HAL
open science

Transforming the Ocean Law by Requirement of the Marine Environment Conservation -

Patrick Chaumette, Marta Abegon Novella, Anaïs Bereni, Marie Bonnin, Valérie Boré-Eveno, Simone Borg, Elena C Díaz Galán, Sandrine Drapier, Samantha D Farquhar, Philippe Fotso, et al.

To cite this version:

Patrick Chaumette, Marta Abegon Novella, Anaïs Bereni, Marie Bonnin, Valérie Boré-Eveno, et al. (Dir.). Transforming the Ocean Law by Requirement of the Marine Environment Conservation -. Centre de Droit Maritime et Océanique, université de Nantes. Marcial Pons, 2019, Transforming the Ocean Law by Requirement of the Marine Environment Conservation - Le Droit de l'Océan transformé par l'exigence de conservation de l'environnement marin., CHAUMETTE Patrick, 978-84-9123-635-1. halshs-02395852

HAL Id: halshs-02395852

https://shs.hal.science/halshs-02395852

Submitted on 11 Dec 2019

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

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

TRANSFORMING THE OCEAN LAW BY REQUIREMENT OF THE MARINE ENVIRONMENT CONSERVATION

LE DROIT DE L'OCÉAN TRANSFORMÉ PAR L'EXIGENCE DE CONSERVATION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN

Coordinator

Patrick Chaumette

Authors

Marta Abegón Novella
Anaïs Bereni
Marie Bonnin
Valérie Boré Eveno
Simone Borg
Elena C. Díaz Galán
Sandrine Drapier
Samantha D. Farquhar
Philippe Fotso
Danilo García Cáceres
Ángeles Jiménez García-Carriazo
Nicolas Kempf
Matthieu Le Tixerant
Kokougan Messiga
Kiara Neri
Gabriela A. Oanta
Fayokemi Olorundami
Tokunbo Olorundami
Eirini Pantelodimou
Vonintsoa Rafaly
Pascale Ricard
Alix Roellinger
Nathalie Ros
Erik Røsæg
Maria J. Santos
Béatrice Schütte
Serge Ségura
Makoto Seta
José Manuel Sobrino Heredia
Beatriz de Sousa Fernandes
Anastasia Telesetsky
Yann Tephany
Valérie Wyssbrod

PATRICK CHAUMETTE
(Coord.)

Transforming the Ocean Law by Requirement of the Marine Environment Conservation

Le droit de l'océan transformé par l'exigence de conservation de l'environnement marin

UNIVERSITÉ DE NANTES

European Research Council
Established by the European Commission

Université de Nantes
Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2019

This project has received funding from the European Research Council under the European Union's Seventh Framework Programme (FP7/2007/2013) / ERC Grant agreement No. 340770

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

First edition:

Copyright University of Nantes - CDMO
Property of the University of Nantes (CDMO)
Book cover by: MEDIAPILOTE, Ludovic DUFOUR, Creative Director

© Patrick Chaumette (Coord.)
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-635-1

Depósito legal: M. 11.302-2019

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: Josur Tratamiento de Textos, S. L.

Printed by Elecé (Spain)

MIXTO
Papel procedente de fuentes responsables
FSC® C122905
FSC
www.fsc.org

TABLE OF CONTENTS

Page

Generalities, Patrick CHAUMETTE 11

PROTECTION OF THE MARINE ENVIRONMENT

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN

CHAPTER 1. *La création du droit protecteur de l'environnement marin par la communauté internationale,* Serge SÉGURA..... 49

CHAPTER 2. *Las Normas del Derecho del Mar sobre la protección del medio marino y el objetivo 14 de la Agenda 2030: ¿Utopía o Realidad?,* Elena C. DÍAZ GALÁN..... 57

CHAPTER 3. *Conservation of the Marine Environment and the Exploitation of the Seabed - The Ocean, Climate Change and Marine Biodiversity of the Benthic Zone: Joining the Dots*, Simone BORG 79

CHAPTER 4. *La prise en compte des exigences environnementales dans l'interprétation juridictionnelle du droit de la mer,* Valérie BORÉ EVENO 99

CHAPTER 5. *L'impact de l'exigence de conservation de l'environnement marin sur l'évolution des compétences des États en mer,* Kiara NERI..... 121

CHAPTER 6. *La conservation et la gestion des ressources biologiques en haute mer : vers une « socialisation » du droit de la mer,* Vonintsoa RAFALY 133

CHAPTER 7. *Le droit et les zones vulnérables internationales : approches spatiales,* Marie BONNIN, Philippe FOTSO et Matthieu LE TIXERANT 151

Page

CONSERVATION OF MARINE BIODIVERSITY

LA CONSERVATION DE LA BIODIVERSITÉ MARINE

CHAPTER 8. *La privatisation des mers et des océans : du mythe à la réalité,* Nathalie Ros 169

CHAPTER 9. *International governance and marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction (MGR IN ABJ),* Valérie Wyssbrod 189

CHAPTER 10. *Imposing an International Environmental Jurisdiction: How Developments on Marine Protected Areas are Fostering a New Legal Order for the Conservations of ABNJ,* Beatriz de Sousa Fernandes 207

CHAPTER 11. *Active Marine Restoration and Law,* Anastasia Telesetsky ... 221

CHAPTER 12. *The European Union and the Conservation and Management of Deep-Sea Fisheries,* Gabriela A. Oanta 233

CHAPTER 13. *Les aires marines protégées en haute mer et la difficile conciliation entre droit de la mer et droit de l'environnement,* Pascale Ricard 249

CHAPTER 14. *La responsabilité environnementale dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne,* Eirini Pantelodimou 269

CONSERVATION OF THE MARINE ENVIRONMENT AND EXPLOITATION OF THE SEABED

CONSERVATION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN ET EXPLOITATION DES FONDS MARINS

CHAPTER 15. *The Protection of the Collective Interests as a Tool to Challenge the Outer Limits of the Continental Shelf,* Ángeles Jiménez García-Carriazo 283

CHAPTER 16. *La loi applicable aux activités menées dans les fonds marins,* Erik Røsæg 295

CHAPTER 17. *The Adoption of Rules, Regulations and Procedures to Protect the Marine Environment by the International Seabed Authority: Limitations and Reinforcement Measures,* Marta Abegón Novella 313

CHAPTER 18. *The Legitimacy of the International Seabed Authority and the Way It Accepts the Involvement of Non-State Actors in Governing the Area,* Makoto Seta 329

CHAPTER 19. *La responsabilité internationale des États dans les espaces internationaux : le cas de la Zone internationale des fonds marins,* Kokougan Messiga 343

CHAPTER 20. *L'utilisation pacifique de la Zone et l'exploitation de ses ressources,* Alix Roellinger 361

Page

CHAPTER 21. *Vers un rôle de l'Autorité internationale des fonds marins dans la zone du traité sur l'Antarctique ?,* Nicolas KEMPF 381

CONSERVATION OF THE MARINE ENVIRONMENT AND MARITIME ACTIVITIES

CONSERVATION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN ET ACTIVITÉS EN MER

CHAPTER 22. *Coexistence de l'activité de pêche avec les industries gazières, pétrolières et minières sous-marines,* José Manuel SOBRINO HEREDIA 413

CHAPTER 23. *Conserving the Marine Environment of the EU: A Critical Appraisal of the European Parliament's Resolution 2015/2352 as It Concerns the Establishment of a New Legislative Compensation Mechanism for Offshore Accidents,* Fayokemi OLORUNDAMI and Tokunbo OLORUNDAMI 435

CHAPTER 24. *Marine Pollution in the Arctic Region: What Future for Civil Liability? - The need for a Comprehensive Liability Scheme,* Béatrice SCHÜTTE 449

CHAPTER 25. *Énergies renouvelables et transition énergétique en droit de l'Union Européenne : un développement favorisé par le mécanisme des aides d'État,* Anaïs BERENI 469

CHAPTER 26. *Le retirement des épaves maritimes pour la protection de la mer,* Sandrine DRAPIER 481

CHAPTER 27. *Maritime Archaeology and Marine Conservation: the Need for Synergy in an Uncertain Future,* Samantha D. FARQUHAR 497

CHAPTER 28. *La protection pénale de l'environnement marin dans les conventions internationales,* Yann TEPHANY 507

CHAPTER 29. *L'instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer : dernier espoir ou nouveau départ juridique pour la conservation de l'océan ?,* Danilo GARCÍA CÁCERES 533

GENERALITIES

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

The European program *Human Sea* was selected by the European Research Council in August 2013. It is an Advanced Grant 2013 No. 340770 within the 7th Framework Programme for Research and Development (or FP7). The research programme spans five years from 2014 to 2019.

1. «MAKING THE SEA MORE HUMAN»

The project deems that one of the roles of the law is to civilise the use of techniques. Technological developments have allowed and will allow the extension of human activities at sea. To what extent does economic activity development at sea lead to the transformation of maritime and oceanic law? The research programme held two conferences —one in June 2014 called Piracy: From the Sea to Cyber Space—[1]. It addressed piracy and linked work from law historians and general historians to current research being conducted by contemporary legal practitioners and geographers regarding maritime piracy off the Horn of Africa and the Gulf of Guinea. Frantz Mynard and Frédéric Davansant organised the event. The impact the risk of violence has on underwriters and legal jurisdiction was contemplated in the follow up to *Piracy* published by Pédone et Hart in 2012, and

[1] Colloque Piraterie: de la mer au cyberespace, 4 and 5 June 2014, *http://www.msh.univ-nantes.fr/63674436/0/fiche___actualite/. Annuaire de Droit Maritime et Océanique,* Université de Nantes, t. XXXVI, 2018.

coordinated by Charles Norchi and Gwenaele Proutière-Maulion[2]. Piracy became part of common language to describe the precariousness of large areas, routes, and in the world of internet, cybercrimes. Internationalisation extends beyond the national framework of States and has complicated the control and enforcement of activities of businesses set up in one country but operating globally. In June 2015, the conference New Maritime Routes: Origins, Evolutions and Possibilities organised by Odile Delfour-Samama, Gwenaele Proutière-Maulion and Cédric Leboeuf, developed a multi-disciplinary approach to these multi-faceted phenomena that is as old as maritime navigation but a real challenge of the 21st century. Maritime routes evolve, disappear and are created under the influence of external circumstances —in particular those that are political, economic and technical—. Routes in use are the result of how economic, geopolitical and technical data has evolved. They are created, adapted and disappear as a result of external circumstances, in particular political and economic. Oceans remain most often deserted outside these maritime routes. «Regardless the origin or transformation of the routes, these new maritime routes of communication have shaken up the global economy and relations among maritime operators». The main goal of the conference was to analyse the various disciplines (historical, geographical, political and legal) and provide a comprehensive overview of the causes and effects of new routes as a result of the opening of the Poles, the straits, as well as the conventional routes which are used by more than 50,000 ships of over 500 UMS. Discussions addressed risks and threats which are inherent to routes such as pollution of areas with low human presence and maritime piracy. The melting of the polar pack has opened up two new Arctic routes —one near Russia and the other in Canada—. It has also created international tensions and threats to the marine environment. These developments need to be taken into account by political and operational stakeholders, even researchers, so that they may reflect on the anthropogenic pressure and ethical nature of the development of new human-based activities at sea[3]. Have oceans been invaded by the 55,000 large merchant vessels that sail its waters? It is precisely the definition of maritime routes that explains the flow of maritime traffic towards the Strait of Malacca, the Bosphorus and the Channel. There is a main longitudinal axis running west-east and east-west between 55º and 30º parallel north and narrower north-south meridians, as well as a few north-east/south-east diagonals[4]. The world's merchant fleet is not spread out on the entirety of the oceans' vastness. In fact, it is concentrated on very specific

---

[2] Norchi, C. H., and Proutiere-Maulion, Gw. (dir.) (2012), *Piracy in comparative perspectives: Problems, Strategies, Law*, Paris-London, Pédone-Hart, *http://www.pedone.info/piracy/piracy.html.*

[3] Delfour-Samama, O.; Leboeuf, C., and Proutière-Maulion, Gw. (dir.) (2016), *Nouvelles routes maritimes - Origines, évolutions et prospectives*, Paris, Editions A. Pedone, 269, *http://www.pedone.info/792/NRM.html*.

[4] Frémont, A. (1996), «L'espace maritime et marchand: pour une problématique», *Espace géographique*, Volume 25, Number 3, 203-213, *http://www.persee.fr/doc/spgeo_0046-2497_1996_num_25_3_985*; Frémont, A. (2008), «Les routes maritimes: nouvel enjeu des relations internationales?», *Revue internationale et stratégique*, 2008/1, nº 69, 17-30; Grataloup, Chr. (2015), *Géohistoire de la mondialisation - Le temps long du monde*, U Géographie, Paris, A. Colin.

routes that link the world's most important economic regions and raw material extraction sites to consumer areas. It is thus necessary to secure ports, vessels and exchanges at the international level.

2. SEAFARERS: AN INTERNATIONAL LABOUR MARKET IN PERSPECTIVE

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

The book considers the changes in work on board merchant ships. This is the first internationalised sector, due to open registry shipping, search of a skilled and competitive labour force. The 2006 ILO Maritime Labour Convention takes

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

a universal dimension and renews the framework of this sector, including a social certification. Control of ships by the port State contributes to the effectiveness of international standards, and their regionalisation. The European social law seeks to integrate the international dimension of this sector, to build a harmonized regional market and to treat shipping companies as any other company. The control of manning companies and the link of seafarers to a social protection system are two particularly complex projects, which might lead to unfair competition.

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

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

3. MARITIME AREAS: CONTROL AND PREVENTION OF ILLEGAL TRAFFICS AT SEA

The second publication of the European project Human Sea stems from the conference held in Nantes on October 5 and 6, 2015, titled Maritime Areas: Control and Prevention of Illegal Traffics at Sea and Marine Spaces: Surveillance and Prevention of Illegal Trafficking at Sea[9]. The Montego Bay Convention also stipulated the creation of exclusive economic zones (EEZ) to regulate fishing and protect fishery resources from excessive appropriation of marine spaces by coastal

---

[6] McConnell, M. L.; Devlin, D., and Doumbia-Henry, Cl. (2011), *The Maritime Labour Convention, 2006 - A Legal Primer to an Emerging International Regime*, Martinus Nijhoff Publ., 32-33.

[7] *Ibid.,* 569.

[8] *http://www.maritimeworkwatch.eu/es/que-es-mww.*

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

States. However, the law of the sea still focuses on vessels and does not include new sea-going vessels and the workers that man them[10]. Furthermore, high-sea jurisdiction is not clear because vessel registration has allowed some flag States to be complacent. The link between a vessel and its flag State is more or less lax[11]. Internationally wrongful acts imputable to a ship do not make flag States liable in any way. At most, flag States are to respond «without delay» to requests made by States regarding ship registration. In the Saiga case, the International Tribunal for the Law of the Sea simply accepted Saint Vincent's claim without verifying the facts, even though the registration certificate had not been renewed when the ship had been seized by Guinea when caught illegally fishing[12]. The development of illegal activities at sea tests the competences of States and their cooperation at regional levels.

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

---

[10] Miribel, S. (2013), «Qu'est-ce qu'un navire?», in Bloch, C. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Christian SCAPEL, Aix-en-Provence,* PUAM, 279-288.

[11] Kamto, M. (2003), «La nationalité des navires en droit international», in *La Mer et son Droit - Mélanges offerts à L. Lucchini et à J. P. Quéneudec*, Paris, Pédone, 343-373. Sur le pavillon des organisations internationales, Hinojo Rojas, M. (2014), «La insuficiente regulación de la cuestión del pabellón en la Convención, de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982», in Sobrino Heredia, J. M. (ed.), *La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 79-97.

[12] TIDM, arrêt du 1er juillet 1999, nº 2, demande de prompte main levée; Kamto, M., *op. cit.,* 359.

[13] Pétré-Grenouilleau, O. (2004), *Les traites négrières - Essai d'une histoire globale*, Paris, Gallimard, 263 et s.; Daget, S. (1997), *La répression de la traite des Noirs au XIXème siècle*, Paris, Karthala.

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

Congress granted the British the right to combat the slave trade from the Atlantic Ocean to the Indian Ocean. In 1842, the United States of America committed to maintaining an 80-canon fleet to combat the slave trade. On September 25, 1926, the General Assembly of the League of Nations rejected the proposition set forth by the British to assimilate the maritime transport of slaves to an act of piracy. Governments committed to take all the necessary measures to prevent and suppress the transport of slaves on vessels sailing under their flag. An international convention, similar to that signed on June 17, 1925 regarding the international arms trade, was signed.

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

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

[15] Lucchini, L., and Voelckel, M. (1990), *Droit de la mer*, t. 1, *La mer et son droit - Les espaces maritimes*, Paris, Pédone, 267-281; Rothwell, D. R., and Stephens, D. (2010), *The International Law of the Sea*, Oxford and Portland, Hart, 154-158.

[16] Du Pontavice, E. (1968), *La pollution des mers par les hydrocarbures. A propos de l'affaire du Torrey Canyon*, Paris, LGDJ; Lucchini, L. (1970), «La pollution des mers par les hydrocarbures: les conventions de Bruxelles de novembre 1969», *JDI*, 795.

of pollution by substances other than oil. High-sea jurisdiction is not limited to a ship's registration and the law of the flag State under which it sails. States agree to maintain public order at sea in order to combat human trafficking and the transport of slaves at sea (UNCLOS, Art. 99), piracy (Art. 100 to 107) and illicit trafficking of narcotic drugs or psychotropic substances (Art. 108) and unauthorized broadcasting (Art. 109). Duty to render assistance to any person found at danger at sea, as stipulated in Article 98, corresponds to an active obligation of solidarity that goes beyond a moral, natural and ancient obligation. The UN Convention is conservative in regards to terrorism at sea —the subject of the Rome Convention of 10 March 1988—, following the hijacking of the Italian liner *Achille Lauro* in the eastern part of the Mediterranean Sea, which is a multilateral convention for the suppression of unlawful acts against the safety of maritime navigation and protocol for the suppression of unlawful acts against the safety of fixed platforms located on the continental shelf.

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

4. HUMAN SEA-MARISK - ECONOMIC CHALLENGES AND NEW MARITIME RISK-MANAGEMENT: WHAT IS BLUE GROWTH?

There are lawful activities being carried out at sea that require security and safety measures. The Human Sea Program organised another international conference on October 3 and 4, 2016 in conjunction with the 5th International MARISK conference. The objective of the conference was to consider the risks associated to sea-based renewable energies, oil and gas rigs and large vessels. The MARISK conferences were organized by the ENSM (École Nationale Supérieure Maritime) —which now encompasses the following institutions—: École Nationale

[17] Beurier, J. P. (2006), *Droits Maritimes*, Paris, Dalloz Action, 1ère éd., nº 115.21, 3ème éd., 2014, nº 115.21 à 115.27.

[18] Momtaz, D. (2014), «Tension entre gouvernance globale et gouvernance zonale dans la prévention et la répression des actes illicites en mer», in Sobrino Heredia, J. M. (ed.), *La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 441-453.

de la Marine Marchande, École Nationale de la Sécurité et de l'Administration de la Mer (ENSAM), École des Affaires Maritimes and the Port of Nantes Saint-Nazaire. Our colleague, Professor Jean-Pierre Beurier, an expert in the law of the sea and environmental law, was the chair of the scientific committee. It took place in 2005, after the ISPS (International Ship and Port Facility Security) Code went into effect as part of the SOLAS Convention, and subsequently in 2007, 2009 and 2012. Following further research, the final conference of the European program Human Sea shall take place in Nantes in October 2018 and it will provide an overview of the evolution of the law of the sea and of maritime law by examining tensions among technological and economic developments and the measures needed to ensure the protection of the marine environment.

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

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

The theme of human activities at sea, technological innovations, conservation of the marine environment have been developed in several seminars in 2017 and 2018; the same is true of European maritime safety policies, the new European function keeps coastlines and guard borders, taking a major place in the articulation between various international conventions and regional strategies, then national implementation. A book comes from these seminars[20].

---

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

[20] Chaumette, P. (coord.) (2018), *Wealth and miseries of the oceans: Conservation, Resources and Borders - Richesses et misères des océans: Conservation, Ressources et Frontières*, Bilbao, Gomylex Ed., 426.

5.1. Offshore platforms and exploitation of the continental shelf

Oil and gas exploration and exploitation at sea have undergone significant developments in the last decades. Almost a third of the oil and a fourth of natural gas are extracted from sub-sea reservoirs. The recent drop in the price of oil barrels has considerably slowed down investments. Firms are making efforts to cut costs. ENI began production at the Nooros field, discovered in July 2015, off the coast of Egypt.

Zohr gas field will begin production in July 2017. The eastern part of the Mediterranean Sea looks promising for the development of sea-based energies. The following accidents showed how ecological risks can result in significant damages: Montara in Australia (2009), Deep Water Horizon in the U.S.A. (2010), Penglai in China (2011), Elgin in the United Kingdom (2012) and Kulluk in the U.S.A. (2012). These accidents revived the need for an international framework[21]. It also brought forth the gap in international conventions that recognised oil tankers but not offshore facilities[22]. At the end of the 1970s, the International Maritime Committee (IMC) requested that the International Maritime Organisation (IMO) elaborate a draft convention regarding offshore mobile units. The draft was reviewed in 1990. In 1996, the Canadian Maritime Law Association published a discussion paper, which was revised in 2000. In 2004, the IMC working group identified that there is little support for this initiative. Several international agreements regarding regional seas take into account the risks generated by offshore activities and determine the prevention regulations[23].

Directive 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on safety of offshore oil and gas operations is the first regional approach[24]. The directive is applicable *ratione loci* to territorial sea, the exclusive economic zone or the continental shelf of the Member State within the meaning

---

[21] Rochette, J. (2015), «Activités pétrolières et gazières en offshore et protection de l'environnement», in Ngwanza, A., and Lhuillier, G. (dirs.), *Le contentieux extractif*, ICC, Paris, Chambre de Commerce Internationale, 125-136.

[22] Cameron, P. (2012), «Liability for catastrophic risk in the oil and gas industry», *International Energy Law Review,* Volume 6, 207-219; Scovazzi, T. (2012), «Maritime accidents with particular emphasis on liability and compensation for damage from the exploitation of mineral resources of the seabed», in de Guttry, A. *et al.* (eds.), *International disaster response law*, The Hague, Asser Press, 287-320.

