis aux autorités américaines ou anglaises, en particulier à la lumière des déclarations de ces deux pays au Conseil de Sécurité, furent analysées par le Juge Shahabuddeen dans deux opinions dissidentes. Voir l'*Affaire des Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)* - Demande en indication de mesures conservatoires, CIJ Recueil, 1992, p. 141 ; et dans l'*Affaire des Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Royaume-Uni)* - Demande en indication de mesures conservatoires, CIJ Recueil, 1992, pp. 29-31.

¹⁰⁷⁵ Ci-après, un plus grand extrait de l'opinion exprimée par le Juge Lachs : «A judge - as needs no emphasis - is bound to be impartial, objective, detached, disinterested and unbiased. In invoking the assistance of this Court or accepting its jurisdiction, States must feel assured that the facts of the dispute will be properly elicited ; they must have the certainty that their jural relationship will be properly defined and that no partiality will result in injustice towards them. Thus those on the bench may represent different schools of law, may have different ideas about law and justice, be inspired by conflicting philosophies or travel on divergent roads - as indeed will often be true of the States parties to a case - and that their characters, outlook and background will widely differ is virtually a corollary of the diversity imposed by the Statute. But whatever philosophy the judges may confess they are bound to "master the facts" and then apply to them the law with utmost honesty. ... This variety of origin of the Judges is certainly the great strength of this Court. It is a major contributory factor to the confidence that all States may feel in the balanced nature of the Court's decisions and the broad spectrum of legal opinion they represent. But can this diversity justify an invidious distinction between Judges according to their nationality or the alliances of which their countries may happen to be members ? All Judges "should be not only impartial but also independent of control by their own countries or the United Nations Organization" (UNCIO, Vol. 13, p. 174). ... In the light of such considerations, which are seldom absent from the judicial mind, it appears

3) *La possibilité pour les parties au différend d'avoir une influence sur la composition de l'organe judiciaire*

La mince démarcation entre l'impartialité théorique des juges et l'influence qu'ont les parties au différend sur la composition d'une Chambre de la Cour a été particulièrement bien mise en évidence par les Juges Tarassov et Oda dans leurs opinions individuelles dans l'Affaire de Délimitation Maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)¹⁰⁷⁶.

C. *L'impartialité en pratique*

En pratique, et même en faisant usage des indices précités, apprécier si un juge fait preuve de partialité n'est pas une tâche aisée. Concilier d'une part les éléments subjectifs inhérents à l'exercice des fonctions du juge¹⁰⁷⁷ ainsi que la discrétion dont le juge dispose pour remplir ses tâches avec d'autre part l'interdiction d'être ou de paraître pourvu de préjugés peut sembler à première vue relever du talent d'un équilibriste. Cette difficulté a d'ailleurs conduit Elihu Root à tout simplement douter de l'applicabilité d'un principe d'impartialité aux juges¹⁰⁷⁸. Et R. P. Anand d'ajouter que c'est justement l'absence de certitude quant à la possible impartialité des juges qui explique que nombres d'Etats ne se sont pas soumis à la compétence obligatoire de la CIJ¹⁰⁷⁹.

L'Affaire du Temple de Preah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)¹⁰⁸⁰, et en particulier les conséquences juridiques attachées par la CIJ au comportement du Prince Damrong lors de sa visite au Temple¹⁰⁸¹, constitue un cas d'école en matière d'appréciation subjective des faits. Il illustre le vaste degré de discrétion dont bénéficie le juge dans son choix des moyens de preuve et, par

unseemly to doubt a Judge on account of the place where he was born or the passport he may carry. And this case is probably unique as one in which these are by implication claimed to impair a Judge's status, standing, wisdom, discretion and impartiality, and to warrant the limitation of the knowledge made available to him for the discharge of his trust». Opinion individuelle du Juge Lachs, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, CIJ Recueil, 1986, p.14, para. 159-161.

¹⁰⁷⁶ Voir l'opinion dissidente du Juge Nikolai K. Tarassov dans l'*Affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras : Nicaragua Intervenant) - Requête aux fins d'intervention de la république du Nicaragua - Ordonnance du 28 février 1990*, CIJ Recueil, 1990, pp. 17-19. Egalement sur cette question, voir la déclaration du Juge Oda dans l'*Affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), Constitution d'une chambre spéciale à la demande des Parties - Ordonnance du 8 mai 1987*, CIJ Recueil, 1987, p. 13.

¹⁰⁷⁷ Sur les fonctions diplomatiques du juge, voir E. LAUTERPACHT, *loc. cit.* (note 1060), pp. 133-137. Voir également O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 42.

¹⁰⁷⁸ E. ROOT, *Address on international subjects* (R. Bacon and J. & B. Scott, 1916), pp. 36-37.

¹⁰⁷⁹ R. P. ANAND, *Compulsory jurisdiction of the International Court of Justice* (1961), pp. 101-102.

¹⁰⁸⁰ CIJ Recueil, 1962, p. 6.

¹⁰⁸¹ *Id.* pp. 23 et 30-31.

voie de conséquence, au niveau de l'établissement des faits. Dans leurs opinions dissidentes, les Juges Wellington Koo¹⁰⁸² et Percy Spender¹⁰⁸³ ont souligné le contexte historique entourant cette visite pour contester que l'absence de protestation officielle de la part du Prince pouvait être interprétée comme un abandon de la souveraineté thaïlandaise sur le temple. De l'avis de ces juges, comme l'a expliqué la Princesse Phun Phitsamai, fille du Prince, le sentiment général de la plupart des Etats asiatiques durant cette époque d'expansion coloniale était que : «we only give the French an excuse to seize more territory by protesting. Things had been like that since they came into the river Chao Phya with their gunboats and their seizure of Chanthaburi.» Et Sir Spender de conclure qu'il n'est pas juste d'interpréter le comportement du Prince selon des standards comparables à ceux applicables, aujourd'hui, à des pays européens¹⁰⁸⁴.

Le fait pour la CIJ de ne pas avoir retenu l'explication de la Princesse comme un moyen de preuve et d'avoir interprété les faits sur la base de critères européens favorables à une des parties au différend constitue-t-il une manifestation d'impartialité subjective ? Ou rentre-t-il dans le cadre du pouvoir d'appréciation du juge ? Répondre à cette question nécessiterait une analyse détaillée. Cette tâche dépasse néanmoins le cadre de notre étude dont l'objectif est uniquement de déterminer si le principe d'impartialité requiert ou interdit un traitement différencié des parties dans l'application du droit.

D. *Impartialité et différenciation*

Un traitement différencié dans l'application du droit signifie que l'organe d'application traite les parties de manière différente, sur la base de leurs circonstances particulières. Malgré leur connexité, le principe d'impartialité et l'approche différenciée sont deux concepts distincts. Car si une différenciation peut en effet constituer un cas d'impartialité dans la mesure où elle résulte d'un parti pris de la part d'un juge, *a contrario*, il est possible qu'un juge effectue une différenciation sans qu'elle ne soit, ou ne paraisse, motivée par un préjugé en faveur d'une partie. Ce sera notamment le cas lorsqu'une différenciation dans l'application du droit est requise par le législateur. En somme, le principe d'impartialité, en lui-même, ne requiert ni n'interdit un traitement différencié des parties dans les procédures aux fins d'application du droit.

¹⁰⁸² *Id.* pp. 90-92.

¹⁰⁸³ *Id.* pp. 128-129.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

§ 3 L'égalité des parties

Un principe d'égalité entre deux Etats faisant l'objet d'une procédure aux fins d'application du droit peut viser deux aspects : une égalité dans la conduite de la procédure (égalité dans la procédure) et une égalité quant au traitement des Etats sur le fond (égalité substantielle). Par ailleurs, on ne peut se référer à un principe d'égalité sans préciser si sa nature est réelle ou formelle. L'égalité est formelle lorsqu'elle est indépendante des circonstances dans lesquelles les Etats se trouvent – comme le principe d'égalité souveraine¹⁰⁸⁵. Elle est réelle lorsqu'elle tient compte des spécificités des Etats – comme le principe d'égalité visant à rétablir un équilibre entre des situations différentes.

Cette distinction entre égalité formelle et réelle est particulièrement bien illustrée par la Cour Permanente de Justice Internationale dans son avis consultatif de 1935 dans l'Affaire des Ecoles Minoritaires en Albanie¹⁰⁸⁶ :

«Il faut qu'il y ait égalité de fait et non seulement égalité formelle en droit, en ce sens que les termes de la loi évitent d'établir un traitement différentiel.... L'égalité en droit exclut toute discrimination ; l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaire des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes... L'égalité entre majoritaires et minoritaires doit être une égalité effective, réelle»¹⁰⁸⁷.

Un principe d'égalité des parties, qu'il relève de la procédure ou qu'il soit de nature substantielle, nous intéresse dans la mesure où il requiert sur la base d'un principe d'égalité réelle, ou interdit sur la base d'un principe d'égalité formelle, un traitement différencié des parties à un litige.

A. L'égalité dans la procédure

L'égalité des parties devant un organe juridictionnel constitue un principe général de droit international¹⁰⁸⁸. Ce principe a été défini comme requérant l'égalité juridique des parties «in their capacity as litigants»¹⁰⁸⁹ ou «le droit à l'égalité dans la procédure vis-à-vis de la partie adverse»¹⁰⁹⁰. La nature essen-

¹⁰⁸⁵ Voir *supra* p. 264ss.

¹⁰⁸⁶ *Affaire des écoles minoritaires en Albanie*, Avis consultatif du 6 avril 1935, CPJI Recueil, Série A.-B. No. 64, p. 4.

¹⁰⁸⁷ *Id.* p. 19.

¹⁰⁸⁸ A. DECAUX, *op. cit.* (note 928), p. 343 ; H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 606 ; et O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 80.

¹⁰⁸⁹ B. CHENG, *op. cit.* (note 1054), p. 290.

¹⁰⁹⁰ *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies (Affaire Fasla)*, Avis consultatif du 12 juillet 1973, CIJ Recueil, 1973, pp. 180-181 et 209. Voir également l'opinion dissidente du Juge Nikolai K. Tarassov dans l'*Affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras : Nicaragua Intervenant)* - Requête aux fins

tielle du principe d'égalité des parties a été affirmée à maintes reprises par la CIJ¹⁰⁹¹ et dans des opinions individuelles des juges de cet organe¹⁰⁹².

Dans la pratique, ce principe se traduit notamment par la maxime *audiatur et altera pars* en application de laquelle les deux parties doivent être entendues sur un pied d'égalité. A cet égard, les règles de procédure des organes judiciaires relatives à la possibilité, pour chaque partie, de présenter ses arguments et de répondre à ceux mis en avant par la partie adverse visent à assurer que le juge sera à même de pleinement entendre et prendre en considération ce que chaque partie a à dire¹⁰⁹³. Le principe d'égalité est également concrétisé par la règle en vertu de laquelle «legal remedies against a judgment are equally open to either party. In this respect each possesses equal rights for the submission of its case to the tribunal called upon to examine the matter»¹⁰⁹⁴.

Le principe d'égalité reconnu comme principe général de droit international ne vise donc que des aspects de procédure et est de nature formelle. Il constitue une émanation du principe d'égalité souveraine entre les Etats. A ce titre, il requiert que les parties se voient conférer des opportunités identiques dans le cadre de la conduite de la procédure judiciaire¹⁰⁹⁵. En d'autres termes, le principe d'égalité dans la procédure interdit que deux Etats soient traités de manière différente dans le cadre d'un règlement des différends : il prohibe, en principe, une différenciation en matière de droits de procédure.

d'intervention de la République du Nicaragua – Ordonnance du 28 février 1990, CIJ Recueil, 1990, pp. 17-19.

¹⁰⁹¹ Voir S. ROSENNE, *The law and practice of the International Court, 1920-1996*, (The Hague/Boston, M. Nijhoff, 1997), p. 1092, faisant référence à l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, CIJ Recueil, 1986 pp. 31 et 59 ; l'*Affaire de l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)- Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance du 8 avril 1993*, CIJ Recueil, 1993, p. 21 ; *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, CIJ Recueil, 1995, p. 28.

¹⁰⁹² Voir en particulier l'opinion individuelle du juge Shahabuddeen dans l'*Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, CIJ Recueil, 1992, p. 270, et les références citées.

¹⁰⁹³ B. CHENG, *op. cit.* (note 1054), pp. 291-292. Voir également *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies (Affaire Fasla)*, Avis consultatif du 12 juillet 1973, CIJ Recueil, 1973, pp. 180-181 et p. 209, où la Cour fit référence au «right to a reasonable opportunity to present a case to the tribunal and to comment upon the opponent's case».

¹⁰⁹⁴ Voir l'*Affaire des Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco (1955-1956) – Avis consultatif*, CIJ Recueil, 1956, pp. 85-86.

¹⁰⁹⁵ Voir l'*Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie) (1947-1949)- Fixation du montant des réparations*, CIJ Recueil, 1949, p. 248. Ce droit n'est cependant pas impératif. A une occasion, la CIJ a admis qu'une violation de ce principe pouvait être réparée dans la mesure où la Cour pouvait, par un autre biais, s'assurer que les vues des deux parties lui avaient été pleinement communiquées. Voir l'*Affaire des Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco (1955-1956) – Avis consultatif*, CIJ Recueil, 1956 p. 77 et p. 86.

En ce qui concerne des juridictions spécialisées de règlement des différends, nous analyserons les dispositions idoines du Statut du Tribunal international du droit de la mer ainsi que du Mémoire sur le règlement des différends de l'OMC.

1) *Le Tribunal international du droit de la mer*

Les règles régissant le Tribunal international du droit de la mer n'intègrent pas explicitement le principe général de droit international d'égalité formelle entre les parties dans le cadre d'une procédure. Mais ni les règles idoines de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ni celles du Statut du tribunal du droit de la mer ainsi que de sa Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire n'offrent de base juridique permettant un traitement différencié des parties dans la conduite de la procédure judiciaire. Par ailleurs, bien que le tribunal du droit de la mer ne se soit pas encore prononcé sur ce principe, au moins une opinion individuelle d'un membre du tribunal a souligné son importance¹⁰⁹⁶. Il faut donc en conclure que le principe d'égalité formelle est pleinement applicable aux procédures devant le tribunal.

2) *Le Mémoire sur le règlement des différends de l'OMC*

La situation est différente au sein de la procédure quasi-juridictionnelle de règlement des différends de l'OMC. En effet, tout comme les accords de l'OMC intègrent des dispositions spéciales en faveur des pays en développement¹⁰⁹⁷, le Mémoire sur le règlement des différends de l'OMC (ci-après MRD de l'OMC) contient des règles de procédure spécifiques aux pays en développement et aux pays les moins avancés. Celles-ci incluent un accès automatique aux bons offices du Directeur général de l'OMC afin qu'il trouve une solution satisfaisante à un différend, ainsi que des délais plus courts dans lesquels le groupe spécial doit compléter ses délibérations¹⁰⁹⁸. En outre, des règles particulières sont applicables en matière de composition du groupe spécial¹⁰⁹⁹, en

¹⁰⁹⁶ Voir l'opinion individuelle du Juge Tafsir Malick Ndiaye dans l'*Affaire du navire Saiga No 2 (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. La Guinée)*, p. 41.

¹⁰⁹⁷ L'Accord de l'OMC de 1994 contient plusieurs dispositions établissant un traitement différencié au profit des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés : des délais plus longs pour la mise en œuvre de certaines obligations, des exemptions, un traitement préférentiel de leurs exportations, et la fourniture d'assistance pour leur permettre de se conformer à leurs obligations et mieux tirer profit du système commercial multilatéral. Voir à ce sujet la Note élaborée par le Secrétariat de l'OMC, 10 novembre 1994, disponible sur : http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ldc2_512.htm#Introduction.

¹⁰⁹⁸ Article 3 du MRD, se référant à la décision du 5 avril 1966 (IBDD, S14/19).

¹⁰⁹⁹ L'article 8.10 stipule que, «(E)n cas de différend entre un pays en développement Membre et un pays développé Membre, le groupe spécial comprendra, si le pays en développement Membre le demande, au moins un ressortissant d'un pays en développement Membre».

matière de délais applicables à la procédure des groupes spéciaux¹¹⁰⁰, ainsi que pour l'accès à des services juridiques «additionnels» fournis par le Secrétaire¹¹⁰¹. En somme, en plus du principe d'égalité formelle entre les parties dans le cadre d'une procédure de règlement d'un différend, le MRD met les pays en développement au bénéfice d'un traitement différencié au niveau de certaines règles de procédure : il y a là une différenciation de nature explicite dans l'application du droit. Cette inégalité de traitement formelle qui, *a priori*, constitue un traitement plus favorable des pays en développement, vise à assurer une égalité réelle des parties : les circonstances particulières de certains pays, en l'occurrence leur niveau de développement économique et social, sont prises en compte pour justifier un traitement différencié au niveau des règles de procédures pour l'application du droit.

En conclusion, il existe bien en droit international un principe d'égalité dans le procédure de nature formelle qui interdit une différenciation des parties au niveau de la conduite de la procédure devant des organes de règlement des différends. Mais l'évolution au sein du MRD de l'OMC témoigne de la volonté de la communauté internationale de tenir compte des différentes capacités socio-économiques des pays en développement et, sur cette base, de les mettre au bénéfice de droits de procédure différenciés.

B. L'égalité substantielle¹¹⁰²

Un éventuel principe d'égalité substantielle formelle signifierait que le juge est tenu de traiter sur un pied d'égalité des Etats se trouvant dans des situations de fait différentes. Il interdirait que les circonstances particulières des Etats soient prises en compte pour justifier un traitement différencié. Un éventuel principe d'égalité substantielle réelle, au contraire, requerrait que le juge tienne compte des circonstances particulières des Etats et, sur leurs bases, procède à une différenciation dans l'application du droit de manière à promouvoir leur égalité réelle.

Si l'égalité dans la procédure trouve sa source dans un principe général de droit international et les instruments juridiques contenant les règles de procédure de l'organe de règlement des différends, il faut rechercher la source

¹¹⁰⁰ L'article 12.10 prévoit une possible extension des délais pour les consultations précédant la soumission d'un différend à un groupe spécial puis, lorsqu'il examinera une plainte visant un pays en développement Membre, le groupe spécial «ménagera à celui-ci un délai suffisant pour préparer et exposer son argumentation».

¹¹⁰¹ Article 27.2 MRD.

¹¹⁰² En théorie, l'égalité substantielle peut viser des Etats parties à un même litige ou à des procédures successives. Nous ne considérons ici que le premier cas d'égalité de traitement. Dans le cas de procédures successives, cette question est résolue par le biais des règles sur la portée juridique des précédents (voir notamment l'article 59 du Statut de la CIJ et l'article 296 de UNCLOS) et des règles relatives aux sources de droit applicables (voir notamment l'article 38.1 d du Statut de la CIJ et l'article 293 du statut du tribunal du droit de la mer).

d'un éventuel principe d'égalité substantielle dans le droit que l'organe de règlement des différends applique pour trancher le litige. Plutôt que de rechercher dans chaque source de droit applicable sur le fond si celui-ci incorpore un principe d'égalité, une tâche assurément immense, nous nous baserons sur la pratique des principaux organes de règlement des différends (CPJI/CIJ, tribunal du droit de la mer, ORD de l'OMC), ainsi que sur la jurisprudence d'autres organes, dans la mesure où celle-ci présente un intérêt pour notre étude.

1) *La CPJI et la CIJ*

On trouve dans la pratique de la CPJI et de la CIJ quelques références à un principe d'égalité de nature substantielle. Dans son avis consultatif de 1935 relatif à l'Affaire des Ecoles Minoritaires en Albanie, la CPJI s'est prononcée en faveur d'un principe d'égalité substantielle réelle¹¹⁰³, non pas *in abstracto* mais dans le cadre de l'interprétation d'un instrument juridique consacrant le «même traitement et les mêmes garanties en droit et en fait» pour les ressortissants albanais, qu'ils appartiennent ou non à des minorités¹¹⁰⁴. La CIJ s'est également prononcée en faveur d'un principe d'égalité substantielle réelle dans le cadre restreint de certaines affaires de délimitation maritime¹¹⁰⁵. Nous reviendrons plus en détail sur cette question lors de notre analyse de la pratique de la CIJ vis-à-vis de l'équité¹¹⁰⁶. En dehors de ces cas particuliers, il nous faut retenir que la fonction du juge est «d'isoler, dans la mesure du possible, le problème juridique des circonstances dans lesquelles il a son origine, de considérer le problème juridique de manière objective et même abstraite, et d'aboutir à une décision sur la base de cet examen à l'exclusion de toute considération extra juridique de nature politique, morale ou autre»¹¹⁰⁷. En d'autres termes, à moins qu'il n'en soit requis autrement par les sources de droit applicables, l'organe juridictionnel est tenu de faire abstraction de l'inégalité réelle des Etats parties au différend¹¹⁰⁸.

¹¹⁰³ *Affaire des écoles minoritaires en Albanie*, *op. cit.* (note 1086), p. 4.

¹¹⁰⁴ *Id.* p. 18.

¹¹⁰⁵ Dans l'*Affaire du plateau continental de la Mer du Nord (Allemagne c. Pays-Bas)*, CIJ Recueil, 1969, para. 91, puis dans l'*Affaire entre la Libye et Malte (Plateau Continental)*, CIJ Recueil, 1985, para. 48-54, la Cour a admis l'existence d'un principe d'équité en vertu duquel l'«équité n'implique pas nécessairement l'égalité», et a expliqué qu'un traitement égal d'Etats dans des circonstances différentes peut être inéquitable. Le seul cas d'application de ce principe hors du contexte de délimitation maritime semble être dans l'*Affaire du différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, CIJ Recueil, 1985 p. 554, para. 149, soulignant de ce fait la nature limitée de cet éventuel principe d'égalité réelle sur le fond.

¹¹⁰⁶ Voir *infra* p. 249ss.

¹¹⁰⁷ S. ROSENNE, *op. cit.* (note 721).

¹¹⁰⁸ Voir à cet égard l'opinion dissidente du Juge Oda dans l'*Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, CIJ Recueil, 1992, p. 326. Celui-ci fait une claire distinction d'une part, entre la «frustration» ressentie en raison des conditions dans lesquelles se trouve actuellement l'île de Nauru suite à l'exploitation, par l'Australie, la Nouvelle Zélande et l'Angleterre, des terres à

2) *Le Tribunal international du droit de la mer*

Nous avons précédemment indiqué que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer incorpore des droits et obligations différenciés sur la base de la configuration géographique particulière de certains Etats¹¹⁰⁹. Par ce biais, l'organe de règlement des différends devra opérer une différenciation implicite des parties, sur la base de ce critère particulier. Nous avons également mis en évidence deux dispositions intégrant une référence à l'équité ouvrant la porte à, ou même prescrivant, une approche différenciée dans l'application du droit sur la base de considérations socio-économiques. Premièrement, l'article 83 relatif à la délimitation du plateau continental permet le développement d'une législation *ad hoc*¹¹¹⁰ fondée sur les circonstances particulières des parties et délègue en dernier ressort à l'organe judiciaire le soin de définir ce qu'il entend par «résultat équitable». Par ce biais, les Etats ont accepté d'ouvrir la porte à une différenciation sur la base de considérations socio-économiques, une possibilité dont le Tribunal international du droit de la mer n'a pas fait usage à ce jour et dont la CIJ n'a fait qu'un usage limité¹¹¹¹. Deuxièmement, l'article 160.2 f) i) requiert que l'Assemblée de l'Autorité internationale des fonds marins examine et approuve sur recommandation du Conseil les règles, règlements et procédures «relatifs au partage équitable des avantages financiers et autres avantages économiques tirés des activités menées dans la Zone... en tenant particulièrement compte des intérêts et besoins des Etats en développement et des peuples qui n'ont pas accédé à la pleine indépendance ou à un autre régime d'autonomie». Ainsi, en cas de différend relatif à l'application de cette disposition, il appartiendra à l'organe de règlement du différend de tenir compte, notamment, du niveau de développement des Etats et, sur cette base, de les traiter d'une manière différente.

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer va cependant plus loin que ces deux formes de différenciation implicite dans l'application du droit lorsqu'elle établit, dans le cadre des procédures de règlement des différends, des droits différenciés pour les Etats côtiers. En application de l'article 297¹¹¹², ce traité permet, pour cette catégorie de Parties, des limitations

phosphate et les difficultés de ce pays pour les remettre en état, et d'autre part, la fonction judiciaire. Il conclut : «ces réactions émotionnelles absolument justifiées ne doivent pas nous faire perdre de vue que les questions qui se posent à nous dans ce procès préliminaire sont des questions de droit très ponctuelles, et que c'est dans le droit, et dans le droit seulement, qu'elles doivent trouver leur réponse».

¹¹⁰⁹ Voir *supra* p. 176ss.

¹¹¹⁰ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.* (note 242), p. 81.

¹¹¹¹ Voir *infra* p. 252ss.

¹¹¹² A ce jour, cet article figure dans deux arrêts du tribunal du droit de la mer : dans l'*Affaire du grand prince (Belize c. France)*, le Tribunal n'a pas eu à statuer sur son application (para. 94 de l'Arrêt du 20 avril 2001) ; dans l'*Affaire du navire Saiga No 2 (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. La Guinée)*, le Tribunal a statué que l'existence d'un accord spécifique entre les parties de soumettre leur

et exceptions au principe général selon lequel tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention est soumis, à la demande d'une partie au différend, à la cour ou au tribunal ayant compétence en ce domaine¹¹¹³. Ce traitement particulier, qui s'explique par le fait que ce sont ces Etats qui sont assujettis aux obligations les plus lourdes, n'est cependant pas directement fondé sur des considérations de nature socio-économique.

En conclusion, la Convention autorise l'organe de règlement des différends, par le biais de l'article 83, à opérer une différenciation entre les Parties sur la base de considération socio-économiques lors du règlement de différends relatifs à la délimitation du plateau continental. Par ailleurs, elle requiert que cet organe, par le biais de l'article 160.2 f) i), traite différemment les Parties à la Convention sur la base de leur niveau de développement économique : en cas de différend relatif au partage des avantages financiers et autres avantages économiques tirés des activités menées dans la Zone, l'organe devra tenir «particulièrement compte des intérêts et besoins des Etats en développement et des peuples qui n'ont pas accédé à la pleine indépendance ou à un autre régime d'autonomie». Ces deux exemples mettent en évidence que l'organe de règlement devra traiter différemment les parties se trouvant dans des situations différentes en application d'un principe d'égalité substantielle réelle.

3) *Le Mémoire sur le règlement des différends de l'OMC*

Le MRD de l'OMC offre une approche intéressante au principe d'égalité de traitement dans les procédures de règlement des différends. Certaines de ses règles suggèrent, plus qu'elles ne prescrivent, un traitement différencié pour les pays en développement et les pays les moins avancés. Ainsi l'article 4.10 stipule que, au cours des consultations, «les Membres devraient accorder une attention spéciale aux problèmes et intérêts particuliers des pays en développement Membres». Par ailleurs, l'article 12.11 requiert que le rapport du groupe spécial indique «expressément la façon dont il aura été tenu compte des dispositions pertinentes sur le traitement différencié et plus favorable pour les pays en développement Membres, qui font partie des accords visés et qui auront été invoquées par le pays en développement Membre au cours de la procédure de

différend au Tribunal prend le pas sur une possible exception fondée sur l'article 297 (para. 44 de l'Arrêt du 1er juillet 1999).

¹¹¹³ Article 286. L'article 298, quant à lui, donne la possibilité à une Partie de déclarer par écrit qu'elle n'accepte pas une ou plusieurs des procédures obligatoires de règlement des différends en ce qui concerne une ou plusieurs des catégories de différends. Cette possibilité ne constitue cependant pas un cas de «différenciation» car elle est donnée à toute Partie, et pas de manière sélective sur la base des circonstances particulières d'un Etat.

règlement des différends». D'autres exemples de traitement différencié touchent à la surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions¹¹¹⁴.

Ainsi, le MRD intègre le principe d'un traitement différencié des parties à un litige en fonction de leur niveau de développement économique et social. Cette différenciation semble aller au-delà de la simple application des normes différenciées contenues dans l'Accord du GATT en consacrant l'application d'un principe d'égalité substantielle réelle. Bien que constitutive d'une percée dans le cadre des organes de règlement des différends de nature globale, cette différenciation explicite est, somme toute, de nature assez limitée. En effet, elle vise uniquement à assurer que l'organe de règlement des différends applique toutes les dispositions particulières dont bénéficient les pays en développement et les pays les moins avancés. En d'autres termes, elle ne met pas véritablement ces Etats au bénéfice de conditions plus favorables, tout comme elle ne vise pas à leur offrir des conditions particulières pour les aider à respecter leurs engagements. Ces dispositions, finalement, ne font guère plus qu'inviter expressément l'organe de règlement des différends à s'acquitter consciencieusement de sa tâche.

4) *La pratique d'autres organes de règlement des différends*

Si l'on retrouve, dans la jurisprudence d'autres organes judiciaires internationaux, des références à un «principe général d'égalité» dont la portée va au-delà de l'égalité dans la procédure pour les parties à un différend, ce n'est pas pour autant pour sanctionner un principe général d'égalité substantielle entre tous les Etats.

On notera que le Tribunal Administratif de l'ONU et le Tribunal Administratif de l'OIT¹¹¹⁵ ont consacré l'égalité comme un principe général de droit. Néanmoins, la base légale pour cette affirmation demeure obscure, et en

¹¹¹⁴ Article 21.2 : « une attention particulière devrait être accordée aux questions qui affecteraient les intérêts des pays en développement Membres pour ce qui est des mesures qui auraient fait l'objet des procédures de règlement des différends » ; article 21.7 : « S'il s'agit d'une affaire soulevée par un pays en développement Membre, l'ORD étudiera quelle suite il pourrait en outre y donner, qui soit appropriée aux circonstances » ; et article 21.8 : « S'il s'agit d'un recours déposé par un pays en développement Membre, en examinant quelles mesures il pourrait être approprié de prendre, l'ORD tiendra compte non seulement des échanges visés par les mesures en cause mais aussi de leur incidence sur l'économie des pays en développement Membres concernés ».

¹¹¹⁵ D'après le TAOIT, «Le principe d'égalité exige que les personnes qui se trouvent dans une situation semblable fassent l'objet de mesures semblables, et que celles dont la situation diffère soient soumises à un régime différent. En revanche, le même principe n'est pas violé par le traitement différent de situations dissemblables». Voir *De Los Cobos and Wenger c. OIT*, TAOIT, 43ème session, Jugement No 391, p. 9, para. 9 (24 avril 1980). Voir également *Ayoub, Lucal, Monat, Perret-Nguyen et Samson c. OIT*, TAOIT, 62ème session, Jugement N. 832, 5 juin 1987, p. 14, para. 16 : «Une organisation internationale ... est en outre liée par les principes généraux du droit, tels que ceux de l'égalité, de la bonne foi et de la non-rétroactivité.» En ce qui concerne le TAONU, voir *Apethe v. Secretary-General of the United Nations, UNAT*, Jugement No 414, p. 405 para. V (20 mai 1988) ; *Oummih v. Secretary-General of the United Nations, UNAT*, Jugement No 395, p. 227 para. XXVI (5 novembre 1987).

toute hypothèse, ce principe n'est applicable qu'au personnel de l'ONU et de l'OIT, et pas directement aux Etats membres de ces organisations. De même, bien que la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice (CEJ) contienne maintes références à un «principe général d'égalité», celui-ci est limité aux Etats membres de l'Union européenne. Il est néanmoins intéressant de relever que, tel qu'explicité par la CEJ, ce «principe fondamental du droit communautaire»¹¹¹⁶ requiert que «des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins que la différenciation ne soit objectivement justifiée»¹¹¹⁷. Il est possible d'argumenter que le fait que la CEJ ait une activité intense explique que les principes généraux de droit international qu'elle reconnaît et applique sont plus étendus que ceux de la CIJ¹¹¹⁸. Et d'extrapoler : dans la mesure où de tels principes ne contredisent pas les principes généraux de droit international largement reconnus, ils pourraient bien servir de guide à de futurs développements du droit international et de prémisse à l'établissement de nouveaux principes généraux¹¹¹⁹.

C. *Egalité et différenciation*

A l'heure actuelle, la doctrine et la pratique majoritaires ne sanctionnent qu'un principe général de droit international en vertu duquel deux Etats parties à un différend peuvent prétendre à une égalité formelle dans la conduite de la procédure. En application de ce principe, les parties doivent être mises au bénéfice de droits procéduraux identiques. Les développements au sein de la CEJ et de l'OMC montrent néanmoins une tendance vers une extension de ce principe. D'une part l'égalité dans la procédure se double d'une égalité substantielle. D'autre part l'égalité formelle devient égalité réelle. S'ils se poursuivent, ces développements ouvriraient la porte à l'affirmation d'un principe de droit international requérant un traitement différencié des parties dans les procédures de règlement des différends. En ce qui concerne le critère de différenciation, si les Etats ont établi des précédents pour que des organes de règlement des différends opèrent une différenciation des parties sur la base de considérations socio-économiques, il n'en demeure pas moins que cette

¹¹¹⁶ Arrêt du 21 février 1990, *Wuidart e.a. / Laiterie coopérative eupenoise e.a.* (C-267/88, C-268/88, C-269/88, C-270/88, C-271/88, C-272/88, C-273/88, C-274/88, C-275/88, C-276/88, C-277/88, C-278/88, C-279/88, C-280/88, C-281/88, C-282/88, C-283/88, C-284/88 et C-285/88, Rec. p. I-435) para. 13-14.

¹¹¹⁷ *Id.* Pour la liste de tous les arrêts de la CEJ se fondant sur le principe d'égalité de 1985 à 1999, voir le site de la CEJ : <http://www.curia.eu.int/common/reccdoc/reperjurcomm/ordrejur/index.html>, puis choisir la cote répertoire «A.01-02-02 principe d'égalité et de non-discrimination».

¹¹¹⁸ J. I. CHARNEY, «International law and multiple international tribunals», *RCADI*, vol. 271, 1998, p. 201.

¹¹¹⁹ *Id.* p. 202.

approche demeure timide dans le contexte de la CIJ et limitée à des juridictions spécialisées.

§ 4 Conclusion

Les procédures diplomatiques et juridictionnelles de règlement des différends ne sont soumises qu'à peu de règles de droit international général. Parmi celles-ci figurent les principes d'impartialité et d'égalité des parties, deux principes que nous avons analysés dans l'objectif de déterminer s'ils peuvent servir de base pour justifier un traitement différencié des parties dans le cadre des procédures de règlement des différends. Nous avons montré que si l'impartialité n'a pas un lien direct avec une différenciation dans l'application du droit, certains développements relatifs au principe d'égalité pourraient ouvrir la porte à l'affirmation d'un principe de droit international requérant un traitement différencié des parties dans le contrôle de l'application du droit. Pour l'instant, une différenciation sur la base de considérations socio-économiques ne s'est néanmoins pas cristallisée en un principe applicable de manière générale dans le cadre des procédures de règlement des différends. En d'autres termes, la promotion de l'égalité réelle des parties reste, en général, confinée à ce que prévoit le traité et ne constitue pas une tâche spécifique que les Etats ont décidée de confier aux organes de règlement des différends chargés de veiller à l'application du droit.

S'agissant du rôle de l'équité dans le cadre de l'exercice des fonctions juridictionnelles, nous avons précédemment mis en évidence que l'équité suggère qu'un processus particulier soit suivi lors de l'élaboration de normes: les circonstances particulières affectant les Etats doivent être prises en considération lors de l'exercice d'allocation de droits et obligations. Cette méthode de négociation ouvre la porte à l'élaboration de normes différenciées entre des Etats se trouvant dans des situations différentes. Nous avons également montré que l'équité sert aussi de guide pour déterminer le contenu des normes. Dans ce cas, une «formule d'équité» identifie la règle (objectif, critères) sur la base de laquelle des droits et obligations différenciés sont établis au sein d'un traité. Sans conclure à l'existence d'une règle de droit international, cette étude a mis en évidence que l'équité constitue un concept sous-jacent à une approche différenciée dans le droit sur la base de considérations socio-économiques, notamment en application du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats. Nous nous proposons maintenant d'étudier si l'équité joue, dans le cadre de la différenciation dans l'application du droit, un rôle similaire à celui que joue l'équité au niveau de la différenciation dans le droit.

Section IV

L'équité et la différenciation dans l'application du droit

§ 1 Introduction

Si la notion d'équité à laquelle les Etats ont recours dans le cadre de l'élaboration de traités est lourdement empreinte de considérations politiques, l'équité utilisée dans le contexte juridictionnel, elle, a été qualifiée d'«énigmatique»¹¹²⁰. Les difficultés qui entourent ce concept sont mises en évidence, notamment, par l'absence d'approche unique pour définir cette notion. Une deuxième difficulté résulte de l'absence de claire indication de la part du législateur sur le rôle de l'équité comme source de droit international. Enfin, une troisième difficulté résulte de la pratique ambiguë de la CIJ : malgré de multiples références à l'équité, aucun arrêt ne semble offrir la clé du mystère de ce concept.

Malgré tout, nous tenterons d'élucider si l'équité peut également justifier une approche différenciée dans le cadre du contrôle de l'application du droit. Dans un premier temps nous présenterons les deux approches doctrinales principales de l'équité dans le contexte juridictionnel. Pour les besoins de notre étude, nous avons identifié une approche «traditionnelle», particulièrement académique, qui opère une distinction entre l'équité *infra legem, praeter legem, contra legem* et *ex aequo bono*, et une approche établissant une distinction entre l'équité dans sa fonction substantielle et dans la conduite d'une procédure. Dans un deuxième temps, nous examinerons la pratique de la CPJI/CIJ et tenterons d'établir dans quelle mesure un recours à l'équité a pu justifier le fait que cet organe judiciaire traite différemment les parties à un litige.

§ 2 Les approches doctrinales de l'équité au niveau de l'application du droit

A. *L'approche traditionnelle*

La doctrine opère traditionnellement une distinction entre quatre fonctions qu'exerce l'équité dans le cadre d'une procédure aux fins de l'application du droit : *infra legem, praeter legem, contra legem* et *ex aequo bono*. Cette classification ne doit cependant pas masquer le fossé qui sépare la théorie de la pratique et qui a conduit une partie de la doctrine à douter de l'utilité réelle de cette classi-

¹¹²⁰ M. BEDJAoui, «L'énigme des "principes équitables" dans le droit de la délimitation maritime», *Revista Espanola de Derecho Internacional*, vol. 18, 1990, p. 267.

fication¹¹²¹. En effet, si les Juges de la CIJ sont généralement enclins à adopter cette typologie dans leurs opinions individuelles¹¹²², ce n'est que relativement récemment, en 1986, que la CIJ s'est référée pour la première fois expressément à l'une ou l'autre de ces manifestations de l'équité. Dans le cadre de l'Affaire du Différend Frontalier entre le Burkina Faso et le Mali¹¹²³ puis dans l'Affaire du Différend Frontalier et Maritime entre le Salvador et le Honduras¹¹²⁴, la Cour a en effet indiqué qu'elle écartait l'équité *praeter* et *contra legem* pour faire application de l'équité *infra legem*. Dans les autres arrêts où la Cour a fondé son argumentation sur l'équité, il n'est pas précisé dans laquelle des quatre formes précitées elle l'a fait. Et tenter de clarifier *a posteriori* s'il s'agit, par exemple, d'un cas d'application de l'équité *infra* ou *praeter legem* n'est pas une tâche aisée¹¹²⁵. Malgré les difficultés entourant l'approche traditionnelle, une introduction de l'équité sous ces quatre formes a néanmoins l'avantage de mettre en évidence les controverses entourant le recours à cette notion dans le contexte judiciaire international.

1) L'équité *infra legem*

L'équité *infra legem*, également appelée *intra legem* ou *secundum legem*, se réfère à la compétence d'un organe juridictionnel de choisir entre les différentes interprétations possibles d'une règle de droit¹¹²⁶. Elle est considérée comme inhérente à l'exercice des fonctions du juge¹¹²⁷ et, en tant que telle, ne requiert pas le consentement des parties quant à son application¹¹²⁸. L'équité *infra legem* ne prescrit pas, par contre, la manière dont le juge fera son choix entre diverses interprétations possibles. Sous cette forme, l'équité peut donc devenir matière à débat lorsque l'organe juridictionnel est appelé à trancher un différend en l'absence d'une règle de droit précise ou lorsque le législateur a sciemment délégué un large pouvoir discrétionnaire au juge. Comme nous le verrons ci-dessous au travers de la jurisprudence de la Cour relative à la délimitation du plateau continental, c'est dans ces contextes particuliers où l'activité du juge s'apparente à celle du législateur que l'équité *infra legem* prend véritablement de l'ampleur.

¹¹²¹ Voir par exemple P. WEIL, «L'équité dans la jurisprudence», dans V. LOWE et M. FITZMAURICE, *op. cit.* (note 242), pp. 130-131.

¹¹²² Voir par exemple l'opinion du Juge Ammoun dans l'*Affaire de la Mer du Nord*, CIJ Recueil, 1969, p. 132.

¹¹²³ CIJ Recueil, 1986, pp. 567 et 633.

¹¹²⁴ CIJ Recueil, 1992, p. 514.

¹¹²⁵ R. LAPIDOTH, *loc. cit.* (note 761), p. 143.

¹¹²⁶ R. HIGGINS, «General Course on Public International Law», *RCADI*, vol. 230, 1991, p. 282.

¹¹²⁷ R. LAPIDOTH, *loc. cit.* (note 761), p. 143 ; D. A. FRENCH, *loc. cit.* (note 785) ; V. LOWE, «The role of equity in international law», *Aust. YIL*, vol. 12, 1988-1989, p. 54 ; et O. A. ELIAS et C. L. LIM, *op. cit.* (note 774), p. 226.

¹¹²⁸ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 282.

Pour une partie de la doctrine¹¹²⁹, l'équité *infra legem* possède un contenu substantiel. L'équité dans l'exercice des fonctions juridictionnelles est en effet le moyen de rendre d'application concrète un texte législatif d'application générale¹¹³⁰. Comme l'exprime De Visscher, «la marge qui sépare la règle juridique d'une situation concrète est ... parfois très large. Le passage des faits concrets à la règle écrite doit traverser un champ plus ou moins large où règne le pouvoir d'appréciation du juge, où triomphe l'équité»¹¹³¹. Et de déclarer : «l'équité est la norme du cas individuel»¹¹³². Ce passage de la norme au cas concret s'effectue par le biais d'un processus qui requiert que toutes les circonstances déterminantes soient prises en considération¹¹³³. Comme l'exprime Bardonnnet, l'appréciation individualisée du cas concret requiert la prise en compte «des faits, des situations, et notamment des situations géographiques (milieu physique spécial, environnement particulier), des intérêts ou des prétentions des parties»¹¹³⁴. En exécutant cette fonction, celle d'établir les faits, l'organe judiciaire va donc choisir les circonstances qu'il considère pertinentes, leur donner une qualification juridique, puis, sur cette base, fonder son arrêt.

Pour une autre partie de la doctrine, l'équité *infra legem* est dénuée de substance. Il appartient au juge, dans l'exercice inhérent de ses fonctions, de prendre en considération toutes les circonstances déterminantes, l'intégralité du contexte dans lequel le droit doit s'appliquer : «None of this is dependent on notions of equity»¹¹³⁵. Ce qui est qualifié d'«équité» n'est rien d'autre que le processus ordinaire que le juge doit suivre dans l'exercice de ses fonctions, «because judicial decision-making inevitably entails choices»¹¹³⁶. Le concept d'équité *infra legem* serait par conséquent en lui-même superflu.

Malgré ces nuances doctrinales qui touchent plus à la qualification de l'activité du juge qu'aux limites de celle-ci, la notion d'équité *infra legem* n'est pas véritablement controversée¹¹³⁷.

¹¹²⁹ V. DEGAN, *L'équité en droit international* (1970), p. 28 ; SORENSEN, *The sources of international law* (1946), p. 197 ; et C. DE VISSCHER (trad. Corbett, P. E.) *Theory and reality in public international Law* (Princeton University press, 1968), p. 450.

¹¹³⁰ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 285.

¹¹³¹ D. BARDONNET, «Équité et frontières terrestres», *Mélanges offerts à Paul Reuter*, 1981, p. 41, cité par R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 285.

¹¹³² C. DE VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international* (Paris, Pedone, 1972), p. 6.

¹¹³³ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 285.

¹¹³⁴ D. BARDONNET cité par R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 285.

¹¹³⁵ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 285. Pour un avis similaire, voir R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 238 : «All balancing tests rely on judicial discretion... This study ... acknowledge(s) the leeway that the Court by any other name would still possess due to the inherent discretionary element of decision making».

¹¹³⁶ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 292.

¹¹³⁷ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 9.

A deux reprises, la CIJ a expressément indiqué avoir recours à l'équité *infra legem*. Dans l'Affaire du Différend Frontalier entre le Burkina Faso et le Mali¹¹³⁸, la Cour a indiqué qu'elle pouvait appliquer «l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et qui repose sur le droit»¹¹³⁹. Le deuxième arrêt dans lequel la Cour s'est expressément fondée sur l'équité *infra legem* est l'Affaire du Différend Maritime et Frontalier entre le Salvador et le Honduras¹¹⁴⁰. On aurait pu penser que la Cour ne s'aventurerait guère sur un terrain ouvert à la critique en faisant application de l'équité *infra legem*. Une partie de la doctrine a néanmoins considéré que bien que la Cour ait expressément indiqué avoir recours à l'équité *infra legem*, la manière dont elle a concrètement fait usage de ce concept pour effectuer les délimitations territoriales en question dans les deux affaires précitées était en fait plus inspirée de considérations propres à l'équité *praeter legem*¹¹⁴¹, une forme plus controversée de l'équité dans le contexte juridictionnel.

2) L'équité *praeter legem*

Dans cette seconde acception, l'équité a pour ambition de combler une lacune dans une règle de droit¹¹⁴². Son objectif est donc d'assurer l'application du droit, même dans les cas où il ferait preuve d'insuffisances¹¹⁴³. L'équité *praeter legem* est sujette à de profondes controverses. Les disputes doctrinales sur ce concept reflètent le débat plus général qui oppose divers mouvements doctrinaux, en particulier positivistes et instrumentalistes¹¹⁴⁴.

Le strict positiviste sera enclin à considérer le silence dans une règle de droit non pas comme une lacune, mais comme une autorisation implicite donnée aux Etats d'agir comme ils l'entendent¹¹⁴⁵. L'équité *praeter legem* ne saurait être utilisée pour permettre au juge de légiférer là où le législateur a décidé de ne pas le faire. Il appartient par conséquent au juge de déclarer un

¹¹³⁸ CIJ Recueil, 1986, pp. 567 et 633.

¹¹³⁹ CIJ Recueil, 1985 p. 554, p. 28.

¹¹⁴⁰ CIJ Recueil, 1992, p. 351, pp. 514-515.

¹¹⁴¹ C'est notamment l'opinion exprimée par Weil, qui considère que la Cour a utilisé l'équité plus pour combler une lacune de la loi, que pour l'interpréter. P. WEIL, *loc. cit.* (note 1121), p. 130.

¹¹⁴² R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 283. A noter que cet auteur ajoute que l'équité *praeter legem* sert également à élaborer le contenu d'une règle de droit trop générale. Pour une autre partie de la doctrine, cette fonction ressort de l'équité *infra legem*. Voir à ce sujet V. LOWE, *loc. cit.* (note 1127), de même que O. A. ELIAS et C. L. LIM, *op. cit.* (note 774), p. 226.

¹¹⁴³ Opinion individuelle du Juge Ammoun, *Affaire de la Barcelona Traction (2ème phase)*, CIJ Recueil, 1970 p. 332 : l'équité est utilisée «in order to remedy the insufficiencies of international law and fill its logical *lacunae*».

¹¹⁴⁴ O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 84.

¹¹⁴⁵ *Id.* C'est notamment la thèse soutenue par Conforti. Voir B. CONFORTI, *loc. cit.* (note 780), p. 90. Voir aussi la discussion dans V. DEGAN, *op. cit.* (note 1110), pp. 30-32, citée par R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 283.

*non liquet*¹¹⁴⁶. Une seconde approche, qui rejette également l'existence de lacunes dans le droit et par conséquent l'utilité de l'équité *praeter legem*, consiste à considérer qu'il y aura toujours une règle ou un principe de droit capable de trouver application dans un cas concret, que ce soit en étendant sa portée ou en ayant recours aux principes généraux de droit international¹¹⁴⁷. En d'autres termes, le droit est, par nature, suffisant et il appartient au juge de faire usage de cette caractéristique pour trancher tout litige qui lui est soumis. Pour les partisans d'une équité *praeter legem*, au contraire, le rôle supplétif joué par ce concept a été entériné à maintes reprises par des tribunaux arbitraux avec le soutien d'une partie de la doctrine qui considère qu'aucune cour ne peut refuser de rendre un jugement pour le motif que la loi est silencieuse ou obscure¹¹⁴⁸. Pour cette partie de la doctrine, déclarer un *non liquet* n'est pas une option à disposition du juge, ce d'autant plus que l'équité *praeter legem* constitue l'outil adéquat permettant au juge de trancher tout litige.

Si, à deux reprises, la CIJ s'est expressément référée à l'équité *praeter legem*, elle n'a pas jugé utile de définir ce concept. Elle s'est uniquement défendue d'en faire application dans le cas particulier, sans préciser si elle considère que le recours à ce concept serait ou non admissible de manière générale¹¹⁴⁹.

D'autres arrêts de la CIJ mentionnent l'équité, sans pour autant que la Cour n'ait fait référence à la typologie traditionnelle de l'équité. Dans ces cas, la doctrine est divisée sur la manière de qualifier la forme d'équité à laquelle la CIJ a eu recours. Ainsi, bien que Higgins¹¹⁵⁰ et Lapidoth¹¹⁵¹ considèrent que les critères développés par la Cour dans ses arrêts relatifs à la délimitation du plateau continental ressemblent à une application de l'équité *praeter legem*, Higgins reconnaît que la Cour n'a jamais caractérisé son activité comme telle. Et Lowe considère pour sa part que dans les affaires de délimitation maritime, la Cour a appliqué l'équité non pas pour combler une lacune dans la loi, mais parce que la règle de droit en cause requérait l'application de l'équité¹¹⁵². Il ne s'agissait donc pas d'un cas d'application de l'équité *praeter legem*, mais uniquement de l'application de la règle de droit élaborée par le législateur.

¹¹⁴⁶ R. HIGGINS, *ibid.*

¹¹⁴⁷ V. LOWE, *loc. cit.* (note 1127), p. 61. Pour une approche similaire, voir O. A. ELIAS et C. L. LIM, *op. cit.* (note 774), p. 227, ainsi que G. FITZMAURICE, «Judicial innovations – its uses and perils - as exemplified in some of the work of the International Court of Justice during Lord McNair's period of office», dans *Cambridge essays in international law : essays in favor of Lord McNair* (1965), p. 24.

¹¹⁴⁸ O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 85.

¹¹⁴⁹ Voir l'*Affaire du différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali*, CIJ Recueil, 1986, p. 567, et l'*Affaire El Salvador c. Honduras*, CIJ Recueil, 1992, p. 514.

¹¹⁵⁰ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 283.

¹¹⁵¹ R. LAPIDOTH, *loc. cit.* (note 761), p. 143. Cet auteur considère également que la CIJ a fait application de l'équité *praeter legem* dans l'affaire du Canal de Corfou (1949).

¹¹⁵² V. LOWE, *loc. cit.* (note 1127), p. 61.

3) *L'équité contra legem*

Sous sa troisième forme, le recours à l'équité vise à adoucir ou atténuer, sur la base de considérations non juridiques, l'application d'une règle de droit¹¹⁵³. Ici aussi, les divers courants doctrinaux ont des approches différentes de l'équité *contra legem*¹¹⁵⁴. Ainsi, les positivistes considèrent l'équité *contra legem* comme une dérogation à l'application d'une règle de droit¹¹⁵⁵. Elle constituerait ni plus ni moins qu'un exemple d'exercice législatif par le pouvoir judiciaire¹¹⁵⁶. Pour les instrumentalistes, par contre, une approche visant à atténuer les effets indésirables résultants d'une stricte application de la loi constitue plus un cas d'équité *infra legem* dans la mesure où elle reste compatible avec la *lex lata*¹¹⁵⁷. Au-delà, l'équité *contra legem* constituerait un cas d'application non autorisée de l'équité *ex aequo bono*¹¹⁵⁸.

De nouveau, la pratique de la Cour n'est pas d'un grand secours pour clarifier ce concept. Dans l'Affaire du Différend Frontalier entre le Burkina Faso et le Mali¹¹⁵⁹, la Cour se borne à indiquer qu'elle «doit également écarter en l'espèce tout recours à l'équité *contra legem*»¹¹⁶⁰.

4) *L'équité ex aequo bono*

Prévue par l'article 38.2 du Statut de la CIJ, l'équité *ex aequo bono*, également appelée «équité absolue»¹¹⁶¹, permet au juge, sur la base du consentement expresse des parties au différend, de statuer non pas en application du droit, mais sur la base de considérations de «justesse»¹¹⁶². A plusieurs reprises, des tribunaux arbitraux ont été appelés à se prononcer sur la base de l'équité¹¹⁶³. Néanmoins, à ce jour, ni la CPJI ni la CIJ n'ont été requises de statuer sur cette

¹¹⁵³ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 283.

¹¹⁵⁴ O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 84.

¹¹⁵⁵ C'est notamment l'approche exprimée par Lapidoth et Conforti. Voir R. LAPIDOTH, *loc. cit.* (note 761), p. 143 ; et B. CONFORTI, *loc. cit.* (note 780), p. 90.

¹¹⁵⁶ O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 84.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ Article 38.2 du Statut de la CIJ. Pour une discussion de la relation entre équité *contra legem* et équité *ex aequo bono*, voir R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 286 et D. A. FRENCH, *loc. cit.* (note 785).

¹¹⁵⁹ CIJ Recueil, 1986, pp. 567 et 633.

¹¹⁶⁰ CIJ Recueil, 1986, p. 567, para. 28.

¹¹⁶¹ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 63, qui renvoie à B. CHENG, «Justice and equity in international law», *CLP*, vol. 8, 1955, p. 184.

¹¹⁶² En anglais, «fairness». Voir R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 286.

¹¹⁶³ Pour un historique de l'application de l'équité absolue par les organes arbitraux, voir R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), pp. 59-86.

base¹¹⁶⁴ et si la Cour se réfère à cette forme de l'équité dans de nombreux arrêts, c'est pour se défendre de l'appliquer¹¹⁶⁵.

5) Conclusion

La classification traditionnelle des quatre formes que peut revêtir l'équité dans le contexte juridictionnel présente *a priori* un intérêt heuristique. Son impact réel reste encore à être démontré¹¹⁶⁶. Cette conclusion résulte d'une part de l'absence de référence généralisée, par la Cour, à cette catégorisation. Elle découle, d'autre part, du fait que même dans les cas où la Cour s'est référée à cette classification, son approche n'a pas été sans susciter des critiques de la part de la doctrine sur l'adéquation entre la théorie que se proposait de suivre la Cour et son application au cas particulier. Ces faiblesses de l'approche doctrinale traditionnelle de l'équité ne nous incitent guère à tenter d'établir une relation entre équité et différenciation dans l'application du droit.

La deuxième approche doctrinale de l'équité que nous proposons de présenter nous semble plus prometteuse pour notre entreprise. En effet, elle suggère de classer l'équité d'une manière similaire à celle que nous avons utilisée dans le contexte de l'élaboration de traités et sur la base de laquelle nous avons montré que l'équité sert de fondation à un régime normatif différencié.

B. L'équité : un processus et un résultat

Dans le contexte de l'élaboration de traités, nous avons montré qu'un processus équitable pose le premier jalon d'une différenciation dans le droit en suggérant que les circonstances particulières affectant les Etats soient prises en considération lors de l'allocation de droits et obligations. L'équité peut, en outre, suggérer les critères sur la base desquels des droits et obligations différenciés sont établis, de même qu'elle peut définir la nature équitable du contenu de la norme. Si la doctrine n'est pas unanime à suivre une approche bipartite

¹¹⁶⁴ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 286.

¹¹⁶⁵ Comme l'exprime Weil, la distinction entre le recours autorisé à l'équité et un arrêt fondé sur l'équité *ex aequo bono* «sera inlassablement répétée» par la Cour. P. WEIL, *loc. cit.* (note 1121), p. 127, plus particulièrement la note de bas de page 35 qui renvoie aux affaires : *compétence en matière de pêcheries*, CIJ Recueil, 1974, p. 33, para. 78 ; *Tunisie/Libye*, CIJ Recueil, 1982, p. 60, para. 71 ; *Golf du Maine*, CIJ Recueil, 1984, p. 39, para. 45 ; *Libye/Malte*, CIJ Recueil, 1985, p. 39, para. 45 ; *Burkina Faso/Mali*, CIJ Recueil, 1986, p. 567, para. 28 et p. 633, para. 149 ; et *Salvador/Honduras*, CIJ Recueil, 1992, p. 514, para. 262.

¹¹⁶⁶ P. WEIL, *loc. cit.* (note 1121), p. 131 et C. R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 10.

similaire au niveau de l'application du droit, il existe néanmoins un certain nombre de juristes l'appuyant¹¹⁶⁷.

En tant que processus, l'équité qualifie la discrétion dont bénéficie les juges dans l'exercice de leur fonction¹¹⁶⁸, plus particulièrement la limite entre cette fonction et la fonction législative¹¹⁶⁹. Concrètement, l'équité dans la conduite de la procédure gouverne les fonctions d'interprétation et d'application du droit international par l'organe judiciaire¹¹⁷⁰. Elle est similaire à l'équité *infra legem* et n'est donc pas, en elle-même, un concept controversé. C'est plutôt la manière dont l'organe judiciaire y a recours dans un cas concret qui suscite un débat doctrinal sur l'étendue de la marge de manœuvre inhérente dont il bénéficie. C'est donc par le biais d'une étude de la pratique de la Cour que nous serons en mesure de déterminer le lien entre l'équité dans une procédure et un traitement différencié dans l'application du droit. Nous reviendrons donc ci-dessous sur cette question dans le cadre de notre analyse des arrêts de la Cour dans lesquels il est fait référence à l'équité¹¹⁷¹.