[23] Rochette, J., and Chabason, L. (2011), «L'approche régionale de préservation du milieu marin: l'expérience des mers régionales», in Jacquet, P.; Pachauri, R., and Tubiana, L., *Regards sur la Terre 2011*, Paris, Armand Colin, 111-121; Rochette, J.; Wemaëre, M.; Chabason, L., and Callet, S. (2014), *En finir avec le bleu pétrole: pour une meilleure régulation des activités pétrolières et gazières offshore*, Studies nº 01/2014, Paris, IDDRI, 40. «Seeing beyond the horizon for deep-water oil and gas: strengthening the international regulation of offshore exploration and exploitation», IDDRI, Study nº 01/14, 36, *http://www.iddri.org/Publications/Collections/Analyses/Study0114_JR%20et%20al_offshore_FR.pdf.*

[24] Thieffry, P. (2014), «Un régime "Seveso" pour les accidents majeurs liés aux opérations pétrolières et gazières en mer (Directive 2013/30 du 12 juin 2013, relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE)», *Rev. Trimestrielle de Droit Européen*, Dalloz, 553 et s.; Juste-Ruiz, J. (2014), «La directive européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer», *Revue juridique de l'environnement*, 1, nº 39, 43; Chaumette, P. (2016), «Opérations pétrolières et gazières en

of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Art. 2, § 2). It does not include operations conducted in inland waters of Member States or those conducted at high seas. By way of prevention, Member States must oblige operators to ensure all the necessary measures have been adopted to prevent the occurrence of major accidents during gas and oil operations at sea. In the event of a mayor accident, Member States shall also ensure that operators take all suitable measures to limit its consequences on human health and the environment. In addition, offshore oil and gas operations are to be carried out on the basis of systematic risk management so that the residual risks of major accidents to persons, the environment and offshore installations are acceptable (Art. 3). French Law nº 2015-1567 of 2 December 2015 modified its Mining Code as a result of Directive 2013/30/EU of 12 June 2013 on safety of offshore oil and gas operations and Directive 2004/35/EC. The Directive presents gaps in regard to safety measures imposed on operators, especially regarding decommissioning. It does not include European controls, which are left to Member States. It does not give any accountability to European operators with facilities in non-member States [25].

The French law nº 2017-1839 of 30 December 2017 put an end to research and hydrocarbon exploitation and stipulates several provisions regarding energy and the environment. Based on the general introduction of the bill, France's energy policy seeks to promote the development of renewable energies and reduce the consumption of fossil energy, including liquid and gaseous hydrocarbons, and contribute to the fight against climate change to keep global warming below 1.5/2º C. This policy also aims to ensure energy supply security and competitive energy prices. In order to achieve these objectives, the bulk of already-identified world hydrocarbons will need to remain underground. Today's exploration will only lead to the production of hydrocarbons in fifteen to twenty years. Therefore, a proactive energy policy, which has been in place for several years, and aims to remain in effect, will lead to a significant reduction of hydrocarbons in our energy mix by 2040-2050. Moreover, when the currently exploited deposits are depleted (decline from 5 to 10% per year) [26] and no new exploration permits are issued, it will lead to a progressive extinction of the national production of residual hydrocarbons. It is already at very low levels, representing less than 1% of our consumption. Efforts supporting energy transition also strive to reduce national production at a faster pace than the natural decline of deposits, while continuing to develop renewable energies and significantly lower fossil fuel consumption.

---

mer - Adaptation du code minier français au droit de l'Union européenne», *Carnet de Recherche Programme Européen ERC Human Sea*, nº 340770, 6 janvier, *https://humansea.hypotheses.org/405*.

[25] Thomas, Fl. (2018), *Les relations de travail offshore - Contribution à l'étude du pluralisme juridique*, Thèse Droit, Université de Nantes, 5 février 2018, Presses universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2019 (à paraître).

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

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

In doing so, this law constitutes a very important action, both in its adoption but also because of its exemplary scope and impetus to fight climate change —a key element in protecting the environment, human and biodiversity health, and environmental protection, as per stipulated in the Environmental Charter adopted in 2005. Global warming affects all areas of the world. Ice melts, rising sea levels, changes in precipitation patterns, more frequent extreme weather conditions impact the environment (*e. g.* droughts and flooding) which in turn impacts agriculture, human health and wildlife[27].

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

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

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

6. THE EUROPEAN DIMENSION OF MARITIME SAFETY AND SECURITY - LEGAL AND OPERATIONAL ASPECTS OF THE ACTION AT SEA

In the last 25 years, almost 40,000 migrants died from either drowning or exhaustion on European borders. 6,000 of those migrants died in 2016, the deadliest year ever recorded. The refuge crisis that has rattled Europe since 2015,

[27] *Climate change consequences*. European Commission, *https://ec.europa.eu/clima/change/consequences_en* (accessed December 2, 2018).

has highlighted political institutions inability in providing satisfactory responses to various migrant profiles. As a result of contradictory globalisations, migratory flows have increased around the world. Even though borders are closed and walls are being erected, the difference between migrant and refugee are blurred-departure countries become transit and/ or host countries, and vice versa. As a result, the content of citizenship is much more diversified; the expression of the right to mobility of people has arisen around the world. «It is a real world problem, one that has a long time been forgotten-migrations transform and impact international relations, and redefine State sovereignty. They also highlight the urgent need for a new type of diplomacy that is integrated in global and regional governance» [28].

Since 2000, more than 46,000 people have crossed the Mediterranean Sea and have died at sea, trying to reach Europe. This phenomenon has only worsened in the last years. 2016 resulted in the deadliest in the Mediterranean Sea's history —5,079 deaths were recorded of the 363,348 people who entered Europe by sea—. This figure does not account for boats, which disappeared without leaving a trace. Since the 2016 agreement between the European Union and Turkey, the central Mediterranean axis between Libya and Italy has become the first route migrants chose to reach Europe. It is the deadliest migratory axis in the world because of the distance needed to be covered and the dangerousness of crossing in boats that are inept for high seas. 90% of deaths recorded in the Mediterranean take place in the Strait of Sicily, off the coast of Libya [29].

The European Union faced an unprecedented crises and it let Italy and then Greece to tackle it on their own. Then, other Member States closed their land borders. In June 2015, the EU finally launched EUNAVFOR MED and Operation Sofia to dismantle the network of migrant traffickers and smugglers, and prevent the loss of life at sea [30]. This military operation is supplemented by the presence of the EU in the Mediterranean Sea as part of operations conducted by the European agency FRONTEX, Triton and Poseidon.

On 9 October 2015, the United Nations Security Council adopted Resolution 2240 (2015), authorising Member States to seize vessels that were confirmed as

---

[28] Wihtol de Wenden, C. (2017), *La question migratoire au XXIème siècle - Migrants, réfugiés et relations internationales*, Paris, Les Presses de Sciences PO, 3ème éd.; Munck, R. (ed.) (2009), *Globalisation and migration. New issues, New politics*, London, Routledge.

[29] SOS Méditerranée France (2017), *Rapport d'activité, http://www.sosmediterranee.fr/medias/rapport_activite_2016.pdf*; Chaumette, P. (2017), «Détournement de la convention SAR? Sauvetage en mer, code italien de déontologie des ONG et garde-côtes libyens», Carnet de Recherche Programme Européen ERC Human Sea nº 340770, 28 août, *http://humansea.hypotheses.org/889*; Chaumette, P. (2017), «Piraterie en Méditerranée et action médiatique? Les dérives du navire C-Star», 25 août, *http://humansea.hypotheses.org/878*; Chaumette, P. (2018), «Les réfugiés en mer: droit des réfugiés ou droit de la mer?», *Neptunus,* revue électronique, Université de Nantes, vol. 24, 2018/3, *www.cdmo.univ-nantes.fr*.

[30] Maniatis, A. (2016), «Maritime migrant smuggling», *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Université de Nantes, t. XXXIV, 11-19; Coppens, J. (2016), «Interception of Migrant Boats at Sea», in Moreno-Lax, V., and Papastravridis, E. (eds.), *«Boat Refugees» and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Brill-Nijhoff, 213 et s.

being used for migrant smuggling of human trafficking from Libya[31]. As noted by Kiara Neri[32], the United Nations collective security system is, in theory, ineffective to address illegal activities performed by private individuals[33]. The new Italian policy of closure of the ports, instituted by the Minister Matteo Salvini, neglects the respect of the international conventions, of the European convention of the humans right; Italy is inspired by the Australian policy, very problematic[34].

7. INTERACTIONS BETWEEN INTERNATIONAL LAW AND EUROPEAN LAW

The European Union is not an ordinary and trivial international organisation. Its relations with international law and its place within the international community are historic and permanent. The European Union has a broad range of jurisdiction and as a result it participates in the development and implementation of international law, claiming its presence through its behaviour[35]. The European Union is a specific subject matter of international law that inserts itself in the international legal order and develops interactions[36].

Serge Beslier[37] suggests it is necessary to consider the development of the law of the sea by the United Nations and the relations with the European Union (EU)

---

[31] Résolution 2259 (2015) du Conseil de sécurité du 23 décembre 2015, *http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2259(2015*); Communiqué de presse de l'ONU, *https://www.un.org/press/fr/2017/cs13015.doc.htm*; Conseil de sécurité, Résolution 2380 du 5 octobre 2017; Bevilacqua, G. (2017), «Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities», in Andreone, G. (ed.), *The Future of the Law of the Sea*, Springer, 165 et s.; Mirón, A. (2012), «L'ordre juridique de l'UE et l'ordre juridique des NU: les résolutions du Conseil de sécurité dans l'ordre juridique de l'UE», in Benlolo-Carabot, M.; Candsa, U., and Cujo, E. (dir.), *Union européenne et Droit international, en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pédone, 689-717.

[32] Neri, K. (2013), *L'emploi de la force en mer*, Bruselas, Bruylant, 230 et s.

[33] Saas, C. (2016), «La Méditerranée, une zone de non-droit pour les boat people?», in Chaumette, P. (dir.), *Maritime areas: control and prevention of illegal traffics at sea - Espaces marins: surveillance et prévention des trafics illicites en mer*, Bilbao, Gomylex Ed., 179-193; Billet, C. (2018), «Quelle(s) responsabilités(s) pour l'agence FRONTEX?», in Chaumette, P. (coord.), *Wealth and miseries of the oceans: Conservation, Resources and Borders - Richesses et misères des océans: Conservation, Ressources et Frontières*, Bilbao, Gomylex Ed., 407-426.

[34] Kojima, C. (2018), «The Use of Force in Turnback Operations against Asylum Seekers' Boats and International Law», *Billet pour le Carnet de Recherche Human Sea*, 26 juin, *https://humansea.hypotheses.org/1073*; Chaumette, P. (2018), «Les réfugiés en mer: droit des réfugiés ou droit de la mer?», *Neptunus,* revue électronique, Université de Nantes, vol. 24, 3, *www.cdmo.univ-nantes.fr*.

[35] Neframi, E. (2010), *L'action extérieure de l'Union européenne*, Paris, LGDJ; Fenet, A. (dir.) (2006), *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Paris, Litec; Lamblin-Gourdin, A. S., and Mondielli, E. (2013), *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruselas, Bruylant; Dashwood, A., and Maresceau, M (eds.) (2008), *Law and Practice of EU External Relations*, University of Cambridge; Cremona, M., and de Witte, B. (eds.) (2008), *European Union Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart.

[36] Benlolo-Carabot, M.; Candsa, U., and Cujo, E. (dirs.) (2012), *Union européenne et Droit international, en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Ed. Pédone.

[37] Beslier, S., Honorary Director of the European Commission and Chief, Administrator of Maritime Affairs (UE Retired), (2018), «La gouvernance des océans et la contribution de l'Union européenne à la structuration de l'ordre juridique international», in Chaumette, P. (coord.), *Wealth and miseries of the oceans: Con-*

so that two original systems of governance —that share a common goal— may converge. The first addresses collective management by all States in a space not appropriated in the United Nations intergovernmental logic. The second is based on a supranational system comprised of sovereign delegations, varying in size. Both are seeking a global and/or coherent management of oceans.

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

In terms of maritime security, Philippe Boisson, PhD in Law and author of the what is considered the «bible» of maritime security[38], observed that the European Union's maritime security packages, founded on the Erika oil tanker disaster of December 1999 and the Prestige oil tanker disaster of November 2002, form «a coherent set of measures comprised of interdependent elements,» that go beyond a mere reaction to a specific incident at sea[39]. In 2007, Philippe Boisson reflected upon the efficiency of this regional policy and concluded that the European Union had contributed to expediting the international and national normative process, regarding member States[40]. By means of the European integration, the European Union influences international maritime law[41] and harmonises national legislation of member States. European jurisdiction requires member States to hold joint positions within international institutions. The European Union requires member States to enact implementation regulations and controls, complementary to those set out by international standards. The European Union adapts to the international competition in the field of maritime transport, more so than it does so in terms of its domestic market[42]. Philippe Boisson clearly demonstrates in a fully documented

---

servation, Resources and Borders - Richesses et misères des océans: Conservation, Ressources et Frontières, Bilbao, Gomylex Ed., 299-310.

[38] Boisson, Ph. (1979), *La sécurité en mer*, Thèse droit, Université de Lille, décembre; Boisson, Ph. (1998), *Politiques et droit de la sécurité maritime*, Paris, Ed. Bureau Veritas, 669; Boisson, Ph. (1999), *Safety at Sea: Policies, Regulations and International Law*, Paris, Ed. Bureau Veritas, 536.

[39] Boisson, Ph. (2009), «L'adoption du 3ème paquet ne vient pas modifier les équilibres fondamentaux du système de la sécurité maritime», *Droit Maritime Français*, nº 705, 579-587.

[40] Boisson, Ph. (2007), «La politique européenne de la sécurité maritime, source d'efficacité?», in Cudennec, A., and Gueguen-Hallouet, G. (dirs.), *L'Union européenne et la mer - Vers une politique de l'Union européenne?*, Paris, Pédone, 329-33

[41] Devouche, A. (2016), «L'Union Européenne et le droit du travail maritime: De l'adoption à l'application de la CTM 2006», in Charbonneau, A. (dir.), *La mise en œuvre de la Convention du Travail Maritime de l'OIT: Espoirs et défis*, Bourdeaux, *Rev. COMPTRASEC*, nº 2, 58-64; Gambardella, S. (2016), «L'Union Européenne et le droit international du travail des gens de mer», in Chaumette, P. (dir.), *Seafarer's: An International Labour Market in Perspective / Gens de Mer: un Marché International du Travail*, Bilbao, Gomylex Ed., 353-392.

[42] Belloyer-Roille, A. (2000), *Le transport maritime et les politiques de sécurité de l'Union européenne*, Rennes, Apogée; Langlais, P. (2016), *Sécurité maritime et droit de l'Union européenne - Étude d'une*

manner, the future of European maritime security law based on relationships with international institutions and integrated implementation. On 7 December 2017, the Employment and Social Affairs Council adopted the agreement concluded among European maritime social partners on the revision of Directive 2009/13/EC regarding the implementation of the 2014 amendments made to the 2006 ILO Maritime Labour Convention. Shipowners shall provide seafarers with up to two months of financial security in the event they are abandoned in a foreign port. The Convention equally sets out shipowners are responsible for providing financial compensation in the event of the death or long-term disability of seafarers due to an occupational injury, illness or hazard[43].

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

8. WHAT CHALLENGES FOR A NEW EUROPEAN MARITIME GOVERNANCE?

As regards maritime security, EU action has increased since the 1980s and 1990s. Also its content became more dense: the safety of persons and of ships, the maritime borders of the Member States and the protection of the marine en-

---

contribution réciproque, Thèse droit, Université de Paris II Panthéon-Assas; Langlais, P. (2018), *Sécurité maritime et intégration européenne*, Bruselas, Bruylant, 956.

[43] Charbonneau, A., and Chaumette, P. (2014), «Premiers amendements à la convention du travail maritime de l'OIT de 2006 - Garanties financières en matière d'abandon des gens de mer et de responsabilité des armateurs en cas de décès ou de lésions corporelles», *Droit social*, nº 10, 802-810. Pour des raisons historiques, nous sommes très attachés à ces amendements: Chaumette, P. (1999), «De l'abandon de marins - Vers une garantie internationale de paiement des créances salariales?», *Dr. Social,* 872-877; Chaumette, P. (2004), «Des Résolutions A 930 (22) et A 931 (22) de 2001 de l'Assemblée de l'OMI aux réformes du droit français quant aux garanties de paiement des créances salariales», *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, t. XXII, Université de Nantes, 239-263; Chaumette, P. (2007), «Quelle garantie du paiement des salaires dans une activité internationale?», *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Université de Nantes, t. XXV, 125-139; Charbonneau, A. (2009), *Marché international du travail maritime. Un encadrement juridique en formation*, Aix-Marsella, PUAM, collection Berthold Goldman; Nifontov, D. (2014), «Seafarer Abandonment Insurance: A System of Financial Security for Seafarers», in Lavelle, J., *The Maritime Labour Convention 2006 - International Labour Law Redefined*, Informa Law, London, Routledge, 117-134; Vicente Palacio, A. (2017), «Control by the Port State and Flag State, and Amendments to the MLC 2006 to protect workers in cases of Abandonment», in Fotinopoulou Basurko, O., and Martín Osante, J. M. (dirs.), *New Trends in Maritime Law*, Cizur Menor, Aranzadi, 205-218; Fotinopoulou Basurko, O, (2017), «Protecting seafarers in cases of outstanding wage claims resulting from abandonment of vessels and crews», in *New Trends in Maritime Law*, *ibid.,* 243-280.

vironment. The protection of the maritime borders is subjected to contemporary challenges, based on geopolitical changes and the influx of immigrants. The Commission proposed the creation of a European body of frontier guards and coast guards, which should be provided with the right of intervention in case the respective Member State is not able to deal with the migratory pressure. In December 2015, the Commission issued a number of proposals. The idea is to be part of logic of significant reinforcement of the security framework. Indeed, it involves strengthening FRONTEX's mandate, for example by allowing it to directly acquire equipment, by substantially increasing its human and financial resources, and by developing its role in operations back. The new European Border and Coast Guard Agency will act in a supporting role for the Member States in need, as well as in a coordinating role in the overall management of Europe's external borders. The balance prevailing between the different lines of action of the EU is delicate, with the inherent risk of a change in security concerning the protection of the maritime borders[44].

The creation of a specialised Agency (European Maritime Safety Agency, EMSA) allows a clear identification of a European policy, by giving it institutional visibility and appropriate expertise. It results from a compromise between the impetus for integration brought by pragmatism on the one hand, and the existential reluctance of national authorities to entrust powers to new entities, which might escape their control, on the other hand. EMSA is no exception; the internal institutional complexity of the national maritime administrations as well as the human, economic and environmental stakes of maritime safety issue make it a special theatre of these tensions. Its creation in response to the sinking of the *Erika*, then the expansion of its missions and the consolidation of its resources, went balanced by a strengthened control of the national authorities on its activities. With limited autonomy, the Agency appears to be an interface of cooperation between the national maritime administrations and between them and the institutions of the European Union. If EMSA could originally be seen as the spearhead of an emerging European maritime administration, this tends now to be based on a three-pole structure where FRONTEX may become the keystone, in response to the migratory crisis[45].

Maritime security law is disaster and prevention law[46]. The sinking of the Titanic on 15 April 1912 led to the creation and the adoption of the International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS) in 1914 by the United King-

---

[44] Boutayeb, C. (2018), «L'irrésistible construction d'un espace de sécurité maritime», in Chaumette, P. (coord.), *Wealth and miseries of the oceans: Conservation, Resources and Borders - Richesses et misères des océans: Conservation, Ressources et Frontières*, Bilbao, Gomylex Ed., 343-352.

[45] Langlais, P. (2018), «L'Agence européenne pour la sécurité maritime - Entre diversification des missions et renforcement des moyens: les limites de l'intégration maritime européenne», in Chaumette, P. (coord.), *Wealth and miseries of the oceans: Conservation, Resources and Borders - Richesses et misères des océans: Conservation, Ressources et Frontières*, Bilbao, Gomylex Ed., 353-380.

[46] Beurier, J. .P. (2004), «La sécurité maritime et la protection de l'environnement: évolutions et limites», *Droit Maritime Français*, nº 645, 99-112.

dom, France and the USA[47]. International maritime security law is characterised by four pillars. The first tree pillars were adopted within the framework of the MLC, in London; the SOLAS Convention; the 1973 MARPOL Convention for the Prevention of Pollution from Ships, as modified by its 1978 protocol; the STCW Convention (International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers), adopted in 1978 and revised in 1995 and then in 2010. The fourth pillar of International Maritime Law is provided by the Maritime Labour Convention, adopted by 2006 by ILO in Geneva, and introduced in August 2013, ratified by 84 States in 2017, which represents 91% of the world fleet. This is an international convention of universal scope[48].

The European policy on maritime security was first deployed in 1978 to ensure the cohesion of the internal market and fair competition[49]. Following the Amoco Cadiz oil spill in March 1978, Council Recommendation 78/584/CEE of 26 June 1978 requested member States to ratify the 1974 SOLAS Convention and its 178 protocol; the 1973 MARPOL Convention and its 1978 protocol; Convention 147 of the 1976 ILO concerning minimum standards in merchant ships; and Council Recommendation 79/487/CEE of 15 May 1979 concerning the ratification of the 1978 STCW Convention by member States. The European Community did not consider unilateral measures, similarly to the 1990 Oil Pollution Act introduced by the USA following the 1989 Exxon Valdez oil spill in Alaska. This was also the case following the 1999 Erika oil spillage and the 2002 Prestige oil spillage. However, the European Union put significant pressure to eliminate single-hull oil tankers and succeeded in pushing its agenda onto International Maritime Organisation. The 1992 Maastricht Treaty opened the qualified majority rule in the area of transportation and Community powers in environmental protection. The Council issued a Commission communication on 25 January 1993 regarding common maritime security policy. The European competence asserted itself, paving the way for the «communitisation» of international regulations[50].

The creation of the European Maritime Security Agency in 2002, in Lisbon, was a major step forward, as was the European Parliament Directive 2009/21/EC of 23 April 2009 on compliance with flag State requirements[51]. When the ship

---

[47] Boisson, Ph. (1998), *Politiques et Droit de la sécurité maritime*, Paris, Bureau Veritas, 32-36.

[48] McConnell, M.; Devlin, D., and Doumbia-Henry, Cl. (2011), *The Maritime Labour Convention*, Martinus Nijhoff Publishers; McConell, M. L. (2011), «The Maritime Labour Convention, 2006 - reflections on challenges for flag State implementation», World Maritime University, Malmoe, *WMU J Marit. Affairs*, nº 10, 127-141; Chaumette, P. (coord.) (2016), *Seafarer's: An International Labour Market in Perspective / Gens de Mer: un Marché International du Travail*, Bilbao, Gomylex Ed.