Au-delà d'un processus il est également suggéré, non sans controverse, que l'équité peut revêtir la forme d'une source matérielle de droit international¹¹⁷² et, par le biais de son application, permettre l'adoption d'une décision au contenu équitable. La polémique à ce sujet n'est pas récente et a été particulièrement vive lors de la rédaction de l'article 38.1c) du Statut de la CIJ¹¹⁷³, notamment en relation avec le sens de l'expression «principes de droit reconnus par les nations civilisées»¹¹⁷⁴. Pour une partie de la doctrine, l'équité

¹¹⁶⁷ C'est notamment le cas de Prosper Weil, R. Y. Jennings, et Christopher Rossi. Voir R. Y. JENNINGS, «Equity and equitable principles», *ASDI*, vol. XLII, 1986, p 29 ; P. WEIL, *loc. cit.* (note 1121), p. 125 ; et R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 249.

¹¹⁶⁸ R. Y. JENNINGS, *id.*

¹¹⁶⁹ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), pp. 249-251.

¹¹⁷⁰ P. WEIL, *loc. cit.* (note 1121), p. 125. Pour Jennings, l'équité consiste en un «system of principles, criteria and perhaps even rules». Pour Rossi, il s'agit de «rational precepts or principles of equity which reach to the heart of all legal systems».

¹¹⁷¹ Voir *infra* p. 249ss.

¹¹⁷² P. WEIL, *loc. cit.* (note 1121), p. 124.

¹¹⁷³ Pour un historique des négociations de l'article 38 du Statut de la CIJ, notamment en relation avec l'agenda politique des négociateurs, l'opposition entre positivistes et naturalistes, et la controverse au sujet de l'étendue des pouvoirs judiciaires, voir A. CASSESE, *op. cit.* (note 826), pp. 170-174 ; et R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), pp. 87-118.

¹¹⁷⁴ Les incertitudes relatives à la portée de l'article 38.1 c) du Statut de la CIJ sont mises en évidence à la fois par la doctrine et par la jurisprudence de la CIJ. En pratique la CIJ se garde d'avoir recours à la formulation «principes de droit reconnus par les nations civilisées». C. TOMUSCHAT, «Obligations for States», *RCADI*, vol. 241, 1993, p. 311. Pour une partie de la doctrine, les principes en question n'ont pas d'existence autonome en droit international. Pour une autre partie de la doctrine, les principes généraux constituent une source de droit international indépendante, bien que celle-ci n'ait pas été très fertile durant les 20 dernières années, vraisemblablement en raison de la tendance croissante de donner plus de poids à la volonté des Etats comme source du droit. A. CASSESE, *Change and stability in international law-making* (Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1988), p. 170. En ce qui concerne le contenu de ces principes, Schachter suggère une taxonomie des diverses définitions attribuées à l'expression «principes de droit reconnus par les nations civilisées». Celles-ci incluent : «the principles of municipal law "recognized by civilized nations" ; general principles of

est un principe de droit au sens de cette disposition¹¹⁷⁵. Cette opinion est généralement basée sur l'interprétation que Lord Phillimore a donnée de l'article 38.1c), en vertu de laquelle les principes sont ceux «which were accepted by all nations in *foro domestico*, such as certain principles of procedure, the principle of good faith, and the principle of *res judicata*, etc...»¹¹⁷⁶. Argumentant qu'il est possible de trouver des principes d'équité au sein de tout système juridique national ou presque, l'équité est élevée au niveau de source de droit international par le biais des «principes de droit reconnus par les nations civilisées»¹¹⁷⁷.

Pour une autre partie de la doctrine, «la décision fondée sur l'équité n'a pas de base en droit international» et la proposition visant à assimiler l'équité à un principe de droit n'est pas défendable¹¹⁷⁸. Ce point de vue est basé sur la constatation suivante : en omettant d'inclure expressément l'équité comme source de droit international dans l'article 38.1, les rédacteurs du Statut de la CIJ l'en ont exclu¹¹⁷⁹. Par ailleurs, quand bien même l'équité est un concept que l'on retrouve au sein des systèmes juridiques nationaux, «it cannot be transplanted into international law, because the homogeneity of values, which is the precedent for such a principle in municipal law, simply does not exist in international law»¹¹⁸⁰. L'équité est donc en dehors du droit international.

Nous ne tenterons pas ici d'analyser la relation entre les «principes de droit reconnus par les nations civilisées» au sens de l'article 38.1 du Statut de la CIJ

law "derived from the specific nature of the international community" ; principles "intrinsic to the idea of law and basic to all legal systems" ; principles "valid through all kinds of societies in relationships of hierarchy and coordination" ; and principles of justice founded on "the very nature of man as a rational and social being". O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 75. Faisant référence à l'interprétation donnée par Oppenheim à l'article 38.1 c), Brownlie suggère une catégorie additionnelle de principes : «general principles of municipal jurisprudence, in particular of private law, in so far as they are applicable to relations of states». I. BROWNLIE, *op. cit.* (note 959), p. 16. Pour une analyse des diverses catégories de principes identifiés par Schachter, voir O. A. ELIAS et C. L. LIM, *op. cit.* (note 774), pp. 208-229.

¹¹⁷⁵ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 286. Pour Schachter également, les «principes de droit reconnus par les nations civilisées» visés par l'article 38.1 c) du Statut de la CIJ embrassent «the whole array of equitable principles and concepts» applicables dans tout système juridique, tels que la bonne foi et la réciprocité. O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), p. 85. Cette opinion est également partagée par le Juge Hudson dans sa célèbre opinion individuelle de l'*Affaire de la diversion de la rivière Meuse*, CPJI Recueil, 1937, Series A/B, No 70, pp. 76-77. Voir également l'opinion individuelle du Juge Ammoun dans les *Affaires de délimitation du plateau continental de la Mer du Nord*, CIJ Recueil, 1969, p. 136.

¹¹⁷⁶ Procès verbaux du Comité, 16 Juin– 24 Juillet 1920, p. 335.

¹¹⁷⁷ Lapidoth, pour sa part, se réfère à une théorie qui fait de l'équité une source de droit en raison de sa «présence inhérente dans le droit». Voir R. LAPIDOTH, *loc. cit.* (note 761), p. 144. Pour Rossi par contre, c'est sur la base de leur «pouvoir implicite d'interprétation» que les juges sont en droit d'effectuer des analogies entre le droit international et des «principes administratifs idoines et des règles techniques d'"équité"». R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 249.

¹¹⁷⁸ B. CONFORTI, *loc. cit.* (note 780), p. 90. Conforti est de l'avis que les seuls recours autorisés à l'équité sont lorsque les juges ou les arbitres sont requis de régler un différend sur la base *ex aequo et bono* et lorsqu'ils appliquent l'équité *infra legem*.

¹¹⁷⁹ R. LAPIDOTH, *loc. cit.* (note 761), p. 139.

¹¹⁸⁰ M. Akehurst, cité par R. LAPIDOTH, *id.* p.144.

et l'équité en tant que source de droit international. D'une part, les controverses actuelles au sein de la doctrine, cumulées à l'absence de claire indication de la part de la CIJ ou de la pratique étatique, ne permettent pas, à notre avis, de conclure sans équivoque si l'équité constitue ou non une source de droit international autonome. D'autre part, la grande majorité des principes généraux, tels que l'estoppel, la bonne foi ou la litispendance¹¹⁸¹, ne sont pas d'intérêt pour notre étude. Seule l'existence d'un principe général d'équité prescrivant un traitement différencié des Etats en application de leurs circonstances particulières nous permettrait de conclure qu'une différenciation dans la création et le contrôle de l'application du droit international est un principe de droit international. Or, en ce qui concerne la différenciation dans le droit, nous avons déjà conclu précédemment¹¹⁸² qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de règle internationale d'équité prescrivant que les Etats ont l'obligation d'établir des droits et devoirs différenciés sur la base de leurs circonstances particulières. De même, en ce qui concerne la différenciation dans l'application du droit, nous avons souligné¹¹⁸³ qu'il est difficile, à l'heure actuelle, de conclure à l'existence d'un principe général d'équité - ou d'égalité réelle - en application duquel des Etats dans des situations différentes devraient être traités de manière différente. En conclusion, l'équité ne permet pas *a priori* de fonder une argumentation juridique en application de laquelle une différenciation dans l'application du droit constitue un principe général de droit international. Nous verrons ci-dessous si cette conclusion préliminaire est confirmée par la pratique de la Cour.

§ 3 La pratique de la Cour

Si la doctrine est divisée quant au rôle de l'équité dans l'exercice de la fonction judiciaire, la pratique de la Cour n'est pas non plus sans poser des difficultés. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la Cour ne fait pas, sauf cas exceptionnels¹¹⁸⁴, référence à la typologie traditionnelle de l'équité si ce n'est pour se défendre d'appliquer l'équité dans sa forme *ex aequo bono*¹¹⁸⁵. Par ailleurs, la Cour ne se perd pas en explications détaillées sur le rôle de l'équité en droit international. Il n'est donc pas surprenant que chacune de ses références à l'équité suscite une avalanche d'analyses et commentaires de la part de la doctrine.

¹¹⁸¹ I. BROWNLIE, *op. cit.* (note 959), pp. 17-18.

¹¹⁸² Voir *supra* p. 215.

¹¹⁸³ Voir *supra* p. 238.

¹¹⁸⁴ L'*Affaire du différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, CIJ Recueil, 1985, p. 554, pp. 27-28 et 149; et l'*Affaire El Salvador c. Honduras*, CIJ Recueil, 1992, p. 514.

¹¹⁸⁵ Voir *supra* p. 245.

Dans le but d'identifier la relation entre équité et différenciation dans l'application du droit, nous présenterons dans un premier temps les principaux arrêts de la Cour dans lesquels l'équité a joué un rôle, ainsi que les majeures réactions doctrinales qu'ils ont suscitées. Dans un deuxième temps, nous tenterons de clarifier la relation entre le recours à l'équité et une approche différenciée dans l'application du droit. Nous chercherons en particulier à évaluer si la pratique de la Cour infirme ou confirme le rôle que peut jouer l'équité pour justifier un traitement différencié des parties au différend. Enfin, en nous appuyant sur la pratique de la Cour, nous tenterons de déterminer si cet organe judiciaire fait usage d'une formule de différenciation particulière - ou formule d'équité - dans l'exercice de ses fonctions. Dans cette optique, nous serons particulièrement intéressés à mettre en évidence la mesure dans laquelle les différentes circonstances socio-économiques affectant les parties sont prises en considération par la Cour pour justifier leur traitement différencié.

A. Principaux arrêts de la Cour s'appuyant sur l'équité¹¹⁸⁶

1) *Diversion de la Rivière Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*¹¹⁸⁷

Quand bien même la jurisprudence de la CPJI en matière d'équité date d'avant 1937¹¹⁸⁸, l'opinion individuelle exprimée par le Juge Hudson dans l'Affaire de la Diversion de la Rivière Meuse a été considérée comme étant la première contribution importante provenant d'un membre de la Cour sur la relation entre l'équité et les sources du droit international¹¹⁸⁹.

Pour le Juge Hudson :

«The Court has not been expressly authorized by its Statute to apply equity as distinguished from law. ... Article 38 of the Statute expressly directs the application of "general principles of law recognized by civilized nations," and in more than one nation principles of equity have an established place in the legal system. The Court's recognition of equity as a part of international law is in no way restricted by the special power conferred upon it "to decide a case ex aequo

¹¹⁸⁶ D'autres arrêts où la CIJ a fait usage de l'équité sont : l'*Affaire du détroit de Corfou (Grande-Bretagne c. Albanie)*, CIJ Recueil, 1949, p.4, l'*Avis Consultatif concernant les jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco* (1956), plusieurs *Affaires relatives au Sud-Ouest Africain (avis consultatif)*, CIJ Recueil, 1950, p. 128 ; *exceptions préliminaires*, CIJ Recueil, 1962, p. 319 ; *deuxième phase*, CIJ Recueil, 1966, p.6) et l'*Affaire Barcelona Traction, light and power company limited (Belgique c. Espagne)*, CIJ Recueil, 1970, p. 3. Pour une analyse détaillée du rôle de l'équité dans ces affaires, en particulier sous l'angle de la prévarication judiciaire, voir R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), pp. 173-191.

¹¹⁸⁷ CPJI Recueil, 1937, Ser. A/B, No 70, p. 4.

¹¹⁸⁸ Déjà dans un avis consultatif de 1923 dans l'*Affaire de la question Jaworzina*, la CPJI faisait référence à l'équité.

¹¹⁸⁹ W. C. JENKS, «Equity as a part of the law applied by the Permanent Court of Justice», *Law Quarterly Review*, vol. 53, 1937, p. 519 ; et S. ROSENNE, *op. cit.* (note 1091), p. 216.

*bono if the parties agree thereto. " ... It must be concluded, therefore, that under Article 38 of the Statute, if not independently of that Article, the Court has some freedom to consider principles of equity as part of the international law which it must apply.»*¹¹⁹⁰

En d'autres termes, il existe pour le Juge Hudson trois sources possibles permettant à la Cour d'appliquer l'équité : les principes de droit reconnus par les nations civilisées, en application de l'article 38.1 (c) du Statut de la CIJ ; la clause *ex aequo bono* de l'article 38.2 ; et une autre source, non qualifiée, indépendante de l'article 38.

Il n'est pas surprenant que cette opinion ait fait couler beaucoup d'encre, non pas tellement en raison du contenu de la règle d'équité suggérée dans le cas d'espèce¹¹⁹¹, mais en rapport avec l'interprétation donnée de l'article 38.1(c)¹¹⁹² et la mystérieuse référence à l'équité indépendamment de l'article 38. Dans son ouvrage¹¹⁹³, Rossi présente une synthèse et une analyse des principales réactions doctrinales face aux propos du Juge Hudson. L'intérêt de la contribution de cet auteur est d'autant plus grand qu'elle met clairement en évidence qu'au-delà de la bataille intellectuelle sur l'équité en tant que source du droit, c'est bien plus son impact sur l'étendue des compétences du juge qui divise.

Résumant la réaction d'une branche de la doctrine, représentée par Lapidoth¹¹⁹⁴, Rossi explique que l'analyse du Juge Hudson permet un système individualisé d'équité basé sur un pouvoir judiciaire dont la discrétion est incontrôlée. Cette approche est contraire à un système juridique où la loi est caractérisée par sa généralité, sa clarté, sa prévisibilité et un certain degré de sécurité juridique. Pour une autre branche de la doctrine, pour laquelle Rossi choisit Lauterpacht comme porte-parole¹¹⁹⁵, le débat doit dépasser le postulat, non vérifié, selon lequel tout recours à l'équité est dommageable au procédé judiciaire. Ainsi, au lieu de rejeter en bloc l'utilisation de l'équité, Lauterpacht opère une distinction entre ses usages permis et interdits, ces derniers étant caractérisés par des éléments qui n'ont pas de «contenu normatif objectivement identifiable» et qui varient en fonction des circonstances du différend. Et Lauterpacht de conclure que le principe d'équité suggéré par le Juge Hudson échappe à cette critique car il incorpore une règle de droit national au contenu bien déterminé.

¹¹⁹⁰ CPJI Recueil, 1937, Ser. A/B, No 70, p. 77.

¹¹⁹¹ «Where two parties have assumed an identical or reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance by the other party».

¹¹⁹² Voir *supra* pp. 247-249.

¹¹⁹³ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), pp. 155-167.

¹¹⁹⁴ R. LAPIDOTH, *Israel Law Review*, vol. 22, p. 80.

¹¹⁹⁵ E. LAUTERPACHT, *loc. cit.* (note 761), p. 34.

Entre ce qu'il caractérise comme de l'absolutisme juridique¹¹⁹⁶ et une application de principes équitables allant au cœur de tous les systèmes juridiques nationaux¹¹⁹⁷, Rossi opte pour la seconde option qui, à son avis, permet une application flexible de toute règle ou principe de droit¹¹⁹⁸. Mais cet auteur admet, néanmoins, que les critiques formulées par les positivistes ne sont pas dénuées de pertinence et que le recours, par un organe judiciaire, à l'équité peut effectivement masquer un cas non autorisé d'application individualisée de la justice et d'abus de pouvoir discrétionnaire¹¹⁹⁹.

L'opinion individuelle du Juge Hudson a le mérite de nous placer au cœur des débats doctrinaux relatifs au rôle de l'équité dans le cadre de l'application du droit. Elle met clairement en évidence les contours incertains de la marge de manœuvre dont dispose le juge dans l'exercice de ses fonctions.

2) *Les affaires de délimitation maritime*¹²⁰⁰

Les affaires de délimitation maritime constituent des cas récurrents d'application de l'équité. Elles ont fait l'objet de nombreuses analyses et sont souvent considérées comme exemplaires de l'approche de la Cour vis-à-vis de l'équité¹²⁰¹. Ces cas, bien que dispersés sur plusieurs décennies, sont traités ici sous une même rubrique en raison de la similarité des questions sur lesquelles la Cour¹²⁰² s'est penchée.

Le cadre juridique dans lequel les affaires de délimitation maritime ont été tranchées mérite d'être rappelé. Ce cadre est d'autant plus significatif qu'il a évolué pendant les décennies qui ont vu ces affaires se multiplier. En application de l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le Plateau Continental, la délimitation du plateau continental doit s'opérer par voie d'accord entre les Etats adjacents ou se faisant face, et, à défaut, sur la base du principe d'équidistance, à moins qu'une autre délimitation ne soit justifiée par

¹¹⁹⁶ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 162.

¹¹⁹⁷ *Id.* pp. 167 et 249.

¹¹⁹⁸ *Id.* p. 163.

¹¹⁹⁹ Le cas choisi par Rossi pour servir d'exemple est la sentence arbitrale rendue par Lord Asquith dans l'*Affaire d'Abu Dhabi* (1951). Voir R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), pp. 167-171.

¹²⁰⁰ Sous ce titre, nous incluons les affaires les plus importantes dans lesquelles la CIJ s'est prononcée sur une frontière maritime entre deux Etats : l'*Affaire entre l'Allemagne et les Pays-Bas (plateau continental de la Mer du Nord)*, CIJ, Recueil, 1969, p. 6 ; l'*Affaire entre la Tunisie et la Libye (plateau continental)*, CIJ, Recueil, 1982, p. 18 ; l'*Affaire entre le Canada et les Etats-Unis (Golfe du Maine)*, CIJ Recueil, 1984 p. 246 ; l'*Affaire entre la Libye et Malte (plateau continental)* CIJ Recueil, 1985, p. 13 ; l'*Affaire entre le Danemark et la Norvège (Jan Mayen)* CIJ Recueil, 1993, p. 38 ; l'*Affaire entre Qatar et Bahreïn (délimitation maritime et questions territoriales)*, arrêt du 16 mars 2001, et l'*Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale intervenant)*, arrêt du 10 octobre 2002.

¹²⁰¹ D. A. FRENCH, *loc. cit.* (note 785).

¹²⁰² A ce jour, le Tribunal du droit de la mer ne s'est pas prononcé sur un différend relatif à une délimitation maritime.

des «circonstances spéciales». L'expression «équidistance/circonstances spéciales» est d'ailleurs devenue synonyme de l'article 6 précité. En 1982, cette règle fit place à celle incorporée dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après UNCLOS)¹²⁰³, en vertu de laquelle la délimitation «est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable»¹²⁰⁴. Bien que la Convention sur le droit de la mer ne soit entrée en vigueur qu'en 1994, la Cour n'est pas restée insensible aux développements juridiques intervenus dans le cadre des négociations de ce traité¹²⁰⁵. Le consensus international atteint au début des années 80 sur le fait qu'une délimitation devrait refléter une «solution équitable» marqua ses arrêts dès 1982.

a) L'Affaire du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), 1967-1969

Dans l'Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord¹²⁰⁶, l'Allemagne et les Pays-Bas demandèrent à la Cour d'indiquer les principes et règles de droit applicables pour effectuer la délimitation de leur plateau continental. La Convention de 1958 étant inapplicable en raison du fait que l'Allemagne n'y était pas partie, la Cour chercha une autre base juridique. Dans cette entreprise, elle rejeta l'existence du principe d'équidistance, contenu dans la Convention de 1958, comme constituant une règle de droit international¹²⁰⁷. Elle rejeta également l'argumentation de l'Allemagne prônant l'application d'un principe de droit, dans le sens de l'article 38.1 c) du Statut de la CIJ, requérant un partage «juste et équitable»¹²⁰⁸ du plateau continental. A cet égard, on notera que la Cour indiqua que l'argumentation allemande avait pour objectif le partage d'un espace, et non un partage des ressources naturelles se trouvant dans la zone disputée, et qu'en toute hypothèse, la question des res-

¹²⁰³ Adoptée en date du 10 décembre 1982, la Convention est entrée en vigueur le 16 novembre 1994. Pour le texte officiel de UNCLOS, voir *RTNU* vol. 1833, p. 3.

¹²⁰⁴ Article 83 de UNCLOS.

¹²⁰⁵ Voir notamment l'*Affaire entre la Tunisie et la Libye (plateau continental)*, CIJ, Recueil, 1982, p. 18, para. 23 où la CIJ indique que même si elle n'y avait pas spécialement été invitée par le compromis, il lui aurait incombé d'office de tenir compte des travaux de la conférence sur le droit de la mer dans la mesure où ils peuvent consacrer ou cristalliser une règle de droit coutumier.

¹²⁰⁶ CIJ, Recueil, 1969, p. 6.

¹²⁰⁷ CIJ, Recueil, 1969, para. 85, notamment : «It emerges from the history of the development of the legal regime of the continental shelf ... that the essential reason why the equidistance method is not to be regarded as a rule of law is that, if it were to be compulsorily applied in all situations, this would not be consonant with certain basic legal notions ... those principles being that delimitation must be the object of agreement between the States concerned, and that such agreement must be arrived at in accordance with equitable principles».

¹²⁰⁸ CIJ, Recueil, 1969, para. 17-20, notamment dans le para. 20 : «The delimitation itself must indeed be equitably effected, but it cannot have as its object the awarding of an equitable share, or indeed of a share, as such, at all, -for the fundamental concept involved does not admit of there being anything undivided to share out».

sources naturelles constitue plus une question d'«exploitation» que de «délimitation», de sorte que la Cour ne juge pas utile de l'approfondir¹²⁰⁹.

Statuant sur les règles de droit applicables à l'exercice de délimitation, la Cour indiqua que les parties, dans leur effort pour trouver un accord, ont notamment l'obligation d'agir de telle sorte que dans le cas d'espèce et compte tenu de toutes les circonstances, des principes équitables soient appliqués¹²¹⁰. Elaborant sur le contenu de cette obligation, la Cour expliqua d'une part que l'équité ne requérait pas un traitement égal des parties en raison des circonstances différentes dans lesquelles elles se trouvaient¹²¹¹. Elle statua d'autre part que, bien qu'il n'y ait pas de limite juridique aux considérations que les Etats pouvaient prendre en compte pour effectuer la délimitation¹²¹², les circonstances suivantes devaient être retenues : «(S)ome are related to the geological, others to the geographical aspect of the situation, others again to the idea of the unity of any deposits»¹²¹³.

Cet arrêt a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine d'inspiration positiviste¹²¹⁴. Celle-ci se plaint, premièrement, du rejet de l'application de la règle d'équidistance contenue dans la Convention de 1958¹²¹⁵. Deuxièmement, la Cour n'aurait pas démontré de manière convaincante qu'il existait une règle de droit coutumier requérant que la délimitation se fasse sur la base de principes équitables¹²¹⁶. Au surplus, une telle règle a si peu de contenu normatif qu'elle reviendrait à accorder au juge un pouvoir discrétionnaire généralisé peu compatible avec ses fonctions¹²¹⁷. Et cette partie de la doctrine de conclure que, bien que la Cour ait formellement refusé d'effectuer un partage du plateau continental sur une base juste et équitable, c'est bien ce qu'elle a fait en réalité. Sous un couvert normatif, la

¹²⁰⁹ CIJ, Recueil, 1969, para. 17.

¹²¹⁰ *Id.* para. 85 b.

¹²¹¹ *Id.* para. 91.

¹²¹² *Id.* para. 93.

¹²¹³ *Id.* para. 94.

¹²¹⁴ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 385 ; R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 288 ; R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 222 ; T. M. FRANCK, *op. cit.* (note 786), pp. 62-63 ; et V. LOWE, *loc. cit.* (note 1127), p. 74.

¹²¹⁵ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 385 ; W. FRIEDMANN, *AJIL*, vol. 74 (1970) p. 236 ; I. BROWNLIE, «Legal status of natural resources in international law (some aspects)», *RCADI*, vol. 162 (1979), p. 245 ; et V. DEGAN, *Equitable principles in maritime delimitation*, II Roberto Ago (1987), p. 107.

¹²¹⁶ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 288 ; et R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 222.

¹²¹⁷ I. BROWNLIE, «General course on public international law», *RCADI*, vol 255 (1995), p. 287. Voir également l'avis du juge Kellog dans l'*Affaire des zones libres (deuxième phase)* CPJI, Recueil, 1930, Ser. A No 24, p. 41.

Cour a effectué un acte de justice distributive basé sur une notion correctrice de l'équité¹²¹⁸, là où elle aurait du déclarer un *non liquet*¹²¹⁹.

Bien qu'acceptant quelques-unes de ces critiques, une autre partie de la doctrine estime qu'il était justifié que la Cour ait recours à des principes équitables pour fonder sa décision. Pour Rossi, qui soutient que le recours aux principes d'équité est inhérent à la fonction judiciaire¹²²⁰, la Cour aurait cependant du rechercher la source de ces principes dans l'article 38.1 c) du Statut de la CIJ¹²²¹. Pour Schachter, la reconnaissance de principes équitables permet une application individualisée de la justice dans des affaires «fact intensive», c'est-à-dire où les circonstances particulières ainsi que le poids relatif donné à celles-ci sont particulièrement déterminants¹²²². Et tous deux de considérer que l'arrêt de la CIJ aurait été moins sujet à controverses si la Cour avait mieux explicité la rationalité de sa démarche.

Pour les besoins de notre étude, l'intérêt principal de cet arrêt résulte du fait que la Cour se réfère à un principe d'équité en application duquel les parties ne devraient pas être traitées de manière égale en raison des circonstances différentes dans lesquelles elles se trouvent¹²²³. Par ce biais, cet organe judiciaire consacre l'équité comme un principe prescrivant une approche différenciée au niveau de l'identification du contenu de la norme applicable. Un autre élément d'intérêt est le fait que la Cour considère que la question de l'accès aux ressources naturelles se trouvant dans la zone disputée n'est pas déterminant dans l'exercice de la délimitation. En d'autres termes, la Cour est insensible à la prise en compte de facteurs socio-économiques comme critère de différenciation.

b) L'Affaire du Plateau Continental (Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne), 1978-1982

Dans l'Affaire du Plateau Continental (Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne)¹²²⁴, la Cour fut saisie par le biais d'un compromis demandant que, en prenant sa décision, les «principes équitables», les «circonstances propres à la région» ainsi que les tendances récentes lors de la troisième Conférence sur le droit de la mer soient prises en compte¹²²⁵. Ni la Tunisie ni la Libye n'étaient

¹²¹⁸ T. M. FRANCK, *op. cit.* (note 786), pp. 62-63. Pour Lowe également, la Cour a fait usage de l'équité pour corriger une injustice qui aurait résulté d'une stricte application du droit. Voir V. LOWE, *loc. cit.* (note 1127), p. 74.

¹²¹⁹ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 288 ; et V. DEGAN, *loc. cit.* (note 1215), p. 108.

¹²²⁰ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 215.

¹²²¹ *Id.* pp. 223-224, qui cite l'opinion individuelle du juge Ammoun pour supporter sa thèse, CIJ Recueil 1969 p. 131.

¹²²² O. SCHACHTER, *loc. cit.* (note 774), pp. 86-87.

¹²²³ CIJ Recueil, 1969, para. 91.

¹²²⁴ CIJ Recueil 1982 p. 18.

¹²²⁵ CIJ Recueil 1982, para. 2. R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 289.

Parties à la Convention de 1958. Dans son arrêt, la Cour estime qu'elle est tenue de statuer sur la base de principes équitables¹²²⁶, non seulement parce qu'elle y est tenue par le compromis, mais parce qu'il ressort de son arrêt dans les Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord que «le droit international exige que la délimitation s'opère conformément à des principes équitables et compte tenu de toutes les circonstances pertinentes»¹²²⁷. La Cour déclara que «la notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit»¹²²⁸. Elle expliqua que «l'expression "principes équitables" renvoie aux principes et règles permettant d'aboutir à un résultat équitable»¹²²⁹. Et de préciser que la tâche de la Cour est :

*«d'appliquer les principes équitables comme partie intégrante du droit international et peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable»*¹²³⁰.

Dans cette affaire, la Cour identifia comme «relevantes» essentiellement des considérations de nature géographique¹²³¹. En plus, la Cour pris en compte l'attitude des parties dans l'octroi de concessions pétrolières, mais uniquement en tant qu'outil de preuve concernant l'existence de droits souverains par l'une ou l'autre partie sur la zone à délimiter. Face aux arguments économiques mis en avant tant par la Tunisie que par la Libye pour appuyer leur point de vue, la Cour indiqua «que (c)es considérations économiques ne sauraient être retenues pour la délimitation des zones de plateau continental de chaque partie. Il s'agit de facteurs quasiment extrinsèques, puisque variables pouvant à tout moment faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre de façon imprévisible, selon les heurs ou malheurs des pays en cause»¹²³². Et ainsi d'appuyer son affirmation précédente selon laquelle le choix des circonstances pertinentes ainsi que le poids relatif à leur donner ne constitue pas un recours à la justice distributive¹²³³.

Tout comme l'arrêt de 1969, celui-ci souleva de vives polémiques, avec à leur cœur, d'une part, la définition suggérée des «principes équitables», d'autre part, l'absence d'indication sur la manière de définir la nature équitable d'une délimitation¹²³⁴. Parmi les critiques relatives aux «principes

¹²²⁶ CJ Recueil 1982, para. 70.

¹²²⁷ *Id.* para. 23.

¹²²⁸ *Id.* para. 71.

¹²²⁹ *Id.* para. 70.

¹²³⁰ *Id.* para. 71.

¹²³¹ Parmi celles-ci, on notera : la configuration générale des côtes, la présence d'un groupe d'îles au large des côtes tunisiennes, la frontière terrestre entre la Tunisie et la Libye et l'attitude des parties dans l'octroi de concessions pétrolières. Voir les para. 72-107 des considérants ainsi que le para. B du dispositif du jugement (para. 79).

¹²³² CJ Recueil 1982 para. 107.

¹²³³ *Id.* para. 71.

¹²³⁴ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 290.

équitables», on notera que cette expression est considérée comme une manière pour le législateur de masquer, derrière une expression juridique, un désaccord au niveau politique. La référence à des « principes équitables » ne constituerait pas une délégation de pouvoir appropriée de la part du législateur au pouvoir judiciaire du fait qu'elle ne contient pas de règle de droit objectivement identifiable et invite l'organe judiciaire à prendre une décision non pas sur la base de considérations juridiques, mais sur la base de facteurs politiques¹²³⁵. En ce qui concerne la recherche d'un « résultat équitable », cet objectif attesterait que la Cour s'engage dans un exercice de justice distributive sur la base de critères sélectionnés de manière discrétionnaire : un exercice peu commun de législation judiciaire¹²³⁶. Il n'est donc pas surprenant que, dans leurs opinions dissidentes, les juges Oda¹²³⁷ et Evensen¹²³⁸ se plaignent de la nature arbitraire du choix des critères de délimitation, ce dernier assimilant d'ailleurs cet arrêt à une décision *ex aequo bono*.

L'intérêt de cet arrêt pour notre étude est double. D'une part, la Cour explicite l'équité dans la procédure par le biais de l'expression « peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes ». Ce faisant, la Cour indique qu'il lui appartient, dans l'exercice de ses fonctions, de prendre ou de ne pas prendre en considération telle ou telle circonstance particulière affectant les Etats. A cet égard, nous noterons que, pour la Cour, la situation économique respective des pays ne constitue pas un facteur entrant en considération. D'autre part, cet arrêt confirme la jurisprudence de la Cour quant au rôle admissible de l'équité en tant que source de droit indépendante, bien que, dans le cas d'espèce, la Cour n'ait pas fait application du principe équitable requérant un traitement inégal des parties en raison des circonstances différentes dans lesquelles elles se trouvent.

c) L'Affaire de Délimitation de la Frontière Maritime dans la Région du Golfe du Maine (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), 1981-1984

L'Affaire de Délimitation de la Frontière Maritime dans la Région du Golfe du Maine (Canada c. Etats-Unis d'Amérique)¹²³⁹, constitua un nouveau tournant dans le recours à l'équité pour effectuer une délimitation du plateau conti-

¹²³⁵ S. ROSENNE, *op. cit.* (note 1091), pp.198-199, se référant à l'opinion du Juge Kellog dans le cadre de l'Affaire des zones libres (deuxième phase), CPJI Recueil 1930, Ser. A No 24, p. 41.

¹²³⁶ T. M. FRANCK, *op. cit.* (note 786), pp. 68-69.

¹²³⁷ Discutant les circonstances particulières devant être prises en considération par la Cour, le juge Oda suggère que des facteurs socio-économiques n'ont pas leur place dans un organe judiciaire et que la seule prise en compte de facteurs géographiques « will, in principle, satisfy the requirement of equity ». Voir l'opinion dissidente du juge Oda, CIJ Recueil, 1982, p. 18, para. 156-157 et 176.

¹²³⁸ CIJ Recueil, 1982, p. 296, para. 14.

¹²³⁹ CIJ Recueil, 1984, p. 246.

mental et des zones de pêches. Dans sa recherche du droit applicable¹²⁴⁰, la Chambre de la CIJ statua que le droit international coutumier ne pouvait fournir que quelques principes juridiques généraux. D'après ce droit coutumier, «la délimitation doit être réalisée par l'application de critères équitables et par l'utilisation de méthodes pratiques aptes à assurer, compte tenu de la configuration géographique de la région et des autres circonstances pertinentes de l'espèce, un résultat équitable»¹²⁴¹. Néanmoins, ajoute la Cour, l'on ne peut s'attendre à ce que le droit coutumier spécifie aussi les critères équitables à appliquer et les méthodes pratiques à utiliser¹²⁴² : la réponse doit se trouver dans le droit conventionnel et, à défaut, sur la base des circonstances du cas concret¹²⁴³. Dans le cas d'espèce, la Cour indiqua sa préférence pour des critères géographiques, par nature équitables et «neutres». Elle choisit par ailleurs une méthode de délimitation géométrique et appliqua le principe de proportionnalité. Une fois la délimitation effectuée, elle vérifia la nature équitable du résultat¹²⁴⁴. Refusant que des considérations socio-économiques aient pu servir de critère de délimitation, elle indiqua qu'il lui appartenait néanmoins de vérifier si le résultat n'était pas susceptible d'entraîner des «répercussions catastrophiques pour la subsistance et le développement économique des populations des pays intéressés»¹²⁴⁵, et de ce fait être inéquitable.

Dans son opinion dissidente, le Juge Gros¹²⁴⁶ déplore ce qu'il considère comme un nouvel exemple d'application discrétionnaire de l'équité par la Cour. De son côté, Jennings craint également que la doctrine du résultat équitable mène tout droit vers de la pure discrétion judiciaire¹²⁴⁷. Ou, comme l'exprime Vallée, l'incertitude de l'exigence d'équité «fait de la délimitation une affaire purement casuistique... Il y a là un grand danger d'arbitraire judiciaire...»¹²⁴⁸. Mais ce nouvel arrêt amène une autre partie de la doctrine à reconnaître que la norme coutumière de délimitation n'a effectivement pas assez de contenu normatif et que la Cour, outre la possibilité de prononcer un *non liquet*, n'a d'autre choix que de jouer le rôle de législateur, de source primaire de droit¹²⁴⁹.

¹²⁴⁰ L'article 6 de la Convention de Genève de 1958 était inapplicable en l'espèce. *Id.* pp. 301-303.

¹²⁴¹ *Id.* para. 112.

¹²⁴² *Id.* para. 114.

¹²⁴³ *Id.* para. 80-82.

¹²⁴⁴ *Id.* para. 230-241.

¹²⁴⁵ *Id.* para. 237.

¹²⁴⁶ *Id.* p. 369-389, en particulier para. 47 : «C'est transformer la Cour Internationale de Justice en une cour d'équité que s'être engagé depuis février 1982 dans une équité au-delà du droit, séparée des règles établies avec pour seule base ce que chaque formation judiciaire saisie d'une affaire se déclare capable et libre d'apprécier, selon ses vues politiques et économiques du moment».

¹²⁴⁷ Y. JENNINGS, *loc. cit.* (note 1167), p. 31.

¹²⁴⁸ H. THIERRY, S. SUR *et. al.*, *op. cit.* (note 265), p. 386.

¹²⁴⁹ P. WEIL, *The law of maritime delimitation - reflections* (1989), pp. 8 et 160.

Le débat doctrinal se centre à nouveau sur le rôle du juge et les limites de ses fonctions. Et Higgins¹²⁵⁰ de clairement mettre en évidence cette mince frontière qui sépare la discrétion inhérente dont bénéficie le juge dans l'appréciation des faits et dans l'application du droit, et une discrétion judiciaire trop large qui s'assimile à une décision prise sur une base *ex aequo bono*. Pour cet auteur, le résultat que doit atteindre la Cour doit être clairement articulé et ne peut se cacher derrière une doctrine, non définie, du «résultat équitable». Quant aux facteurs ou critères pertinents pour effectuer la délimitation, leur choix rentre dans le cadre ordinaire de la discrétion inhérente à la fonction judiciaire dans la mesure où la loi lui délègue cette responsabilité. Il est donc inutile de les définir comme «équitables».

Pour les besoins de notre étude, nous noterons que la Cour confirme son attachement à l'équité en tant que processus en indiquant qu'elle doit se baser sur la configuration géographique de la région et des «autres circonstances pertinentes de l'espèce» pour effectuer la délimitation. En ce qui concerne le contenu de l'équité, le raisonnement de la Cour est ambigu. Tout d'abord, dans son effort d'explicitier quels critères sont utiles pour effectuer la délimitation, la Cour confirme sa jurisprudence antérieure en application de laquelle des considérations socio-économiques ne sauraient être prises en considération : il ne s'agit pas d'un exercice de justice distributive. Dans un deuxième temps, néanmoins, la Cour vérifie la nature équitable du résultat de la délimitation en s'assurant qu'elle n'est pas susceptible d'entraîner des «répercussions catastrophiques pour la subsistance et le développement économique des populations des pays intéressés»¹²⁵¹. En d'autres termes, la prise en compte de considérations socio-économiques est exclue de la notion substantielle d'équité, mais elle y est ensuite réintégrée, sous une forme atténuée ou correctrice. Nous en concluons que la Cour opère un revirement de jurisprudence par rapport à son arrêt de 1969 et que les considérations socio-économiques ne sont pas étrangères à la notion d'équité. Il s'agit du premier arrêt où la Cour exprime une sensibilité aux circonstances économiques affectant les Etats et qu'elle décide d'en tenir compte dans le cadre de l'élaboration de la norme de délimitation.

d) L'affaire du Plateau Continental (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Malte), 1982-1985

Dans l'Affaire du Plateau Continental (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Malte)¹²⁵², la Cour confirma sa jurisprudence antérieure en application de laquelle la délimitation doit s'effectuer par application de principes équitables en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes afin d'aboutir à un résultat

¹²⁵⁰ R. HIGGINS, *loc. cit.* (note 1126), p. 292.

¹²⁵¹ CIJ Recueil, 1984, para. 237.

¹²⁵² CIJ Recueil, 1985, para. 13.

équitable¹²⁵³. En ce qui concerne les principes équitables, elle énuméra entre autres : le principe du respect dû à toutes les circonstances pertinentes ; le principe suivant lequel l'«équité n'implique pas nécessairement l'égalité» et qu'il ne saurait être question de justice distributive. Quant aux «circonstances pertinentes» à retenir, la Cour opéra une distinction d'une part entre celles que deux Etats pouvaient prendre en considération pour lesquelles il n'y avait guère de limite, et d'autre part celles sur lesquelles un organe judiciaire devait fonder sa décision. Et de préciser que ces circonstances doivent se rapporter à la fois à l'institution du plateau continental telle qu'elle s'est constituée en droit, et à l'application de principes équitables à l'exercice de délimitation. Procédant, dans un premier temps, au tracé d'une ligne médiane entre les côtes opposées¹²⁵⁴, elle confirma le caractère primordial des facteurs géographiques¹²⁵⁵ et rejeta, une fois de plus, la prise en compte de considérations de nature économique¹²⁵⁶. Pour la Cour, une délimitation ne doit pas être influencée par la «situation économique relative des deux Etats concernés de sorte que le moins riche des deux verrait quelque peu augmentée, pour compenser son infériorité en ressources économiques, la zone de plateau continental réputée lui appartenir»¹²⁵⁷. Quant à l'appréciation de la nature équitable du résultat obtenu, la Cour se fonda sur le principe équitable de proportionnalité et conclut qu'il n'y avait pas, en l'occurrence, de disproportion évidente entre les surfaces de plateau attribuées à chacune des Parties¹²⁵⁸.

Dans leur opinion conjointe, les Juges Ruda, Bejaoui et Jiménez de Arechaga estiment que la Cour aurait du se prononcer en faveur d'une solution de partage égal de la zone revendiquée, non pas par principe, mais en raison du fait que ce partage, au vu des circonstances du cas particulier, satisfierait pleinement l'équité¹²⁵⁹.

Cet arrêt confirme une fois de plus l'attachement de la Cour à l'équité dans ses deux dimensions : l'«équité n'implique pas nécessairement l'égalité». Au niveau de la «formule d'équité», la Cour rejette la prise en compte de considérations socio-économiques. Néanmoins, et contrairement à l'arrêt dans l'Affaire entre le Canada et les Etats-Unis (Golfe du Maine), ces considérations ne sont pas prises en compte pour évaluer la nature équitable du résultat de la décision judiciaire.

¹²⁵³ *Id.* para. 45-47.

¹²⁵⁴ *Id.* para. 62.

¹²⁵⁵ *Id.* para. 79.

¹²⁵⁶ *Id.* para. 48-54.

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ *Id.* para. 74-75.

¹²⁵⁹ *Id.* p. 91, para. 38.

e) L’Affaire de Délimitation Maritime dans la Région Située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), 1988-1993

Dans l’Affaire de Délimitation Maritime dans la Région Située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège),¹²⁶⁰ la Cour appliqua, pour la première fois, la Convention de Genève de 1958 à la délimitation du plateau continental¹²⁶¹, plus particulièrement son article 6 qui incorpore la règle de l’«équidistance/circonstances spéciales». Elle précisa néanmoins que le but d’une opération de délimitation du plateau continental ou de la zone économique exclusive était, sur la base du droit coutumier tel que reflété dans la Convention sur le droit de la mer et la pratique judiciaire, d’obtenir une «solution équitable»¹²⁶². Quant aux «circonstances spéciales» à prendre en considération¹²⁶³, et bien que l’importance de la prise en compte de considérations socio-économiques fut soulignée dans les argumentations mises en avant par les deux parties, la Cour se basa en priorité sur des facteurs de nature géophysique pour justifier une éventuelle dérogation à la règle de l’équidistance¹²⁶⁴. Elle confirma par ailleurs sa jurisprudence antérieure en application de laquelle une délimitation ne doit pas être influencée par la «situation économique relative des deux Etats concernés de sorte que le moins riche des deux verrait quelque peu augmentée, pour compenser son infériorité en ressources économiques, la zone de plateau continental réputée lui appartenir»¹²⁶⁵. Les intérêts économiques en cause ne furent cependant pas entièrement ignorés par la Cour qui, en application de l’arrêt dans l’Affaire entre le Canada et les Etats-Unis (Golfe du Maine)¹²⁶⁶, veilla à ce que la délimitation suggérée assure «de manière appropriée un accès équitable aux ressources halieutiques»¹²⁶⁷.

Cet arrêt se différencie de la jurisprudence antérieure de la Cour dans la mesure où le droit applicable est la règle de l’«équidistance/circonstances spéciales». La marge de manœuvre dont dispose la Cour était ainsi plus réduite que dans les affaires de délimitation précitées où il lui appartenait

¹²⁶⁰ CIJ Recueil, 1993, p. 38.

¹²⁶¹ *Id.* para. 44-45.

¹²⁶² *Id.* para. 46-50.

¹²⁶³ Dans son arrêt, la Cour discute la relation entre les termes «circonstances spéciales» de l’article 6 de la Convention de 1958, qui permettent une dérogation au principe d’équidistance, et les «circonstances relevantes» du droit coutumier et de UNCLOS : des faits dont la prise en compte est nécessaire dans le processus de délimitation, qu’ils soient propres au cas en question, relèvent de cas antérieurs ou de la pratique des Etats. Elle conclut en faveur d’une assimilation des deux expressions en raison du fait que toutes deux visent à ce qu’un résultat équitable soit atteint. *Id.* para. 54-58.

¹²⁶⁴ En particulier la disparité entre les longueurs des côtes respectives, encore appelée principe de proportionnalité. *Id.* para. 59-71. Les autres «circonstances spéciales» considérées par la Cour incluent des facteurs socio-économiques (para. 72-80) ainsi que des considérations de sécurité (para. 81-82).

¹²⁶⁵ *Id.* para. 80, citant son arrêt dans l’Affaire entre la Libye et Malte.

¹²⁶⁶ CIJ Recueil, 1984, para. 237.

¹²⁶⁷ CIJ Recueil, 1993, para. 75-76 et para. 91.

également de définir le contenu de l'équité normative. On notera que la Cour, dans cet arrêt, est à nouveau sensible aux impacts socio-économiques de sa décision.

f) L'Affaire de Délimitation Maritime et des Questions Territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), 1991-2001

Dans l'Affaire de Délimitation Maritime et des Questions Territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)¹²⁶⁸, la Cour procéda à la délimitation de la mer territoriale en appliquant la règle de l'«équidistance/circonstances spéciales»¹²⁶⁹, assortie de l'exigence d'obtenir un «résultat équitable»¹²⁷⁰. Effectuant la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive, la Cour invoqua sa jurisprudence dans l'Affaire entre le Canada et les Etats-Unis (Golfe du Maine), l'Affaire entre la Libye et Malte (Plateau Continental) et l'Affaire entre le Danemark et la Norvège (Jan Mayen) pour justifier une délimitation sur la base d'une ligne médiane¹²⁷¹ assortie de l'exigence d'un «résultat équitable»¹²⁷². Et de préciser que la règle de l'«équidistance/circonstances spéciales», applicable à la délimitation de la mer territoriale, et la règle des «principes équitables/circonstances relevantes» applicable à la délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive, développée par la pratique judiciaire depuis 1958, sont étroitement liées¹²⁷³. Quant aux circonstances justifiant une dérogation à la ligne médiane aux fins d'obtenir un résultat équitable, la Cour refusa la prise en compte de bancs de perles, non pas par principe, mais pour le motif que l'existence de droits exclusifs quasi-territoriaux n'avaient pas été établis¹²⁷⁴.

Cet arrêt illustre la progressive cristallisation de la pratique de la Cour pour délimiter le plateau continental. Il consacre également le revirement de jurisprudence vis-à-vis de la règle d'équité appliquée dans son arrêt de 1969 et en vertu de laquelle l'équité ne requiert pas un traitement égal des parties¹²⁷⁵. L'équité, dans sa forme normative, est désormais clairement associée à la règle de l'équidistance : l'équidistance, et donc le partage en parts égales, est le principe équitable que la Cour doit appliquer. L'approche suivie en 1969 est

¹²⁶⁸ Arrêt du 16 mars 2001.

¹²⁶⁹ En application du droit coutumier reflété dans l'article 12 de la Convention de 1958 et l'article 15 de UNCLOS. CIJ Recueil, 1993, para. 155-156.

¹²⁷⁰ *Id.* para. 217. L'argumentation de la Cour en l'occurrence nous semble peu convaincante. L'*Affaire entre le Danemark et la Norvège (Jan Mayen)*, à laquelle elle se réfère pour justifier la recherche d'un résultat équitable, concernait une délimitation du plateau continental et de la zone économique exclusive, et non pas de la mer territoriale.

¹²⁷¹ *Id.* para. 227-228. Pour une critique de cette approche de la ligne médiane, voir l'opinion dissidente du Juge *ad hoc* Fischer dans l'*Affaire Jan Mayen*, *Id.* p. 304, para. 6-8.

¹²⁷² *Id.* para. 229.

¹²⁷³ *Id.* para. 231.

¹²⁷⁴ *Id.* para. 236.

¹²⁷⁵ CIJ Recueil, 1969, para. 91.

désormais inversée. La discrétion du juge quant au choix du ou des principes équitables applicables est donc limitée par l'existence d'une règle de droit. Le juge conserve néanmoins un certain degré de latitude, voire «une importante marge de manœuvre»¹²⁷⁶, dans l'exercice de ses fonctions. Il a la prérogative de déterminer la nature équitable du résultat atteint par l'application de cette règle d'équité et, dans la mesure où il considère que le résultat n'est pas équitable, il peut le corriger. En ce qui concerne la prise en compte des circonstances socio-économiques affectant les parties, cet arrêt n'infirme pas la jurisprudence de la Cour développée dans ses arrêts précédents (l'Affaire du Golfe du Maine et l'Affaire Jan Mayen). Ainsi, on peut considérer que les facteurs socio-économiques constituent toujours un élément applicable par la Cour pour évaluer la nature équitable de la délimitation.

- g) L'Affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale intervenant), 1994-2002

Dans l'Affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale intervenant)¹²⁷⁷, la Cour fut appelée, notamment, à déterminer la frontière maritime au-delà d'un point G, point à partir duquel aucune délimitation n'avait fait l'objet d'un accord entre les parties au différend. Le Cameroun et le Nigéria étant Parties à UNCLOS, la Cour appliqua les articles 74 et 83 de ce traité¹²⁷⁸. Elle expliqua que la délimitation devait être effectuée en application de la méthode dite des principes équitables/circonstances spéciales qui «consiste à tracer d'abord une ligne d'équidistance puis à examiner s'il existe des facteurs appelant un ajustement ou un déplacement de cette ligne afin de parvenir à un "résultat équitable"»¹²⁷⁹. La Cour détermina la ligne d'équidistance puis, parmi les circonstances qui pouvaient rendre nécessaires de l'ajuster, examina un des motifs avancés par le Nigeria, à savoir la pratique des Etats en matière de concessions pétrolières. Pour cette partie au différend, la Cour ne peut, par le biais de la délimitation maritime, opérer une redistribution de ces concessions entre les parties à la délimitation¹²⁸⁰. La Cour considéra cependant que, en l'occurrence, «les concessions pétrolières et les puits de pétrole ne sauraient en eux-mêmes être considérés comme des circonstances pertinentes justifiant l'ajustement ou le déplacement de la ligne de délimitation provisoire»¹²⁸¹. Seul un accord exprès ou

¹²⁷⁶ C. DOMINICE, «La jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2001», *Revue Suisse de droit international et de droit européen* 2/2002.

¹²⁷⁷ Arrêt du 10 octobre 2002.

¹²⁷⁸ *Id.* para. 285.

¹²⁷⁹ *Id.* para. 288.

¹²⁸⁰ *Id.* para. 282 et 303.

¹²⁸¹ *Id.* para. 304.

tacite sur l'emplacement de ces concessions aurait constitué un facteur à prendre en compte car il aurait de ce fait reflété un consensus entre les parties sur leurs espaces maritimes respectifs¹²⁸².

Dans sa déclaration à la presse après que la Cour ait rendu son arrêt, le Président de la Cour de l'époque, le Juge Guillaume, prit cependant soin de préciser que «(L)à délimitation ainsi opérée respecte pour l'essentiel les exploitations pétrolières existantes»¹²⁸³.

3) *L'Affaire du Différend Frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali), 1983-1986*¹²⁸⁴

Dans l'Affaire du Différend Frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali) la Cour semble, dans un premier temps, partager l'opinion exprimée par les parties au différend selon laquelle il n'existe pas dans le domaine de la délimitation d'une frontière terrestre d'équivalent aux «principes équitables» appliqués dans les cas de délimitation maritime¹²⁸⁵. Et de préciser que la Cour peut, en revanche, prendre en considération l'équité en tant que procédure : «l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et qui repose sur le droit»¹²⁸⁶. Passant au cas concret, la Cour indique qu'elle procède à l'application de l'équité *infra legem* et explique qu'elle doit, ce faisant, prendre en considération toutes les circonstances pertinentes¹²⁸⁷. Sur la base des circonstances du cas, la Cour statue que la frontière doit être fixée sur la base de la règle d'équité suivante: en divisant le bassin d'eau en deux, d'une manière équitable. Et de conclure que la nature équitable du résultat atteint par ce partage en deux parts égales est justifiée par l'absence de circonstances spéciales : bien que l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité, lorsqu'il n'y a pas de circonstances spéciales, l'égalité est généralement la meilleure expression de l'équité¹²⁸⁸.

Cet arrêt illustre particulièrement bien, à notre avis, les contours incertains de l'équité et la marge de manœuvre dont peuvent disposer les juges pour identifier la norme applicable au cas d'espèce. En effet, les juges commencent

¹²⁸² *Ibid.*

¹²⁸³ Voir le communiqué de presse du Président Guillaume, La Haye, le 10 octobre 2002, para. 4.

¹²⁸⁴ CJI Recueil, 1985, p. 554.

¹²⁸⁵ *Id.* para. 27.

¹²⁸⁶ *Id.* para. 28.

¹²⁸⁷ *Id.* para. 149.

¹²⁸⁸ *Id.* para. 150. A noter cependant que dans une affaire ultérieure de délimitation territoriale, *l'Affaire de l'Île Kasikili/Sedudud (Botswana c. Namibie)*, la Cour ne fit aucune référence à l'application de principes équitables. Voir à cet égard l'opinion dissidente du Juge Weeramantry qui suggère que la Cour aurait du faire usage de l'équité pour prendre en considération, dans l'exercice de délimitation, «the equitable considerations of preserving this valuable natural resource». CJI Recueil, 1999, para. 90- 113, en particulier para. 106.

par s'appuyer sur l'équité en tant que procédure pour légitimer la prise en considération des faits que la Cour considère déterminants¹²⁸⁹. C'est seulement dans un second temps, et sur la base de ces faits, que la Cour choisit le droit applicable, la règle d'équité selon laquelle «la mare de Soum doit être divisée en deux, de façon équitable». Et de conclure que cette règle, appliquée au cas d'espèce, permet d'atteindre un résultat équitable. La Cour a donc été au-delà de l'application de l'équité en tant que processus - ou, selon son expression, *infra legem*¹²⁹⁰.

B. *Equité et approche différenciée dans l'application du droit*

En présentant la jurisprudence de la Cour relative à l'équité, nous avons cherché à déterminer dans quelle mesure cet organe a eu recours à ce concept pour légitimer que des Etats se trouvant dans des situations différentes soient traités différemment. Il s'agissait donc pour nous d'analyser si la Cour s'est fondée sur l'équité pour opérer une différenciation des parties au différend dans le cadre du contrôle de l'application du droit. Notre objectif, on s'en souvient, était d'identifier si la pratique de cet organe juridictionnel fournit un précédent à l'approche différenciée symptomatique des mécanismes de contrôle de respect des AEM, et en particulier du Protocole de Kyoto. Or, dans les affaires précitées, la Cour a plus fait office de législateur, en identifiant la norme de droit applicable, que d'organe de contrôle du respect du droit. Les conclusions que nous tirerons de cette jurisprudence seront donc mises en parallèle avec la pratique des Etats relative à l'élaboration de normes différenciées dans le cadre de la négociation de traités.

Les débats suscités par la pratique de la Cour en matière d'équité se concentrent essentiellement sur la relation entre les pouvoirs respectifs des Etats et des organes juridictionnels. Parmi les thèmes récurrents discutés par la doctrine, on retrouve l'étendue de la marge de manœuvre - ou discrétion inhérente - dont le juge bénéficie dans l'exercice de ses fonctions, en particulier la question de savoir s'il est approprié pour l'organe judiciaire de rendre une décision là où la règle de droit n'est pas établie de manière précise. Une telle flexibilité additionnelle accordée au juge au niveau de la détermination du

¹²⁸⁹ A noter que dans son opinion individuelle, le Juge Abi-Saab fait état de la discrétion inhérente dont bénéficiaient les juges pour effectuer une partie du tracé de la frontière compte tenu des circonstances du cas d'espèce et indique sa préférence pour un tracé alternatif plus profondément imprégné de considérations d'équité *infra legem* dans l'interprétation et l'application du droit : prenant mieux en considération l'importance vitale de l'accès à l'eau dans la région. En d'autres termes, pour le Juge Abi-Saab, l'accès à l'eau consiste un fait dont la relevance n'a pas été suffisamment prise en considération par la Cour et qui aurait permis un tracé plus équitable. CJI Recueil, 1985, p. 633, para. 17.

¹²⁹⁰ Comme l'exprime Weil : «C'est en vue de combler une lacune ou incertitude du droit en matière de délimitation d'une frontière terrestre que la Cour a fait appel à l'équité ... mais dans les deux cas, c'est à l'équité *infra legem*, et non pas à l'équité *praeter legem* comme on aurait pu s'y attendre, qu'elle a affirmé recourir ». P. WEIL, *loc. cit.* (note 1121), p. 130.

droit applicable peut avoir une origine double. Premièrement, elle peut résulter directement d'une délégation de pouvoir par le législateur. Ce sera le cas lorsque le droit applicable renvoie expressément à l'application de «principes équitables» ou requiert que la décision du juge soit de nature équitable. La plupart des affaires de délimitation maritime illustrent ce cas. Il arrive cependant que l'équité trouve sa place dans certains arrêts indépendamment d'une autorisation expresse du législateur. Dans ce cas, et c'est là la deuxième source de flexibilité additionnelle accordée au juge, l'équité est utilisée, ou envisagée, par le juge pour combler une lacune de la loi. On pensera ici à l'Affaire du Différend Frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali).