[49] Langlais, P. (2016), *Sécurité maritime et droit de l'Union européenne - Étude d'une contribution réciproque*, Thèse droit, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2016, *Sécurité maritime et intégration européenne,* Bruselas, Bruylant, 2018, 956.

[50] Belloyer-Roille, A. (2000), *Le transport maritime et les politiques de sécurité de l'Union européenne*, Rennes, Apogée; Zamora Roselló, M. R. (2008), *La seguridad marítima - problemática y alternativas institucionales*, Thése droit, Universidad de Málaga; Chaumette, P., and Beurier, J. P. (dirs.) (2014), *Droits Maritimes*, Paris, Dalloz Action, 3ème éd., chap. 214.

[51] Nesterowicz, M. (2007), «Le rôle de l'Agence européenne pour la Sécurité Maritime (EMSA): Une perspective juridique sur l'application de la législation communautaire en matière de sécurité maritime», in Cu-

social certification requirement was added to the Directive, adopted from the 2006 ILO Maritime Labour[52], some landlocked EU Member States failed to develop a maritime legislation on vessel registration because they first need to put in place a competent maritime authority. These decisions support the analysis put forward by our colleague Moira McConnell, who believes that the ILO Convention could reduce the number of Member States that are complacent[53].

Under the influence of the European integration, the EU influences international maritime law[54] and harmonises State Member national legislations. European authorities require Member States to maintain common positions within international institutions. The EU also requires Member States to comply with complementary implementation and control regulations. The EU adapts itself to international competition in the area of maritime transport, more than it does via its domestic market. The European Maritime Security Agency has seen its powers grow in terms of maritime security and its coast guard obligations.

FRONTEX (European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union), established by EC Regulation nº 2007/2004 of the European Council on 26 October 2004[55], tried to do so but it was overwhelmed by the scale of migration and the number of incoming refugees. The European Union studied the issue, which lead to the overhaul of the Border Code in order to tackle the situation in a more efficient manner and aide Member States, who were directly affected by the migratory crisis such as Greece and Italy. The reform was necessary not only to address available resources but also the powers of the Code. In this respect, the European Coast Guard project, with its wider scope of powers, was presented on 15 December 2015[56] and it became Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and Council of 14 September 2016, on the European Boarder and Coast Guard.

DENNEC, A., and GUEGUEN-HALLOUET, G. (dirs.), *L'Union européenne et la mer - Vers une politique de l'Union européenne?*, Paris, Pédone, 199-204.

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

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

[54] DEVOUCHE, A. (2013), «L'Union Européenne et le droit du travail maritime: De l'adoption à l'application de la CTM 2006», in *La mise en œuvre de la Convention du Travail Maritime de l'OIT: Espoirs et défis*, CHARBONNEAU, A. (dir.), Bordeaux, *Rev. COMPTRASEC*, nº 2, 58-64; GAMBARDELLA, S. (2016)), «L'Union Européenne et le droit international du travail des gens de mer», in CHAUMETTE, P. (dir.), *Seafarer's: An International Labour Market in Perspective / Gens de Mer: un Marché International du Travail*, Bilbao, Gomylex Ed., 353-392.

[55] Council Regulation (EC) nº 2007/2004 of 26 October 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, *OJ* L 349, 25.11.2004, 1-11.

[56] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, «A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders», 15 December 2015, COM (2015) 673 final.

It is vital for the EU to control its external borders and its maritime space[57]: «The EU and its Member States have a strategic interest in identifying and addressing security matters regarding the sea and maritime border management, pertaining to their territory but also of the wider global domain». In view of the various issues, the EU opts for a multi-agency approach in order to increase efficiency when managing maritime issues[58]. FRONTEX must intervene at sea while respecting international law, the UN Convention on the Law of the Sea, free access to high seas, flag State prerogatives, the 1979 Hamburg Convention on maritime search and rescue. The Security Council authorised Member States to intercept vessels off the coast of Libya, suspected of migrant and human trafficking[59]. The Council's decision of 26 April 2010 and the Regulation of 15 May 2014 set out the legal framework of operations in high seas by Member States and coordinated by FRONTEX. They are not in conflict with UNCLOS provisions because they both contain the flag State authorisation regulation, except for stateless vessels and in the event of search and rescue missions.

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

The AECP functions at the highest level of excellence and transparency with the objective of fostering the necessary trust and cooperation of all involved parties, and in turn ensure the effective and efficient development of its activities. European Union governments agreed to establish an agency within the framework of the 2002 reform, which would inject a culture of respect for fishery regulations throughout Europe. In April 2005, these governments adopted Council Regulation nº 768/2005. The agency is responsible for coordinating and cooperating national

---

[57] European Union Maritime Security Strategy as adopted by the Council (General Affairs) on 24 June 2014, *https://ec.europa.eu/maritimeaffairs/policy/maritime-security_en.*

[58] Balan, G. (2016), «Le projet d'Agence Européenne de Gardes - Côtes et l'Agence Européenne de contrôle des Pêches», Billet du carnet de recherche Human Sea, 21 avril, *http://humansea.hypotheses.org/477*: Balan, G. (2016), «Union Européenne et frontières maritimes - Une volonté de gestion des frontières extérieures de l'UE aux multiples facettes», 7 septembre, *http:// humansea.hypotheses.org/627*: Fabrizi-Racine, N. (2017), «Frontex, nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes: Des données et des hommes», *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 21 mars, consulté le 26 octobre 2018. URL: *http://revdh.revues.org/3037*; DOI: 10.4000/revdh.3037.

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

control and inspection activities so that common fishery policy regulations are respected and efficiently implemented. Until 2002, the CFP had been inefficient and not tackled overfishing and control measures had not been systematically implemented by EU Member States. Fishermen felt that they were not being treated on a level-playing field when working in EU waters, and sometimes felt discriminated against. The fishing industry requested that control and execution requirements be reinforced in order to provide a level-playing field at the EU level. At the institutional level, the Commission did not have the right to perform task on the behalf of EU Member States, not did it have the means to do so. The Agency must ensure the uniform and effective enforcement of CFP regulations in collaboration with EU Member State specialised national services.

On 30 November 2017, EFCA-AECP co-hosted in Madrid the second annual meeting of the Coast Guard Functions Implementing Group, co-chaired with the European Border and Coast Guard Agency (FRONTEX). During the meeting the agencies presented the activities carried out in the framework of the support to the coast guard functions. The meeting was also an important moment to discuss the projects that will be developed to provide assistance to Member States. The deployment of coast guards by the European Union gave rise to the reform of interagency powers. The Fisheries Agency mandates, similarly to those of the European Maritime Security Agency's, have been expanded to specifically mention the role of coast guards and their scope of authority. The coast guard role characterises the search for a synergy, which is supported by several stakeholders. The European Coast and Border Guard Agency will need to evolve over time, just like the European Union and Member States to better protect the maritime space in light of all the challenges they face[60].

On 7 June 2018, the Security Council committee established pursuant to resolution 1970 (2011) concerning Libya placed six individuals on the Sanctions List for human trafficking in Libya[61]. They are considered to be the leaders of migrant smuggling networks in Libya. According to diplomatic sources, this decision is a «first» for the UN. The sanctions of asset freezes and travel bans targeted two Eritreans and four Libyans, one of whom was the Commander of a Coast Guard unit formed and financed by Italy and the European Union. The aim of designating these individuals is to neutralize the networks, which have gone as far as to sell migrants on slave markets in Libya. It is hoped that the decision will have a deterrent effect.

As foreseen, sector-based approaches to maritime activities and technological innovations have required a highly interdisciplinary approach, which has led

---

[60] Balan, G. (2018), «La fonction garde-côtes au sein de l'Union européenne: une mise en œuvre interagences», in Chaumette, P. (coord.), *Wealth and miseries of the oceans: Conservation, Resources and Borders - Richesses et misères des océans: Conservation, Ressources et Frontières*, Bilbao, Gomylex Ed., 393-405.

[61] UN Security council, press release SC13371, 7 June 2018, *https://www.un.org/press/en/2018/sc13371.doc.htm* - UN Security Council, press release SC/13508, 17 September 2018, *https://www.un.org/press/en/2018/sc13508.doc.htm.*

industrial firms, technology specialists, members of administrations and geographers to participate in the research programme. Before considering the legal issues, at the very least, a minimum of technical understanding is required. Between strategic documents and maps, geographer's approaches can call legal normativity into question.

Developments in information technology, artificial intelligence, IT risks and thus the importance of cybersecurity, are in no way specific to the maritime realm. These activities at sea are part of a general technological trend, which should be examined with specialists. Then come maritime questions: is a navigational vehicle at sea with no crew on board actually a ship?

9. THE OCEAN'S DUAL HORIZONTALITY AND VERTICALITY: AN OVERALL APPROACH TO THE OCEAN

Unfolding research has shown that two horizontal dimensions of the oceans are considered, *i. e.,* the ocean surface, used for shipping, and the seafloor, used to exploit mineral, gas and oil resources, install fixed-bottom wind turbines for the moment and moored floating turbines in future, in a word, these are essentially the continental shelves. Insofar as fisheries and fisheries resources were left out of the project, as a long-standing activity already monitored by numerous specialists, the ocean's water column and biological resources were not part of the thought and discussion process, thus revealing that the place of the marine environment was unthought-of in the programme's project. An overall approach to the ocean would also require that its verticality, its volume and therefore, its biological resources be appraised.

Oceanic law stands at the crossroads of the law of the sea, maritime law and environmental law, which has now become indispensable. But the image conjured up by the term crossroads is not well adapted. It would be better to envisage a confluence, where oceanic law is a river formed by three confluents, *i. e.* the branches of law mentioned above.

9.1. Protection of the marine environment

The biosphere is the only place in the universe where life is possible, at least based on our current knowledge. However, it is threatened by human activities. The biosphere has seen its main elements destroyed, altered and threatened; what's more is that its fundamental balances are at risk of forever being altered. Since the 1960s, humankind has become aware of these dangers and it is only normal that this awareness manifest itself at the international level. Furthermore, international law reacted by enacting several types of regulations. These include conventional regulations, non-binding instruments such as customary norms issued from either the repetition of analogue clauses in treaties or comparable provisions in national

legislations[62]. As a result, we can, today, discuss not only the international protection of the environment by law, but also the rights of the environment, progressively recognized as a basic human right[63].

The Earth is first a blue planet, even if humans cannot live in or on water long term[64]. Oceans play a major role in climatic balances, fish resources and international trade. Offshore gas and oil operations gained momentum because of innovative techniques. The future is without a doubt rooted in renewable marine energy, generated by wind and oceans. Ocean floors house optical cables placed by information and mass communication firms. Humans are more and more found living on coasts and developing various types of commercial activities. Conflicts over marine area use near land have led to such specialized areas such as sea activity planning. The protection of the marine environment is vital to the survival of humankind. Earth fills its oceans. There are currently five plastic continents occupying the Pacific Ocean, known as the «The Great Pacific Garbage Patch», a gyre of marine debris particles in the North Pacific Ocean. The patch is made up of almost a million plastic fragments by km^2 and poses a significant poisonous hazard. The peaceful use of oceans is necessary to the development of maritime activities. Despite the return of violence and piracy at sea, maritime and naval tensions are generally managed peacefully. It is necessary to understand these issues and the range of topics before plunging into further research, innovation, onshore and offshore activities, and maritime activity regulation.

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

---

[62] Beurier, J. P. (2017), *Droit international de l'environnement*, Paris, Ed. A. Pédone, 5ème éd.

[63] Kiss, A. (2004), «Environnement, Droit international, Droits fondamentaux», *Cahiers du Conseil Constitutionnel,* nº 15 (Dossier: Constitution et environnement), janvier, *http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/environnement-droit-international-droits-fondamentaux.52001.html*; Déjeanty-Pons, M., et Pallemaerts, M. (2002), *Droits de l'homme et environnement,* Conseil de l'Europe.

[64] Euzen, A.; Gaill, F.; Lacroix, D., and Cury, Ph. (2017), *L'océan à découvert*, Paris, CNRS Editions, 321.

and the Kuroshio Current in the Pacific Ocean (found between China and Japan). These currents comprised of warmer and colder water are essential to aquatic fauna, fishery resources and maritime navigation[65].

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

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

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

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

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

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

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

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

These two aspects of environmental law, human rights and the government's responsibility are either found stipulated jointly or separately in over a hundred

---

[65] Abate, R. S. (dir.) (2015), *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law - US and International Perspectives*, Oxford University Press; Andreone, G.; Caliguri, A., and Cataldi, G. (2012), *Droit de la mer et émergences environnementales - Law of the Sea and Environmental Emergencies*, Cahiers de l'Association Internationale du Droit de la Mer - Papers of the International Association of the Law of the Sea, Napoli, Editoriale Scientifica.

national constitutions. It has been questioned if these two provisions are, in fact, not two sides of the same coin, but rather two fundamentally different provisions. The stakes are high —the right to the environment—, as a human right, could be interpreted as nothing more than the direct protection of individuals against the deterioration of their environment and neglecting the protection of biological and landscape variety. Allocating responsibility to governments in this area could cover environment as a whole.

The right to the environment has also sparked other debates, which could impact the evolution of this subject matter[66]. Three trends emerged consecutively. The first, the oldest and the most generally accepted, is a procedural concept of the human right to the environment. The second seeks to insert environmental concerns in rights already protected by international instruments. The third, still in the trial and error phase, seeks to claim substantive rights that could be linked to environmental protection.

In numerous discussions where the question of if the right to the environment could be recognized as a right attributed to all individuals just like other fundamental rights, the main argument was that the environment could not be defined with sufficient precision and as such, its implementation in judicial proceedings would face substantial difficulties. The response to the first objective can be partly found in various constitutional texts that stipulate this right. It is clear that the term «environment» must be defined, and when necessary, with additional qualifiers. The latter can more or less be developed on humankind and its needs. An interesting position is that of the Peruvian Constitution of 12 July 1979 where Article 123 stipulates that all individuals «have the right to live in a healthy environment, ecologically balanced and appropriate to the development of life and the preservation of the landscape and nature». However, there does not exist a wording that is generally accepted in international law, even if the shared interest of humankind is mentioned in various treaties[67]. The International Convention, adopted by the United Nations Economic Commission for Europe regarding information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters on 25 June 1998 in Aarhus (Denmark) codified and completed the regulations herein stated.

Human rights, as a whole, are proclaimed and their respect is guaranteed by a series of international conventions that are either universal or regional. Two of the most recent instruments, mentioned above, contain clauses that explicitly target the protection of the right to the environment. Older instruments guarantee rights may be invoked in this respect, especially when there are institutions designated to enforcing said rights.

---

[66] García Cáceres, D. V. (2015), *La conservation des milieux marins en droit international et droit de l'Union européenne*, thèse Droit, Université de Paris 1, 15 juin 2015, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 876.

[67] Beurier, J. P. (2017), *op. cit.,* nº 10, 29, et nº 303-321, 171-179.

At the United Nations level, the Human Rights Commission, established under the International Covenant on Civil and Political Rights, can receive communications that allow them to defend guaranteed rights. Matters related to the protection of the environment brought before this institution, thus invoked provisions established by the Covenant regarding the right to life and the protection of minorities (Covenant, Arts. 4 and 27). The right to health, guaranteed by Article 12 in the United Nations Covenant on the Economic, Social and Cultural Rights, has often been evoked as being able to support claims regarding the protection of the environment. However, only the reports issued by the United Nations Human Rights Commission make any such references. The recognition of Human Rights at sea has made substantial progress as a result of the combat against piracy off Somalia[68].

At the European level, Article 8 (the right to respect for private and family life) and Article 10 (freedom of expression), stipulated in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; and Article 1 of its First Protocol (property protection) are the main articles that have been subject to appeals regarding environmental matters before the European Court of Human Rights[69].

Following the commitments announced by the President of the Fifth Republic of France during the 2002 presidential campaign to integrate the environment into the Constitution, a commission, steered by the Professor Yves Coppens, began working on an Environmental Charter between 2002 and 2003. The Charter was the subject of several consultations and it resulted in a constitutional bill tabled in the National Assembly on 27 June 2003. The bill was included in the preamble of the French Constitution and stipulates the rights and duties defined in the 2003 Environmental Charter, and based on the historical dismissals of the 1789 Declaration and the 1846 Preamble. The Environmental Charter is comprised of 10 articles and Article 1 proclaims «the right of everyone, individually or in association with others, to enjoy a healthy and ecologically balanced environment»[70].

---

[68] Papanicolopulu, I. (2013), «International Judges and the Protection of Human Rights at Sea», in Boschero, N. *et al., International Courts and the Development of International Law - Essays in Honour of Tulio Treves,* Springer, 535-544; Montas, A. (2014), «La lutte contre la criminalité en mer à l'épreuve de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», chap. 14, in Trapp, K.; Rapp, N., and Papastavridis, E. (dir.), *La criminalité en mer - Crimes at sea*, Académie de Droit international de La Haye-Boston, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers; Montas, A. (2016), «Les migrants maritimes devant la Cour européenne des droits de l'Homme», in Chaumette, P. (coord.), *Maritime areas: Control and prevention of illegal traffics at sea- Edpaces mari: Surveillance et prévention des trafics illicites en* mer, Bilbao, Gomylex Ed., 151-160.

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

[70] Mathieu, B. (2004), «Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement», *Cahiers du Conseil Constitutionne*l nº 15 (Dossier: Constitution et environnement), janvier, *http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/observations-sur-la-portee-normative-de-la-charte-de-l-environnement.52000.html*; «Juin 2014: La Charte de l'environnement

10. INSTITUTIONAL FRAGMENTATION

As so remarkably noted by Pierre-Marie Dupuy, «the creation of international legal orders is quite ancient, that of the international legal order as we understand it today seems on the contrary relatively recent, at least on the historical scale»[71]. Beginning with the first major United Nations conference on the environment in Stockholm in 1972, the countries that asserted they had «only one earth» were mostly situated in a bilateral or regional perspective; they were above all addressing issues of cross-border pollution. The 1976 Barcelona Convention for the Protection of the Mediterranean, amended in 1995, fell under this approach, even though it was to serve as a model for regional conventions to protect the environment[72]. This approach was consolidated in the period that followed and now forms the hard core of customary international law for environmental protection. Protecting the ozone layer and combating greenhouse gases led to a major shift[73].

As shown in the diagram below, oceanic law and the conservation of the marine environment falls under the jurisdiction of numerous international institutions: the United Nations, its secretariat (UNSG), its General Assembly (UNGA), the United Nations Environment Programme (UNEP), the United Nations Development Programme (UNDP), the International Maritime Organization (IMO), the International Labour Organisation (ILO) and the United Nations Educational Scientific and Cultural Organization (UNESCO).

Similar jurisdictional fragmentation exists between the International Court of Justice (ICJ) and the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), although the Commission on Limits of the Continental Shelf (CLSH) is not a jurisdiction, but a technical institution whose role goes beyond an advisory capacity.

The regional dimension strongly accentuates this institutional and jurisdictional fragmentation. In the case of the MOX plant, an industrial complex in Sellafield recycling nuclear waste, opposing Ireland and the United Kingdom, although the International Tribunal for the Law of the Sea ordered provisional measures in the framework of Article 282 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, it required the parties to cooperate, based on the urgency of the situation. The

---

de 2004», *http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juin-2014-la-charte-de-l-environnement-de-2004.141685.html*; L'arrêt d'Assemblée du 3 octobre 2008 constitue la première décision du Conseil d'Etat annulant un décret pour méconnaissance de la Charte de l'environnement de 2004, *http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiques/Le-Conseil-d-Etat-consacre-la-valeur-constitutionnelle-de-la-charte-de-l-environnement*.

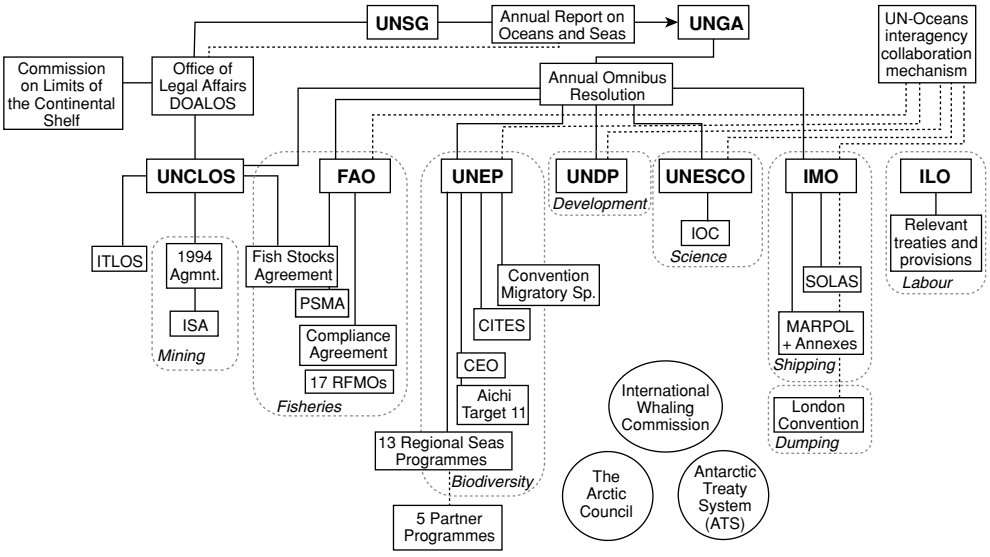
[71] Dupuy, P. M. (2018), «Quelques réflexions sur les origines historiques de l'ordre juridique international», in *Ordre juridique et désordre international*, Paris, Pédone, sp. 39.

[72] Dejeant-Pons, M., *La Méditerranée en droit international de l'environnement*, Paris, Economica, 1990, 374.

[73] Dupuy, P. M. (2018), «Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?», in *Ordre juridique et désordre international*, Paris, Pédone, sp., 264-289, repris de *RGDIP* 1997, nº 4, 873-903.

contribution of the Order of 3 December 2001 is dual. It illustrates the role the Tribunal was led to play in attempting to control the effects of the multiplication and fragmentation of international judicial procedures concerning the law of the sea. Thus, the Tribunal makes a significant contribution to the debate on correctly administering international justice. Moreover, the order places the general duty to cooperate at the core of its system and requires compliance with it through provisional measures. It makes this a minimal, but fundamental rule, which in matters of urgency can define the limits of the dispute, and in any case prevent damage to the environment[74].