S'interroger sur la légitimité du recours à l'équité dans le contexte judiciaire ne constitue pas l'objet de notre étude. Nous sommes moins intéressés par les limites de la fonction judiciaire que par la manière dont la Cour a eu recours à l'équité dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, nous ne nous prononcerons pas sur la question de savoir si la Cour aurait du, dans un cas concret, déclarer un *non liquet* plutôt que rendre une décision, ou si elle aurait du prendre en considération un fait particulier quand elle ne l'a pas fait. Au contraire, nous considérons le recours à l'équité comme un fait acquis et, sur cette base, tentons d'établir dans quelle mesure et sur la base de quels critères l'équité a permis à la Cour d'identifier des normes différenciées.

Notre examen de la pratique de la Cour montre que cet organe a recours à un principe d'équité en application duquel les différentes circonstances dans lesquelles se trouvent des Etats peuvent justifier un traitement inégal. Notre analyse nous permet de conclure que ce principe d'équité a été consacré sous deux formes : forte et faible. Dans sa formulation forte, qui privilégie la différenciation des parties et qui a été consacrée dans l'Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord¹²⁹¹, le principe d'équité signifie que les différentes circonstances dans lesquelles se trouvent des parties ne requièrent pas un traitement égal. Dans sa formulation faible, qui privilégie le traitement égal des parties et qui a été consacré dans l'Affaire Jan Mayen¹²⁹², les circonstances particulières affectant les parties sont prises en compte en tant que facteurs correctifs d'un principe d'égalité. En ce qui concerne les critères de différenciation, la pratique de la Cour met en évidence une jurisprudence constante sur la «pertinence» des facteurs géographiques. En d'autres termes,

¹²⁹¹ CIJ Recueil, 1969, p. 91. Ce principe fut notamment réitéré dans l'Affaire entre la Libye et Malte (*plateau continental*), CIJ Recueil, 1985, para. 48-54, et dans l'Affaire du différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali), CIJ Recueil, 1985 p. 554, para. 150.

¹²⁹² CIJ Recueil, 1993, para. 44-45. Ce principe fut notamment réitéré dans l'Affaire de délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), CIJ Recueil, 1993, para. 155-156, et l'Affaire du différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali), CIJ Recueil, 1985, p. 554, para. 150.

c'est principalement¹²⁹³ sur la base de ces facteurs, et la manière dont ils affectent différemment les parties au différend, qu'une différenciation a été opérée. A plusieurs reprises¹²⁹⁴, la Cour a également pris en compte des considérations de nature socio-économique, tout en niant que, ce faisant, elle procédait à un exercice de justice distributive basé sur les besoins des parties. En effet, l'accès aux ressources naturelles¹²⁹⁵ ou les possibles «répercussions catastrophiques pour la subsistance et le développement économique des populations des pays intéressés»¹²⁹⁶ constituent, pour la Cour, uniquement des facteurs dont la prise en considération est limitée à une fonction corrective : ils justifient que la norme, adoptée sur la base de considérations géographiques, soit modifiée dans la mesure où elle est inéquitable en termes socio-économiques.

On peut considérer que la Cour ne pouvait pas, de manière réaliste, faire autrement que prendre en compte ces facteurs socio-économiques du fait que c'est bien dans le contrôle des ressources naturelles que réside le cœur des différends en matière de délimitation maritime¹²⁹⁷. C'est oublier cependant que dans l'Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord, la Cour n'a pas hésité à affirmer que «...the question of natural resources is less one of delimitation than of eventual exploitation»¹²⁹⁸. La Cour aurait donc pu continuer sur cette voie dans les affaires subséquentes de délimitation qu'elle a été amenée à trancher, en omettant la prise en considération de facteurs socio-économiques. L'ambiguïté dans le raisonnement de la Cour vient justement du fait qu'elle disposait d'un précédent pour rejeter la pertinence de telles considérations dans le cadre de l'exercice de délimitation, mais qu'elle choisit néanmoins d'en tenir compte sous une forme atténuée. On peut imaginer que les défenseurs d'une justice distributive, tels que Shachter ou Franck, regrettent que la Cour ait été si frileuse dans son approche et manqué de saisir une opportunité d'introduire plus de «justice»¹²⁹⁹ dans l'exercice de ses fonctions. A l'opposé, l'analyse réaliste de Rossi explique pourquoi la Cour se garde elle-même de tenter d'atteindre cet objectif¹³⁰⁰. Cet auteur souligne en effet que la grande majorité des pays industrialisés n'embrassent guère un

¹²⁹³ Bien qu'elles aient été évoquées dans certaines affaires, en particulier l'*Affaire entre la Libye et Malte (plateau continental)*, des considérations de sécurité n'ont pas été retenues par la Cour.

¹²⁹⁴ Dans l'*Affaire entre le Canada et les Etats-Unis (Golfe du Maine)*, l'*Affaire entre le Danemark et la Norvège (Jan Mayen)* et l'*Affaire du différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*.

¹²⁹⁵ Accès à l'eau dans le cadre de l'*Affaire du différend frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali)*, accès aux ressources halieutiques dans le cadre de l'*Affaire entre le Danemark et la Norvège (Jan Mayen)*.

¹²⁹⁶ L'*Affaire entre le Canada et les Etats-Unis (Golfe du Maine)*, CIJ Recueil 1984, para. 237.

¹²⁹⁷ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), p. 244. Voir également J. CHARNEY, «Progress in international maritime boundary delimitation law», *AJIL*, vol. 88, 1994, p. 239.

¹²⁹⁸ CIJ Recueil, 1969, para. 17.

¹²⁹⁹ Dans le sens de «fairness».

¹³⁰⁰ R. ROSSI, *op. cit.* (note 775), pp. 253-256.

concept de justice basé sur le principe aristotélien de justice distributive. Au-delà de considérations juridiques, s'embarquer dans une mission de distribution des ressources sur la base des besoins des parties au différend signifierait vraisemblablement pour la Cour son arrêt de mort politique : quels pays industrialisés prendraient le risque de se soumettre à ce genre de justice ? Et sans la participation de ces Etats, quelle crédibilité aurait la Cour¹³⁰¹ ?

C. Conclusion

L'objectif de cette section était d'identifier si la pratique de la Cour permet de mettre en évidence que cet organe procède, dans l'exercice de ses fonctions, à une différenciation des parties, et si oui, sur quelle base. Nous étions plus particulièrement intéressés à trouver un possible précédent à une approche différenciée basée sur les différentes circonstances socio-économiques affectant les Etats, une caractéristique des mécanismes de contrôle du respect des AEM et en particulier du Protocole de Kyoto. Dans ce but, nous avons analysé les arrêts de la Cour dans des domaines du droit où elle dispose d'une marge de manœuvre particulièrement grande et où le recours à l'équité prenait une place importante pour fonder son argumentation juridique. La jurisprudence de la Cour ne nous a pas permis d'identifier une approche différenciée dans le contrôle du respect du droit. Dans les affaires où elle a eu recours à l'équité, la Cour avait en effet pour tâche d'identifier le contenu de la norme disputée plutôt que de s'assurer que le droit était respecté. Ces affaires témoignent donc davantage de la sensibilité de la Cour à l'égard de l'élaboration des normes différenciées sur la base des différents niveaux de développement économique des Etats.

Les affaires de délimitation maritime, en particulier, nous ont permis d'établir qu'à l'heure actuelle, la prise en compte de facteurs socio-économiques est limitée à une fonction corrective de la décision judiciaire : ces facteurs ne constituent pas *ab initio* des critères déterminants servant de base à l'élaboration d'une décision. Néanmoins, par le biais de cette fonction corrective, les considérations socio-économiques sont susceptibles d'avoir un impact certain sur le tracé de délimitation opéré par la Cour. En d'autres termes, par le biais de sa jurisprudence en matière de délimitation maritime, la Cour s'est octroyé une possibilité, certes limitée, d'opérer une différenciation fondée sur les différentes circonstances socio-économiques affectant les parties au différend. Quand bien même elle pouvait techniquement le faire dans des

¹³⁰¹ Comme le souligne Falk : «... equity, despite its links to the promotion of justice in the resolution of disputes, must avoid the impression of arbitrary and politicized judicial legislation ... Thus, Courts are properly inhibited from promoting distributive justice under the banner of equity, as would be the case if the World Court were to draw maritime boundaries in a manner that would benefit the poorer states or the Third World country». Voir Richard Falk, Préface, dans R. ROSSI, *op. cit.* (note 775).

circonstances où elle bénéficiait d'un quasi «chèque en blanc» de la part des Etats, la Cour n'a pas été aussi encline que les Etats à intégrer des considérations socio-économiques dans l'exercice de ses fonctions. Cette conclusion n'est, somme toute, pas si surprenante si l'on prend en compte le fait que l'existence même de la Cour dépend du bon vouloir des Etats. Risquer de compromettre la confiance que les plus importants pays développés lui accordent¹³⁰² ne serait guère dans l'intérêt de cette institution. On peut donc comprendre que, en l'absence d'un mandat expresse du législateur, elle ne s'aventure que timidement, et d'une manière détournée, à fonder son argumentation juridique sur des considérations socio-économiques. D'un autre côté, l'approche relativement conservatrice de la Cour ne peut se justifier si elle est en décalage avec l'évolution générale du droit international. Nous pensons bien entendu ici aux développements juridiques relatifs aux relations entre pays développés et pays en développement. Or la nécessité de développer un droit international de coopération à vocation universelle s'est accompagnée de la prise en compte des différences socio-économiques entre les membres de la communauté internationale. En particulier dans le cadre de la négociation de traités relatifs aux ressources naturelles¹³⁰³ et à la protection de l'environnement¹³⁰⁴, cette approche justifie l'élaboration de droits et obligations différenciés visant à promouvoir l'égalité réelle des Etats.

§ 4 Conclusion

Si l'équité constitue un concept sous-jacent à une approche différenciée dans le droit sur la base de considérations socio-économiques, notamment en application du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats, et si les Etats ont décidé d'étendre la promotion de cette égalité réelle par le biais des mécanismes de contrôle du respect des AEM, les techniques traditionnelles de règlement des différends restent relativement fermées à cette évolution. Non seulement ces procédures demeurent fondées sur le principe d'égalité des parties, qui vise à assurer l'égalité formelle des Etats et qui freine la tentation d'avoir recours à l'équité pour élaborer un droit emprunt de justice distributive, mais de plus les Etats montrent beaucoup de frilosité à l'idée de reconnaître aux organes de règlement des différends la compétence d'exercer leurs fonctions en tenant compte de l'inégalité

¹³⁰² Actuellement, des trois membres permanents du Conseil de Sécurité représentant des pays industrialisés, seul le Royaume-Uni a accepté de se soumettre à la compétence de la Cour. Tant la France que les Etats-Unis ont retiré leur déclaration au sens de l'article 36.2 lorsqu'ils ont vu leurs intérêts politiques menacés par des affaires soumises à la Cour: *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* et *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* (1973-1974).

¹³⁰³ UNCLOS et les cours d'eau transfrontières. Voir *supra* p. 177ss.

¹³⁰⁴ Voir *supra* p. 160.

réelle des Etats. Les mécanismes de contrôle du respect des AEM constituent donc, à cet égard, des institutions innovantes et remarquables.

Section V

La différenciation et le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto

§ 1 Introduction

Dans la première partie de cette étude, nous avons mis en évidence que la prise en compte des causes de non-respect, notamment leur nature volontaire ou involontaire, est une caractéristique fondamentale des mécanismes de contrôle du respect des AEM. Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto est cependant le premier dans le cadre duquel des efforts ont été entrepris pour donner à cette caractéristique une base juridique plus claire par le biais de la consécration du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats. Avant d'analyser les mérites et les défis d'une approche différenciée dans le cadre du contrôle du respect du droit, nous évaluerons dans quelle mesure le processus consultatif multilatéral de la Convention climat requiert un traitement différent de Parties se trouvant dans des situations différentes.

§ 2 Le processus consultatif multilatéral de la Convention climat

Nous avons précédemment¹³⁰⁵ présenté le processus consultatif multilatéral de la Convention climat. On s'en souvient, ce processus vise à faciliter la mise en œuvre de la Convention, dans un esprit de coopération. Le mandat de son Comité est limité à fournir l'aide voulue - recommandations et conseils - en rapport avec les difficultés rencontrées pour appliquer la Convention. Nous nous limiterons donc à établir s'il permet, voire même requiert, un traitement différencié des Parties sur la base de leurs circonstances particulières.

En ce qui concerne une possible approche différenciée, le processus n'établit pas formellement de traitement spécial pour une Partie ou un groupe de Parties particulières¹³⁰⁶. Il faut noter que, durant les négociations, les pays en développement ne proposèrent pas que le fonctionnement de cette

¹³⁰⁵ Voir *supra* p. 38ss.

¹³⁰⁶ Nous réservons bien entendu ici la question, encore non résolue, de la composition du Comité. Celle-ci n'aura cependant pas d'incidence sur le fonctionnement du processus.

institution soit ancré dans le principe des responsabilités communes mais différenciées. Ainsi, que ce soit au regard des possibilités de soumettre une question au Comité, du mandat de cet organe ou du résultat de ses délibérations, chaque Partie sera traitée de manière identique. Bien entendu, cela ne signifie pas que le genre d'aide fourni par le mécanisme sera le même pour une Partie d'un pays développé et pour une Partie d'un pays en développement. Mais cette différence sera le fruit d'une différenciation préexistante : la différenciation dans le droit. Le processus consultatif multilatéral ne va donc pas au-delà d'une différenciation implicite. Concrètement, celle-ci se traduira par le fait que seuls des pays en développement pourront bénéficier de conseils quant à la façon d'obtenir des ressources financières, car eux seuls possèdent ce privilège¹³⁰⁷. Par contre, tant les pays en développement que les pays industrialisés ayant une économie en transition pourront bénéficier de conseils quant à la façon d'obtenir une assistance technique¹³⁰⁸. En somme, le processus consultatif multilatéral ne va pas au-delà de l'égalité réelle telle qu'elle est consacrée dans le texte de la Convention.

§ 3 Les mérites et les limites d'une approche différenciée dans le contrôle du respect du droit

Le texte du mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto a le mérite d'ancrer la prise en compte de la cause involontaire du non-respect, à cause d'un manque de capacités, dans un principe du régime de lutte contre les changements climatiques. Ce faisant, une assise juridique particulière est donnée à une des caractéristiques fondamentales des mécanismes de contrôle du respect des AEM. Cette approche, fondée sur des considérations d'équité, a également l'avantage de rappeler que l'égalité réelle des Parties va au-delà de l'élaboration de droits, privilèges et obligations différenciées. Elle doit être également promue au stade du contrôle du respect du traité. Mais faire du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties une pierre angulaire du mécanisme de contrôle de respect n'est pas sans poser de réelles difficultés.

A. *Sur quelle base différencier ?*

On peut regretter que les diverses manifestations d'une approche différenciée dans les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto n'aient pas été systématiquement rattachées au principe des responsabilités communes

¹³⁰⁷ Article 4.3 de la Convention climat.

¹³⁰⁸ Article 4.5 de la Convention climat.

mais différenciées et des capacités respectives des Etats. On se rappelle¹³⁰⁹ qu'un traitement différencié fondé sur ce principe constitue un pilier du groupe de la facilitation. Cet organe a l'obligation de tenir compte d'un éventuel manque de capacités et doit décider des mesures consécutives visant à assister la Partie concernée à respecter le Protocole. Une telle approche individualisée, contextuelle, est plus limitée dans le cadre du groupe de l'exécution dont la nature est quasi-juridictionnelle et dans le cadre duquel le principe de base est l'égalité formelle des Parties. Un traitement différencié des Parties vise, d'une part, les pays ayant une économie en transition qui bénéficient d'une «certaine latitude dans l'exécution de leurs engagements autres que» l'obligation de limitation de leurs émissions de gaz à effet de serre¹³¹⁰. Il vise, d'autre part, le contrôle du respect des obligations relatives à la communication d'informations par les Parties industrialisées : l'organe de contrôle doit tenir compte de la cause de non-respect, de sa nature, de son ampleur et de sa fréquence¹³¹¹. Dans les deux cas, la cause de non-respect constitue un critère de différenciation. La nécessaire prise en compte de ce critère est explicite dans le contexte du contrôle du respect des obligations relatives à la communication d'informations. Elle est implicite dans le cas des pays en transition vers une économie de marché.

Il aurait été souhaitable que ces diverses possibilités d'un traitement différencié sur la base de la cause de non-respect soient ancrées dans un même principe, en l'occurrence le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats. Car il y a, à notre avis, identité entre ce principe et le fait de devoir prendre en compte que la cause de non-respect est due à un manque de capacités, c'est-à-dire à des difficultés d'ordre socio-économique.

B. Jusqu'où différencier ?

La portée du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties n'est pas sans donner lieu à controverse. Nous l'avons déjà souligné¹³¹², les pays industrialisés d'un côté et les pays en développement de l'autre ne l'interprètent pas de manière identique. Tout d'abord, les pays en développement voudraient y voir un principe essentiellement à leur bénéfice et tentent de limiter son application sur la base de la dichotomie «pays développés – pays en développement». Par ailleurs, ce groupe de pays

¹³⁰⁹ Voir *supra* pp. 146-150.

¹³¹⁰ Section II, para. 11 des Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole, Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.3, qui fait référence à l'article 4.6 de la Convention et à l'article 3.6 du Protocole de Kyoto.

¹³¹¹ *Id.* section V para. 6.

¹³¹² Voir *supra* p. 193.

considère que ce principe repose non seulement sur l'existence de niveaux de développement différents, mais également sur la responsabilité historique des pays industrialisés. De son côté, une partie des pays industrialisés rejette entièrement une éventuelle responsabilité historique pour les changements climatiques. Au surplus, ils ne limitent pas ce principe à un groupe d'Etats particuliers.

Les incertitudes relatives à la portée de ce principe et leurs possibles conséquences sur l'évolution du droit international ont clairement été mises en évidence pendant les négociations. En effet, si les propositions des pays en développement avaient toutes été acceptées¹³¹³, les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto auraient été au-delà de la promotion de l'égalité réelle des Etats en introduisant des inégalités de traitement non justifiées par l'équité. Cela aurait été le cas si les pays ayant une économie en transition n'avaient pas eu accès à l'assistance technique et financière prévue par le Protocole. Cela aurait également été le cas si seuls les pays en développement avaient pu bénéficier de mesures de facilitation. Trop forcer le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats peut donc aller à l'encontre de son objectif en introduisant des inégalités de traitement entre des Etats se trouvant dans des situations équivalentes. Cela peut également approfondir le fossé politique séparant le Nord du Sud. Quand on voit l'immense poids politique accordé par les pays en développement à ce principe pour opposer une résistance farouche à toute mesure visant à les engager plus concrètement dans un effort de limitation des émissions des gaz à effet de serre¹³¹⁴, il est à redouter que ce principe soit invoqué pour exclure le fait que ces pays ne soient soumis, un jour, à une procédure d'exécution. Les difficultés liées à une approche différenciée basée sur le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats dans le contrôle du respect des obligations sont donc essentiellement à venir.

Les défis futurs d'une approche différenciée dans le contrôle du respect du Protocole de Kyoto auraient été moindres si le critère distinguant les champs d'application respectifs des deux groupes du Comité de contrôle était dénué d'ambiguïté. Or ce n'est pas le cas. Tel que son mandat est rédigé, le groupe de l'exécution est chargé d'établir si les «Parties visées à l'Annexe I respectent ou non» certaines de leurs obligations. Cette terminologie permet deux interprétations différentes. Premièrement, le champ d'application du groupe de l'exécution sera toujours limité à des obligations mises à la charge des pays

¹³¹³ Pour le détail de ces propositions, voir *supra* p. 139ss.

¹³¹⁴ Voir à cet égard le Résumé du *BNT* relatif à la Huitième Conférence des Parties à la Convention climat, disponible sur <http://www.iisd.ca>. On notera à cet égard que les émissions sont sensées rattraper celles des pays industrialisés après 2035. Voir : Secrétariat de la Convention sur les changements climatiques, *FAQ Changements Climatiques*, août 2002, disponible sur : <http://unfccc.int/press/dossiers/factsheet-fr.html>.

industrialisés. Par conséquent si des pays en développement devaient à l'avenir avoir des obligations similaires, notamment une obligation de limitation de leurs émissions de gaz à effet de serre, le contrôle du respect de ces obligations ne pourra pas être effectué par le groupe de l'exécution. Cette interprétation est bien entendu dans l'intérêt de pays en développement dont les émissions de gaz à effet de serre sont en rapide croissance, tels que l'Inde, le Brésil ou la Chine, et qui pourraient être directement mis à contribution pendant la deuxième période d'engagement (2013- ?). Une telle interprétation du mandat du groupe de l'exécution est donc essentiellement basée sur des considérations politiques. Elle fait de la qualité de Partie en cause (Annexe I ou non-Annexe I) le critère décisif distinguant les champs d'application respectifs des deux groupes du Comité de contrôle. Cette interprétation va donc au-delà du contenu du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties. La rédaction du mandat du groupe de l'exécution peut cependant être comprise différemment : en lieu et place du niveau de développement de la Partie concernée, c'est la nature juridique des obligations considérées, faiblement contraignante ou précise, qui constitue le critère décisif pour qu'un cas de non-respect tombe dans le cadre du mandat du groupe de la facilitation ou du groupe de l'exécution. Par conséquent, si des Parties ne figurant pas à l'Annexe I devaient avoir des obligations de limitation de leurs émissions pendant la deuxième période d'engagement, le contrôle de ces obligations précises devra, logiquement, entrer dans le cadre du mandat du groupe de l'exécution.

Tel qu'il a été adopté, le texte établissant les mécanismes de contrôle de respect du Protocole de Kyoto semble être en faveur de la première interprétation que nous avons suggérée. Bien que cela soit regrettable, cela ne signifie par pour autant que les pays en développement ne pourraient pas, à l'avenir, être soumis à une procédure d'exécution. Une telle possibilité devra résulter d'un amendement du texte des mécanismes de contrôle du respect du Protocole, vraisemblablement dans le cadre des négociations relatives à la deuxième période d'engagement. Dans ce cas, et comme c'est le cas pour une Partie développée, la Partie en développement devra en priorité faire usage des mesures d'assistance octroyées de manière préventive par le groupe de la facilitation¹³¹⁵ et pourra faire l'objet de mesures d'exécution au même titre qu'une Partie industrialisée. De cette manière, l'équilibre délicat entre l'égalité formelle des Etats et leur inégalité réelle sera maintenu.

¹³¹⁵ Voir *supra* p. 126.

Conclusion

La multiplication des préoccupations environnementales de nature globale requérant la participation de l'ensemble de la communauté internationale s'accompagne d'une prolifération correspondante d'institutions d'un type particulier visant à assurer le respect des engagements souscrits au sein des traités. Parmi celles-ci, il y a les mécanismes de contrôle du respect. Pendant la décennie 1993-2003, pas moins de sept de ces mécanismes ont été élaborés au sein d'accords environnementaux multilatéraux (AEM). Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques est le plus sophistiqué d'entre eux. Il consiste en un savant mélange de prévention et de réaction aux cas de non-respect, il offre un florilège d'aspects diplomatiques et juridictionnels, il œuvre un contexte multilatéral laissant la porte ouverte à des procédures bilatérales et il consacre un équilibre délicat entre l'égalité formelle et l'inégalité réelle des Etats. Ce mécanisme innove également en stipulant une base légale particulière - le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats - pour requérir que le manque de capacités techniques et financières de la Partie sujette à une procédure de non-respect soit pris en compte.

Les mécanismes de contrôle du respect constituent une déviation par rapport aux techniques traditionnelles de règlement des différends qui s'adaptent mal aux particularités des AEM. Les procédures juridictionnelles de règlement des différends, non seulement inutilisées mais présentant des inconvénients certains, ne sont néanmoins pas sans intérêt pour les AEM. En particulier, la garantie d'un organe impartial et de droits procéduraux tel que le droit d'être entendu, leur aspect bilatéral, la sécurité juridique qu'elles offrent ainsi que la nature légalement contraignante de leurs décisions constituent des avantages qu'il serait peu judicieux de négliger et qui méritent d'être incorporés dans les mécanismes de contrôle du respect des AEM, sur le modèle du mécanisme de contrôle du Protocole de Kyoto.

En raison de leur récente multiplication, les mécanismes de contrôle du respect des AEM forment désormais une famille d'institutions dont l'analyse permet d'identifier les éléments clés d'un système. Notre étude de leurs caractéristiques principales a permis de mettre en évidence leurs traits communs. Nous avons également suggéré des possibles améliorations à la manière dont ces mécanismes sont élaborés.

Parmi les caractéristiques des mécanismes de contrôle du respect des AEM, nous avons analysé en profondeur le fait que les causes de non-respect, notamment celles dues à un manque de capacités, constituent un facteur qui doit être pris en compte par l'organe de contrôle, une approche qui se traduit

par un choix de mesures consécutives allant de l'assistance à l'imposition de sanctions. Les négociations du mécanisme de contrôle du Protocole de Kyoto ont permis d'asseoir cette pierre maîtresse des mécanismes de contrôle du respect sur le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats, un principe d'équité consacré lors de la Conférence de Rio sur l'Environnement et le Développement (1992) qui justifie l'élaboration de droits, privilèges et obligations différenciés en fonction des différents niveaux de développement des Etats. Les origines de ce principe nous ont tout naturellement amenées à analyser la technique juridique de la différenciation dans le droit.

L'élaboration de normes différenciées au sein de traités permet avant tout d'offrir une incitation pour que des Etats individuels ou des groupes d'Etats acceptent de participer à un effort de coopération globale. Des obligations, des droits ou des privilèges différenciés sont justifiés par le fait que les Etats, malgré leur égalité souveraine, sont réellement dans des situations différentes. Cette approche contextuelle dans le cadre de la négociation de traités visant à allouer des biens ou des responsabilités entre les Etats est ancrée dans l'équité. En tant que procédure, l'équité requiert qu'un processus particulier soit suivi lors de l'adoption d'une norme : les circonstances particulières des Etats doivent être prises en considération. Au-delà de cette fonction minimale, l'équité sert également de guide pour préciser le contenu de la norme : elle exprime, de manière plus ou moins élaborée, l'objectif d'une différenciation, les circonstances particulières à prendre en considération et les bénéficiaires de la différenciation. Cette technique juridique peut donc être utilisée dans des buts et sur la base de critères très divers.

Le recours à l'équité constitue notamment une pratique courante dans le domaine de la gestion des ressources naturelles. Dans le cadre des négociations relatives au droit de la mer et aux cours d'eau internationaux, l'équité a servi d'élément de base pour des accords visant à régler l'allocation et la jouissance de ressources naturelles sur une base autre qu'un partage forcément à parts égales entre les parties concernées. En particulier, la réglementation relative au partage de bénéfices résultant de l'exploitation des fonds marins constitue un exemple où l'équité est devenue synonyme d'une justice distributive basée sur des considérations socio-économiques et a servi de fondement à une différenciation normative entre les pays développés et les pays en développement, au bénéfice de ces derniers. L'équité sert également de clé de répartition pour des obligations à la charge des Etats. Le principe équitable des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats offre deux bases pour un traitement différencié dans l'attribution des obligations dont le respect permettra de faire face à une atteinte à l'environnement. Justifié par des considérations environnementales (le degré de responsabilité vis-à-vis du dommage à l'environnement), et de développement (la capacité des Etats à faire face au dommage), un traitement

différencié est désormais au cœur des efforts globaux visant à faire face aux atteintes à l'environnement mondial.

Incorporé dans la Convention climat et le Protocole de Kyoto, le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats se concrétise sous deux formes. Il s'agit d'une part de l'existence de droits et obligations différenciés entre divers groupes de Parties - pays développés, pays en développement et pays industrialisés en transition vers une économie de marché - sur la base de leurs différents niveaux socio-économiques. Il s'agit d'autre part de normes individualisées de réduction ou de limitation des émissions des gaz à effet de serre pour les pays développés. Cette technique juridique a ainsi permis aux négociateurs de tenir compte de la complexité des intérêts en jeu et des différentes situations dans lesquelles se trouvent les Etats. L'approche contextuelle, ancrée dans un principe équitable, a permis l'élaboration d'un traité particulièrement sophistiqué pour faire face à un des défis majeurs auquel la communauté internationale est confrontée.

Bien que l'élaboration de normes différenciées constitue une pratique de plus en plus courante, il n'est pas rare que sa conformité au droit international soit remise en question. Les arguments juridiques mis en avant par une partie de la doctrine ne résistent cependant pas à l'examen. Cette technique juridique est non seulement un outil de négociation efficace pour élaborer un traité dont l'objet est particulièrement complexe. La prise en compte des différentes capacités économiques des Etats et sa traduction sous la forme de normes différenciées contribue également à la légitimité du droit international : elle constitue un puissant moteur pour promouvoir l'égalité réelle entre les Etats.

La promotion de l'égalité réelle des Etats constitue donc un des objectifs de l'élaboration de normes différenciées. Les mécanismes de contrôle du respect des AEM, en exigeant la prise en compte des causes de non-respect, s'en font l'écho au niveau du contrôle de l'application du droit. Qu'en est-il des procédures traditionnelles de règlement des différends ? De manière générale, les organes des procédures juridictionnelles de règlement des différends sont tenus d'effectuer une appréciation abstraite de l'affaire considérée. Une approche différenciée serait donc, en principe, antinomique avec les fonctions de ces organes. Notre étude s'est concentrée sur les principes d'impartialité et d'égalité des parties. Nous avons montré que certains développements relatifs au principe d'égalité pourraient ouvrir la porte à l'affirmation d'un principe de droit international requérant un traitement différencié des parties dans le contrôle de l'application du droit. Pour l'heure cependant, une différenciation sur la base de considérations socio-économiques ne s'est pas cristallisée en un principe applicable de manière générale dans le cadre des procédures de règlement des différends. En d'autres termes, la promotion de l'égalité réelle des parties reste globalement confinée à ce que prévoit le traité et ne constitue pas une tâche spécifique que les Etats ont décidé de confier aux organes de

règlement des différends. Cette conclusion est corroborée par la pratique de la Cour internationale de Justice dans le cadre des affaires de délimitation maritime.

La jurisprudence de la Cour dans les affaires de délimitation maritime montre que cet organe a recours à un principe d'équité en application duquel les différentes circonstances des Etats peuvent justifier un traitement inégal. En ce qui concerne les critères de différenciation, la Cour a, et ceci à plusieurs reprises, pris en compte des considérations de nature socio-économique pour corriger la nature inéquitable de sa décision de délimitation, tout en niant qu'elle procédait à un exercice de justice distributive basé sur les besoins des parties. Par ce biais, la Cour s'est octroyé une possibilité d'opérer une différenciation fondée sur les différentes circonstances socio-économiques affectant les parties au différend. Elle a cependant fait un usage peu téméraire de la marge de manœuvre de grande ampleur déléguée par les Etats et ne s'est aventurée que timidement, et d'une manière détournée, sur le chemin des considérations socio-économiques pour fonder son argumentation juridique. Cette approche relativement conservatrice de la Cour semble en décalage avec l'évolution générale du droit international.

Si les procédures juridictionnelles de règlement des différends opèrent principalement sur la base de l'égalité formelle des Etats, la prise en compte des causes de non-respect, notamment un manque de capacités, constitue une caractéristique fondamentale des mécanismes de contrôle du respect des AEM qui vise à promouvoir l'égalité réelle des Etats. Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto est cependant le premier dans le cadre duquel des efforts ont été entrepris pour donner à cette caractéristique une base juridique plus claire par le biais de la consécration du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats. Les négociations relatives à la consécration de ce principe opposaient principalement les pays développés aux pays en développement. Pour les premiers, une différence de traitement dans le cadre du contrôle du respect des obligations ne pouvait que résulter d'une différenciation dans le droit. C'est donc le contenu des obligations qui déterminerait la procédure de contrôle du respect : le respect des obligations de nature faiblement contraignante serait promu par le biais d'une procédure de facilitation, alors que le respect des obligations précises serait assuré par une procédure d'exécution capable d'aboutir à des conséquences légalement contraignantes. En d'autres termes, l'égalité réelle des Etats avait déjà été réalisée par le biais de l'élaboration de normes différenciées au sein du Protocole. Y superposer une forme additionnelle de différenciation renverserait l'équilibre de l'accord et introduirait des inégalités entre les Parties. Pour les pays en développement, au contraire, la promotion de l'égalité réelle des Parties devait également être affirmée dans le cadre du contrôle du respect des obligations. Celle-ci devait se traduire par des procédures de non-respect distinctes en fonction du niveau de

développement de la Partie en cause, et ce même si les Parties avaient des obligations identiques. Pour les pays en développement, c'était la qualité de la Partie, développée, en développement, ou ayant une économie en transition, qui justifiait une différenciation dans l'application du droit. Le texte établissant le mécanisme de contrôle du Protocole de Kyoto réconcilie sagement ces deux écoles. D'une part, la différenciation sur la base de considérations socio-économiques constitue un pilier du groupe de la facilitation. Justifiée à la fois par des considérations pratiques liées à la nature juridique faiblement contraignante des obligations visées et par des considérations d'équité, cette approche encourage l'égalité réelle des Parties également au niveau du contrôle du respect des obligations. D'autre part, le groupe de l'exécution est un organe de type quasi-juridictionnel dont le principe de base est l'égalité des Parties dans le contrôle du respect des obligations, avec des nuances au bénéfice des pays ayant une économie en transition et dans les cas de contrôle du respect des obligations relatives à la communication d'informations par les Parties industrialisées. Cette place réduite accordée à la différenciation s'explique d'une part par la nature précise des obligations rentrant dans le champ d'application du groupe de l'exécution, d'autre part par le fait que l'égalité réelle des Parties concernées a déjà été réalisée au niveau de l'élaboration de normes différenciées : désormais, la place est à l'égalité formelle.

La prise en compte de la réalité dans laquelle se trouvent les Parties permet d'aller au-delà d'une approche trop formelle basée sur le principe d'égalité souveraine entre les Etats. Elle est, en cela, plus équitable. Elle permet également des réponses plus ciblées et donc favorise le respect de l'intégrité du traité. L'application du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats doit cependant être rigoureuse afin d'éviter de servir de prétexte à la création d'inégalités supplémentaires. Celles-ci résulteraient d'une part, d'une interprétation trop restrictive de ce principe qui limiterait les bénéficiaires seulement aux pays en développement, d'autre part d'une politisation à outrance qui en ferait un principe empêchant que certains Etats, en l'occurrence les pays en développement, ne soient un jour soumis à une procédure d'exécution. Pour ces raisons, la consécration du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats dans le cadre des mécanismes de contrôle du respect doit s'accompagner d'une approche fondée sur la nature juridique des obligations considérées qui assure aussi que l'égalité réelle réalisée au moyen de l'élaboration de normes différenciées ne sera pas mise en péril au niveau du contrôle de leur respect.

Annexe I : Glossaire

Parties de l'Annexe I à la Convention climat

Telle qu'adoptée en 1992, l'Annexe I de la Convention était constituée par la liste des pays alors membres de l'OCDE. A la suite d'un amendement pendant la troisième Conférence des Parties (la Tchécoslovaquie fut barrée de cette liste, alors que la Croatie, la République tchèque, le Liechtenstein, Monaco, la Slovaquie et la Slovénie y furent ajoutés, voir décision 4/CP.3), l'Annexe I comprend : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Biélorussie, la Belgique, la Bulgarie, le Canada, la Communauté européenne, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les Etats-Unis d'Amérique, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Japon, la Lettonie, la Lituanie, le Liechtenstein, le Luxembourg, Monaco, la Nouvelle Zélande, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine.

Il faut noter le cas particulier de la Turquie. Lors de leur septième Conférence, les Parties à la Convention climat ont décidé que cet Etat sera considéré comme un «cas spécial» qui justifiera qu'il sera «placé dans une situation différente de celle des autres Parties visées à l'Annexe I»¹³¹⁶. Suite à l'adoption de cette décision, la Turquie a alors décidé d'accéder à la Convention climat¹³¹⁷. Egalement lors de leur septième Conférence, les Parties ont pris note du fait que, lorsque le Protocole de Kyoto entrera en vigueur, le Kazakhstan deviendra une Partie de l'Annexe I au regard du Protocole de Kyoto¹³¹⁸, ce qui lui permettra de participer au marché des échanges de droits d'émissions.

Parties de l'Annexe II à la Convention climat

Les Parties figurant à l'Annexe II de la Convention climat sont les Parties de l'Annexe I moins les pays étant en transition vers une économie de marché, à savoir : la Biélorussie, la Bulgarie, la Croatie, l'Estonie, la Russie, la Hongrie, la

¹³¹⁶ Voir la recommandation FCCC/SBI/2001/L.8 adoptée par la Conférence des Parties le 9 novembre 2001, Décision 26/CP.7

¹³¹⁷ L'accession de la Turquie a été formellement annoncée lors de la neuvième Conférence des Parties. Voir le Résumé du *BNT* relatif à cette conférence, disponible sur : <http://www.iisd.ca/download/pdf/enb12231e.pdf>

¹³¹⁸ Voir les Conclusions adoptées par la CdP-7, doc. FCCC/CP/2001/13/Add.4 Section V

Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la République Tchèque, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie et l'Ukraine. L'Annexe II contient donc : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, la Communauté Economique Européenne, le Danemark, l'Espagne, les Etats-Unis d'Amérique, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse.

Il faut noter que la Turquie a obtenu, pendant la septième Conférence des Parties, en novembre 2001, sa radiation de cette Annexe¹³¹⁹. Les Parties ont en effet décidé de modifier l'Annexe II en y retirant le nom de la Turquie. L'entrée en vigueur de cette modification de l'Annexe II fera l'objet de la même procédure que celle applicable à l'entrée en vigueur de celle des annexes de la Convention conformément à l'article 16.3¹³²⁰.

Parties de l'Annexe B au Protocole de Kyoto

Il s'agit des Parties ayant une obligation individuelle de réduction quantifiée de leurs émissions de gaz à effet de serre pendant la période 2008-2012. Cette liste englobe toutes les Parties de l'Annexe I à la Convention moins la Biélorussie et la Turquie.

Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat (GIEC)

Plus connu sous sa dénomination anglophone IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change), le GIEC a été établi par l'Organisation Mondiale de Météorologie (OMM) et le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE). Ce groupe est ouvert à la participation de tous les membres de ces deux organisations. Son rôle est d'évaluer, sur la base de la littérature scientifique les données scientifiques, techniques, et socio-économiques permettant de mieux comprendre les risques des changements climatiques induits par le comportement humain. Le GIEC possède trois groupes de travail et une Task Force. Le Groupe de Travail I évalue les aspects scientifiques du système climatique et des changements climatiques. Le Groupe de Travail II est chargé d'étudier la vulnérabilité aux changements climatiques des économies ainsi que des systèmes naturels, d'évaluer les conséquences négatives et positives des changements climatiques et de présenter des mesures pour s'y adapter. Le Groupe de Travail III évalue les options pour limiter les émissions des gaz à effet de serre ainsi que les effets des changements climatiques. La Task Force

¹³¹⁹ Voir la recommandation FCCC/SBI/2001/L.8 adoptée par la Conférence des Parties le 9 novembre 2001

¹³²⁰ Entrée en vigueur de l'amendement dans les six mois suivant la notification, par le Dépositaire, de son adoption, exception faite des Parties qui, dans le même délai, notifient par écrit qu'elles n'acceptent pas l'amendement.

sur les inventaires nationaux d'émissions de gaz à effet de serre est chargée du programme sur les inventaires de gaz à effet de serre. Pour de plus amples informations, voir <http://www.ipcc.ch/>

AOSIS

L'Alliance des petits Etats insulaires (en anglais : Alliance Of Small Island States) est une coalition de 43 Etats caractérisés par le fait qu'ils sont soit des petites îles soit des territoires aux côtes basses, c'est-à-dire qu'ils sont particulièrement vulnérables aux changements climatiques.

Annexe 2 : Décision 24/CP.7 Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto

La Conférence des Parties,

Rappelant ses décisions 8/CP.4 et 15/CP.5 ainsi que sa décision 5/CP.6 dans laquelle figure le texte des Accords de Bonn sur la mise en œuvre du Plan d'action de Buenos Aires,

Rappelant l'article 18 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques,

Prenant note avec satisfaction du travail accompli par le Groupe de travail commun sur le respect des dispositions en ce qui concerne l'élaboration de procédures et de mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto,

Reconnaissant la nécessité de faire en sorte que le Protocole de Kyoto puisse entrer en vigueur rapidement,

Reconnaissant également la nécessité de faire en sorte que les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto puissent être mis en œuvre dans les meilleurs délais,

Reconnaissant que la présente décision respecte l'accord conclu à la deuxième partie de la sixième session de la Conférence des Parties, qui fait l'objet de la section VIII de la décision 5/CP.6,

Notant qu'il est de la prérogative de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto de décider de la forme juridique des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions,

1. *Décide* d'adopter le texte définissant les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto, qui figure dans l'annexe de la présente décision;

2. *Recommande* que la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto adopte, à sa première session, les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions, définis dans l'annexe de la présente décision, comme prévu à l'article 18 du Protocole de Kyoto.

*8^{ème} séance plénière
10 novembre 2001*

ANNEXE

**Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions
du Protocole de Kyoto**

Afin de promouvoir l'objectif ultime de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, dénommée ci-après «la Convention», tel qu'il est énoncé dans son article 2,

Rappelant les dispositions de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et du Protocole de Kyoto y relatif, ci-après dénommé «le Protocole»,

Compte tenu de l'article 3 de la Convention,

En application du mandat adopté par la Conférence des Parties à sa quatrième session dans sa décision 8/CP.4,

Les procédures et mécanismes suivants ont été adoptés:

I. OBJECTIF

L'objectif des présentes procédures et des présents mécanismes est de faciliter, de favoriser et de garantir le respect des engagements découlant du Protocole de Kyoto.

II. COMITÉ DE CONTRÔLE DU RESPECT DES DISPOSITIONS

1. Il est créé un comité de contrôle du respect des dispositions, dénommé ci-après «le Comité».
2. Le Comité exerce ses fonctions dans le cadre d'une plénière, d'un bureau et de deux groupes, à savoir le groupe de la facilitation et le groupe de l'exécution.
3. Le Comité est composé de 20 membres élus par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole; 10 d'entre eux siègent au groupe de la facilitation et 10 au groupe de l'exécution.
4. Chaque groupe élit, parmi ses membres et pour un mandat de deux ans, un président et un vice-président, provenant, l'un d'une Partie visée à l'annexe I et l'autre, d'une Partie non visée à l'annexe I. Ces personnes constituent le bureau du Comité. Les Parties visées à l'annexe I et les Parties non visées à

l'annexe I assument à tour de rôle la présidence de chaque groupe de telle sorte qu'à tout moment un groupe soit présidé par une personne provenant d'une des Parties visées à l'annexe I et l'autre, par une personne provenant d'une des Parties non visées à l'annexe I.

5. La Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole élit un suppléant pour chaque membre du Comité.

6. Les membres du Comité et leurs suppléants siègent à titre personnel. Ils ont une compétence avérée dans le domaine des changements climatiques et dans des domaines pertinents tels que les domaines scientifique, technique, socioéconomique ou juridique.

7. Le groupe de la facilitation et le groupe de l'exécution se concertent et coopèrent dans l'exercice de leurs fonctions; si nécessaire, le bureau du Comité peut ponctuellement charger un ou plusieurs membres d'un groupe de contribuer aux travaux de l'autre groupe sans droit de vote.

8. Pour l'adoption des décisions du Comité, le quorum est des trois quarts des membres.

9. Le Comité n'épargne aucun effort pour que l'accord sur toute décision se fasse par consensus. Si tous les efforts pour parvenir à un consensus sont infructueux, les décisions sont, en dernier ressort, adoptées à la majorité des trois quarts au moins des membres présents et votants. En outre, l'adoption des décisions du groupe de l'exécution se fait à la majorité des membres provenant des Parties visées à l'annexe I présents et votants ainsi qu'à la majorité des membres provenant des Parties non visées à l'annexe I présents et votants. Par «membres présents et votants», on entend les membres présents et se prononçant par un vote affirmatif ou négatif.

10. Sauf s'il en décide autrement, le Comité se réunit au moins deux fois par an, étant entendu qu'il serait souhaitable que ces réunions se tiennent en même temps que celles des organes subsidiaires de la Convention.

11. Le Comité tient compte de la latitude que la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole peut accorder, en application du paragraphe 6 de l'article 3 du Protocole et eu égard au paragraphe 6 de l'article 4 de la Convention, aux Parties visées à l'annexe I qui sont en transition vers une économie de marché.

III. PLÉNIÈRE DU COMITÉ

5. La plénière est composée des membres du groupe de la facilitation et de ceux du groupe de l'exécution. Elle est coprésidée par les présidents des deux groupes.
6. Les fonctions de la plénière sont les suivantes:
 - a) Rendre compte des activités du Comité, et notamment communiquer la liste des décisions prises par les groupes, à chaque session ordinaire de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole;
 - b) Appliquer les directives générales reçues de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole, visées plus loin à l'alinéa c de la section XII;
 - c) Soumettre des propositions sur les questions administratives et budgétaires à la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole afin d'assurer le bon fonctionnement du Comité;
 - d) Compléter, selon que de besoin, le règlement intérieur, notamment par l'élaboration d'articles sur la confidentialité, les conflits d'intérêt, la communication d'informations par les organisations intergouvernementales et non gouvernementales et la traduction, pour adoption par consensus par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole;
 - e) S'acquitter des autres tâches qui peuvent lui être confiées par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole pour assurer le bon fonctionnement du Comité.

IV. GROUPE DE LA FACILITATION

1. La composition du groupe de la facilitation est la suivante:
 - a) Un membre pour chacun des cinq groupes régionaux de l'Organisation des Nations Unies et un membre pour les petits États insulaires en développement, compte tenu des groupes d'intérêt, comme il est d'usage actuellement au Bureau de la Conférence des Parties;
 - b) Deux membres pour les Parties visées à l'annexe I;
 - c) Deux membres pour les Parties non visées à l'annexe I.

2. La Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole élit cinq membres pour un mandat de deux ans et cinq membres pour un mandat de quatre ans. Elle élit ensuite, à chaque fois, cinq nouveaux membres pour un mandat de quatre ans. Les membres ne peuvent exercer plus de deux mandats consécutifs.

3. En élisant les membres du groupe de la facilitation, la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole s'efforce d'assurer une représentation équilibrée des compétences dans les domaines visés au paragraphe 6 de la section II ci-dessus.

4. Le groupe de la facilitation est chargé de donner des conseils et d'apporter une aide aux Parties aux fins de l'application du Protocole et de promouvoir le respect, par les Parties, des engagements qu'elles ont pris en vertu du Protocole, compte tenu du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties, énoncé au paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention. Le groupe tient compte également des circonstances qui entourent les questions dont il est saisi.

5. Dans le cadre du mandat général défini ci-dessus au paragraphe 4, et en dehors du mandat du groupe de l'exécution défini ci-dessous au paragraphe 4 de la section V, le groupe de la facilitation est chargé d'examiner les questions de mise en œuvre:

a) Liées au paragraphe 14 de l'article 3 du Protocole, à savoir les questions découlant de l'examen des renseignements sur la façon dont les Parties visées à l'annexe I s'efforcent de mettre en œuvre le paragraphe 14 de l'article 3 du Protocole;

b) Touchant la communication de renseignements sur l'application, par les Parties visées à l'annexe I, des articles 6, 12 et 17 du Protocole en tant que mesure complémentaire par rapport à l'action menée au plan interne, compte tenu de toute information communiquée au titre du paragraphe 2 de l'article 3 du Protocole.

6. En vue de promouvoir le respect des dispositions et de signaler rapidement tout risque de non-respect, le groupe de la facilitation est chargé en outre de donner des conseils et d'apporter une aide pour faciliter le respect:

a) Des engagements pris au titre du paragraphe 1 de l'article 3 du Protocole, avant le début de la période d'engagement pertinente et pendant cette période;

b) Des engagements pris au titre des paragraphes 1 et 2 de l'article 5 du Protocole, avant le début de la première période d'engagement;

c) Des engagements pris au titre des paragraphes 1 et 4 de l'article 7 du Protocole avant le début de la première période d'engagement.

7. Le groupe de la facilitation est chargé d'appliquer les mesures consécutives prévues à la section XIV ci-après.

IV. GROUPE DE L'EXÉCUTION

7. La composition du groupe de l'exécution est la suivante:

a) Un membre pour chacun des cinq groupes régionaux de l'Organisation des Nations Unies et un membre pour les petits États insulaires en développement, compte tenu des groupes d'intérêt, comme il est d'usage actuellement au Bureau de la Conférence des Parties;

b) Deux membres pour les Parties visées à l'annexe I;

c) Deux membres pour les Parties non visées à l'annexe I.

8. La Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole élit cinq membres pour un mandat de deux ans et cinq membres pour un mandat de quatre ans. Elle élit ensuite, à chaque fois, cinq nouveaux membres pour un mandat de quatre ans. Les membres ne peuvent exercer plus de deux mandats consécutifs.

9. En élisant les membres du groupe de l'exécution, la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole s'assure que les membres ont une expérience dans le domaine juridique.

10. Le groupe de l'exécution est chargé d'établir si les Parties visées à l'annexe I respecte ou non:

a) Leurs engagements chiffrés en matière de limitation et de réduction des émissions au titre du paragraphe 1 de l'article 3 du Protocole;

b) Les dispositions prévues sur le plan méthodologique et en matière de communication d'informations aux paragraphes 1 et 2 de l'article 5 et aux paragraphes 1 et 4 de l'article 7 du Protocole;

c) Les critères d'admissibilité énoncés aux articles 6, 12 et 17 du Protocole.

11. Le groupe de l'exécution détermine également s'il y a lieu:

a) D'appliquer des ajustements aux données d'inventaire en vertu du paragraphe 2 de l'article 5 du Protocole en cas de désaccord entre l'équipe d'examen composée d'experts visée à l'article 8 du Protocole et la Partie concernée;

b) De corriger les données de compilation et de comptabilisation contenues dans la base de données aux fins de la comptabilisation des quantités attribuées au titre du paragraphe 4 de l'article 7 du Protocole, en cas de désaccord entre l'équipe d'examen composée d'experts visée à l'article 8 du Protocole et la Partie concernée au sujet de la validité d'une opération ou de la non-application de mesures correctives par la Partie en question.

6. Le groupe de l'exécution est chargé d'appliquer les mesures consécutives énoncées à la section XV ci-après dans les cas de non-respect des dispositions mentionnés ci-dessus au paragraphe 4. Les mesures consécutives appliquées par le groupe de l'exécution en cas de non-respect du paragraphe 1 de l'article 3 du Protocole visent à rétablir le respect des dispositions pour assurer l'intégrité de l'environnement et doivent inciter à ce respect.

V. COMMUNICATIONS

12. Le Comité est saisi, par l'intermédiaire du secrétariat, des questions de mise en œuvre indiquées dans les rapports présentés par les équipes d'examen composées d'experts au titre de l'article 8 du Protocole, ainsi que de toute observation écrite émanant de la Partie faisant l'objet du rapport, ou des questions de mise en œuvre soumises:

a) Par toute Partie à l'égard d'elle-même;

b) Par toute Partie à l'égard d'une autre Partie, informations probantes à l'appui.

13. Le secrétariat avise sans délai la Partie à l'égard de laquelle la question de mise en œuvre est soulevée, dénommée ci-après «la Partie concernée», de toute question soumise en vertu du paragraphe 1 ci-dessus.

14. En sus des rapports visés au paragraphe 1 ci-dessus, le Comité reçoit, par l'intermédiaire du secrétariat, les autres rapports finals des équipes d'examen composées d'experts.

VII. RENVOI ET EXAMEN PRÉLIMINAIRE DES QUESTIONS

1. Le bureau du Comité renvoie les questions de mise en œuvre au groupe compétent, selon le mandat énoncé pour chaque groupe aux paragraphes 4 à 7 de la section IV et 4 à 6 de la section V, respectivement.
2. Le groupe compétent procède à un examen préliminaire des questions de mise en œuvre pour s'assurer que, sauf s'il s'agit d'une question soulevée par une Partie à l'égard d'elle-même:
 - a) Les informations fournies à l'appui de la question sont suffisantes;
 - b) Il ne s'agit pas d'une question insignifiante ou sans fondement;
 - c) La question est fondée sur les prescriptions du Protocole.
3. L'examen préliminaire des questions de mise en œuvre doit être achevé dans un délai de trois semaines à compter de la date à laquelle le groupe compétent a reçu ces questions.
4. À l'issue de l'examen préliminaire de la question de mise en œuvre, la Partie concernée reçoit, par l'intermédiaire du secrétariat, une notification écrite de la décision prise; s'il s'agit d'une décision d'entrer en matière, il est adressé à la Partie concernée une communication précisant la question à l'examen, les informations fournies à l'appui de celle-ci et le groupe qui l'examinera.
5. En cas d'examen des conditions d'admissibilité d'une Partie visée à l'annexe I au titre des articles 6, 12 et 17 du Protocole, le groupe de l'exécution notifie également par écrit à la Partie concernée, par l'intermédiaire du secrétariat, la décision de ne pas entrer en matière sur les questions de mise en œuvre ayant trait aux conditions d'admissibilité au titre de ces articles.
6. Toute décision de ne pas entrer en matière est notifiée par le secrétariat aux autres Parties et le texte en est publié.
7. Il est donné à la Partie concernée la possibilité de faire connaître par écrit ses vues au sujet de toute information concernant la question de mise en œuvre et la décision d'entrer en matière.

VIII. PROCÉDURES GÉNÉRALES

1. À l'issue de l'examen préliminaire des questions de mise en œuvre, les procédures énoncées dans la présente section s'appliquent au Comité, sauf disposition contraire du présent texte.
2. La Partie concernée est habilitée à se faire représenter par une ou plusieurs personnes lors de l'examen de la question de mise en œuvre par le groupe compétent. Elle ne prend part ni à la rédaction ni à l'adoption des décisions du groupe.
3. Lors de ses délibérations, chaque groupe se fonde sur toute information pertinente fournie:
 - a) Dans les rapports établis par les équipes d'examen composées d'experts au titre de l'article 8 du Protocole;
 - b) Par la Partie concernée;
 - c) Par la Partie qui a soumis une question de mise en œuvre à l'égard d'une autre Partie;
 - d) Dans les rapports de la Conférence des Parties, de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole et des organes subsidiaires de la Convention et du Protocole;
 - e) Par l'autre groupe.
4. Les organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes peuvent soumettre au groupe compétent des informations sur des points de fait ou des aspects techniques.
5. Chaque groupe peut solliciter l'avis d'experts.
6. Toute information examinée par le groupe compétent est communiquée à la Partie concernée. Le groupe indique à la Partie concernée les informations qu'il a retenues. Il est donné à la Partie concernée la possibilité de faire connaître par écrit ses vues au sujet de ces informations. Sous réserve de toute règle concernant la confidentialité, les informations retenues par le groupe sont également rendues publiques, sauf si le groupe décide, de son propre chef ou à la demande de la Partie concernée, que les informations communiquées par celle-ci ne doivent pas être rendues publiques tant qu'il n'a pas pris une décision définitive.

7. Les décisions contiennent des conclusions et un exposé des motifs. Le groupe compétent informe sans délai par écrit, par l'intermédiaire du secrétariat, la Partie concernée de sa décision, en précisant les conclusions auxquelles il est parvenu et les motifs qui les sous-tendent. Le secrétariat notifie ses décisions finales aux autres Parties et en publie le texte.

8. Il est donné à la Partie concernée la possibilité de faire connaître par écrit ses vues au sujet de toute décision du groupe compétent.

9. Si la Partie concernée en fait la demande, toute question de mise en œuvre soumise en vertu du paragraphe 1 de la section VI, toute notification adressée en vertu du paragraphe 4 de la section VII, toute information au titre du paragraphe 3 ci-dessus et toute décision du groupe compétent, y compris les conclusions auxquelles celui-ci est parvenu et les motifs qui les sous-tendent, sont traduites dans l'une des six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

IX. PROCÉDURE SUIVIE PAR LE GROUPE DE L'EXÉCUTION

1. Dans un délai de 10 semaines à compter de la date de réception de la notification visée au paragraphe 4 de la section VII, la Partie concernée peut adresser au groupe de l'exécution une communication écrite en vue notamment de réfuter les informations soumises à celui-ci.

2. Si la Partie concernée en fait la demande par écrit dans un délai de 10 semaines à compter de la date de réception de la notification visée au paragraphe 4 de la section VII, le groupe de l'exécution organise une audition au cours de laquelle la Partie concernée a la possibilité d'exposer ses vues. L'audition a lieu dans les quatre semaines suivant la date de réception de la demande ou de la notification écrite visée au paragraphe 1 ci-dessus, l'échéance la plus lointaine étant retenue. La Partie concernée peut, lors de l'audition, présenter le témoignage ou des avis d'experts. Cette audition est publique à moins que le groupe de l'exécution ne décide, de son propre chef ou à la demande de la Partie concernée, que tout ou partie de celle-ci doit se dérouler à huis clos.

3. Le groupe de l'exécution peut poser des questions et demander des précisions à la Partie concernée au cours de l'audition ou à tout autre moment, par écrit, et la Partie concernée dispose d'un délai de six semaines pour donner sa réponse.

4. Si, dans un délai de quatre semaines à compter de la date de réception de la communication écrite adressée par la Partie concernée visée au

paragraphe 1 ci-dessus, ou dans un délai de quatre semaines à compter de la date de l'audition éventuellement organisée en application du paragraphe 2 ci-dessus, ou encore dans un délai de 14 semaines à compter de la date de la notification visée au paragraphe 4 de la section VII, l'échéance la plus lointaine étant retenue, la Partie n'a pas présenté de communication écrite, le groupe de l'exécution:

a) Soit conclut à titre préliminaire que la Partie concernée ne respecte pas les engagements qu'elle a pris en vertu d'un ou plusieurs articles du Protocole mentionnés au paragraphe 4 de la section V;

b) Soit décide de ne pas examiner la question plus avant.