SUMMARISED SCHEMATIC DIAGRAM OF INTERNATIONAL OCEAN GOVERNANCE STRUCTURE, SHOWING SECTORAL APPROACH AND PLETHORA OF ORGANISATIONS



The Commission of the European Communities reproached Ireland with having initiated proceedings under the jurisdiction of the OSPAR convention, as well as that of the International Tribunal for the Law of the Sea, concerning a dispute between two Member States of the European Community. The Court of Justice ruled in its favour[75]. For the first time, the Court of Justice interpreted and applied Article 292 of the Treaty establishing the European Community; like Article 192

[74] ITLOS, Order of 3 December 2001, Case nº 10, called The MOX plant case (*Ireland v. United Kingdom*), provisional measures, § 84, *https://www.itlos.org/en/cases/list-of-cases/case-no-10/*; Nouzha, C. (2002), «L'affaire de l'usine MOX (Irlande c/ Royaume-Uni) devant le Tribunal International du droit de la mer: Quelles mesures conservatoires pour la protection de l'environnement?», *Actualité et Droit International -Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, *http://www.ridi.org/adi/articles/2002/200203nou.htm*.

[75] ECJ 30 May 2006, case C- 459/03, Commission v Ireland; Kerbrat, Y., and Maddalon, Ph. (2007), «Affaire de l'Usine MOX: la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, 165-182.

of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community (EAEC), it requires that Member States not submit a dispute relating to the interpretation or application of the Treaty to a method of settlement other than those provided for by the Treaty. Therefore, the Court of Justice has exclusive jurisdiction, despite the dispute-settlement system provided for under the United Nations Convention on the Law of the Sea.

11. NORMATIVE FRAGMENTATION

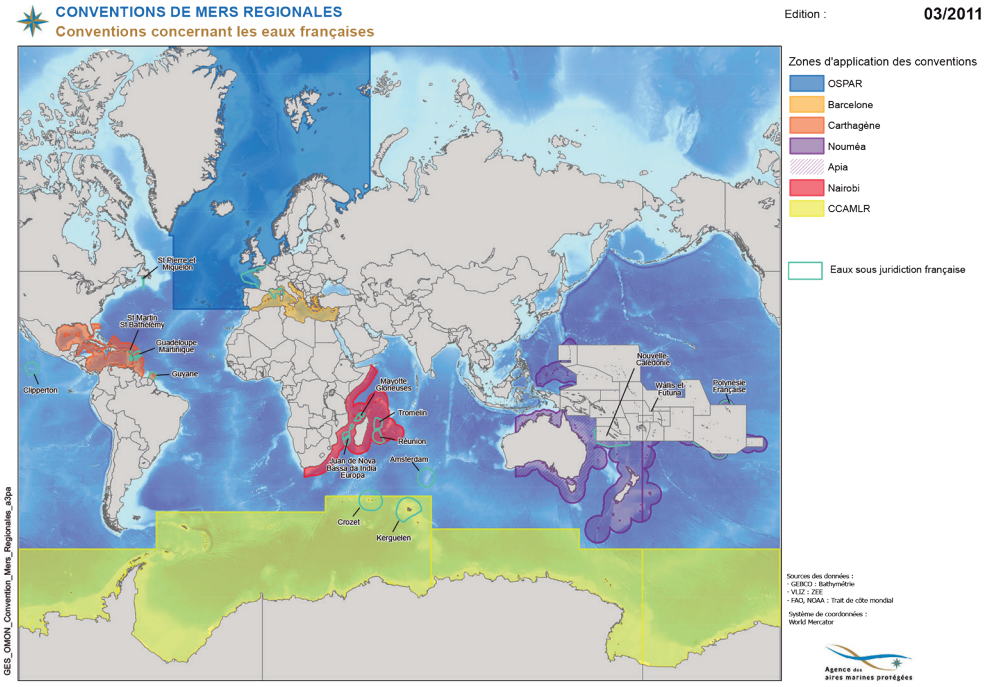
Human activities at sea have significant adverse effects on the marine environment, rich in biodiversity but fragile. In particular, the ocean is the spillway for all human waste generated on land such as plastic and heavy metals. The five continents of plastic identified at sea, notably the «The Great Pacific Garbage Patch», made up of almost a million of plastic pieces per km^2, is hazardous, but it is not the result of human activity at sea. It rather derives from onshore discharges released by rivers[76]. Part XII in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, also called the Montego Bay Convention, addresses the protection and preservation of the marine environment. It stipulates States shall develop, individually or jointly as appropriate, integrated sustainable development management policies aimed at protecting the marine environment[77].

The 1972 United Nation Conference in Stockholm was followed by further efforts to implement a global approach. Regional conventions were developed to target specific ecosystems and taking into account region-specific hazards, allowing riparian states to impose a binding framework. There isn't one ocean but diversified seas. The Helsinki Convention on the Protection of the Baltic Sea Area of 22 March 1974 initiated this regional approach. When revised on 9 April 1992, the precautionary principle and the «polluter pays» principle were introduced. The 1992 OSPAR Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East East Atlantic established the OSPAR Commission. Since 2010, the Convention has adopted protection measures aimed at high sea biodiversity and marine areas (Mont Milne). The Barcelona Convention of 16 February 1995 for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean, a semi-closed sea, was amended on 10 June 1995. The Convention and its protocols constitute a system that other regional conventions strive to implement, strongly backed by the United Nations Environment Program. There are now 12 international regional conventions that cover the Persian Gulf, the Red

[76] Sur la diversité des pollutions marines, Beurier, J. P. (2014), *op. cit.,* nº 371-375, 211-213.

[77] Gautier, Ph. (2013), «Les vertus pratiques des obligations générales relatives à l'environnement dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer», in Boschiero, N. *et al., International Courts and the Development of International Law - Essays in Honour of Tulio Treves,* Springer, 365-382; Oral, N. (2013), «Implementing Part XII of the UN Law of the Sea Convention and the Role of International Courts», in Boschiero, N. *et al., ibid.,* 403-423; Pineschi, L. (2013), «The Duty of Environmental Impact Assement in the First ITLOS Chamber's Advisory Opinion: Toward the Supremacy of the General Rule to Protect and Preserve the Marine Environment as a Commun Value?», in Boschiero, N. *et al., ibid.,* 425-439.

Sea, the Aden Golf, western and central Africa, the Caribbean, the South-east Pacific Ocean, Eastern Africa, the North-west Pacific, the North-east Pacific, South Pacific, Eastern Asia and the Black Sea[78].



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

The additional Protocol of the 1976 Barcelona Convention, signed in Geneva on 3 April 1982 addresses specially protected areas in the Mediterranean. Areas located in zones under riparian State sovereignty, the parties to this protocol shall maintain and/or restore animal and plant to satisfactory levels in areas of scientific, historic or cultural interest; adopt comparable regulations in terms of navigation, operation and environmental protection. It is necessary to further develop scientific research so as to gain a better understanding of the marine environment, and increase public information and cooperation among riparian States. Scientific monitoring of specially protected areas was made mandatory. This Protocol was replaced by the 10 June 1995 Protocol which governs protected marine ar-

[78] Sur les conventions régionales de protection de l'environnement marin, v. BEURIER, J. P. (2017), *op. cit.*, nº 422-455, 239-256; BEURIER, J. P. (dir.) (2014), *Droits Maritimes*, Paris Dalloz Action, 3ème éd., spécialement, Livre 8, «La protection de l'environnement marin», 1119 et s.

eas in coastal and high sea waters, and wetlands[79]. When an area has a particular value, States can create Specially Protected Areas of Mediterranean Importance (SPAMI)[80].

The notion of protected marine areas was generalized by the Convention on Biological Diversity (CDB), an international treaty adopted during the Earth Summit in Rio de Janeiro in 1992. It has three main objectives including: the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components, and the fair and equitable sharing of benefits arising from genetic resources. The convention recommends the adoption of specific measures to protect specially threatened coastal and marine areas —this is what most regional conventions on marine environment protection advocate for in the creation of such protection areas—. Marine protected areas (MPA) are areas at sea that have been defined in order to achieve the long-term conservation of nature. The Environmental Code of France recognizes 15 types of marine protected areas[81].

New categories can be recognized by ministerial decree. Most marine protected areas allow reconciling protection measures and sustainable development of activities. Governance methods involve users, elected officials and experts in the management of a classified marine area. The French Biodiversity Agency supports MPA mangers. It manages or co-manages certain MAPs such as natural marine parks, Natura 2000 areas, the specially protected area Agoa in the French Antilles for the protection of marine mammals as per the declaration put forward by France in 2010, and recognized by the 2012 Specially Protected Areas and Wildlife protocol and the Cartagena Protocol on specially protected areas and species, to protect the natural reserve of Belle Henriette (Vendée) between Tranche-sur-Mer and La Faute-sur-Mer, and the natural reserve of Iroise in the Finistère.

Marine protected areas need to be seen as sustainable marine and coastal environment management tools. By involving all actors, these defined areas were

---

[79] Beurier, J. P. (dir.) (2014), *Droits Maritimes*, Paris, Dalloz Action, 3ème éd., spécialement nº 813.45, 1152.

[80] Scovazzi, T. (2000), «Marine specially protected areas and present International Law of the Sea», in *Nouvelles technologies et droit de l'environnement marin*, Kluwer Law, 2000, 179; Scovazzi, T. (2003), «Le protocole Méditerranée sur les aires spécialement protégées», *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Université de Nantes, t. XXI, 350 et s.

[81] Au titre du code de l'environnement (Article L. 334-1), la France dispose de neuf catégories d'aires marines protégées, qui répondent chacune à des objectifs propres tout en étant complémentaires. Il s'agit: des parcs nationaux, des parcs naturels régionaux, des réserves naturelles, des aires de protection de biotope, des sites Natura 2000, ayant une partie maritime, des parties du domaine public maritime confiées au Conservatoire du littoral, des parcs naturels marins, des zones de conservation halieutiques, des réserves nationales de chasse et de faune sauvage ayant une partie maritime.

C'est ainsi une diversité de concepts et régimes, très large à laquelle il faut ajouter des AMP «internationales» telles que: les réserves de biosphère (UNESCO), les Biens inscrits sur la liste du Patrimoine mondial, (UNESCO), les zones humides d'importance internationale (convention RAmsar), les aires spécialement protégées du traité de l'Antarctique, les zones marines protégées de la convention Oslo-Paris (convention OSPAR), les aires spécialement protégées d'importance méditerranéenne (convention de Barcelone), les aires spécialement protégées de la convention de Carthagène (exemple: sanctuaire Agoa), les zones marines protégées de la convention de Nairobi.

created to achieve the long term conservation of nature, inclusive of structured economic development. As a result, management measures were defined and implemented. If the protection of species or habitats listed in documents is common to all MPAs, they each pursue a specific objective. The size of marine protected areas depends on why it was first created. The mode of governance, especially who is selected as stakeholder in the decision-taking process, is based on the local content of the project[82].

12. THE PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

The principles laid down in the Stockholm Declaration of 1972, reaffirmed and built upon in the Rio Declaration on Environment and Development in 1992, have played a major role in the development of international environmental law over the past thirty years. Although only unequally and partially recognised as binding, they have become inevitable landmarks in negotiations for new convention-based rules. They have also spread into most national laws and influenced, even implicitly, decisions in international jurisdictions. The structuring role of these principles has been all the more important in that normative development in this matter has been quite rapid and continuous[83].

The precautionary principle, or precautionary approach is emblematic. This principle is one of the key components in the Rio Declaration, as stated in Principle 15: «In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation». This is distinct from the obligation to protect and preserve the marine environment, developed in Part XII of the United Nations Convention on the Law of the Sea.

In European Union law, the precautionary principle now holds a prominent position in disputes concerning sciences and techniques. The principle is mentioned in the founding treaties dealing with the protection of the environment and has been extended through case law to the field of health[84]. Following that, it has

---

[82] Delfour-Samama, O. (2013), «Les aires marines protégées, outil de conservation de la biodiversité en haute mer», *Neptunus*, revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 19, 2013/1, *http://www.cdmo.univ-nantes.fr*; García Cáceres, D. V. (2018), *Perspectiva jurídica internacional para la conservación de las áreas marinas protegidas del mar Mediterráneo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 180; García Cáceres, D. V. (2018), *La conservation des milieux marins en droit international et droit de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan.

[83] Kerbrat, Y., and Maljean-Dubois, S. (2014), «Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces», in *Unité et diversité du droit international/Unity and Diversity of International Law, Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy/Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Brill - Nijhoff, *https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01225913/document*.

[84] EUCJ, 5 May 1998, United Kingdom v Commission, Case. C-80/96, Rec. I-2265 and EUCJ, 5 May 1998, National Farmer's Union, C-157/96, Rec. I-2211.

been considered in case law as an «autonomous» principle constituting a «general principle of Community law»[85]. When conditions are met to implement the precautionary approach, it particularly justifies that restrictions be applied to the free movement of goods and/or freedom of trade and industry.

In the international legal order, the precautionary principle has spread to the realm of conventions. It is stated, notably, in the United Nations Framework Convention on Climate Change (Art. 3, § 3), the Convention on Biological Diversity (Preamble) and its Cartagena Protocol on Biosafety (Art. 9 and 10), some conventions on the marine environment, the Protocol on Water and Health to the Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Art. 5), the International Agreement on the River Scheldt (Art. 3), the Protocol on the implementation of the 1991 Alpine Convention in the field of transport (Art. 1), the Convention on the Protection of the Rhine (Art. 4), or the Nagoya-Kuala Lumpur supplementary protocol on liability and redress to the Cartagena Protocol on Biosafety. But in spite of the principle being reiterated in treaties, its status and particularly its customary authority remain a subject of controversy. It is true that in this matter, as Pierre-Marie Dupuy revealed in 1997, specifying that the following comment was especially relevant for the precautionary principle, the frontiers between soft law and *lex lata* are fluctuating ones: «It is inherent to the process forming customary law that States are informed, most often quite inadequately, of the moment when, with respect to some normative terms, there is a transition from the proposals phase to addressing the prescriptions phase»[86]. Confronted with these uncertainties, judges have traditionally been prudent. But far from being stabilised as yet, over the past few years case law has evolved from an attitude of ignorance, or even defiance, to one of «hesitant receptiveness»[87].

In 1999, in the Southern Bluefin Tuna Cases, the International Tribunal for the Law of the Sea expressed in its order indicating provisional measures that the «parties should [...] act with prudence and caution to ensure that effective conservation measures are taken to prevent serious harm to the stock of southern bluefin tuna»[88]. The formula was used again and further developed three years later in the order of provisional measures in the Mox Plant Case; this time the ITLOS indicated that «prudence and caution require that Ireland and the United Kingdom cooperate»[89]. The reference to caution here echoes the first reference, but has become an obligation, as shown by going from «should» to «require». And yet, at

---

[85] Court of First Instance of the European Communities, 21 October 2003, Solvay Pharmaceuticals BV v. Council of the European Union, Case T-392/02, Rec. II-04555, §121-122.

[86] Dupuy, P. M. (1997), «Où en est le droit international de l'environnement?», *RGDIP,* 889, repris in *Ordre juridique et désordre international*, Paris, Pédone, 2018, sp., 264-289. Translator's note: non-authentic translation.

[87] Boisson de Chazournes, L. (2002), «Le principe de précaution: nature, contenu et limites», in Leben, Ch., and Verhoeven, J. (dir.), *Le principe de précaution, aspects de droit international et européen*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 87.

[88] Order of 27 August 2012, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), provisional measures, § 77.

[89] Order of 3 December 2001, Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom), provisional measures, § 84.

the same time, the ITLOS rejected Ireland's request to apply the precautionary principle and refused to order the provisional measures it requested.

The lack of an explicit reference to a principle and the assimilation of «prudence» with «precaution» could, moreover, be interpreted as a way for the Tribunal to refuse to approve this sort of principle. However, the ITLOS does make a precautionary approach quite clearly part of its two orders[90]. It should be noted that the Southern Bluefin Tuna Cases were much more marked by a context of uncertainty. The context of the Mox Case is entirely different, calling more for an approach of prevention rather than precaution per se. Later, in its order in the case concerning land reclamation, the ITLOS abandoned the reference to caution to target «circonspection et prudence» in the French version, circumspection seeming to be weaker than caution, while continuing to refer to «prudence and caution» in the English version[91]. Do provisional measures lead to ruling practically on the merits of a case?[92]. The result was conflicting interpretations and vagueness in the Tribunal's approach.

On February 1, 2011, the opinion expressed by the Seabed Disputes Chamber was a significant step[93]. Asked to rule on the question of whether States are obliged to apply a precautionary approach when they sponsor an enterprise pursuing activities of exploration or exploitation in the Area, including when outside of the scope of the two regulations concerning the prospection and exploration for polymetallic nodules and polymetallic sulphides which mention it expressly, the Chamber observed that «it is appropriate to point out that the precautionary approach is also an integral part of the general obligation of due diligence of sponsoring States, which is applicable even outside the scope of the Regulations» concerning nodules and sulphides.

Since due diligence is a customary obligation, notably as approved by the ICJ in its judgment on Pulp Mills, and since the precautionary approach is part of due diligence, it can be inferred that precaution is compulsory since it stems from a customary rule. The consequence is obvious: «due diligence requires that sponsoring States take all appropriate measures in order to prevent damage which could result from the activities of the contractors they are sponsoring,» including in «situations where scientific proof as to the scope and possible negative effects of the activities in question is insufficient, but where there are plausible indica-

---

[90] Kerbrat, Y., and Maljean-Dubois, S. (2014), «Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces», in *Unité et diversité du droit international / Unity and Diversity of International Law, Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy / Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Brill - Nijhoff, *https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01225913/document.*

[91] ITLOS, order of 8 October 2003, case concerning land reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), provisional measures, § 99.

[92] Kamto, M. (2005), «Regard sur la jurisprudence du Tribunal international de droit de la mer depuis son entrée en fonctionnement (1997-2004)», *RGDIP*, 823.

[93] ITLOS, Advisory opinion of 1st February 2011, Case nº 17, Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber).

tions of potential risks». To reach this conclusion, the Chamber based it on various elements which taken individually or even as a whole are not sufficient to prove the validity of this solution, but do make up a body of evidence: the order handed down by the ITLOS on 27 August 1999 in the Southern Bluefin Tuna Cases, a standard clause for exploitation contracts in the 2010 Sulphide Regulation adopted by the International Seabed Authority, and the fact that the precautionary principle is an emerging norm of customary law[94]. The Chamber uses precautionary approach and precautionary principle synonymously.

The normativity of the precautionary principle still raises questions, seeing the concept's vagueness, but it will be up to judges to further narrow its interpretation. The European Court of Human Rights specifies that the principle recommends that for States «the absence of certainty, based on current scientific and technical knowledge, must not delay the adoption of effective and proportionate measures aiming to prevent a risk of serious and irreversible damage to the environment». The European Court of Justice adds that the precautionary principle «requires» «the authorities in question, in the particular context of the exercise of the powers conferred on them by the relevant rules, to take appropriate measures to prevent specific potential risks to public health, safety and the environment, by giving precedence to the requirements related to the protection of those interests over economic interests»[95]. Thus, the principle is accompanied by positive obligations for Member States and the institutions of the European Union.

This book examines the preservation of biodiversity, preservation of the marine environment and exploitation of seabeds, and preservation of the marine environment and activities at sea. Beyond the legal frameworks of environmental liability, drawn up by Coastal States or the International Seabed Authority, we feel that marine protected areas (MPA) are iconic marine areas. The concept of marine protected areas was generalised by the Convention on Biological Diversity (CBD), the international treaty adopted during the Earth summit meeting in Rio de Janeiro in 1992, with three main objectives: the conservation of biodiversity, the sustainable use of its components and the fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of genetic resources. This Convention recommends that specific measures be taken to protect particularly threatened marine and coastal areas, for which most regional conventions for the protection of the marine environment advise the creation of this sort of protection zone. Marine protected areas (MPAs) are delimited areas at sea to meet the objective of long-term protection of nature. It is now essential that the law provide the possibility to effectively link the delimitation of MPAs in both the EEZ and in the high sea.

---

[94] Kerbrat, Y., and Maljean-Dubois, S. (2011), «La Cour internationale de justice face aux enjeux de protection de l'environnement: réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)», *RGDIP*, 39-75.

[95] Judgment of the Court of First Instance of the European Communities, Solvay Pharmaceuticals BV v. Council of the European Union, 21 October 2003, *European Court Reports* 2003 II-04555.

Marine protected areas should be seen as tools serving the sustainable management of the marine environment and coastal areas. By integrating all involved stakeholders, they define themselves as an area delimited to meet an objective of long-term protection of nature. This does not exclude controlled economic development, for which management measures are defined and implemented. Although the protection of species or habitats listed in the laws is common to all MPAs, each one has its specific end-purpose. The size of marine protected areas depends on the objectives they were created to achieve. Their form of governance, and more specifically the choice of stakeholders who will take part in decision-making, will depend on the local context and the project. Currently only 6.35% of the oceans are protected.

These marine protected areas must be delimited and regulated, either with no activities authorised or with limited activities. They must be managed and monitored; and prohibited and illegal activities there must be punished. Do the States in question have the means to manage this conservation of the marine environment or should they entrust this supervision and management to private foundations or to non-profit operators who are all the same involved in economic activity?