5. Dans la conclusion préliminaire ou dans la décision de classer l'affaire, le groupe indique les conclusions auxquelles il est parvenu et les motifs qui les sous-tendent.

6. Le groupe de l'exécution avise immédiatement par écrit la Partie concernée, par l'intermédiaire du secrétariat, de sa conclusion préliminaire ou de sa décision de classer l'affaire. La décision de classer l'affaire est notifiée aux autres Parties et le texte en est rendu public.

7. Dans un délai de 10 semaines à compter de la date de réception de la notification de la conclusion préliminaire, la Partie concernée peut présenter une nouvelle communication écrite au groupe de l'exécution. Si à l'issue de ce délai cette Partie n'a pas présenté de nouvelle communication, le groupe de l'exécution adopte une décision finale confirmant sa conclusion préliminaire.

8. Si la Partie concernée présente une nouvelle communication écrite, le groupe de l'exécution, dans les quatre semaines qui suivent la date à laquelle il a reçu la nouvelle communication, examine celle-ci et prend une décision finale, en indiquant si la conclusion préliminaire est confirmée en totalité ou en partie et en précisant, le cas échéant, la partie de la conclusion qui est confirmée.

9. Dans la décision finale, le groupe indique les conclusions auxquelles il est parvenu et les motifs qui les sous-tendent.

10. Le groupe de l'exécution informe immédiatement par écrit la Partie concernée, par l'intermédiaire du secrétariat, de sa décision finale. Le secrétariat notifie la décision finale aux autres Parties et en publie le texte.

11. Lorsque les circonstances le justifient dans un cas particulier, le groupe de l'exécution peut prolonger les délais prévus dans la présente section.

12. S'il y a lieu, le groupe de l'exécution peut à tout moment renvoyer une question de mise en œuvre au groupe de la facilitation pour examen.

X. PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE SUIVIE PAR LE GROUPE DE L'EXÉCUTION

1. Lorsqu'une question de mise en œuvre a trait aux conditions d'admissibilité au titre des articles 6, 12 ou 17 du Protocole, les sections VII à IX s'appliquent, étant entendu toutefois que:

a) L'examen préliminaire prévu au paragraphe 2 de la section VII doit être mené à bien dans un délai de deux semaines à compter de la date de réception de la question de mise en œuvre par le groupe de l'exécution;

b) La Partie concernée dispose d'un délai de quatre semaines à compter de la date de réception de la notification visée au paragraphe 4 de la section VII pour présenter une communication écrite;

c) Si la Partie concernée en fait la demande par écrit dans un délai de deux semaines à compter de la date de réception de la notification visée au paragraphe 4 la section VII, le groupe de l'exécution organise l'audition visée au paragraphe 2 de la section IX. L'audition a lieu dans un délai de deux semaines à compter de la date de réception de la demande ou de la communication écrite visée à l'alinéa b ci-dessus, l'échéance la plus lointaine étant retenue;

d) Le groupe de l'exécution adopte sa conclusion préliminaire ou sa décision de classer l'affaire dans un délai de six semaines à compter de la date de réception de la notification visée au paragraphe 4 de la section VII, ou de deux semaines à compter de la date de l'audition visée au paragraphe 2 de la section IX, l'échéance la plus rapprochée étant retenue;

e) La Partie concernée dispose d'un délai de quatre semaines à compter de la date de réception de la notification visée au paragraphe 6 de la section IX pour présenter une autre communication écrite;

f) Le groupe de l'exécution prend sa décision finale dans un délai de deux semaines à compter de la date de réception de toute autre communication écrite présentée en vertu du paragraphe 7 de la section IX;

g) Les délais indiqués à la section IX ne s'appliquent que dans la mesure où, de l'avis du groupe de l'exécution, ils ne compromettent pas l'adoption de décisions conformément aux alinéas d et f ci-dessus.

2. Si l'admissibilité d'une Partie visée à l'annexe I au titre des articles 6, 12 ou 17 du Protocole a été suspendue en vertu du paragraphe 4 de la section XV, la Partie concernée peut demander que cette mesure de suspension soit levée, soit par l'intermédiaire d'une équipe d'examen composée d'experts, soit en s'adressant directement au groupe de l'exécution. Si le groupe de l'exécution reçoit un rapport de l'équipe d'examen indiquant qu'une question de mise œuvre ne se pose plus s'agissant de l'admissibilité de la Partie concernée, il lève la mesure de suspension, à moins qu'il n'estime qu'une telle question continue de se poser, auquel cas la procédure mentionnée au paragraphe 1 ci-dessus s'applique. Si la demande lui est soumise directement par la Partie concernée, le groupe de l'exécution se prononce dans les meilleurs délais, en décidant soit qu'une question de mise en œuvre ne se pose plus en ce qui concerne l'admissibilité de cette Partie, auquel cas il lève la mesure de suspension, soit que la procédure mentionnée au paragraphe 1 ci-dessus s'applique.

3. Si l'admissibilité d'une Partie au bénéfice des cessions visées à l'article 17 du Protocole a été suspendue en vertu de l'alinéa c du paragraphe 5 de la section XV, ladite Partie peut demander au groupe de l'exécution de lever cette mesure de suspension. Sur la base du plan d'action pour le respect des dispositions soumis par la Partie conformément au paragraphe 6de la section XV et de tout rapport d'étape soumis par celle-ci contenant des informations sur l'évolution de ses émissions, le groupe de l'exécution lève cette mesure, à moins qu'il n'estime que ladite Partie n'a pas démontré qu'elle remplirait son engagement chiffré de limitation ou de réduction des émissions durant la période d'engagement suivant celle pour laquelle il a été établi qu'elle n'avait pas respecté son engagement, ci-après désignée «la période d'engagement suivante». Le groupe de l'exécution applique la procédure mentionnée au paragraphe 1 ci-dessus, en l'adaptant selon que de besoin compte tenu des finalités de la procédure prévue dans le présent paragraphe.

4. Si l'admissibilité d'une Partie au bénéfice des cessions visées à l'article 17 du Protocole a été suspendue en vertu de l'alinéa c du paragraphe 5 de la section XV, le groupe de l'exécution lève cette mesure sans délai si la Partie démontre qu'elle a rempli son engagement chiffré de limitation ou de réduction des émissions pendant la période d'engagement suivante, soit par le biais du rapport de l'équipe d'examen au titre de l'article 8 du Protocole pour la dernière année de la période d'engagement suivante, soit par une décision du groupe de l'exécution.

5. En cas de désaccord sur le point de savoir s'il y a lieu d'ajuster les données d'inventaire comme prévu au paragraphe 2 de l'article 5 du Protocole ou de corriger les données de compilation et de comptabilisation contenues dans la base de données aux fins de la comptabilisation des quantités attribuées en vertu du paragraphe 4 de l'article 7 du Protocole, le groupe de l'exécution se prononce dans un délai de 12 semaines à compter de la date à laquelle il est informé par écrit du désaccord. Pour ce faire, il peut solliciter l'avis d'experts.

XI. RECOURS

1. La Partie à l'égard de laquelle une décision finale a été prise peut former un recours devant la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole contre une décision du groupe de l'exécution prise en vertu du paragraphe 1 de l'article 3 si elle estime qu'elle n'a pas bénéficié d'une procédure régulière.

2. Le recours est introduit auprès du secrétariat dans les 45 jours suivant la date à laquelle la Partie a été informée de la décision du groupe de l'exécution. La Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole se saisit de ce recours à sa première session qui suit l'introduction dudit recours.

3. La Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole peut décider à la majorité des trois quarts des Parties présentes et votantes d'annuler la décision du groupe de l'exécution. Dans ce cas, elle renvoie devant le groupe de l'exécution la question faisant l'objet du recours.

4. La décision du groupe de l'exécution demeure en vigueur tant qu'il n'a pas été statué sur le recours. Elle est définitive si elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans un délai de 45 jours.

XII. RELATION AVEC LA CONFÉRENCE DES PARTIES AGISSANT COMME RÉUNION DES PARTIES AU PROTOCOLE

La Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole:

a) Lorsqu'elle examine les rapports établis par les équipes d'examen composées d'experts au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 8 du Protocole, met en évidence tout problème d'ordre général qui devrait être traité dans les directives générales visées à l'alinéa c ci-dessous;

b) Examine les rapports de la plénière sur l'état d'avancement de ses travaux;

- c) Donne des directives générales, notamment sur toute question de mise en œuvre susceptible d'avoir des incidences sur les travaux des organes subsidiaires relevant du Protocole;
- d) Se prononce sur les propositions concernant les questions administratives et budgétaires;
- e) Examine les recours et statue sur ces recours conformément à la section XI.

XIII. DÉLAI SUPPLÉMENTAIRE ACCORDÉ POUR EXÉCUTER LES ENGAGEMENTS

Pour exécuter les engagements pris en vertu du paragraphe 1 de l'article 3 du Protocole, une Partie peut, jusqu'au centième jour suivant la date fixée par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole pour l'achèvement du processus d'examen par des experts, en vertu de l'article 8 du Protocole, pour la dernière année de la période d'engagement, continuer d'acquérir auprès d'autres Parties, et les autres Parties peuvent lui céder, des unités de réduction des émissions, des réductions certifiées des émissions, des unités de quantité attribuée et des unités d'absorption en vertu des articles 6, 12 et 17 du Protocole, provenant de la période d'engagement antérieure, pour autant que l'admissibilité de la Partie considérée n'ait pas été suspendue en application du paragraphe 4 de la section XV.

XIV. MESURES CONSÉCUTIVES APPLIQUÉES PAR LE GROUPE DE LA FACILITATION

Le groupe de la facilitation, tenant compte du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, décide de l'application d'une ou de plusieurs des mesures consécutives suivantes:

- a) Donner des conseils et faciliter l'octroi d'une aide aux différentes Parties aux fins de l'application du Protocole;
- b) Faciliter l'octroi à toute Partie concernée d'une assistance financière et technique, y compris le transfert de technologie et le renforcement des capacités, provenant de sources autres que celles créées en vertu de la Convention et du Protocole pour les pays en développement;

- c) Faciliter l'octroi d'une assistance financière et technique, y compris le transfert de technologie et le renforcement des capacités, en tenant compte des dispositions des paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 4 de la Convention;
- d) Formuler des recommandations à l'intention de la Partie concernée, en tenant compte des dispositions du paragraphe 7 de l'article 4 de la Convention.

XV. MESURES CONSÉCUTIVES APPLIQUÉES PAR LE GROUPE DE L'EXÉCUTION

1. Lorsque le groupe de l'exécution a établi qu'une Partie ne respecte pas les dispositions du paragraphe 1 ou 2 de l'article 5 ou du paragraphe 1 ou 4 de l'article 7 du Protocole, il applique les mesures consécutives suivantes, en tenant compte de la cause du non-respect, de sa nature, de son ampleur et de sa fréquence:

- a) Constaté le non-respect par une déclaration;
- b) Élaborer un plan conformément aux paragraphes 2 et 3 ci-après.

2. Dans les trois mois qui suivent l'établissement du non-respect ou dans un délai plus long laissé à l'appréciation du groupe de l'exécution, la Partie défaillante en vertu du paragraphe 1 ci-dessus soumet au groupe de l'exécution, pour qu'il l'examine et l'évalue, un plan comprenant:

- a) Une analyse des motifs du non-respect;
- b) Un exposé des mesures qu'elle entend prendre pour remédier à la situation;
- c) Un calendrier d'application de ces mesures dans un délai maximal de 12 mois qui permet de mesurer les progrès réalisés dans l'exécution.

3. La Partie défaillante en vertu du paragraphe 1 ci-dessus présente à intervalles réguliers au groupe de l'exécution un rapport d'étape sur l'exécution du plan.

4. Lorsque le groupe de l'exécution a établi qu'une Partie visée à l'annexe I ne remplit pas une ou plusieurs des conditions d'admissibilité au titre des articles 6, 12 et 17 du Protocole, il suspend l'admissibilité de cette Partie conformément aux dispositions pertinentes de ces articles. À la demande de la

Partie concernée, l'admissibilité peut être rétablie conformément à la procédure visée au paragraphe 2 de la section X.

5. Lorsque le groupe de l'exécution a établi que les émissions d'une Partie ont dépassé la quantité qui lui a été attribuée, calculée conformément à ses engagements chiffrés en matière de limitation et de réduction des émissions inscrits à l'annexe B du Protocole et conformément aux dispositions de l'article 3 du Protocole ainsi qu'aux modalités de comptabilisation des quantités attribuées en vertu du paragraphe 4 de l'article 7 du Protocole, compte tenu des unités de réduction des émissions, des réductions certifiées des émissions, des unités de quantité attribuée et des unités d'absorption que la Partie a acquises conformément à la section XIII, il déclare que la Partie est en situation de non-respect de ses engagements en vertu du paragraphe 1 de l'article 3 du Protocole et applique les mesures consécutives suivantes:

- a) Déduction de la quantité attribuée à la Partie concernée pour la deuxième période d'engagement d'un nombre de tonnes égal à 1,3 fois la quantité de tonnes d'émissions excédentaires;
- b) Élaboration d'un plan d'action pour le respect des dispositions conformément aux paragraphes 6 et 7 ci-après;
- c) Suspension de l'admissibilité au bénéfice des cessions visées à l'article 17 du Protocole jusqu'à ce que cette mesure soit levée conformément aux dispositions du paragraphe 3 ou 4 de la section X.

6. Dans les trois mois qui suivent l'établissement du non-respect ou, si les circonstances du cas d'espèce le justifient, dans un délai plus long laissé à l'appréciation du groupe de l'exécution, la Partie défaillante en vertu du paragraphe 5 ci-dessus soumet au groupe de l'exécution, pour qu'il l'examine et l'évalue, un plan d'action pour le respect des dispositions comprenant:

- a) Une analyse des motifs du non-respect;
- b) Un exposé des mesures que la Partie entend prendre pour exécuter ses engagements chiffrés en matière de limitation et de réduction des émissions au cours de la période d'engagement suivante, en donnant la priorité aux politiques et mesures au plan interne;
- c) Un calendrier d'application de ces mesures, dans un délai maximal de trois ans ou jusqu'à la fin de la période d'engagement suivante, si celle-ci intervient plus tôt, qui permet de mesurer les progrès réalisés chaque année dans l'exécution. À la demande de la Partie, le groupe de l'exécution peut, si

les circonstances du cas d'espèce le justifient, prolonger le délai d'application de ces mesures d'une durée n'excédant pas la période maximale de trois ans susmentionnée.

7. La Partie défaillante en vertu du paragraphe 5 ci-dessus soumet chaque année au groupe de l'exécution un rapport d'étape sur l'exécution du plan d'action pour le respect des dispositions.

8. Pour les périodes d'engagement ultérieures, le taux visé à l'alinéa a du paragraphe 5 ci-dessus est déterminé par voie d'amendement.

XVI. RELATION AVEC LES ARTICLES 16 ET 19 DU PROTOCOLE

Les procédures et mécanismes de contrôle fonctionnent sans préjudice des dispositions des articles 16 et 19 du Protocole.

XVII. SECRETARIAT

Le secrétariat visé à l'article 14 du Protocole fait fonction de secrétariat du Comité. ----

Bibliographie

Ouvrages

BASLAR K., *The concept of the common heritage of mankind in international law*, M. Nijhoff Publishers, The Hague/Boston, 1998

BEDJAOUI M., *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, 1979

BENEDICK R. E., *Ozone diplomacy*, Harvard University Press, 1998

BIRNIE P. et BOYLE A., *International law and the environment*, Clarendon press, Oxford, 1992

BROWNLIE I., *Principles of public international law*, Oxford, 1990

BROWNLIE I., *The rule of law in international affairs*, Martinus Nijhoff, The Hague-London/Boston, 1998

BROWN WEISS E., *In fairness to future generations*, The United Nations University, Tokyo, 1989

CASSESE A., *International law in a divided world*, Clarendon press, Oxford, 1986

CHAYES A. et CHAYES A., *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*, Harvard University Press, 1995

CHENG B., *General principles of Law as applied by international courts and tribunals*, Cambridge University Press, 1993

CHURCHILL R. et FREESTONE D., *International law and global climate change*, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1991

CULLET P., *Differential Treatment in International Environmental Law*, Ashgate Publishing, 2003

DECAUX A., *La réciprocité en droit international*, Paris, 1979

DE VISSCHER C., *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international*, Paris, Pedone, 1972

DUPUY P.-M., *La responsabilité internationale des Etats pour des dommages d'origine technologique ou industrielle*, Paris, 1977

DUPUY R.-J., *L'avenir du droit international de l'environnement*, Colloque de l'Académie de Droit International, 1984, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985

EFRAIM D., *Sovereign (in)equality in international organizations*, M. Nijhof publishers, The Hague/Boston/London, 2000

ELIAS O. A. et LIM C. L., *The paradox of consensualism in international law*, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1998

- FRANCIONI F. et SCOVAZZI T. (Dir), *International responsibility for environmental harm*, Londres/Dordrecht/Boston, 1991
- FRANCK T. M., *Fairness in international law and institutions*, Clarendon University press, Oxford, 1995
- GRUBB M., VROLIJK C. et BRACK D, *The Kyoto Protocol, a guide and assessment*, the Royal Institute of International Affairs, London, 1999
- HALVORSEN M., *Equality among unequals in international environmental law*, Westview Press, 1999
- IMPERIALI C. (dir.), *L'effectivité du droit international de l'environnement – Contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, Economica, Paris, 1998
- JACOBSON H. et BROWN WEISS E. (dir.), *Engaging countries: strengthening compliance with environmental accords*, 1998
- KOSKENNIEMI M., *From apology to utopia; the structure of international legal argument*, Helsinki, 1989
- LANG W., (dir.), *Sustainable development and international law*, Graham and Trotman / Martinus Nijhoff publishers, 1994
- LANG W. (dir.), *Ozone treaties: their influence on the building of environmental regimes*, Austrian Ministry of Foreign Affairs, Vienna, 1996
- LAUTERPACHT E., «The international lawyer as judge», dans *The international lawyer as practitioner*, BIICL, 2000
- OBERTHUR T. et OTT H., *The Kyoto Protocol international climate policy for the 21st century*, Springer Verlag, Berlin, 1999
- PANNATIER S., *L'Antarctique et la protection internationale de l'environnement*, Neuchâtel, 1994
- PERREZ F. X., *Cooperative sovereignty: from independence to interdependence in the structure of international environmental law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000
- PETIT Y., *Le Protocole de Kyoto : mise en oeuvre et implications*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2002
- REUTER P., *Introduction to the law of treaties*, Pinter, London, 1985
- ROMANO C., *The peaceful settlement of international environmental disputes – a pragmatic approach*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000
- ROSENNE S., *An international law miscellany*, M. Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993
- ROSSI R., *Equity and international law, a legal realist approach to international decision making*, Transnational Publishers, Inc. Irvington, New York, 1993

- SAND P., *The effectiveness of international environmental agreements - a survey of existing legal instruments*, Grotius publications, Cambridge, 1992
- SAND P., *Transnational environmental law - lessons in global change*, Kluwer law International, The Hague/London/Boston, 1999
- SANDS P., *Principles of international environmental law*, Manchester University Press, 1994
- SANDS P., TARASOFSKY R. G. et WEISS M., *Documents in international environmental law*, Manchester University Press, 1994
- SCHACHTER O., *Sharing the world's resources*, Columbia University Press, 1977
- SCHACHTER O., *International law in theory and international practice*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1991)
- SHELTON D., *Commitment and compliance, the role of non-binding norms in the international system*, Oxford University Press, 2000
- SINCLAIR I., *The Vienna Convention on the law of treaties*, Manchester University Press, 1984
- THIERRY H., SUR S., COMBACAU J., VALLEE C., *Droit international public*, Editions Montchrestien, Paris, 1986
- VICTOR D. G., RAUSTIALA K. et SKOLNIKOFF E. (dir.), *The implementation and effectiveness of international environmental commitments: theory and practice*, The MIT Press, Cambridge/Massachusetts/London, 1998
- WEIL P., *The law of maritime delimitation - reflections*, Zimmermann, 1989
- WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our common future: the report of the World Commission on Environment and Development*, Oxford University Press, New York, 1987

Articles

- ABI-SAAB G., «Cours général de droit international public», RCADI, tome 207, 1987 VII, p. 212
- ABI-SAAB G., «Fragmentation or unification: some concluding remarks», NYUJIL Pol., vol. 31, 1999, p. 919
- ANAND R. P., «Development and environment: the case of the developing countries», Indian JIL, vol. 24, 1980, p. 1
- BAXI U., «The new international economic order, basic needs and rights: notes towards development of the right to development», Indian JIL, vol. 23, 1983, p. 225

BARDONNET, D. «Équité et frontières terrestres», Mélanges offerts à Paul Reuter, 1981

BEDJAOUI M., «L'énigme des «principes équitables» dans le droit de la délimitation maritime», *Rivista Espanola de Derecho Internacional*, vol. 18, 1990, p. 267

BILDER R., «The settlement of disputes in the field of the international law of the environment», *RCADI*, vol. 144, 1975, p. 145

BILDER R. B., «International dispute settlement and the role of international adjudication», *Emory Journal of International Dispute Resolution*, vol. 1, 1987

BINIAZ S. et al., «International legal development in review: 2000 public international law», *International Lawyer*, vol. 35, été 2001, p. 671

BLANCHARD O., CRIQUI P., TROMMETTER M et VIGUIER L., «Au-delà de Kyoto: enjeux d'équité et d'efficacité dans la négociation sur le changement climatique», *Economie et Prévision*, vol. 143-144, 2000

BODANSKY D., «The United Nations Framework Convention on Climate Change: a Commentary», *Yale Journal of International Law*, vol. 18, 1993

BODANSKY D., «The United Nations Framework Convention on Climate Change: a commentary», dans P. SANDS, *Greening International Law* (New York, The New Press, 1994)

BODANSKY D., «The legitimacy of international governance: a coming challenge for international environmental law?», *AJIL*, vol. 93, 1999, p. 596

BODANSKY D., «International law and the design of a climate change regime», dans LUTERBACHER U. et SPRINZ D.F, *International relations and global climate change*, (Cambridge Mass. MIT Press, 2001)

BODANSKY D., «Bonn voyage, Kyoto's uncertain revival», *The National Interest*, automne 2001

BODANSKY D. et CROOK J. O., «Symposium : The ILC's State Responsibility Articles - Introduction and overview», *AJIL*, vol. 96 (2002), pp. 773-890

BOEHMER-CHRISTIANSEN S., «Global climate protection policy: the limits of scientific advice», *Global Environmental Change*, vol. 2, 1994, p. 156

BOISSON DE CHAZOURNES L., «La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement: enjeux et défis», *RGDIP*, vol. 1, 1995, p. 50

BOISSON DE CHAZOURNES L., « La gestion de l'intérêt commun à l'épreuve des enjeux économiques : le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 1997, p. 701

BOISSON DE CHAZOURNES L., «Multiplication des instances de règlement des différends: vers la promotion de la règle de droit», *Forum de Droit International*, *La Revue de l'Association de droit international*, 1998

- BOISSON DE CHAZOURNES L., «De Kyoto à la Haye, en passant par Buenos Aires et Bonn: la régulation de l'effet de serre aux forceps», *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2000, p. 711
- BOISSON DE CHAZOURNES L., «Unilateralism and environmental protection: issues of perception and reality of issues», *EJIL*, vol. 11, 2000, p. 315
- BOTHE, M., «The evaluation and enforcement mechanisms in international environmental law», dans WOLFRUM R. (Dir.), *Enforcing environmental standards: economic mechanisms as viable means?*, (Springer Verlag, 1996) p. 30
- BOYLE A., «The proliferation of international jurisdictions and its implications for the court», dans BOWETT D. et al (dir.), *The International Court of Justice: process, practice and procedure*, (BIICL, 1997) p. 124
- BROWN WEISS E., «International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order», *Georgetown Law Journal*, vol. 81, 1993, p. 703
- BROWN WEISS E., «Environmental equity: the imperative for the twenty-first century», dans W. LANG, *Sustainable development and international law* (Graham and Trotman / Martinus Nijhoff 1994), p. 18
- BROWN E. WEISS, «Strengthening national compliance with international environmental agreements», *Environmental Policy and Law*, vol. 27, 1997, pp. 297
- BROWN WEISS E., «Understanding compliance with international environmental agreements: the baker's dozen myths», *U. Rich. Law Review*, vol. 32, 1999
- BRUNNEE J., «A fine balance: facilitation and enforcement in the design of a compliance regime for the Kyoto Protocol», *Tulane Environmental Law Journal*, vol. 13, 2000, p. 223
- BUTLER J. E., «The establishment of a dispute resolution / non compliance mechanism in the climate change Convention», *Proc. ASIL*, vol. 91, 1997, p. 255
- CAFLISCH L., «Règles générales du droit des cours d'eau internationaux», *RCADI*, vol. 219, 1989 VII, p. 141
- CAFLISCH L., «Unequal treaties», *GYIL*, vol. 35, 1992, p. 66
- CHARNEY J., «Progress in international maritime boundary delimitation law», *AJIL*, vol. 88, 1994, p. 239
- CHARNEY J. I., «The implications of expanding international dispute settlement systems: the 1982 Convention on the law of the sea», *AJIL*, vol. 90, 1996, p. 69
- CHARNEY J. I., «International law and multiple international tribunals», *RCADI*, vol. 271, 1998, p. 327
- CHARNEY J. I., «The impact of the international legal system of the growth of international courts and tribunals», *NYUJIL Pol.*, vol. 31, 1999, p. 697
- CHAYES A. et CHAYES A., «On compliance», *I. Org.*, vol. 47, 1993, p. 188

CHINKIN C., «The challenge of soft law: development and change in international law», *ICLQ*, vol. 38, 1989, p. 850

CHURCHILL R. R. et ULFSTEIN G., «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law», *AJIL*, vol. 94, 2000, p. 644

CORDONNIER SEGGER M.-C., KHALFAN A., GEHRING M. et TOERING M., «Prospects for Principles of international sustainable development law after the WSSD : common but differentiated responsibilities, precaution and participation », *RECIEL*, vol 12/1, 2003, p. 54

CULLET P., «Equity and flexibility mechanisms in the climate change regime: conceptual and practical issues», *RECIEL*, vol. 8 No. 2, 1999, p. 169

CULLET P., «Differential treatment in international law: towards a new paradigm of inter-state relations», *EJIL*, vol. 10, 1999, p. 552

DEGAN V., «Equitable principles in maritime delimitation», *II Roberto Ago (1987)* p. 107

DEPLEDGE J., «Tracing the origins of the Kyoto Protocol: An article-by-article textual history», 25/11/2000, doc. FCCC/TP/2000/2, disponible sur: <http://maindb.unfccc.int/library/?screen=list&mode=wim&language=en&TRC1=ON&FLD1=dC&VAL1=FCCC/TP/2000/2&OPR1=contains>

DOMINICE C., «Observations sur le recours à la convention-cadre en matière environnementale», dans A. DUFOUR et al. (dir.), *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998*, pp. 249-259

DUNOFF J., «Institutional misfits: the GATT, the ICJ and the trade/environment disputes», *Michigan Journal of International Law*, vol. 15, 1994, p. 1043

DUPUY P.-M., « Le droit international de l'environnement et la souveraineté des Etats : bilan et perspectives », dans *L'avenir du droit international de l'environnement, Colloque de l'Académie de droit international de la Haye*, (Martinus Nijhoff publishers, 1985) p. 34

DUPUY P.-M., «Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats : un bilan », *RGDIP*, 107 (2003/2), p. 305

DUTOIT B., «L'accident de Tchernobyl et ses conséquences en droit soviétique et en droit international public», *Pollution Transfrontière (Bâle, 1989)*, p.7

EHRMANN. M., «Procedures of compliance control in international environmental treaties», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 13, 2002, p. 430

FARHANA Y., «Equity, entitlements and property rights under the Kyoto Protocol: the shape of «things» to come», *RECIEL*, vol. 8 No 3, 1999, p. 265

- FITZMAURICE M., «Environmental protection and the International Court of Justice», dans LOWE V. et FITZMAURICE M, *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996) p. 293
- FRANCIONI F., «International « soft law » : a contemporary assessment», dans *Fifty years of the international court of justice, essays in honour of Sir Robert Jennings* (Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996) p. 176
- FRENCH D., «Developing states and international environmental law: the importance of differentiated responsibilities», *ICLQ*, vol. 49, 2000
- FRENCH D., «International environmental law and the achievement of intragenerational equity», *Environmental Law Reporter*, vol 31, 2001, p. 10469
- GAVOUNELI M., «Compliance with international environmental treaties: the empirical evidence», *Proc. ASIL*, vol. 91, 1997, p. 234
- GEHRING T., «International environmental regimes: dynamic sectoral legal systems», *Yb.Int'l Env.L.*, vol. 1, 1990, p. 47
- GHERING T. et JACHTENFUCHS M., «Liability for transboundary environmental damage: towards a general liability regime?», *EJIL*, vol. 4, 1999
- HANDL G., «Environmental security and global change: the challenge of international law», *Yb.Int'l Env.L.*, vol. 1, 1990, p. 17
- HANDL G., «Controlling implementation of and compliance with international environmental commitments: the rocky road from Rio», *Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y* , vol. 5, 1994, p. 329
- HANDL G., «Compliance control mechanisms and international environmental obligations», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 5, 1997 p. 29
- HANQIN X., « The state of state responsibility », *Proc. ASIL*, vol. 96, 2002, pp. 172-176
- HELPER L. et SLAUGHTER A.-M., «Toward a theory of effective and supranational adjudication», *Yale Law Journal*, vol. 107, 1997, p. 273
- HIGGINS R., «General Course on Public International Law», *RCADI*, vol. 230, 1991, p. 282
- HURRELL A., «Global inequality and international institutions», *Metaphilosophy*, vol. 32, janvier 2001, p. 53
- JANIS M. W., «The ambiguity of equity in international law», *Brooklyn JIL*, vol. IX, 1983, p. 25
- JENNINGS R. Y., «Equity and equitable principles», *ASDI*, vol. XLII, 1986, p 29
- JUNI R. L., «The United Nations Compensation Commission as a model for an International Environmental Court», *Environmental Law*, vol. 53, 2000, p. 55
- KEOHANE R. O., MORAVCSIK A. et SLAUGHTER A.-M., «Legalized dispute resolution: interstate and transnational», *I. Org. ,* vol. 54, 2000, p. 457