PROTECTION OF THE MARINE ENVIRONMENT

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN

CHAPTER 1

LA CRÉATION DU DROIT PROTECTEUR DE L'ENVIRONNEMENT MARIN PAR LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

Serge SÉGURA

Ambassadeur de France, chargé des océans au ministère de l'Europe et des Affaires étrangères

ABSTRACT : *The creation of the marine environmental protection law is, first of all, a challenge for the international community, states and the other actors such as the majority of the NGOs that intervene on the oceans who are called « environmentalists », as well as the private and scientific stakeholders. Today, it shows two main processes for creating an international environmental law, the political process and the legal process. The first is a creative process in which there are not many legal obligations, but a political appeal to all stakeholders. Beyond the traditional negotiation of international conventions in the framework of international organizations such as the IMO, the AIFM, the RFMOs, it is necessary to highlight especially the negotiation which has just started in September 2018 in New York in the framework of a UN General Assembly resolution of 24 December 2017 to develop a binding UNCLOS implementation treaty on « the conservation and sustainable use of biodiversity beyond areas under jurisdiction », on the high seas (water column) and the Zone. You will often hear a simplification of the object by limiting it to the high sea, know that it will also affect the Zone. This is the BBNJ process (Biodiversity Beyond National Jurisdiction).*

Keywords : *law of the sea ; protection ; marine environment ; zone ; high sea.*

RÉSUMÉ : *La création du droit protecteur de l'environnement marin est un défi avant tout pour la communauté internationale, les États et les autres acteurs,*

telles que les ONG, dont la majorité de celles qui interviennent sur les océans, sont dites « environnementalistes », ainsi que les secteurs privé et scientifique. Il ressort aujourd'hui deux procédés principaux de création d'un droit international protecteur de l'environnement, le processus politique et le processus juridique. Le premier est un processus en création, dans lequel ne se voient pas beaucoup d'obligations juridiques, mais un appel politique à toutes les parties prenantes. Au-delà de la négociation traditionnelle de conventions internationales dans le cadre d'organisations internationales telles que l'OMI, l'AIFM, les ORGP, Il faut souligner surtout la négociation qui vient de débuter en septembre 2018 à New York dans le cadre d'une résolution du 24 décembre 2017 de l'Assemblée générale des Nations unies, qui a pour objet d'élaborer un traité contraignant de mise en œuvre de la CNUDM sur « la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité au-delà des zones sous juridiction », c'est-à-dire sur la haute mer (colonne d'eau) et la zone. Vous entendrez souvent une simplification de l'objet en le limitant à la haute mer, sachez qu'il concernera aussi la zone. Il s'agit du processus BBNJ (Biodiversity Beyond National Jurisdiction).

Mots-clés : *droit de la mer ; protection ; environnement marin ; zone ; haute mer.*

1. INTRODUCTION

Tout d'abord, je souhaiterais remercier l'Université de Nantes, qui est porteuse du programme européen de recherche « Human Sea » pour son invitation à intervenir dans le cadre de ce colloque sur « la transformation du droit de l'océan par l'exigence de conservation de l'environnement marin ».

Il m'a été demandé d'intervenir, en ce tout début de colloque sur le thème suivant : *« la création du droit protecteur de l'environnement marin par la communauté internationale ».*

C'est un défi que d'être le premier à intervenir sur le sujet de fond du colloque. C'est un défi avant tout car à la lecture des titres des interventions qui se succéderont pendant ces deux journées fort intenses, je me suis rendu compte que je suis le seul parmi les intervenants qui ne soit pas professeur ou juriste de profession. Certes, ma carrière au sein du ministère des Affaires étrangères m'a amené, par goût, à passer près de dix années, en deux expériences, au sein de la prestigieuse direction des affaires juridiques de ce ministère, en particulier sur les thèmes du droit de la mer et des questions polaires, mais vous vous rendrez vite compte, je le crains, en m'écoutant, qu'on est assez loin d'une approche universitaire et juridique du sujet.

C'est donc en m'excusant auprès des vrais juristes de mes imprécisions à venir que je vais vous parler, en praticien, de la manière, ou plutôt des manières, dont la communauté internationale crée un droit international qu'elle veut protecteur de l'environnement marin.

2. QUELLE COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE ?

Pour mieux comprendre le paysage devant nous, il faut dire quelques mots sur la composition de cette communauté internationale.

Quand on parle de communauté internationale créatrice de droit, on pense immédiatement aux États et on a raison. *Les États restent, à la fois, à la base du processus de création* (ils en ont le plus souvent l'initiative) et à la fin du processus, c'est eux qui décident de ce que sera le nouveau droit international. Pourtant le processus créatif a connu bien des évolutions depuis quelques décennies. D'autres acteurs sont aussi au centre du processus. On a d'abord *les organisations internationales.* Les OI à vocation maritime se sont développées ces dernières décennies ou ont développé leurs activités créatrices de droit (OMI, AIFM, conventions de mers régionales, organisations régionales de gestion des pêches, OIT, UE etc.). On est là dans un processus qui n'a rien de révolutionnaire puisqu'à la base de la création des OI et de leurs décisions sont les États.

D'autres acteurs sont venus ajouter leur mot, leur philosophie, leur approche et se retrouvent aujourd'hui au centre de la négociation internationale qu'ils réussissent à influencer. Je pense avant tout aux ONG dont la majorité qui interviennent sur les océans sont dites « environnementalistes » car elles prônent à des degrés divers une protection forte de l'environnement marin par une limitation plus ou moins intense des activités humaines sur l'océan. Je dois reconnaître, même s'il est parfois difficile d'expliquer à certaines d'entre elles les contingences de la négociation internationale, qu'elles apportent beaucoup au débat, qu'elles le rafraîchissent par leur bonne foi et leur volonté farouche d'aboutir, et parce qu'elles appellent « un chat un chat » là où le diplomate parlerait plutôt d'un félin domestique ou mieux encore « d'un mammifère à quatre pattes et à moustache qui fait miaou, au moins quand il miaule en français »...

D'autres intervenants essentiels, mais encore timides, apparaissent de manière sectorielle : *le secteur privé, les entreprises.* Par nature le secteur privé, préfère s'en tenir aux OI ayant une vocation économique. Ainsi voit-on les entreprises traditionnellement actives à l'OMI et à l'AIFM ou dans les ORGP pour les entreprises de pêche. De manière globale pourtant, on les voit agir maintenant aussi dans les grandes négociations internationales qui portent sur la protection de l'environnement marin, que ces négociations soient le fait des OI ou qu'elles soient le fait des Nations unies dans leur ensemble sous l'impulsion de l'AGNU. Leur présence modifie la donne et complète de manière positive la perception de l'état d'esprit de la société civile par les États qui négocient.

On pourrait ajouter à cette liste *les scientifiques* dont la parole se libère ces dernières années, et c'est un phénomène que je considère comme très positif car les scientifiques ne sont pas simplement dans nos sociétés pour chercher et trouver et nous dire ce qu'ils ont trouvé, ils sont là aussi pour nous expliquer en quoi nos

actions influencent notre environnement, et jouer ce rôle à la mode de « lanceurs d'alerte ».

J'en resterai là pour les acteurs, faute de temps, mais je voulais vous montrer un aspect de la complexité de la négociation internationale créatrice de droit protecteur de l'environnement marin.

3. LES MÉCANISMES DE CRÉATION DU DROIT

On pourrait parler pendant des heures des mécanismes de création du droit international. Je dois réduire mon propos à un propos introductif qui pourra vous aider à mieux approcher les interventions qui suivront. Je veux donc simplifier les choses mais toute simplification est source d'erreur et d'insuffisance. Je reste avec vous ces deux jours et je suis prêt, en marge du colloque, à répondre à toutes les questions que mes propos pourraient susciter auprès de certains d'entre vous.

Pour simplifier disais-je, je vois aujourd'hui *deux procédés principaux de création d'un droit international protecteur de l'environnement,* le processus politique et le processus juridique. Je sais qu'en disant cela je risque de choquer certains juristes qui estimeront que tout propos sur le processus politique sera hors sujet. Qu'ils m'en excusent et me permettent de dire que l'essentiel est de savoir comment s'élaborent les obligations qui pèsent ensuite sur les acteurs en mer pour protéger l'environnement marin. Ces obligations prennent le plus souvent la forme de textes de droit interne, mais ces textes peuvent trouver leur origine soit dans un processus international politique, non obligatoire juridiquement, soit dans un processus plus traditionnellement juridique et qui s'impose aux États par sa simple nature juridique (traités, accords, conventions, directives et règlements de l'UE, décisions d'OI à vocation obligatoire, décisions du CSNU, etc.).

3.1. Quelques mots du processus politique

Avec un exemple dont une des interventions traitera en détail, de l'ODD14 « conserver et exploiter de manière durable les océans, les mers et les ressources marines aux fins du développement durable ».

Je n'insisterai pas sur les origines de cet ODD14, né en 2015 parmi 17 ODD du programme de développement durable à l'horizon 2030, succédant aux objectifs du millénaire. C'est un processus en création dans lequel je ne vois pas beaucoup d'obligations juridiques. On y parle d'« objectif », de « cibles », de « dialogues thématiques », d'« appel à l'action », d'« engagements volontaires », de « dialogues de partenariats », de « déclarations », d'« initiatives ».

L'ODD14 a été le thème d'une importante réunion en juin 2017 aux NU. Pourtant, si les NU étaient le cadre physique de la réunion, celle-ci n'entrait pas dans le cadre traditionnel et diplomatique du rôle des NU puisqu'elle été organisée

par deux États, la Suède et Fidji, qui estimaient nécessaire de donner un contenu concret et surtout public à la mise en œuvre par les États de l'ODD14. Les 17 cibles de l'ODD14 sont variées puisqu'elles abordent les questions de pêche (surpêche, subventions à la pêche, pêche INN, pêche artisanale), de pollution marine, de résilience des écosystèmes marins, d'acidification, d'AMP, de l'aide à apporter aux petits Etats insulaires en développement, de recherche scientifique marine, d'économie bleue. L'ODD 14 rappelle, et c'est important, le rôle moteur et chapeau de la CNUDM.

On retrouve, grosso modo, les mêmes éléments dans l'appel à l'action qui, comme son nom l'indique est un appel politique à toutes les parties prenantes, c'est-à-dire pas uniquement les États mais toutes les parties prenantes ou intéressées (« stakeholders »).

Je laisse à la conférencière suivante le soin de dire si cet ODD14 se rapproche plutôt de l'utopie ou de la réalité. Pour ma part je voudrais mentionner le grand succès de la réunion de juin 2017 (plus de 70 *side events*) au point qu'elle a des conséquences concrètes et qu'un vrai processus est en train de se construire autour de l'ODD14, sans implication directe des NU avec une nouvelle réunion générale en 2020 à Lisbonne organisée par le Portugal et le Kenya et une réunion thématique sur l'économie bleue en novembre de cette année 2018 à Nairobi. La France, de son côté met la touche finale à sa feuille de route sur l'ODD14 pour montrer que ses engagements politiques sont suivis d'effet. On est bien là dans un processus, qui sans être juridique au sens traditionnel, implique les États et d'autres partenaires et les oblige à respecter leurs engagements politiques. Il revient à la société civile et aux opinions publiques de prévoir les sanctions du non-respect des engagements politiques. Je vous concède que cela est plus facile dans les États démocratiques que dans les autres.

Je mentionnerai pour terminer cette partie le rôle important de l'UE dans ces processus politiques mais qui laissent plus de place aux États membres que les processus juridiques dans lequel la négociation européenne répond aux obligations des traités, en particulier le Traité de Lisbonne.

3.2. Il est plus facile de défendre la voie juridique traditionnelle pour la construction d'un droit protecteur de l'environnement marin. Rien de bien nouveau ici dans la méthode si ce n'est que tous les acteurs dont j'ai parlé plus haut interviennent aussi dans ce processus.

Au-delà de la négociation traditionnelle de conventions internationales dans le cadre d'OI telles que l'OMI (avec comme récents exemples la Convention sur les ballasts, Convention sur le démantèlement), de l'AIFM (élaboration en cours d'un code minier prévoyant droits et obligations des États et des acteurs de l'exploitation des minerais sous-marins en particulier en matière de protection de l'environnement), des ORGP (élaboration de règlementations contraignantes des pêches dans une région ou pour une ou plusieurs espèces de poissons ou ressources), je souhaiterais m'arrêter sur une négociation qui vient de débuter ce mois de sep-

tembre à NY dans le cadre d'une résolution du 24 décembre 2017 de l'AGNU et qui a pour objet d'élaborer un traité contraignant de mise en œuvre de la CNUDM sur « la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité au-delà des zones sous juridiction », c'est-à-dire sur la haute mer (colonne d'eau) et la zone. Vous entendrez souvent une simplification de l'objet en le limitant à la haute mer, sachez qu'il concernera aussi la zone. Il s'agit du processus BBNJ.

Comme nous parlons de création du droit, il est intéressant de s'arrêter un moment sur les différentes étapes qui ont précédé le début des négociations car il s'agit là d'un processus entamé en 2004. Vous allez constater qu'il faut aujourd'hui une longue étape de maturation politique avant de déclencher la négociation strictement juridique, et par nature diplomatique, qui mène au traité. En 2004-2005 la communauté internationale (AGNU) se pose la question de l'intérêt d'une négociation pour compléter la partie 12 de la CNUDM sur la protection de l'environnement marin. Cela repose sur deux éléments importants, les progrès de la connaissance (nouvelles espèces, ressources génétiques marines, fond des océans, cheminées sulfurées découvertes en 1977) et le développement des capacités techniques qui font que l'homme peut aujourd'hui exploiter l'océan toujours plus loin des côtes et toujours plus profond. Pour réfléchir on crée un groupe ad hoc ouvert à tous les États des NU. Celui-ci progresse laborieusement pendant cinq ans avec des réunions en moyenne annuelles. Encore une fois l'objectif est la réflexion sur l'opportunité d'engager une négociation sur un accord dont on ne sait pas trop à l'époque sur quoi il pourrait porter pour actualiser, en les complétant, les dispositions de la CNUDM.

En 2011, on commence à voir la sortie du tunnel avec une entente informelle entre l'UE et le Groupe des 77 et la Chine sur quatre thèmes à faire figurer dans un accord : les outils de protection en particulier les aires marines protégées (AMP) et les évaluations d'impact environnemental étaient les deux sujets exigés par l'UE, les ressources génétiques marines (RGM) et le renforcement des capacités et les transferts de technologie étaient les deux sujets exigés par les États en développement. Dès le départ, on constate que les deux sujets proposés par le G77 sont un peu en marge de l'objectif général de l'accord visant à protéger et utiliser durablement la biodiversité marine au-delà des zones sous juridiction. En effet le prélèvement des RGM ne constitue pas en soi une atteinte à la biodiversité marine sauf si vous êtes incapable d'isoler et, reproduire en laboratoire une molécule. Dans ce dernier cas, en effet, vous êtes obligé de multiplier les prélèvements sur un stock naturel (plancton, krill) ce qui porte atteinte à la pérennité de la ressource.

Il faudra encore quatre longues années, jusqu'en 2015, pour aboutir à une nouvelle résolution de l'AGNU qui reprend à son compte les conclusions du groupe ad hoc sur l'intérêt d'une négociation. Toutefois, pour tenter de garder « tout le monde à bord de la négociation » et ne pas perdre en route les États sceptiques sur l'intérêt d'une négociation (Russie, USA, Islande, Norvège, Japon etc.), l'AGNU décide de procéder par une nouvelle étape préalable à la négociation, la convoca-

tion d'un Comité préparatoire qui se réunira quatre fois en 2016 et 2017 et rapportera des conclusions devant l'AGNU. La fin de ce comité préparatoire a été rendue fort difficile par des tirs de barrage des États sceptiques reproduits pendant la négociation d'une nouvelle résolution de l'AGNU, prise cependant par consensus le 24 décembre 2017, convoquant enfin une conférence intergouvernementale ayant pour objectif l'élaboration d'un accord international contraignant dont la première session de négociation s'est tenue du 4 au 17 septembre dernier à New York.

Je ne peux, faute de temps, aborder le contenu de ce futur accord qui traite des quatre thèmes cités précédemment mais, je veux ajouter que dans la crise que connaît aujourd'hui le multilatéralisme, onusien en particulier, cette négociation destinée à durer plusieurs années est le seul traité international actuellement en négociation aux Nations unies. Malgré leur « scepticisme » et leurs critiques face à l'objectif concret, un traité de mise en œuvre de la CNUDM, qu'ils considèrent comme inutile, les États sceptiques et opposés ne critiquent nullement la volonté internationale et la nécessité de protection de l'environnement marin.

La négociation a commencé de manière plutôt positive et on commence à voir les États qui vont rester en marge, ceux qui seront des acteurs très actifs, les thèmes qui seront difficiles à régler, les États ou groupes d'État vers lesquels l'UE pourra se rapprocher pour rechercher des solutions acceptables par le plus grand nombre, on commence à voir se dessiner les thèmes sur lesquels des concessions devront être faites et ceux sur lesquels des compromis devront être recherchés, enfin ceux pour lesquels une « ambigüité constructive » permettra de sortir du blocage.

La nouveauté vient sans doute de l'importance de la société civile présente dans la négociation (sur le balcon de la salle où les choses se déroulent), la possibilité qui lui est ouverte de prendre la parole après les États sur chacun des thèmes discutés, la multiplication des *side events* qu'elle organise avec la collaboration des États (il a fallu se résoudre à en refuser certains en septembre faute de temps) et les ateliers qu'elle monte entre les sessions où des représentants d'États sont aussi invités. J'ai ainsi participé à un atelier sur les AMP monté par l'UICN la semaine dernière et je peux vous affirmer que de tels ateliers sont très utiles pour tous et qu'ils permettent aux États d'adapter leurs positions.

Ces négociations sur le droit de la mer ne font que reprendre une évolution qui existe déjà depuis de nombreuses années pour nos collègues qui traitent d'environnement terrestre ou du climat. Je pense aux COP (réunion des États parties) de traités comme la Convention sur la diversité biologique (CDB) ou la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC).

Un mot pour terminer sur l'exception européenne en matière de négociation qui rend moins visible les États membres à New York. Le traité de Lisbonne, la création d'une politique étrangère commune oblige à des ententes entre États membres et Commission en amont des négociations new-yorkaises. Cela a des avantages car l'UE s'exprime toujours en son nom et au nom de ses 28 États membres et cela fait un bloc non négligeable. Toutefois la recherche de positions

communes sur un traité aussi vaste n'est pas simple, demande beaucoup de temps et se traduit trop souvent par le plus petit dénominateur commun.

Le défi pour la France, premier État maritime de l'UE, est d'être suivi au sein de l'UE sur ses positions et de rester visible dans la négociation à l'ONU. Cela signifie multiplier les contacts avec d'autres négociateurs (États francophones, États géographiquement proches de nos collectivités ultramarines) pour porter à la fois les idées de l'UE et nos propres vues sur un thème, un secteur ou une région dès lors qu'elles sont conformes aux vues plus générales exprimées par l'UE, à la formation desquelles nous avons participé.

En interne, le défi du MEAE est de mener cette négociation de manière ouverte avec l'ensemble des interlocuteurs français intéressés : autres ministères, institutions concernées, Marine nationale, instituts scientifiques, ONG, secteurs économiques, pêcheurs, universités, chercheurs en droit de la mer. Ce n'est pas toujours aisé mais nous nous y employons.

Voilà, j'espère vous avoir convaincus que la communauté internationale n'est pas inactive, qu'elle est même inventive dans les processus de création d'un droit protecteur de l'environnement marin mais qu'il s'agit de processus complexes vu la spécificité et la technicité des thèmes abordés et le nombre toujours croissant d'acteurs concernés qui ont tous droit au chapitre même si le mot final reste aux États.

CHAPTER 2

LAS NORMAS DEL DERECHO DEL MAR SOBRE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO Y EL OBJETIVO 14 DE LA AGENDA 2030: ¿UTOPÍA O REALIDAD? *

Elena C. Díaz Galán

Profesora Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

ABSTRACT: *The protection and preservation of the seas and oceans is more necessary than ever. The international community is aware of this issue and has adopted, over time, numerous instruments that oblige States to respect and guarantee a sustainable marine environment. Among them, undoubtedly, highlights the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. This International Treaty revolutionized, at the time, the treatment that until then States made of the marine environment due to its universal nature, its binding nature and for being a «complete» instrument that incorporates both a normative framework and an institutional structure. The Convention keeps its importance in our days. Thus, it remains an essential reference when addressing issues related to the marine environment. Since its adoption, the international community has not developed another instrument with equal relevance. However, States have continued to reflect on the law of the sea and, in particular, on the protection of the marine environment. This is amply demonstrated by the establishment of the 2030 Agenda, through Resolution 70/1 adopted by the General Assembly of the United Nations, which determines the Sustainable Development Goals (SDG) and the goals that comprise them. In particular, SDG 14 refers to «underwater life».*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto Cátedra sobre Desarrollo y Erradicación de la Pobreza, Naciones Unidas (SDG-FUND y UPJC) V528.

The purpose of this study is basically to reflect on the possible compatibility of the content of SDG 14 and the provisions of the Convention on the Law of the Sea in this matter as well as the similarities and differences that may exist.

***Keywords**: marine environment; SDG 14; pollution; international cooperation.*

***RÉSUMÉ:** La protection et la préservation des mers et des océans sont plus nécessaires que jamais. La communauté internationale est consciente de ce problème et a adopté, au fil du temps, de nombreux instruments obligeant les États à respecter et à garantir un environnement marin durable. Parmi eux, sans aucun doute, met en évidence la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, 1982. Ce traité international a révolutionné, à l'époque, le traitement que jusque-là les États faisaient du milieu marin en raison de son caractère universel, contraignant et pour être un instrument «complet» intégrant à la fois un cadre normatif et une structure institutionnelle. La Convention garde son importance de nos jours. Il reste donc une référence essentielle pour aborder les problèmes liés à l'environnement marin. Depuis son adoption, la communauté internationale n'a pas mis au point un autre instrument d'une égale pertinence. Toutefois, les États ont continué de réfléchir au droit de la mer et, en particulier, à la protection du milieu marin. Ceci est amplement démontré par l'établissement du Programme 2030, par le biais de la résolution 70/1, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, qui définit les objectifs de développement durable (ODD) et les objectifs qui les composent. L'ODD 14, en particulier, fait référence à la «vie sous-marine». Le but de cette étude est essentiellement de réfléchir à la compatibilité éventuelle du contenu de l'ODD 14 et des dispositions de la Convention sur le droit de la mer en la matière, ainsi que des similitudes et des différences qui peuvent exister.*

***Mots-clés**: environnement marin; ODD 14; pollution; coopération internationale.*

***RESUMEN:** La protección y preservación de los mares y océanos es más necesaria que nunca. La comunidad internacional es consciente de esta cuestión y ha adoptado, a lo largo del tiempo, numerosos instrumentos que obliguen a los Estados a respetar y garantizar un medio marino sostenible. Entre ellos, sin duda, destaca la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982. Este Tratado internacional revolucionó, en su momento, el tratamiento que hasta entonces los Estados hacían del medio marino debido a su carácter universal, su naturaleza vinculante y por ser un instrumento «completo» que incorpora tanto un marco normativo como una estructura institucional. El Convenio guarda su importancia en nuestros días. Así, sigue siendo un referente imprescindible a la hora de abordar cuestiones relativas al medio marino. Desde su adopción, la comunidad internacional no ha elaborado otro instrumento con igual relevancia. Sin embargo, los Estados han seguido reflexionando sobre el Derecho del mar y, en especial, sobre la protección del medio marino. Esto queda ampliamente demostrado con el establecimiento de la Agenda 2030, mediante la Resolución 70/1 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que determina los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y las metas que los integran. En particular, el ODS 14 se refiere a la «Vida submarina». El propósito de este estudio consiste básicamente en reflexionar sobre la eventual compatibilidad del contenido del ODS 14 y las disposiciones de la Convención*

sobre el derecho del mar en esta materia así como las similitudes y diferencias que pudieran existir.

Palabras clave: *medio marino; ODS 14; contaminación; cooperación Internacional.*

1. INTRODUCCIÓN

La adopción del Convención sobre el Derecho del Mar, en el seno de la Organización de Naciones Unidas, en 1982, supuso un avance significativo en materia de protección del medio marino. Esto se debe tanto al carácter universal que tiene la Organización de la que emana este instrumento [1] como a las referencias que hace este Convenio a diversos aspectos del Derecho del mar. Una breve lectura del Convenio de 1982 es suficiente para advertir que se trata de un instrumento bastante completo en materia de Derecho del mar. En este sentido, desarrolla disposiciones orientadas a la regulación, entre muchas cuestiones, del «mar territorial y la zona contigua», los «estrechos utilizados para la navegación internacional», los «Estados archipelágicos», la «zona económica exclusiva y plataforma continental» o lo que se denomina por el propio Convenio como «La Zona» y que serían los Fondos Marinos y Oceánicos. Más allá, la Convención reconoce, también, la creación de instituciones para la protección de los mares así como mecanismos para la solución pacífica de controversias entre los Estados. En todo caso, conviene resaltar que la Convención aborda las cuestiones relativas a la protección y preservación del medio marino.

Es incuestionable, por tanto, la importancia que tiene la Convención de 1982 en materia de Derecho del mar en el plano internacional. Sin embargo, con el tiempo, también con alcance universal, se han ido formulando otros principios en este ámbito en instrumentos político-jurídicos de distintos alcance. En particular, Naciones Unidas ha impulsado algunos Objetivos en los que la protección del medio ambiente ocupa un papel central y en los que, además, se hace alusión específica al medio marino. Nos referimos a la adopción de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y, sobre todo, de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). La adopción de los ODM, en 2000, representa el inicio del camino hacia la consecución de metas en materia de igualdad, derechos humanos o medio ambiente por la comunidad internacional. La gran aceptación que tuvieron estos Objetivos y la necesidad de ampliar, aún más, la agenda internacional en la materia llevó a que los ODM se complementasen con los Objetivos implantados por la Organización para el periodo comprendido entre 2015-2030. Así, se adoptó la Resolución 70/1, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 2015, que da nacimiento a la Agenda 2030, dónde se reconocen 17 Objetivos y 169 metas.

---

[1] Casado Raigón, R., «La convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar y su pretensión de universalidad y generalidad», en Sobrino Heredia, J. M. (dir.), *La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar a la buena gobernanza de los mares y océanos,* , vol. 1, 2014, 9-20.

Ahora bien, los ODM y los ODS no han sido indiferentes a las cuestiones medioambientales. En los dos casos, encontramos menciones a la necesidad de garantizar un medio ambiente sostenible y, también, adoptar medidas para evitar la contaminación, regular el consumo para que sea sostenible o reducir los efectos del cambio, aspectos que están muy vinculados, también, con la consecución de otros objetivos como lograr la paz o erradicar la pobreza y, por supuesto, que afectan al medio marino[2]. En este sentido, recordemos que el ODM 7 estaba orientado a «Garantizar la sostenibilidad del medioambiente» y que, entre otros, los ODS 7, 11, 12, 13, 14 y 15 también se refieren a cuestiones de esta índole. Todo esto se explica por la propia naturaleza que inspira los ODM pero, sobre todo, los ODS. Estos Objetivos tienen la finalidad de asegurar el «desarrollo sostenible» lo que queda reflejado en las metas que los integran.

Por tanto, la cuestión medioambiental se configura, en los últimos años, como un aspecto central y aún pendiente de solución en la comunidad internacional, aunque la doctrina iusinternacionalista le ha prestado mucha atención, también, desde la perspectiva del Derecho del mar[3]. Ahora bien, existe una diferencia de enfoque entre los Objetivos adoptados en 2000 a la hora de tratar la regulación del medio ambiente y la percepción que se establece en la Agenda 2030, aspecto que influirá irremediablemente en nuestro análisis. Así, mientras que los ODM ofrecen una protección generalista del medio ambiente y las alusiones específicas a la preservación del medioambiente marino serán escasas, sin embargo, los ODS dedicarán un Objetivo preciso al medio marino al margen de las alusiones que la Agenda 2030 hará a la protección del medio ambiente en general.

Por un lado, *en la conformación de la Agenda 2000-2015* no encontramos ningún objetivo concreto en materia de medioambiente marino. Las únicas referencias a esta cuestión son generales en el campo del medio ambiente y solo una de las metas que integran el ODM 7 podría vincularse, de manera más específica, con la protección del medio marino. En concreto, la meta 7.B afirma la necesidad de «haber reducido y haber ralentizado considerablemente la pérdida de diversidad biológica en 2010». En efecto, dentro de los indicadores que sustentarían la adopción de esta meta encontramos los siguientes: primero, que «el mundo no ha alcanzado la meta de 2010 de conservación de la biodiversidad, con posibles consecuencias muy graves»; segundo, que «los hábitats de las especies en peligro no están siendo adecuadamente protegidos»; tercero, que «la cantidad de especies en peligro de extinción sigue creciendo a diario, especialmente en países en vías de desarrollo» y, por

[2] En este sentido *vid.*, entre otros: «FAO, Impacts of climate change on fisheries and aquaculture Synthesis of current knowledge, adaptation and mitigation options», *FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper 627,* Roma, 2018.

[3] Recensión de Gutiérrez Castillo, V. L., «Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo», en Juste Ruiz, J., y Bou Franch, V. (dirs.); y Sánchez Patrón, J. M. (coord.), *REDI*, vol. 67, núm. 2, 2015, 309-331. Como dice el profesor Gutiérrez Castillo en su recensión: «La exploración y explotación de los recursos marinos, así como la protección y preservación de los mares y océanos constituye desde el punto de vista jurídico, una de las cuestiones que mayor interés ha despertado en la doctrina especializada en los últimos años», 310.

último, que «la sobreexplotación de la pesca global se ha estabilizado, pero quedan enormes desafíos para asegurar su sostenibilidad»[4]. Por otro lado, *en el caso de la Agenda 2030*, la situación varía sustancialmente. Esto se debe a que, junto a los Objetivos 7, 11, 12, 13 o 15 (que tratan la cuestión del medio ambiente), el Objetivo 14 reconoce la voluntad de los Estados de «conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible». En los ODS existe, por tanto, un Objetivo concreto en materia de medioambiente marino.

Lo anterior explica que nos centremos en el análisis de los ODS y, en particular, del ODS 14 sobre «Vida submarina». El contenido de este Objetivo, determinado por sus metas, unido a la amplia esfera temática que cubre el Convenio sobre el Derecho del mar, de 1982, nos lleva, también, a acotar el ámbito de la investigación a lo que el Convenio denomina: «Protección y preservación de medio marino». En este sentido, aunque el Convenio menciona esta cuestión en diferentes ocasiones, al hilo de cada una de las partes marinas que examina y regula (Alta Mar, Zona económica exclusiva, la Zona...), reflexionar sobre todas estas cuestiones desbordaría el objetivo de este análisis. Por ello, nos centraremos en una parte y sección específica del Convenio, es decir, en la Parte XII sobre «Protección y preservación del medio marino» y, dentro de ella, en la Sección 1.ª donde se establecen las disposiciones generales.

En definitiva, los ODS representan un cambio a la hora de entender la configuración y necesidades que tiene la comunidad internacional actual. En múltiples terrenos, los ODS han transformado los enfoques tradicionales y han complementado, en mayor o menor medida, los tratados internacionales sobre determinadas cuestiones. Resulta evidente que los ODS y, en especial, el ODS 14, han supuesto un nuevo enfoque en la protección y la preservación del medio marino. El mero hecho de que se incorpore en la Agenda 2030 la necesidad específica de garantizar la conservación del medioambiente marino significa que se trata de un tema de gran actualidad y en el que todavía habría que avanzar normativamente o, por lo menos, no «perder de vista» las nuevas tendencias en este sentido. Así, conviene determinar cuáles han sido las aportaciones específicas del ODS 14 a las disposiciones sobre protección y preservación del medio marino recogidas en la Convención del Derecho del mar. En particular, interesa analizar los posibles avances que la Agenda 2030 propone a estos efectos y la naturaleza de estas aportaciones. Con la finalidad de saber sí existe plena compatibilidad o no entre los preceptos del Convenio de 1982 y el ODS 14.

2. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR Y LA PROTECCIÓN DE MEDIO MARINO. PRINCIPALES APORTACIONES

La Convención sobre Derecho del Mar cubre amplias cuestiones relativas a este sector del Derecho internacional. En realidad, se trata de un convenio extenso que

[4] *http://www.un.org/es/millenniumgoals/environ.shtml.*

abarca prácticamente todos los aspectos de este ámbito. La importancia que, en la actualidad, sigue teniendo la regulación de los espacios marinos y, en particular, la protección del medio marino origina que la Convención de Naciones Unidas conserve un lugar privilegiado entre los instrumentos internacionales que regulan la convivencia en la comunidad internacional. Como señala el Informe de Naciones Unidas sobre «Vida submarina: Por qué es importante», al hilo de la exposición del ODS 14, «los océanos proporcionan recursos naturales fundamentales como alimentos, medicinas, biocombustibles y otros productos. Contribuyen a la descomposición molecular y a la eliminación de los desechos y la contaminación, y sus ecosistemas costeros actúan como amortiguadores para reducir los daños causados por las tormentas. Mantener la salud de los océanos ayuda en los esfuerzos de adaptación al cambio climático y mitigación de sus efectos»[5]. En este ámbito, el Convenio es uno de los instrumentos internacionales por excelencia. Además, su análisis descubre la complejidad que entraña el propio medio marino y su consiguiente regulación.

Más allá de las disposiciones del Convenio que guardan un mayor vínculo con el contenido del ODS 14 conviene señalar, ahora, una de las principales aportaciones que hace el Convenio de 1982. En esencia, se trata de la creación de un organismo destinado a controlar y salvaguardar el medio marino y que, en la Convención, aparece definido como «la Autoridad»[6]. Reflexionar sobre esta cuestión resultaría relevante de cara a comparar el marco que adopta la Convención y las indicaciones que se contienen en los ODS en materia de protección del medio marino. La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos es, como señala el Convenio, «la organización por conducto de la cual los Estados Partes organizarán y controlarán las actividades en la Zona de conformidad con esta Parte, particularmente con miras a la administración de los recursos de la Zona». Además, «la Autoridad tendrá las facultades y funciones que expresamente se le confieren en esta Convención. Tendrá también las facultades accesorias, compatibles con esta Convención, que resulten implícitas y necesarias para el ejercicio de aquellas facultades y funciones con respecto a las actividades en la Zona»[7].

Aparte del tradicional debate sobre si «la Autoridad» se podría considerar como una verdadera Organización o más bien como una «simple» instancia internacional[8], lo que resulta indudable es que este mecanismo está ampliamente desarrollado y es sumamente completo. En este sentido, la Autoridad Internacional de

---

[5] *ONU: Vida submarina: Por qué es importante, https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/14_Spanish_Why_it_Matters.pdf.*

[6] Sobre este tema *vid.*, entre muchos otros, Armas Pfirter, F., «Las instituciones creadas por la Convención del Derecho del Mar», *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 15, 2001, 11-98.

[7] Art. 157.1 y 157.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

[8] A nuestro juicio, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos es una verdadera Organización internacional por contar con los elementos que son necesarios, según la doctrina iusinternacionalista, para considerarla así. Además, esta tendrá reconocidos algunos derechos y obligaciones que derivarían de su condición como sujeto del Derecho internacional. En esta línea, el propio Convenio reconoce, en su art. 176, que «la Autoridad tendrá personalidad jurídica internacional y la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y el logro de sus fines».

los Fondos Marinos cuenta con una Asamblea, un Consejo, una Secretaría y con lo que el Convenio denomina como «la Empresa». Las funciones y competencias de estos órganos aparecen detalladas en los arts. 160 a 170 del Convenio. A grandes rasgos, la Asamblea se podría definir como un foro de debate o una gran Conferencia que aglutina a los Estados parte en el Tratado y el Consejo como el órgano encargado de adoptar decisiones con base en las conclusiones de la Asamblea; el Secretariado constituye el órgano por excelencia al estar dotado de un carácter permanente. La estabilidad que proporciona el Secretariado, junto a su carácter estrictamente internacional[9], hacen de este organismo un componente clave en la defensa y protección del medio marino. Además, gracias a esta avanzada estructura institucional, las disposiciones del Convenio adquieren mayor relevancia y gozan de más efectividad. En resumen, «La Autoridad» reúne las características que definen a las Organizaciones internacionales. Pero, además, el Convenio de 1982 crea otro órgano de carácter judicial, encargado de dirimir las controversias internacionales en materia del Derecho del mar[10]. Se trata del «Tribunal Internacional del Derecho del Mar». La existencia de este órgano completaría el marco institucional en el campo de protección del medio marino.

Como se ha dicho, la entrada en funcionamiento del TIDM «representó un cambio trascendental para la comunidad internacional, iniciando la primera etapa del sistema jurisdiccional destinado a regular, administrar y proteger uno de los regímenes internacionales más complejos y delicados que existen, el régimen de los océanos»[11]. La instauración de este Tribunal constituye un elemento esencial a la hora de proteger y regular el medio marino y oceánico a nivel internacional, actuando como un mecanismo muy eficaz de solución pacífica de controversias entre los Estados parte. Las competencias de este órgano jurídico son amplias y abarcan, también, cuestiones muy diversas del Derecho del mar. Entre muchas otras, cabría recordar las relativas a la pronta liberación de los buques, la delimitación de algunas zonas marinas y oceánicas, la delimitación de las fronteras marítimas o la conservación y explotación sostenible de determinadas especies.

Sin intención de desarrollar un análisis en profundidad sobre los asuntos planteados ante el Tribunal, conviene señalar algunos de los casos más relevantes de la Corte en la materia específica de protección y preservación del medio marino, ámbito objeto de nuestro estudio. En este sentido, todos recordamos el asunto re-

---

[9] En este sentido, *vid.* el art. 168 de la Convención. El punto 1 de esta disposición establece que «en el desempeño de sus funciones, el secretario general y el personal de la Autoridad no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna otra fuente ajena a la Autoridad. Se abstendrán de actuar en forma alguna que sea incompatible con su condición de funcionarios internacionales, responsables únicamente ante la Autoridad. Todo Estado parte se compromete a respetar el carácter exclusivamente internacional de las funciones del secretario general y del personal, y a no tratar de influir sobre ellos en el desempeño de sus funciones. Todo incumplimiento de sus obligaciones por un funcionario se someterá a un tribunal administrativo apropiado con arreglo a las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad».

[10] Sobre este aspecto *vid.* los arts. 186 y ss. de la Convención.

[11] Cabrera Mirassou, M., «La competencia consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el contexto del régimen de los océanos», *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, año 2, núm. 4, agosto de 2014, 94.

lativo a la conservación y explotación sostenible de existencias de espadón en el océano Pacífico sur-este, entre Chile y la Unión Europea, el asunto relativo a los trabajos de polderización por Singapur en el interior y los alrededores del estrecho de Johor, entre Malasia y Singapur, o los asuntos de atún de aleta azul entre Nueva Zelanda y Japón y entre Australia y Japón[12]. No se puede negar que exista un vínculo con la protección y preservación del medio marino en prácticamente todos los asuntos presentados ante el Tribunal pero el hecho de que queramos acotar nuestro trabajo al estudio de las disposiciones de la Parte XII, disposiciones generales sobre protección y preservación del medio marino, conduce a hacer hincapié en casos que, de manera concreta, se han referido a esta cuestión.

En cualquier caso, lo anterior demuestra la relevancia del TIDM en materia de Derecho del mar. Ahora bien, la cooperación, como uno de los principios básicos de la comunidad internacional contemporánea se aprecia, también, en el ámbito judicial de los Tribunales internacionales. La cooperación ocupa un papel preponderante en la Convención de 1982 y en el contenido del ODS 14 a la hora de proteger y preservar los medios marinos. Esta cooperación que abarca diversos niveles y sectores y que incluye numerosos actores de las relaciones internacionales está presente, de igual manera, entre los órganos jurídicos con competencias, entre otras, para solucionar conflictos marítimos entre los Estados[13]. En este sentido, no debemos olvidar que la acción desarrollada por el TIDM se complementa con la actuación del Tribunal internacional de Justicia (TIJ), numerosos tribunales arbitrales o algunos tribunales regionales, sobre todo, a nivel europeo. Sin embargo, mientras la acción del TIJ se ha orientado, sobre todo, a resolver cuestiones relativas a la delimitación fronteriza, en la práctica, el TIDM se ha adaptado a las nuevas tendencias y ha conocido casos de diversa índole, entre los que se encuentran los relativos a la protección y preservación del medio marino. Como se ha afirmado, «la Corte —refiriéndose al TIJ— retuvo su competencia y trabajo en los casos en los que históricamente intervino, *i. e.* delimitaciones marítimas. Pero prácticamente no ha recibido asuntos vinculados a los nuevos temas del Derecho del mar, léase pronta liberación, protección del medio marino, la Zona y actividades en ella, entre otros»[14]. Este aspecto se ha puesto de manifiesto en algunos fallos de la CIJ, en particular, en el asunto «delimitación marítima en el mar Caribe y el océano pacífico» (*Costa Rica c. Nicaragua*, 2 de febrero de 2018) o en el caso «delimitación marítima en el mar negro» (*Rumania c. Ucrania*, 3 de febrero de 2003)[15]. En definitiva, todo ello revelaría, con mayor intensidad, la necesidad de contar con el TIDM y su importancia en la protección de los medios marinos y oceánicos.

---

[12] Sobre un análisis en profundidad de estos asuntos *vid.*, entre otros, página del TIDM: *https://www.itlos.org/fr/affaires/affaires-contentieuses/* y Tribunal International du droit de la Mer, Répertoire de Jurisprudence (1996-2016), Hamburgo, 2016.

[13] Sobre este tema *vid.*, entre otros, Cabrera Mirassou, M., «El Tribunal Internacional del Derecho del Mar. La institución judicial para el régimen de los océanos», tesis doctoral, Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Instituto de Relaciones internacionales, Argentina, 2013, 26.

[14] *Ibid.*, 80.

[15] Sobre un análisis en profundidad de estos asuntos *vid.*, entre otros, página del TIJ: *https://www.icj-cij.org/fr/affaire/153* y *https://www.icj-cij.org/fr/affaire/132*. También, para todos los casos sobre esta materia presentados y resueltos ante el TIJ, *vid. https://www.icj-cij.org/fr/affaires-contentieuses*.

Pero, con independencia de la estructura institucional, conviene examinar las disposiciones de Convenio en materia de «protección y preservación del medio marino». Esta cuestión aparece a lo largo de todo el Convenio en las zonas marinas concretas a las que hace referencia. Sin embargo, interesa centrar la atención en la Parte XII del Convenio que cuenta con un carácter más generalista al no estar orientada a una parte específica del mar y que permite, así, dilucidar si existe un nexo de unión entre estas disposiciones y las metas reconocidas en el Objetivo 14 de la Agenda 2030. La lectura de los preceptos recogidos en las disposiciones generales de la Parte XII del Convenio cabe extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la Convención reconoce una obligación general y universal «de proteger y preservar el medio marino» [16]. Esta formulación es útil porque sitúa al medio marino en el centro de las prioridades de la comunidad internacional y su protección se concibe como una labor que deben realizar todos los Estados y otros actores de las relaciones internacionales. En segundo lugar, se hacen numerosas referencias a la necesidad de conservar el medio ambiente [17]. Se crea, así, un vínculo entre medio ambiente y medio marino. Como se establece en el art. 193 del Convenio «los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su *política en materia de medio ambiente* y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino» [18]. A diferencia de lo que sucedía en los ODM, tanto el Convenio como algunos ODS ponen el énfasis en la regulación del medio ambiente desde la perspectiva del Derecho del mar, surgiendo así lo que se conoce como medioambiente marino. Por último, la Convención hace mención a aspectos concretos cuando se trata de proteger el medio marino. En particular, se establecen disposiciones encaminadas a reducir la contaminación de los mares [19] y evitar la «utilización de tecnologías o introducción de especies extrañas o nuevas en el medio marino» [20]. Entre otras referencias, cabe destacar, por ejemplo, el art. 194.1 del Convenio por el que «los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto». En este sentido, el Convenio se refiere «a todas las fuentes de contaminación del medio marino», entre otras, «sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas»; «la contaminación causada por buques» o «la con-

---

[16] Art. 192 del Convenio.

[17] En un caso particular y respecto a la práctica española, *vid*. Gutiérrez Castillo, V. L., y García Blesa, J., «The Environmental Protection Regimes Governing Maritime Renewable Energies in the EU and their Implementation in the Marine and Coastal Areas of the South of Spain», *Spanish yearbook of international law*, núm. 17, 2011-2012, 1-18.

[18] Cursiva añadida.

[19] A la hora de desarrollar un análisis en profundidad sobre la contaminación en los mares, las referencias a las disposiciones establecidas en la Parte XII del Convenio relativas a las «relativas a la prevención, reducción y control de la contaminación del medio marino», tendrían que complementarse con el estudio del contenido establecido en el art. 196 y en las Secciones 4.ª y 5.ª de la Parte XII del Convenio.

[20] Art. 196 del Convenio.

taminación procedente de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración o explotación de los recursos naturales de los fondos marinos y su subsuelo»[21].

Además de las disposiciones generales, la Parte XII del Convenio, en su Sección 2.ª, menciona otros aspectos que conviene señalar puesto que son expresión de la esencia que definen los ODS. Se trata, en este caso, de la necesaria cooperación tanto regional como mundial que debe existir a la hora de proteger el medio marino. En términos claros, el art. 197 afirma que «los Estados cooperarán en el plano mundial y, cuando proceda, en el plano regional, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, en la formulación y elaboración de reglas y estándares, así como de prácticas y procedimientos recomendados, de carácter internacional, que sean compatibles con esta Convención, para la protección y preservación del medio marino, teniendo en cuenta las características propias de cada región». La cooperación internacional para la protección y preservación del medio marino consiste, básicamente, en el intercambio de información entre los Estados parte, bien en el marco de las Organizaciones internacionales bien fuera de ellas[22]. Asimismo, la lucha contra la contaminación ocupa un lugar principal, desde la óptica de la cooperación internacional. La voluntad de evitar la contaminación de los mares se convierte en una de las principales preocupaciones de los Estados, inspirando el Convenio de 1982. De ahí que reconozca la necesidad de los Estados de elaborar informes y reglas para combatir la contaminación y la obligación de implementar «planes de emergencia» en esta materia[23].