- KINGSBURY B., «Sovereignty and inequality», *EJIL*, vol. 9, 1998 p. 603
- KINGSBURY B., «Foreword: is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem?», *NYUJIL Pol.*, vol. 31, 1999, p. 679
- KISS A., «Le règlement des différends dans les conventions multilatérales relatives à la protection de l'environnement», dans DUPUY R.-J. (dir.), *The settlement of disputes on the new natural resources* (M. Nijhoff publishers, The Hague, 1983)
- KNOX J. H., «A new approach to compliance with international environmental law: the submissions procedure of the NAFTA environmental commission», *Ecology Quarterly*, vol. 28, 2001 p. 1
- KOSKENNIEMI M., «Peaceful Settlement of Environmental Disputes», *Nordic Journal of International Law*, vol. 60, 1991, p. 73
- KOSKENNIEMI M., «Breach of treaty or non-compliance ? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol», *Yb.Int'l Env.L.*, vol. 3, 1992, p.157
- KOVAR J. D., «A short guide to the Rio Declaration», *Colorado Journal of international Environmental Law and Policy*, vol. 4, 1993, p. 128
- KOZYRIS J., «Is there a role for equity in international law?», *Proc. ASIL*, vol. 81, 1987, p. 148
- KUMMER K., «Incentives to comply», *RECIEL* (Octobre 1994) p. 256;
- LAL PANJABI R. K., «From Stockholm to Rio: a comparison of the declaratory principles of international environmental law», *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, vol. 21:2, 1993, p. 215
- LANCHBERY J., «Verifying compliance with the Kyoto Protocol», *RECIEL.*, vol. 7, 1998
- LANG W., «From environmental protection to sustainable development: challenges for international law», dans W. LANG (Dir.), *Sustainable development and international law* (Graham and Trotman / Martinus Nijhoff 1994), p. 289
- LANG W., «Is the ozone depletion regime a model of an emerging regime on global warming?», *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y*, vol. 9, 1991, p. 161
- LANG W., «Diplomacy and ozone making: some observations», *Yb.Int'l Env.L.*, vol. 3, 1992, p. 117
- LANG W., «Compliance with disarmament obligations», *ZaöRV*, vol. 55, 1995, p. 69
- LAPIDOTH R., «Equity in international law», *Proc. ASIL*, vol. 81, 1990, p. 146
- LAUTERPACHT E., «Equity, evasion, equivocation and evolution in international law», *Proceedings and Committee Reports of the American Branch of the International Law Association*, vol. 33, 1977-1978, pp. 45-46;
- LEFEBER R., «From the Hague to Bonn to Marrakesh and beyond: a negotiating history of the compliance regime under the Kyoto Protocol», *Annuaire de La Haye de Droit International*, vol. 14, 2001, p. 26

- LING B., «Developing countries and ozone layer protection: issues, principles and implications», *Tulane Environmental Law Journal*, vol. 6, 1993, p. 91
- LOWE V., «The role of equity in international law», *Aust. YIL*, vol. 12, 1988-1989, p. 54
- MALJEAN-DUBOIS S., «Environnement, développement durable et droit international de l'environnement: de Rio à Johannesburg», *AFDI*, 2002, p. 592
- MAGRAW D. B., «Legal treatment of developing countries: differential, contextual and absolute norms», *Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y*, 1990, p. 90
- MARAUHN T. et EHRMANN M., «Workshop on «Institutional Building» in International Environmental Law: Summary of the Discussion», *ZaöRV*, vol. 56, 1996, p. 823
- MARAUHN T., «Towards a procedural law of compliance control in international environmental relations», *ZaöRV*, vol. 56, 1996, p. 731
- O'CONNELL M. E., «Enforcing the new international law of the environment», *GYIL*, vol. 35, p. 309
- OKAWA P., «Environmental dispute settlement: some reflections on recent developments», dans EVANS M. D., *Remedies in international law: the institutional dilemma*, (Hart Publishing, Oxford, 1998), p. 157
- OTT H., «Elements of a supervisory procedure for the climate regime», *ZaöRV*, vol. 56, 1996, p. 748
- PALLEMAERTS M., «International environmental law in the age of sustainable development: a critical assessment of the UNCED process», *Journal of Law and Commerce* (Printemps 1996) p. 623
- PELLET A., «La codification du droit de la responsabilité internationale: tâtonnements et affrontements», dans BOISSON DE CHAZOURNES L. et GOWLLAND-DEBBAS V. (Dir), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité* (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 2001), p. 285
- PASTOR RIDRUEJO J. A., «Cours Général de droit international public», *RCADI*, vol. 274, 1998, pp. 159
- PETERSMANN E.U., «International trade law and international environmental law-prevention and settlement of international disputes in GATT», *JWTL*, vol. 27, 1993, p. 42
- PORRAS I., «The Rio Declaration: a new basis for international cooperation», dans P. SANDS, *Greening International Law* ((New York, The New Press, 1994)
- RANJEVA R., «La Cour internationale de Justice et sa Chambre spéciale pour les questions d'environnement», *AFDI*, 1994, pp. 434-441
- RAUSTIALA K., «Compliance and effectiveness in international regulatory cooperation», *Case W. Res. JIL*, vol. 32, 2000, p. 418
- REISMAN W. M., «Towards a normative theory of differential responsibility for international security functions: responsibilities of majors powers», N. ANDO (Dir.),

Japan and international law, past, present and future, (Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999)

REST A., «Need for an international court for the environment ? Underdeveloped legal protection for the individual in transnational litigation», *Environmental Policy and Law*, vol. 24, 1994, p. 173

RINCEANU J., «Enforcement mechanisms in international environmental law : quo vadunt?», *Journal of Environmental Law and Litigation*, vol. 15 No.2, 2000 p. 147

RODGERS KALAS P., «International environmental dispute resolution and the need for access by non-state entities», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 12, 2001, p. 191

ROMANO C., «The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle», *NYUJIL Pol.*, vol. 31, 1999, p. 709

RUMMEL-BULSKA Y., «Implementation control: non-compliance procedure and dispute settlement: from Montreal to Basel», dans LANG W. (Dir.), *Ozone treaties: their influence on the building of environmental regimes*, (Vienna, Austrian Ministry of Foreign Affairs, 1996), p.53

SAND P., «New approaches to transnational environmental disputes», *International Environmental Affairs*, vol. 3, 1991, p. 193

SAND P. , «Lessons learned in global environmental governance», *B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.*, vol. 18, 1991, p. 220

SANDS P., «The environment, community and international law», *Harv.Int'l L.J.*, vol. 30, 1989, pp. 411

SANDS P., «International law in the field of sustainable development: emerging legal principles», dans W. LANG, (dir.), *Sustainable development and international law* (Graham and Trotman / Martinus Nijhoff 1994), p. 60

SANDS P., «International law in the field of sustainable development», *BYIL*, vol. 65, 1994, p. 340

SANDS P., «International environmental litigation: what future?», *RECIEL*, vol. 7, 1998

SCHACHTER O., «General course in public international law», *RCADI*, vol. 178, 1982 V, p. 82:

SCHALLY H., «The role and importance of implementation monitoring and non-compliance procedures in international environmental regimes», dans W. LANG, *Ozone treaties: their influence on the building of environmental regimes*, (Vienna, Austrian Ministry of Foreign Affairs, 1996), p. 87;

SCHOENBAUM T.J., «International trade and the protection of the environment: the continuing search for reconciliation», *AJIL*, vol. 91, 1997, p. 268

- SCHREURS M. A., «Competing agendas and the climate change negotiations: the United States, the European Union, and Japan», *Environmental Law Reporter*, vol. 31, 2001, p. 11218
- SHIBATA A. «The Basel Compliance Mechanism», *RECIEL*, vol 12/2, 2003, p. 183
- SHIHATA I., «Implementation, enforcement and compliance with international environmental agreements – practical suggestions in light of the world bank experience», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 9, 1996, p. 37
- SIMMONS B. A., «Compliance with international agreements», *Annual Review of Political Science*, vol. 1, 1998, p. 75
- SREENIVASA RAO P., *Environment as a common heritage of mankind: a policy perspective*, dans *Le droit international à l'aube du XXIe siècle : Réflexions De Codificateurs*, (New York : United Nations, 1997)
- STRANLUND J. K., «Public mechanisms to support compliance to an environmental norm», *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 28, 1995, p. 205
- SUSSKIND L. et OZAWA C., «Negotiating international agreements», dans HURRELL A. et KINGSBURY B. (Dir.), *The international politics of the environment* (Clarendon press, Oxford, 1992), p. 159
- SZEKELY A., «A commentary on the softening of international environmental law», *Proc. ASIL*, vol. 91, 1997, p. 235
- SZELL P., «Compliance regimes for multilateral environmental agreements – a progress report», *Environmental Policy and Law*, vol. 27, 1997, p. 306
- VIRALLY M., «La réciprocité dans le droit international», *RCADI*, vol. 122, 1967, p. 23
- WANG X. et WISER G., «The implementation and compliance regimes under the climate change Convention and its Kyoto Protocol», *RECIEL*, vol. 11 No. 2, 2002
- WEIL P., «Vers une normativité relative en droit international», *RGDIP*, 1982, p. 5
- WEIL P., «L'équité dans la jurisprudence», dans V. LOWE et M. FITZMAURICE, *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996) pp. 130-131
- WERKSMAN J., «Designing a compliance system for the UN Framework Convention on climate change, dans CAMERON J. et al., *Improving compliance with international environmental law* (1996), p. 95
- WERKSMAN J., «Compliance and Transition: Russia's non-compliance test the ozone regime», *ZaöRV*, vol. 56, 1996, p. 765
- WERKSMAN J., «Compliance and the Kyoto Protocol: building a backbone into a «flexible» regime», *YIEL*, vol. 9, 1998, p. 65
- WERKSMAN J., «The clean development mechanism: unwrapping the «Kyoto surprise»», *RECIEL* vol. 7, 1998

WESIERSKI G., «A Framework for Understanding "Soft Law"», *McGill Law Journal*, vol. 30, 1984, p. 37

YOSHIDA O., «Soft enforcement of treaties: the Montreal Protocol's non-compliance procedure and the functions of international institutions», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 10, 1999, p. 139

ZAELKE D. et CAMERON J., «Global warming and climate change - an overview of the international legal process», *American University Journal of International Law & Policy*, 1990, pp. 276-278

ZHENG C.-K., «Equity, special considerations, and the third world», *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y*, vol. 1, 1990, p. 61

Table des matières

Sommaire	V
Abréviations	VII
Avant-propos	XI
Introduction	XIII
Première partie : Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques	1
Chapitre I Le Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques	6
Section I En plus d’être un traité relatif à l’environnement, le Protocole de Kyoto est un traité relatif au développement durable	6
§ 1 <i>Un accord sophistiqué pour faire face à des enjeux complexes</i>	6
A. Le socle du Protocole de Kyoto : la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques	6
B. Le Protocole de Kyoto : un traité incomplet	13
§ 2 <i>L’article 18 du Protocole de Kyoto : la base légale des procédures et mécanismes pour déterminer et étudier les cas de non-respect du Protocole</i>	16
A. Les difficultés des négociations de l’article 18	16
B. L’article 18 : une disposition-cadre	18
Section II Un accord à la destinée longtemps incertaine	20
§ 1 <i>De Buenos Aires à Bonn : une course contre la montre interrompue</i>	20
A. La Conférence de la Haye : un échec global qui masque des percées	24
B. Le retrait américain met en péril l’entrée en vigueur du Protocole	26
C. Les Accords de Bonn : l’essentiel est fait	28
1) Les questions d’intérêt pour les pays en développement	30
2) Les mécanismes de flexibilité	30
3) L’absorption des gaz à effet de serre	32

4) Le contrôle du respect des obligations	32
§ 2 <i>Les Accords de Marrakech : le Protocole de Kyoto peut être ratifié</i>	33
§ 3 <i>Le Protocole de Kyoto entre en vigueur le 16 février 2005</i>	34
Section III Conclusion	36
Chapitre II Le contrôle du respect du Protocole de Kyoto	38
Section I Le système de contrôle du respect du régime climatique	38
§ 1 <i>Le système de contrôle du respect mis en place dans la Convention climat</i>	38
A. Le processus consultatif multilatéral	38
B. Autres éléments institutionnels visant à assurer le respect de la Convention	40
1) La procédure de communication et d'examen des rapports soumis par les Parties	40
2) La procédure de règlement des différends	42
C. Conclusion	42
§ 2 <i>Le système de contrôle du respect mis en place dans le Protocole de Kyoto</i>	43
A. Rapports et examen des rapports des Parties de l'Annexe I	43
B. Les procédures et mécanismes pour déterminer et étudier les cas de non-respect	44
C. Conclusion	49
Section II Les procédures de règlement des différends et les AEM : incompatibilité ou inadaptation ?	50
§ 1 <i>Désavantages des procédures de règlement des différends des AEM</i>	55
A. Désavantages structurels	56
B. Désavantages politiques	57
C. Désavantages juridiques	58
1) La Convention de Vienne sur le droit des traités	59
2) Les règles de droit international relatives à la responsabilité de l'Etat	61
§ 2 <i>Avantages des procédures de règlement des différends des AEM</i>	64
§ 3 <i>Comment rendre opérationnelles les procédures de règlement des différends des AEM ?</i>	65
§ 4 <i>Intégration des avantages des procédures juridictionnelles de règlement des différends dans les mécanismes de contrôle du respect des AEM</i>	68
Section III Les prédécesseurs et successeurs aux mécanismes de contrôle du respect du régime climatique : vers un système du contrôle renforcé du respect des AEM	70
§ 1 <i>Introduction</i>	70
§ 2 <i>Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal</i>	75
A. Introduction	75
B. Les traits saillants du mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Montréal	79
§ 3 <i>Les mécanismes de contrôle du respect élaborés dans le cadre d'autres AEM</i>	83
A. La Convention de Genève et ses huit Protocoles	83
B. La Convention d'Aarhus	86
C. La Convention de Bâle	89

D.	Le Protocole de Cartagena	92
E.	La Convention de Rotterdam	96
§ 4	<i>Vers un système de contrôle du respect des AEM</i>	98
A.	Les caractéristiques communes et points forts des mécanismes de contrôle de respect des AEM	98
1)	Un objectif double : la prévention et la réaction	98
2)	Des Comités de contrôle de plus en plus indépendants	100
3)	Des possibilités de saisine exhaustives : la matérialisation de la nature multilatérale des mécanismes de contrôle du respect des AEM	102
4)	Les fonctions du Comité : une approche individualisée	105
B.	Le système des mécanismes de contrôle du respect des AEM	108
§ 5	<i>Les écueils des mécanismes de contrôle du respect des AEM</i>	110
A.	Des mécanismes affaiblissant le droit international	110
B.	La nature juridique floue des mécanismes de contrôle du respect	111
C.	Les ambiguïtés liées à l'usage de la terminologie «non-respect» à la place de «violation»	116
D.	Les incertitudes relatives à la nature juridique des mesures consécutives au non-respect, en particulier de la suspension de droits et privilèges accordés par l'AEM	118
1)	Les motifs de suspension prévus par la Convention de Vienne sur le droit des traités	122
2)	La procédure à suivre	122
3)	Les effets de la suspension	123
4)	Conclusion	123
§ 6	<i>Conclusion</i>	123
Section IV Les mécanismes de contrôle du respect du Protocole de Kyoto : à la croisée des chemins		124
§ 1	<i>Introduction</i>	124
§ 2	<i>Un savant mélange de prévention et de réaction au non-respect</i>	125
A.	L'approche préventive	126
B.	L'approche réactive	127
C.	Conclusion	127
§ 3	<i>Un florilège d'aspects diplomatiques et juridictionnels</i>	128
A.	La composition et les règles de vote du Comité de contrôle : un organe «mi-figue, mi-raïsin»	130
B.	Les procédures : des règles détaillées	133
C.	Les compétences du Comité de contrôle : la double nature juridique des mécanismes mise en évidence	133
§ 4	<i>Une procédure multilatérale laissant la porte ouverte à des procédures bilatérales</i>	138
§ 5	<i>Un équilibre délicat entre l'égalité formelle des Etats et la promotion de l'égalité réelle entre Etats inégaux</i>	139
A.	Les négociations, pas à pas	140
B.	Le résultat des négociations : les Accords de Marrakech	146
C.	Conclusion : entre inégalité réelle et égalité formelle	149

§ 6	<i>Conclusion</i>	150
-----	-------------------	-----

Deuxième partie : Approche différenciée dans le droit et dans le contrôle du respect du droit: entre égalité formelle et égalité réelle des Etats		153
--	--	-----

Chapitre I La différenciation dans le droit	156
--	------------

Section I Les contours de la différenciation dans le droit	157
--	-----

§ 1	<i>Le plus petit dénominateur commun de la définition d'une approche différenciée</i>	157
-----	---	-----

§ 2	<i>Les objectifs d'une approche différenciée</i>	158
-----	--	-----

A.	Assurer la participation d'un ou plusieurs Etats à un traité	158
----	--	-----

B.	Eviter l'adoption d'un accord entérinant le plus petit dénominateur commun	159
----	--	-----

C.	Promouvoir une «égalité réelle» entre des «Etats inégaux»	159
----	---	-----

D.	Imposer aux Etats «forts» les responsabilités les plus lourdes	161
----	--	-----

§ 3	<i>La différenciation dans le droit : le résultat d'une approche contextuelle</i>	162
-----	---	-----

§ 4	<i>Les formes de concrétisation d'une approche différenciée</i>	163
-----	---	-----

A.	Les normes différenciées	164
----	--------------------------	-----

B.	Les normes contextuelles	165
----	--------------------------	-----

C.	Les normes caractérisées par une différenciation «cachée» ?	167
----	---	-----

§ 5	<i>Conclusion</i>	168
-----	-------------------	-----

Section II L'équité au cœur de la différenciation dans le droit	169
---	-----

§ 1	<i>Introduction à l'équité</i>	169
-----	--------------------------------	-----

A.	L'équité dans le contexte normatif et dans le contexte juridictionnel	170
----	---	-----

B.	L'équité : justice discrétionnaire et justice distributive	171
----	--	-----

C.	L'équité : un concept aux multiples facettes	172
----	--	-----

D.	L'équité : un processus et un résultat	172
----	--	-----

§ 2	<i>Les origines de l'équité</i>	173
-----	---------------------------------	-----

§ 3	<i>La place actuelle de l'équité dans l'élaboration de traités</i>	175
-----	--	-----

§ 4	<i>Exemples de la pratique étatique</i>	176
-----	---	-----

A.	La Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer	177
----	--	-----

1)	Le rôle de l'équité dans la délimitation du plateau continental	177
----	---	-----

2)	Le rôle de l'équité dans le partage des ressources résultant d'activités dans les fonds marins et leur sous-sol	179
----	---	-----

B.	Les cours d'eau transfrontières	181
----	---------------------------------	-----

C.	Conclusion	182
----	------------	-----

Section III L'équité et le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats	183
--	-----

§ 1	<i>Les origines du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Etats</i>	184
-----	--	-----

A.	L'évolution des relations internationales	184
----	---	-----

B.	La Conférence de Stockholm	186
----	----------------------------	-----

C.	Le Nouvel Ordre Economique Mondial	187
----	------------------------------------	-----

§ 2	<i>La Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement</i>	189
Section IV La différenciation dans la Convention climat et le Protocole de Kyoto		192
§ 1	<i>La différenciation dans la Convention climat</i>	192
A.	Le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des Parties	193
B.	Les normes différenciées	196
C.	Conclusion	198
§ 2	<i>La différenciation dans le Protocole de Kyoto</i>	198
§ 3	<i>Conclusion</i>	201
Section V La conformité d'une différenciation dans le droit avec le droit international		202
§ 1	<i>L'égalité souveraine des Etats</i>	202
A.	L'origine du principe d'égalité souveraine des Etats	203
B.	La définition contemporaine du principe de l'égalité souveraine des Etats	204
§ 2	<i>Les traités «inégaux» et le principe de réciprocité</i>	206
A.	L'analyse de la doctrine	206
B.	La Convention de Vienne sur le droit des traités	209
	1) La validité du traité	210
	2) La terminaison et la suspension du traité	210
§ 3	<i>La contrainte</i>	210
§ 4	<i>Conclusion</i>	212
Section VI La pertinence d'une approche différenciée dans le droit		212
Section VII La nature juridique de la différenciation dans le droit		215
Section VIII Conclusion		217
Chapitre II La différenciation dans le contrôle du respect du droit		219
Section I Définition de la différenciation dans le contrôle du respect du droit		220
Section II La différenciation dans le cadre des techniques traditionnelles d'application du droit: procédures diplomatiques et juridictionnelles de règlement des différends		222
§ 1	<i>Introduction</i>	222
A.	Les principes applicables aux moyens diplomatiques de règlement des différends	222
B.	Les principes applicables aux moyens juridictionnels de règlement des différends	223
§ 2	<i>L'impartialité</i>	225
A.	Introduction	225
B.	Définition	226
	1) Le choix du for	226
	2) La nationalité du juge	227
	3) La possibilité pour les parties au différend d'avoir une influence sur la composition de l'organe judiciaire	228
C.	L'impartialité en pratique	228
D.	Impartialité et différenciation	229
		319

§ 3	<i>L'égalité des parties</i>	230
A.	L'égalité dans la procédure	230
1)	Le Tribunal international du droit de la mer	232
2)	Le Mémoire sur le règlement des différends de l'OMC	232
B.	L'égalité substantielle	233
1)	La CPIJ et la CIJ	234
2)	Le Tribunal international du droit de la mer	235
3)	Le Mémoire sur le règlement des différends de l'OMC	236
4)	La pratique d'autres organes de règlement des différends	237
C.	Egalité et différenciation	238
§ 4	<i>Conclusion</i>	239
Section IV L'équité et la différenciation dans l'application du droit		240
§ 1	<i>Introduction</i>	240
§ 2	<i>Les approches doctrinales de l'équité au niveau de l'application du droit</i>	240
A.	L'approche traditionnelle	240
1)	L'équité <i>infra legem</i>	241
2)	L'équité <i>praeter legem</i>	243
3)	L'équité <i>contra legem</i>	245
4)	L'équité <i>ex aequo bono</i>	245
5)	Conclusion	246
B.	L'équité : un processus et un résultat	246
§ 3	<i>La pratique de la Cour</i>	249
A.	Principaux arrêts de la Cour s'appuyant sur l'équité	250
1)	Diversion de la Rivière Meuse (Pays-Bas c. Belgique)	250
2)	Les affaires de délimitation maritime	252
3)	L'Affaire du Différend Frontalier (Burkina-Faso c. République du Mali), 1983-1986	264
B.	Equité et approche différenciée dans l'application du droit	265
C.	Conclusion	268
§ 4	<i>Conclusion</i>	269
Section V La différenciation et le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto		270
§ 1	<i>Introduction</i>	270
§ 2	<i>Le processus consultatif multilatéral de la Convention climat</i>	270
§ 3	<i>Les mérites et les limites d'une approche différenciée dans le contrôle du respect du droit</i>	271
A.	Sur quelle base différencier ?	271
B.	Jusqu'à où différencier ?	272
Conclusion.....		275
Annexe I : Glossaire		280

Annexe 2 : Décision 24/CP.7 Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto	283
Bibliographie	303
Table des matières	315

Liste des ouvrages



Baddeley, Margareta 1994

L'association sportive face au droit
Les limites de son autonomie

Baddeley, Margareta (éd.) 1999

La forme sociale de l'organisation sportive

Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999

Bellanger, François (éd.) 2000

L'Etat face aux dérives sectaires

Actes du colloque du 25 novembre 1999

Cattaneo, Daniele 1992

Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage

Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen

Chaix, François 1995

Le contrat de sous-traitance en droit suisse

Limites du principe de la relativité des conventions

Chappuis, Christine 1991

La restitution des profits illégitimes

Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse

Chatton, Gregor T. 2005

Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO

Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven

Chavanne, Sylvie 1993

Le retard dans l'exécution des travaux de construction

Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

Ducrot, Michel 2005

La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral

Dunand, Jean-Philippe 2000

Le transfert fiduciaire:

«Donner pour reprendre»

Mancipio dare ut remancipetur
Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

Dupont, Anne-Sylvie 2005

Le dommage écologique

Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel

Favre-Bulle, Xavier 1998

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

- Foëx, Bénédicte* 1997
Le contrat de gage mobilier
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992
Le principe de la double incrimination
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garrone, Pierre* 1991
L'élection populaire en Suisse
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997
La nature cassatoire du recours de droit public
 Mythe et réalité
- de Gottrau, Nicolas* 1999
Le crédit documentaire et la fraude
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000
La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers
- Guibentif, Pierre* 1997
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
 Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Hack, Pierre* 2003
La philosophie de Kelsen
 Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal international
 Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel* 1995
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
 Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
 Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
 Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
 Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG

- Languin, Noëlle/* 1994
Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/
Roth, Robert/Sardi, Massimo/
Strasser, François Roger
**La libération conditionnelle:
risque ou chance?**
La pratique en 1990 dans les cantons
romands
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
Nature juridique et constitutionnalité
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais
- Scartazzini, Gustavo* 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité
- Schneider, Jacques-André* 1994
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
Etude de droit suisse et comparé
- Stieger-Chopard, Arlette* 1997
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry 1996
**Les voies de droit des organisations
écologistes en Suisse et aux Etats-Unis**

Tevini Du Pasquier, Silvia 1990
Le crédit documentaire en droit suisse
Droits et obligations de la banque
mandataire et assignée

Trigo Trindade, Rita 1996
**Le conseil d'administration de la
société anonyme**
Composition, organisation et
responsabilité en cas de pluralité
d'administrateurs

Voinov Kohler, Juliette 2006
**Le mécanisme de contrôle du respect
du Protocole de Kyoto sur les
changements climatiques: entre
diplomatie et droit**

Vulliéty, Jean-Paul 1998
**Le transfert des risques dans la vente
internationale**
Comparaison entre le Code suisse des
Obligations et la Convention de Vienne
des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005
La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997
**Les renvois et leur exécution en droit
des étrangers et en droit d'asile**

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001
Delley, Jean-Daniel/Hottelier,
Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)

Aux confins du droit
Essais en l'honneur du
Professeur Charles-Albert Morand

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)

Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000
**Insolence, désendettement et
redressement**
Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Kellerhals, Jean/ 2002
Mani, Dominique/Roth, Robert (éd.)
Pour un droit pluriel
Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Obersson, Xavier (éd.) 1997
**Problèmes actuels de droit
économique**
Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998
De l'autre côté du miroir
Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995
Droit des obligations et droit bancaire
Etudes

Ouvrages collectifs

Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal

Mélanges en l'honneur du Professeur Raoul Oberson 1995

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001

Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/

Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands juriconsultes» et «Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994

Walter, François (éd.)

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Dufour, Alfred 1998

Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)

Genevois et Suisse à vocation européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001

Rossi, Pellegrino

Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003

L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées

Dunand, Jean-Philippe 2004
Keller, Alexis (éd.)
Stein, Peter

Le droit romain et l'Europe

Essai d'interprétation historique,
2^{ème} éd.

Manai, Dominique 1990

Eugen Huber

Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002

Bonaparte et la Suisse

Travaux préparatoires de l'Acte de
Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

Bonaparte, la Suisse et l'Europe

Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Reiser, Christian M. 1998

**Autonomie et démocratie dans les
communes genevoises**

Schmidlin, Bruno/ 1991

Dufour, Alfred (éd.)

**Jacques Godefroy (1587–1652) et
l'Humanisme juridique à Genève**

Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

La responsabilité aquilienne romaine

Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002

**La responsabilité aquilienne
en droit commun**

Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)

Les gages immobiliers

Constitution volontaire et réalisation
forcée

Hottelier, Michel/ 2001

Foëx, Bénédicte (éd.)

L'aménagement du territoire

Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003

Foëx, Bénédicte (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions
pratiques

Hottelier, Michel/ 2005

Foëx, Bénédicte (éd.)

**Protection de l'environnement
et immobilier**

Principes normatifs et
pratique jurisprudentielle

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002

Tanquerel, Thierry (éd.)

Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry / 2002

Bellanger, François (éd.)

L'administration transparente

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005
Winiger, Bénédicte (éd.)

Le préjudice

Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