También, la Parte XII del Convenio, en su Sección 3.ª, relativa a la «Asistencia Técnica» y en relación con la protección y la preservación del medio marino; establece medidas orientadas a regular la situación específica que existe en determinadas regiones del planeta. En esta Sección observamos dos aspectos que se expresan en las disposiciones anteriores. Por un lado, la «Asistencia Técnica» podría definirse como el apoyo o la colaboración que debe haber entre los Estados en materia de medio marino y estar dirigida, sobre todo, a aquellos países menos favorecidos[24]. La situación de los «Estados en desarrollo», en relación con la conservación de sus mares y océanos; inquieta bastante a la comunidad internacional. Este hecho explica que, además de la colaboración general en materia de medio

---

[21] Art. 194.3 del Convenio.

[22] *Vid.* arts. 198, 200 y 201 de la Convención.

[23] *Vid.* arts. 198-201 de la Convención.

[24] Como establece el art. 202 de la Convención, «los Estados, actuando directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes: *a)* Promoverán programas de asistencia científica, educativa, técnica y de otra índole a los Estados en desarrollo para la protección y preservación del medio marino y la prevención, reducción y control de la contaminación marina. Esa asistencia incluirá, entre otros aspectos: i) formar al personal científico y técnico de esos Estados; ii) facilitar su participación en los programas internacionales pertinentes; iii) proporcionarles el equipo y los servicios necesarios; iv) aumentar su capacidad para fabricar tal equipo; v) desarrollar medios y servicios de asesoramiento para los programas de investigación, vigilancia, educación y de otro tipo; *b)* prestarán la asistencia apropiada, especialmente a los Estados en desarrollo, para reducir lo más posible los efectos de los incidentes importantes que pueden causar una grave contaminación del medio marino; *c)* prestarán la asistencia apropiada, especialmente a los Estados en desarrollo, con miras a la preparación de evaluaciones ecológicas».

marino, se preste una atención específica a los «Estados en desarrollo» mediante una cooperación de todos los demás Estados parte en la Convención y llegándoles a reconocer un «trato preferencial» en determinadas cuestiones como «la asignación de fondos y asistencia técnica apropiados; y la utilización de sus servicios especializados»[25]. Por otro lado, la cuestión de la contaminación está presente en las disposiciones de la Sección 3.ª y en los principios que inspiran la Sección 4.ª del Convenio sobre «Vigilancia y evaluación ambiental». En efecto, el art. 204 dispone la necesidad de «vigilar los riesgos de la contaminación y sus efectos» para lo que los Estados deberán publicar informes y podrán, llegado el caso, estar sometidos a evaluación[26]. Junto al control ejercido por la autoridad competente en Derecho del mar y el órgano jurídico creado por el Convenio a estos efectos, la Sección 4.ª establece, incluso, otros mecanismos de supervisión que ponen el acento en el problema de la contaminación del medio marino. Este sistema de control se desarrolla en diferentes etapas que incluyen tareas de observación, de notificación y de valoración o examen de los resultados. Todo un mecanismo de monitorización en materia del medio marino.

Por último, conviene hacer referencia, al menos, a algunas disposiciones relativas a la protección y preservación del medio marino en zonas concretas. En particular, en lo relativo a «la Zona». En este sentido, el art. 145 del Convenio establece que «se adoptarán con respecto a las actividades en la Zona las medidas necesarias de conformidad con esta Convención para asegurar la eficaz protección del medio marino contra los efectos nocivos que puedan resultar de esas actividades. Con ese objeto, la Autoridad establecerá las normas, reglamentos y procedimientos apropiados para, entre otras cosas: *a)* Prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino y otros riesgos para este, incluidas las costas, y la perturbación del equilibrio ecológico del medio marino, prestando especial atención a la necesidad de protección contra las consecuencias nocivas de actividades tales como la perforación, el dragado, la excavación, la evacuación de desechos, la construcción y el funcionamiento o mantenimiento de instalaciones, tuberías y otros dispositivos relacionados con tales actividades; *b)* proteger y conservar los recursos naturales de la Zona y prevenir daños a la flora y fauna marinas». La regulación y protección del medio marino en la Zona está sujeta, por tanto, especialmente a las disposiciones generales que hemos reseñado con anterioridad. En resumen, la base jurídica de la protección del medio marino se encuentra en la Parte XII del Convenio, aunque no debemos desconocer las referencias a esta cuestión que se hacen en otras partes del Convenio.

Con todo, el Convenio realiza una regulación bastante completa del Derecho del mar, en su conjunto, y del medio marino, en particular. La naturaleza universal y el carácter obligatorio del Convenio hacen que sea una pieza clave en la protección de los mares en el plano internacional y, en concreto, en lo relativo a

---

[25] Art. 203 del Convenio.
[26] *Vid.* arts. 204-206 del Convenio.

la protección del medio marino. Las continuas llamadas que hace el Convenio a los Estados parte para preservar el medio marino se centran, muchas veces, en el problema de la contaminación, estableciendo medidas para evitarla e instando a los Estados a cooperar en esta materia. Por esto, la obligación de cooperar ocupa un lugar prioritario en este instrumento jurídico. En verdad, el Convenio de 1982 reconoce la importancia de la cooperación entre los Estados y las Organizaciones internacionales en la protección y preservación del medio marino, también en el campo científico[27]. Ahora bien, esta cooperación debe realizarse con base en las normas y principios que regulan en esta materia[28], incluso más allá de los previsto en el Convenio. Esto justificaría el interés por determinar en qué medida los ODS sobre el medio marino influyen en la Convención de 1982 y cuáles serían las similitudes y diferencias que presentan en este ámbito.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA CONVENCIÓN DE 1982 Y LOS ODS RESPECTO A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO: EL OBJETIVO 14

Los ODS aportan una nueva visión en la regulación de los temas tradicionales en el ámbito internacional, adaptando así las tendencias que se han desarrollado en los últimos tiempos en la comunidad internacional en múltiples materias, también en el campo de la protección del medio marino. En este sentido, recordemos que los ODS tienen una «dimensión medioambiental» por ser este uno de los aspectos que más interesa a la sociedad de nuestros días y, también, porque su protección, reglamentación y mejora conllevaría al logro de Objetivos como la erradicación de la pobreza, la paz internacional o la reducción de las desigualdades y la consiguiente garantía y respeto de los derechos humanos. Como afirma Naciones Unidas, «además, las zonas marinas protegidas contribuyen a la reducción de la pobreza aumentando las capturas de pesca y los ingresos y mejorando la salud de las personas. También ayudan a mejorar la igualdad de género, ya que las mujeres realizan gran parte de las labores en la pesca a pequeña escala»[29]. La dimensión medioambiental es, por tanto, una pieza clave en la configuración de los ODS.

---

[27] Tanto en las disposiciones del Convenio de 1982 como en el ODS 14 hay numerosas referencias a la necesidad de que los Estados desarrollen investigaciones y cooperen en el ámbito científico. Entre otros muchos ejemplos, podríamos mencionar la meta 14.3 referida a la voluntad de «Minimizar y abordar los efectos de la acidificación de los océanos, incluso mediante una mayor cooperación científica a todos los niveles»; el art. 144 del Convenio relativo a la «transmisión de tecnología», el art. 244.2 que reconoce que «los Estados tanto individualmente como en cooperación con otros Estados y con las organizaciones internacionales competentes, promoverán activamente la difusión de datos e información científicos y la transmisión de los conocimientos resultantes de la investigación científica marina, especialmente a los Estados en desarrollo, así como el fortalecimiento de la capacidad autónoma de investigación científica marina de los Estados en desarrollo, en particular por medio de programas para proporcionar enseñanza y capacitación adecuadas a su personal técnico y científico» o, dentro de la Parte XII del Convenio, los arts. del 200 al 202.

[28] En esta línea *vid.* la Sección 11.ª de la Parte XII del Convenio: «Obligaciones contraídas en virtud de otras Convenciones sobre protección y preservación del medio marino».

[29] *ONU: Vida submarina: Por qué es importante, op. cit.*

Ahora bien, esta dimensión recogida plenamente en la Agenda 2030 con carácter general, no impide que se establezcan algunos Objetivos precisos en esta materia y, en particular, en el ámbito del medio marino. En concreto, el Objetivo 14 relativo a la «vida submarina» se refiere a la necesidad de «conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible». A la luz del Convenio de 1982 y de la formulación del Objetivo 14 interesa reseñar: por un lado, que los ODS y, también el ODS 14, tienen una naturaleza muy amplia, abarcando numerosos aspectos y de manera bastante general, a diferencia del Convenio de 1982 que regula de manera más precisa estas cuestiones; por otro lado, los ODS no establecen normas particulares ni tienen tampoco carácter vinculante para los Estados. Mientras que el Convenio de 1982 reconoce derechos e impone obligaciones para los Estados parte, la formulación de los ODS responde a otros criterios distintos. En particular, los ODS, y el ODS 14, se limitan a formular orientaciones, pautas de comportamiento e indicaciones[30]. La naturaleza jurídica de la Resolución 70/1 y del Convenio de 1982 es radicalmente distinta, aunque aborde la misma materia, en nuestro caso la protección y preservación del medio marino. Con base en estos criterios, cabe abordar algunas semejanzas y diferencias que caracterizan a los ODS y a la Convención de 1982 en relación con la protección del medio marino.

En primer lugar, como ocurría en el Convenio sobre el Derecho del mar, la Agenda 2030 otorga una importancia capital a la lucha contra la contaminación de los mares. Esto se debe a que, como se ha dicho por Naciones Unidas, «las tendencias mundiales apuntan al deterioro continuado de las aguas costeras *debido a la contaminación* y la eutrofización (exceso de nutrientes en el agua, a menudo consecuencia de la escorrentía, que provoca la proliferación de plantas y la muerte de la fauna por falta de oxígeno). De los 63 grandes ecosistemas marinos evaluados en el Programa de Evaluación de las Aguas Transfronterizas, el 16 por 100 se sitúan en las categorías de riesgo «alto» o »máximo» por eutrofización costera. Están ubicados principalmente en Europa Occidental, Asia Meridional y Oriental, y el golfo de México»[31]. Asimismo, la primera meta del Objetivo 14 se refiere a esta cuestión al señalar que «de aquí a 2025, prevenir y reducir significativamente la contaminación marina de todo tipo, en particular la producida por actividades realizadas en tierra, incluidos los detritos marinos y la polución por nutrientes»[32]. Por tanto, la contaminación de los mares se sitúa en el centro de las preocupaciones de la comunidad internacional y se ha reflejado tanto en los ODS como en el Convenio de 1982. Esta coincidencia de propósito debe ser valorada puesto que señala los ámbitos en los que debe realizar mayores esfuerzos la comunidad internacional.

---

[30] Por todos, la excelente obra de Rodrigo Hernández, A. J., *El desafío del desarrollo sostenible: los principios de derecho internacional relativos al desarrollo sostenible,* Barcelona, 2015.

[31] UN. Economic and Social Council, *Progress towards the Sustainable Development Goals. Report of the Secretary-General*, mayo de 2017, 15, *https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2017/secretary-general-sdg-report-2017--ES.pdf* (cursiva añadida).

[32] A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

En segundo lugar, los ODS tienen, también, al igual que el Convenio de 1982 un carácter universal. En el primer caso, al ser Objetivos que están destinados a todos los actores de las relaciones internacionales y que afectan a la humanidad. En el segundo caso, por tratarse de un Convenio que ha recibido un gran número de ratificaciones y que, además, expresa una vocación de universalidad. Ambos instrumentos, la Resolución 70/1 y el Convenio de 1982, abordan con enfoque universal la protección del medio marino expresando que el logro de este propósito, por una parte, debe implicar a todos los actores y todos deben comprometerse con este fin; y, por otra parte, que los beneficios que se obtienen por la protección y preservación del medio marino repercuten en la comunidad internacional en su conjunto. En ningún caso cabe una visión parcial sino que, por el contrario, debe ser amplia, a la hora de abordar la protección del medio marino que, además, debe hacerse desde distintas perspectivas que conformen una visión integral. En otros términos, la protección del medio marino incumbe a toda la comunidad internacional, no solo a los Estados u Organizaciones internacionales, puesto que se trata de un Objetivo universal.

Asimismo, ni el ODS 14 ni la Convención de 1982 expresan un interés particular por la biodiversidad. En esencia, no se han encontrado referencias específicas a la protección de la biodiversidad marina en ninguno de estos instrumentos al margen de las referencias generales sobre protección del medio marino y sus especies. Así, el término biodiversidad no fue utilizado, de manera expresa, por la Convención, y este aspecto se reproduce en las metas que integran el ODS 14. Como ha afirmado el profesor Gutiérrez-Castillo «*en tenant compte du fait que la CNUDM n'est pas uniquement consacrée à la protection et à la conservation de la biodiversité, mais qu'il s'agit plutôt d'une convention cadre appelant le développement de règles complémentaires, il faut donc les rechercher dans d'autres instruments d'application universels et régionaux*»[33]. Asimismo, aunque, en los «datos destacables» sobre el ODS 14 se mencione que «más de tres mil millones de personas dependen de la biodiversidad marina y costera para su sustento», la biodiversidad no ha sido tratada, tampoco, de manera concreta por las metas sobre «Vida submarina». Esto se puede deber a la influencia que la Convención ejerce sobre el contenido del ODS 14, pero también a la desvinculación que persigue Naciones Unidas a la hora de redactar estos objetivos en relación con los ODM, donde sí existía una meta específica orientada a la biodiversidad. Sea como fuere, parece claro que la cuestión de la biodiversidad es un tema pendiente tanto en la Convención como en el ODS 14 y requiere, para su efectiva protección, de otros instrumentos regionales y universales en la materia. Así como NNUU con la adopción del ODS 14 y sus metas aporta nuevos conceptos y visiones en algunos ámbitos del medio marino, otras Organizaciones internacionales han desarrollado mecanismos que complementarían la protección de la biodiversidad tal y como queda estipulada en el ODS 14 y en la Convención de 1982[34].

---

[33] GUTIÉRREZ-CASTILLO, V. L., «La conservation et l'explotation durable de la biodiversité», *op. cit*., 295.

[34] Sobre un estudio en profundidad de los instrumentos internacionales y regionales, sobre todo en el ámbito europeo, adoptados en materia de protección de biodiversidad *vid. ibid.*, 296 y ss.

Lo anterior muestra el importante papel de las Organizaciones internacionales en la protección y preservación del medio marino, también en la materia específica de la biodiversidad. En este sentido, tanto el Convenio de 1982 como el ODS 14 instan a la cooperación para la necesaria consecución de sus disposiciones y metas respectivamente. Cooperación que incluye a las Organizaciones internacionales. Estas han complementado, perfeccionado y fomentado el cumplimiento de las normas sobre Derecho del mar reconocidas en la Convención de Montego Bay. Como se ha dicho, la lucha contra de la contaminación de los mares y océanos «*ne peut être atteint que grâce à une coopération efficace [...] la coopération a été mise en évidence avec l'adoption de la Convention de Barcelone et ses sept Protocoles, textes dont l'UE est partie signataire*»[35]. Junto a las medidas adoptadas a nivel universal, la Unión Europea ha ocupado un lugar fundamental en la protección del medio marino. Su condición de Organización internacional de integración favorece, sin duda, que se avance en la adopción de decisiones entre sus Estados miembros y, además, que sea un colaborador esencial a la hora de proteger la biodiversidad, regular la pesca o combatir la contaminación en los mares.

En tercer lugar, los ODS, en sus metas, a diferencia de Convenio de 1982, abordan una variedad de temas relativos a la vida marina. Por poner algunos ejemplos, la meta 14.2 trata sobre la necesidad de «gestionar y proteger sosteniblemente los ecosistemas marinos y costeros». El Convenio se refiere, por su parte, a ecosistemas concretos de los que no se encuentran alusiones en el ODS 14, es decir, los ecosistemas «raros o vulnerables». En efecto, en su Parte XII, en el art. 194.5, el Convenio sostiene que «entre las medidas que se tomen de conformidad con esta Parte figurarán las necesarias para proteger y preservar los ecosistemas raros o vulnerables, así como el hábitat de las especies y otras formas de vida marina diezmadas, amenazadas o en peligro». Siguiendo con el razonamiento anterior, la meta 14.3 alude a la obligación de «minimizar y abordar los efectos de la acidificación de los océanos». Aspecto del que no se contienen referencias explícitas en el Convenio sobre Derecho del mar, al menos en la parte relativa a la Protección y preservación del medio marino. La meta 14.4 de los ODS versa sobre «reglamentar eficazmente la explotación pesquera y poner fin a la pesca excesiva, la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada y las prácticas pesqueras destructivas». En este caso, el Convenio reconoce, también, la necesidad de regular la explotación pesquera sobre todo de cara a «mantener o restablecer» las especies marinas por la adopción de medidas y acciones concretas que protejan los mares y océanos[36] pero, *a priori*, el Convenio prestaría menor atención a controlar la pesca ilegal, no declarada o no reglamentada[37]. Asimismo, todo parece indicar que serán los ODS

[35] *Ibid.*, 301. Sobre las acciones adoptadas por la Organización europea en esta materia: *ibid.*, 301 y ss.

[36] *Vid.*, entre otros, art. 119.1 relativo a la Conservación de los recursos vivos de la alta mar y art. 61 relativo a la Conservación de los recursos vivos.

[37] En cualquier caso, no debemos olvidar que el Convenio hace innumerables referencias a la cuestión de la pesca en general y de la explotación pesquera en particular. En este sentido, *vid.* art. 51 de la Parte IV del

los que se preocupen por regular la situación de un grupo concreto: «los pescadores artesanales». En efecto, la meta 14.7.*b)* se refiere a «facilitar el acceso de los pescadores artesanales a los recursos marinos y los mercados»[38]. No encontrando menciones a esta cuestión ni en la Parte XII del Convenio, como ocurría con la materia relativa a «la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada», ni en la totalidad de la Convención de 1982. Ahora bien, aunque los ODS se formulan en términos más amplios, el Convenio tiene la virtud de establecer disposiciones que se traducen normas jurídicas concretas con carácter vinculante. Los ODS tienen un mero carácter orientativo, estando destinados, en muchos casos, a que los Estados realicen reformas en sus ordenamientos jurídicos internos o procedan a instaurar políticas, en nuestro caso que conduzcan a la protección del medio marino. Pero, en todo caso, estos Objetivos carecen de naturaleza obligatoria. Así se aprecia en la redacción de la meta 14.7.c, cuando señala que hay que «mejorar la conservación y el uso sostenible de los océanos y sus recursos *aplicando el Derecho internacional reflejado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar*», que constituye el *marco jurídico* para la conservación y la utilización sostenible de los océanos y sus recursos, como se recuerda en el párrafo 158 del documento «El futuro que queremos»[39]. La remisión al Convenio de 1982 resulta esencial, puesto que revela que la protección del medio marino no puede desconocer lo previsto en este Convenio.

Por último, el carácter político que tienen los ODS se ve reflejado en la redacción de los Objetivos y metas sobre medio marino que se hace en la Agenda 2030 pero, también en la ausencia de un organismo que dé cumplimiento a las metas del ODS 14. El Convenio de 1982 cuenta con «la Autoridad», integrada por varios órganos, algunos de carácter permanente, y, además, crea el Tribunal del Derecho del mar. Dispone, por tanto, de una estructura orgánica encargada de la aplicación de las disposiciones del Convenio, lo que hace que lleguen a ser efectivas. El enfoque es reconocer derechos y delimitar obligaciones para los Estados en materia de protección del medio marino que, en caso de incumplimiento, se disponga de mecanismos para asegurar su eficacia. Mientras tanto, en la Resolución 70/1 únicamente se hacen orientaciones y pautas de conducta pero la aplicación de los ODS carece de toda estructura orgánica. Corresponde, por ello, a los Estados y otros actores de las relaciones internacionales lograr los Objetivos y metas sin que un órgano u órganos de carácter internacional realicen la función de controlar y, en su caso, exigir responsabilidad internacional en los supuestos de incumplimiento. En esencia, el Convenio de 1982 cuenta con un marco institucional para asegurar su aplicación y el cumplimiento de los ODS, en ausencia de una estructura institucional, queda en manos de los Estados y de otros actores.

Convenio relativo a «Acuerdos existentes, derechos de pesca tradicionales y cables submarinos existentes» o art. 116 de la Parte VII relativo al «Derecho de pesca en la alta mar». Asimismo, sobre la explotación pesquera *vid.*: art. 82 de la Parte VI, art. 153 de la Parte XI o los artículos que componen el Anexo III de las disposiciones finales del Convenio.

[38] A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

[39] *Ibid*. (cursiva añadida).

En cualquier caso, debemos resaltar que el Convenio de 1982 y el ODS 14 otorgan una gran importancia a la lucha contra contaminación de los mares. Resulta esencial en ambos casos, la lucha de los Estados contra la contaminación para proteger y preservar los medios marinos y oceánicos, lo que proporciona una posición común en esta materia. Las metas que integran el ODS 14 son amplias y recogen aspectos diversos relacionados con la conservación y preservación del medio marino sin que la Agenda 2030 proporcione un marco sistemático, y menos aún vinculante, que conduzca a los Estados a cumplir con los Objetivos y las metas establecidas. Esta es, a mi juicio, la principal carencia que define a los ODS y que, además, los diferencia de las disposiciones reconocidas en tratados internacionales como es el caso de la Convención de 1982.

Ahora bien, existen otras semejanzas entre el ODS 14 y la Convención de 1982 que revelan los efectos que este instrumento jurídico ha podido tener sobre la redacción del Objetivo 14. En particular, destacan las referencias a la necesaria cooperación que debe existir para el logro de los ODS y, en particular, en el logro del Objetivo sobre la protección de los medios marinos y, además, las alusiones concretas que el Convenio y el ODS 14 hacen a la posición de determinados Estados en la preservación del medio marino.

En relación con la cooperación que se exige en los ODS, la meta 14.3 reconoce la necesidad de «minimizar y abordar los efectos de la acidificación de los océanos, incluso mediante una *mayor cooperación científica a todos los niveles*»[40]. De esta afirmación se deriva, de una parte, la inclusión de todos los sectores de la sociedad de cara a lograr el ODS 14[41] y, de otra parte, la educación y el conocimiento como componentes esenciales en la preservación del medio marino. El intercambio de información entre los diferentes actores internacionales, y no solo los Estados, propiciaría una mayor concienciación de la necesidad de proteger los mares y océanos[42]. Los ODS apuntan, por ello, hacia una cooperación mucho más amplia que la prevista en la Convención de 1982 que, al menos en la Parte XII, se refiere básicamente a la labor de los Estados y las Organizaciones internacionales[43].

---

[40] A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

[41] Sobre la labor desarrollada por la FAO en este sentido *vid.*, entre otros: FIAM/R1230 en FAO Fisheries and Aquaculture Report, *Report of the Expert Consultation on Trade in Fisheries Services*, Gothenburg, Sweden, 20-22 de marzo de 2018. Además, sobre la cooperación en materia de medio marino *vid.* la propuesta desarrollada por Naciones Unidas en *http://www.unoceans.org/.*

[42] En este sentido, *vid.* también meta 14.7.*a)*.

[43] En este sentido, el hecho de que en los ODS encontramos un Objetivo específico sobre «Alianzas para lograr los Objetivos» contribuiría, asimismo, a que se impulse por los ODS una cooperación más amplia, también, en materia del Derecho del mar. La mayoría de referencias a la necesaria cooperación en el marco del Convenio de 1982 van orientadas a los Estados entre ellos o a los Estados por medio de las Organizaciones internacionales pero poco se dice sobre las Organizaciones no gubernamentales o la conexión entre Estados y Organizaciones internacionales entre sí. *Vid.* Sección 2.ª de la Parte XII del Convenio sobre cooperación mundial y regional. En particular, arts. 197, 200 y 201. Por reflejar el contenido de algunos de estos artículos. El art. 197 del Convenio establece, como se ha dicho, que: «Los Estados cooperarán en el plano mundial y, cuando proceda, en el plano regional, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, en la formulación y elaboración de reglas y estándares, así como de prácticas y procedimientos recomendados, de carácter internacional, que sean compatibles con esta Convención, para la protección y preservación del

Asimismo, la cooperación a la que insta el ODS 14 se extendería, como lo hace el Convenio de 1982, a la obligación de los Estados de tener en cuenta los tratados, declaraciones y programas sobre esta materia[44]. Así, advertimos, que los ODS se presentan como complementarios de otras labores realizadas en la comunidad internacional, en nuestro caso, en relación con la protección del medio marino. En esta línea, en el caso de los ODS, estos extienden su campo de acción al referirse también a determinados grupos de particulares como los pescadores artesanales[45]. Por lo que se refiere a las alusiones concretas a determinados tipos de Estados, la meta 14.7 establece «de aquí a 2030, aumentar los beneficios económicos que los *pequeños Estados insulares en desarrollo y los países menos adelantados* obtienen del uso sostenible de los recursos marinos, en particular mediante la gestión sostenible de la pesca, la acuicultura y el turismo»[46]. Precisamente, a esta cuestión también se refiere el Convenio de 1982 en múltiples disposiciones, incluyendo la parte relativa a la «protección y preservación del medio marino». La coincidencia en este punto de vista revela que la Resolución 70/1 y el Convenio de 1982 no son dos realidades distintas, en lo referido a la protección y preservación del medio marino, sino que, por el contrario, deben ser instrumentos plenamente complementarios.

En definitiva, todo parece indicar que, en términos generales, existe una armonía entre las metas del ODS 14 y las disposiciones establecidas en el Convenio de 1982. Ahora bien, el carácter «novedoso» de los ODS y su naturaleza generalista hace que encontremos más referencias en la Resolución 70/1 a algunos aspectos a los que no se hace mención en el Convenio sobre Derecho del mar (pescadores artesanales, acidificación de los océanos y pesca ilegal o no regulada). Aunque, también, en sentido contrario, el Convenio trataría cuestiones que no aparecen reconocidas como tal en los ODS, como la protección de los «ecosistemas raros o vulnerables». De ahí que una de las tareas que tiene que realizar la comunidad internacional sería traducir en términos jurídicos las orientaciones que, sobre la protección del medio marino, se contienen en el Objetivo 14, que se complementa con el contenido del Convenio de 1982. El desafío para el futuro sería adaptar los nuevos elementos introducidos por los ODS en la esencia del Convenio de 1982 o en otros instrumentos jurídicos, para recoger así los propósitos de la Agenda 2030 mediante normas jurídicas concretas y vinculantes para los Estados. En cualquier caso, es evidente la importante labor que realizan los ODS en la protección y

---

medio marino, teniendo en cuenta las características propias de cada región». Por su parte, en el marco de la cooperación científica, cabría mencionar el contenido del art. 200 del Convenio, según el cual: «Los Estados cooperarán, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, para promover estudios, realizar programas de investigación científica y fomentar el intercambio de la información y los datos obtenidos acerca de la contaminación del medio marino. Procurarán participar activamente en los programas regionales y mundiales encaminados a obtener los conocimientos necesarios para evaluar la naturaleza y el alcance de la contaminación, la exposición a ella, su trayectoria y sus riesgos y remedios».

[44] *Vid.* meta 6 del ODS 14. En esta línea *vid.* también, el Convenio sobre diversidad biológica en *https://www.cbd.int/convention/text/default.shtml.*

[45] *Vid.* meta 7.*b)* del ODS 14.

[46] A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015 (cursiva añadida).

preservación del medio marino que, apoyándose en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en otros acuerdos específicos como el Convenio sobre diversidad biológica, mantienen viva esta cuestión entre los temas que preocupan, en la actualidad, a la comunidad internacional. La búsqueda de las similitudes y diferencias entre el Convenio de 1982 y los ODS permite reflexionar sobre algunas cuestiones relativas a la protección del medio marino con el objetivo de encontrar la mejor fórmula de proteger y preservar este espacio. La eficacia que tengan las orientaciones que proporcionan los ODS y, en particular, el ODS 14, dependerá de la capacidad que tengan los Estados y otros actores de plasmar en obligaciones jurídicas las indicaciones que se recogen en las metas de este Objetivo para proteger el medio marino ya que se trata, sin género de dudas, de dos mecanismos que se complementan en materia de Derecho del mar y, en particular, en la protección y preservación del medio marino. Como hemos visto, muchos de los aspectos reconocidos en el ODS 14 aparecen, también, en la Convención de 1982 con independencia de los términos que se utilicen para hacer alusión a esas cuestiones, que son distintos en algunos casos como consecuencia de los diferentes momentos históricos en los que han sido adoptadas la Convención y la Agenda 2030. Motivo este último que explicaría también las nuevas necesidades que han surgido en materia de protección del medio marino y a las que hacen mención el ODS 14.

4. CONCLUSIONES

El análisis de los ODS y de la Convención de 1982 en materia de protección del medio marino depara algunas conclusiones que están destinadas a destacar la necesaria vinculación que debe existir entre las metas del Objetivo 14 y lo dispuesto en el Convenio de 1982 en esta materia. Los propósitos que quiere lograr la comunidad internacional, con uno y otro mecanismo, deben ser complementarios y, así, en particular, las metas del Objetivo 14 deberían enriquecer la práctica internacional tendente a la protección del medio marino, incluso, mediante la adopción de «nuevas» normas que recogiesen derechos e impusieran obligaciones en este campo.

En primer lugar, la protección del medio marino sigue siendo en nuestros días un tema de crucial importancia para la comunidad internacional. Los mares constituyen un recurso fundamental para todo el planeta, de ahí que su conservación y protección y la de los recursos que tienen los mares y océanos, se consideren fundamentales para el desarrollo de las sociedades actuales y futuras. La preservación del medio marino, como propósito de la comunidad internacional, no solo ha conservado su carácter de actualidad sino que, incluso, se ha incrementado en los últimos años como consecuencia del cambio climático o el aumento de la contaminación de las aguas. Los Estados expresan, con frecuencia, la preocupación por garantizar un medio marino sostenible. A esto responden, por un lado, la proclamación de la Agenda 2030 y los ODS, entre los que se incorporan metas específi-

cas destinadas a la regulación y conservación del medio marino, y, por otro lado, la regulación que establece el Convenio de 1982, que se ocupa, también, mediante normas, de preservar el medio marino. Los ODS han relanzado la preocupación de la comunidad internacional por un aspecto que nunca ha perdido interés por las importantes implicaciones que tiene no solo para las generaciones presentes sino, también, para las futuras.

En segundo lugar, la protección y preservación del medio marino ayudaría al logro de otros ODS y, también, al contrario. Existe una influencia en ambas direcciones entre los distintos Objetivos que se reconocen en la Agenda 2030. Al disponer los ODS de una dimensión medioambiental, esta materia se coloca en el centro de la Agenda 2030, por lo que existe un sólido vínculo entre la protección del medio ambiente y la preservación del medio marino que refuerza la «dimensión ambiental» de los ODS. Pero, además, la Agenda 2030 establece Objetivos precisos que están orientados a garantizar el medio ambiente, lo que acrecienta los lazos de unión entre estos Objetivos y la protección del medio marino. El cambio climático afecta directamente al medio marino al igual que la preservación de los mares y océanos contribuye a que se reduzca la contaminación o la producción de residuos. Sin embargo, más allá de la indudable conexión entre medio ambiente y medio marino, la protección de las aguas conlleva, también, el cumplimiento de otros Objetivos recogidos en la Agenda 2030, como la erradicación del hambre y la pobreza, la solución de conflictos internacionales o la creación de ciudades limpias y sostenibles. En particular, la pesca controlada, la equitativa redistribución de las aguas y sus recursos y el control de sustancias tóxicas y perjudiciales en los mares son solo algunos de los indicadores que muestran los estrechos lazos entre los distintos ODS.

En tercer lugar, las Organizaciones internacionales tienen un papel central en la protección del medio marino. El Convenio de 1982 y los ODS son el resultado de la labor desarrollada por una Organización internacional. Esto tiene algunas consecuencias; primero, asegura el carácter universal de la Convención sobre Derecho del Mar y de los ODS; y, segundo, expresa que se trata de una preocupación que afecta a toda la comunidad internacional, sin excepciones. En cualquier caso, las Organizaciones internacionales tienen que realizar una labor específica en la protección del medio marino. Como se ha dicho, la regulación ordenada de los mares y océanos no se puede conseguir sino mediante una tarea conjunta entre Estados, OOII, ONG o empresas, entre otros actores, pero cabe resaltar que las Organizaciones internacionales tienen una posición prioritaria en lo relativo a la conservación y preservación del medio marino, puesto que están en el origen de los instrumentos jurídicos que se han adoptado para ello y, además, proporcionan los mecanismos para su cumplimiento. El papel fundamental que tienen las Organizaciones internacionales en la preservación y protección del medio marino ha sido expresado, de manera explícita, por el Convenio de 1982.

Por último, los ODS reafirman y complementan el contenido del Convenio 1982: por un lado, existen similitudes entre algunas metas del Objetivo 14 y las

disposiciones del Convenio en la parte relativa a la protección y preservación del medio marino. Así, ambos ponen el acento en gestionar la contaminación de los mares y océanos y, asimismo, en elaborar medidas específicas para los Estados en desarrollo. Por otro lado, el ODS 14 menciona algunas cuestiones que bien podrían incluirse, llegado el caso, en el Convenio de 1982 o en la normativa internacional sobre la materia. En este sentido, la meta 14.7.*b)* menciona un grupo concreto de particulares que se podría ver especialmente afectado por la ausencia de recursos marinos (los pescadores artesanales); la meta 14.3 habla sobre la necesidad de «minimizar y abordar los efectos de la *acidificación* de los océanos»; la meta 14.4 se refiere a «poner fin a la pesca excesiva, la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada y las prácticas pesqueras destructivas», o la meta 14.2 que habla de los «ecosistemas marinos y costeros». La naturaleza jurídica del Convenio de 1982, que proporciona un marco normativo e institucional, vinculada al amplio contenido que formula el ODS 14, contribuirían a mejorar la regulación del medio marino, para protegerlo y preservarlo. La eventual incorporación de normas concretas a instrumentos internacionales, con base en las cuestiones a las que alude el Objetivo 14, resultaría bastante recomendable, puesto que, en cualquier caso, se trata de mecanismos que se complementan y que, así, esas incorporaciones pudieran alcanzar un valor vinculante.

CHAPTER 3

CONSERVATION OF THE MARINE ENVIRONMENT AND THE EXPLOITATION OF THE SEABED

«The Ocean, Climate Change and Marine Biodiversity of the Benthic Zone: Joining the Dots»

Simone Borg

Resident Professor and Head, Department of Environmental Law and Resources Law,
Resident Professor Department of International Law,
Faculty of Laws, University of Malta, Malta
Visiting Professor
IMO International Maritime Law Institute, Malta

RÉSUMÉ: *L'application d'une approche intégrée est largement reconnue comme un aspect essentiel de toute politique et de tout régime juridique pour la conservation des ressources naturelles. La relation complexe entre les ressources marines vivantes, le climat et les océans a été maintes fois soulignée au niveau scientifique et même politique. Le concept de «frontières planétaires» a mis en évidence la relation inextricable par laquelle la planète «se régule» comme un écosystème holistique.*

En pratique, ce concept reste toutefois quelque peu confiné à la science et à la rhétorique politique. En vertu du droit international, le changement climatique, les océans et la biodiversité marine continuent d'être réglementés de manière distincte les uns des autres. Malgré la volonté renouvelée de la communauté internationale, au cours des dernières années, de réglementer de manière plus ambitieuse et plus efficace le changement climatique ainsi que la gouvernance des océans, y compris la conservation de la biodiversité et des habitats marins, l'élaboration de normes internationales continue à évoluer en «silos». La présentation souligne le besoin urgent du droit international d'adopter une approche intégrée efficace

pour réglementer un aspect de la gouvernance des océans, à savoir l'utilisation durable des ressources vivantes des fonds marins, menacée par les impacts négatifs du changement climatique. Le changement climatique est un facteur de menace multipliant les problèmes actuels liés aux fonds marins (par exemple, le blanchissement des coraux) ainsi que la cause de nouveaux risques (par exemple, la rupture d'hydrates de méthane) pour l'océan et ses ressources. Ce chapitre examinera d'abord les sources de droit international applicables à la recherche de normes multilatérales applicables, puis la pertinence de celles-ci pour la protection de l'océan contre les risques liés au changement climatique.
Le chapitre vise à démontrer que, si la multitude de normes internationales existantes, bien appliquée, améliorerait considérablement la santé des océans et de ses ressources, des normes de fond et de procédure «novatrices» pourraient assurer une meilleure résilience et une préparation permettant d'adapter la gouvernance des océans aux effets du changement climatique. Un manque d'action dans cette direction mettrait en péril la gouvernance durable des océans conformément à la règle de droit. Reprenant le thème de la Conférence sur la conservation du milieu marin et l'exploitation des fonds marins, cette contribution, dans sa conclusion, suggère des techniques juridiques susceptibles de concilier l'application des principes/normes juridiques internationaux, avec les mesures d'atténuation et d'adaptation requises pour prévenir éventuellement les changements géophysiques, chimiques et biologiques océaniques que le changement climatique peut provoquer et les effets que ces changements ont sur l'humanité et la biodiversité. L'inclusion de ces normes dans l'accord d'application de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, au-delà des espaces sous juridiction nationale, actuellement en cours de négociation, ou même d'un nouvel instrument juridique, pourrait permettre de créer un nouvel instrument juridique multilatéral qui intègre la régulation des fonds marins, en tant qu'habitat de la biodiversité marine et du changement climatique.

Mots-clés: *gouvernance des océans; changement climatique; espèces benthiques; approche intégrée.*

ABSTRACT: *The application of an integrated approach is widely acknowledged as an essential aspect of any policy and legal regime for the conservation of natural resources. The intricate relationship between living marine resources, climate and the ocean has been repeatedly stressed at the scientific and even at the political level. The concept of the «planetary boundaries» has highlighted the inextricable relationship via which the planet «regulates itself» as one holistic ecosystem.*
In practice, however, it remains somewhat confined to science and political rhetoric. Under international law, climate change, the ocean and marine biodiversity continue to be regulated distinctly from one another. Notwithstanding the international community's renewed focus in recent years to regulate more ambitiously and effectively climate change as well as ocean governance, including the conservation of marine biodiversity and habitats, international norm-making continues to evolve in «silos». The presentation highlights the urgent need for international law to adopt an effective integrated approach in regulating one aspect of ocean governance namely, the sustainable use of the living resources of the seabed, threatened by the negative impacts of climate change. Climate change is a threat multiplier of current problems relating to the seabed (e. g., coral bleaching) as

well as the cause of new risks (e. g., breakdown of methane hydrates) to the ocean and its resources. The paper will first examine applicable international law sources in search of applicable multilateral norms and whether they are fit for purpose in protecting the ocean from the risks of climate change.
The paper aims to demonstrate that while the multitude of existing international norms, if well implemented, would greatly enhance the health of the oceans and its resources, «innovative» substantive and procedural norms may ensure better resilience and preparedness to adapt ocean governance to the effects of climate change. Lack of action in this direction would jeopardize sustainable ocean governance according to the rule of law. Using the Conference theme on the conservation of the marine environment and the exploitation of the seabed, the paper in its conclusion will suggest possible legal techniques that would dovetail the application of International legal principles/norms with mitigation and adaptation measures required to harness and where possible prevent oceanic geophysical, chemical and biological changes that climate change may cause and the effects which these changes have upon humanity and biodiversity. The inclusion of these norms into the Implementation Agreement on Biodiversity Beyond National Jurisdiction to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, currently under negotiation, or a new legal instrument altogether, may serve to generate, a new multilateral legal instrument that effectively integrates the regulation of seabed as a habitat of marine biodiversity and climate change.

Keywords: *ocean governance; climate change; benthic species; integrated approach.*

1. INTRODUCTION

The impacts of climate change upon the oceans, namely their warming, sea level rise, ocean acidification deoxygenation and resultant marine biodiversity loss are consistently highlighted in various scientific reports[1]. Scholars and academic networks from various disciplines have raised awareness on the multifaceted and complex relationship between the ocean, and climate change[2]. Earth scientists describe how the climate and oceans relationship accentuates the complexities of the natural world. It is a classic example of how planetary boundaries[3], such as global warming, ocean acidification and marine biodiversity loss, interact to exacerbate the negative impacts caused by human behaviour[4].

---

[1] Letcher, T. M. (ed.) (2015), *Climate Change: Observed Impacts on Planet Earth*, Elsevier, B.V, 2nd Edition, 3-7.

[2] Stern, N. (2007), *The Economics of Climate Change: The Stern Review*, Cambridge University Press, 2007; Kahn, B. (2016), «Ten Years On, Climate Economists Reflect on Stern Review», Climate Central, *https://www.climatecentral.org/news/climate-economists-stern-review-20827*.

[3] Through the progression of Earth systems science, humans have been able to identify a number of environmental thresholds, namely the «Nine Planetary Boundaries». These non-linear boundaries interact to serve as a guide for humans, determining the level which certain planetary systems must not cross to remain «non-hazardous». Rockström says that, «the planet is a complex, self-regulating system» (TEDGlobal, 2010, 9:51).

[4] Tommen, M. (2014), «A Wicked Problem: Controlling Global Climate Change», The World Bank, 2014 *https://www.worldbank.org/en/news/feature/2014/09/30/a-wicked-problem-controlling-global-climate-change*. See also Huntjens, P., and Nachbar, K. (2015), «Climate Change as a Threat Multiplier for Human Disaster

Outcomes from related conferences and even applicable treaties acknowledge that a cross sectoral and integrated ecosystem approach is key to achieve good governance of these natural resources[5]. The current international policy and norm-creating pathways, however, remain too fragmented to deal effectively with the interface between biodiversity, oceans and climate change[6]. Although fragmentation of the law is a common occurrence even at the national level, municipal law has the advantage of being scrutinised by a central law-making body like parliament, which can facilitate the adoption of an integrated approach and the harmonisation of conflicting norms, when and if the situation arises. Matters are of course more challenging at the international level not only because there are many more players but also because of the nature of international law and policy-making, which relies instead on acquiescence and consensus by all parties in the absence of centralised governance[7].

In international fora, negotiators are given a specific mandate and they deliberately refrain from delving into issues, which fall within the remit of other international institutional bodies and treaties. At best they call upon the need for collaboration with other bodies or treaties that are interrelated to their task. Sticking to the forum's or the treaty's mandate is a methodology founded upon a centuries old legal practice based on delineated roles, which cannot interfere with the «reserved domain»[8] of other subjects of international law and with the specific mandate of other international fora entrusted with the negotiations of other multilateral legal instruments. Science, however, is showing us that despite all the pain-staking efforts to reach ambitious substantive obligations spelt out in the Paris Agreement and various conservation treaties, results will not be as effective if this «silo approach» methodology persists.

Can international law emulate the natural interface between these three Planetary Boundaries by adapting its current working modalities to integrate effectively the regulation of their conservation, rather than just pay lip service to it? Three steps can help to identify pathways for multilateral norm-making, which lead to an effective integrated approach, these are:

— Stocktaking of applicable International law sources,

— tracing the legal issues arising from the linkages between the natural resources in question,

— identifying any legal conflicts and filling the gaps.

---

and Conflict», The Hague Institute for Global Justice, Working Paper 9, *https://www.thehagueinstituteforglobaljustice.org/wp-content/uploads/2015/10/working-Paper-9-climate-change-threat-multiplier.pdf*.

[5] See for example Paris Agreement (2015) Preamble, paragraph 13.

[6] Mumba, M.; Munang, R., and Rivington, M., (UNEP)/Macaulay Lnd Use Research Institute (2014), «Ecosystem Management: The Need to Adopt a Different Approach Under a Changing Climate», *World Resources Report*, Washington, World Resources Institute, *https://www.wri.org/our-work/project/world-resources-report/ecosystem-management-need-adopt-different-approach-under*.

[7] Borg, S. (2012), *Conservation on the High Seas, Harmonizing International regimes for the Sustainable Use of Living Resources*, Edward Elgar, New Horizons in Environmental and Energy Law, 5.

[8] Brownlie, I. (1990), *Principles of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 4th Edition, 290-292.

Stocktaking is an important first step. The plurality of norms that regulate the ocean, biodiversity and climate reflect the specialised legal principles, such as liability for environmental harm and the precautionary principle that render international law fit for purpose to address environmental issues of international concern[9]. The development of these principles highlights the dynamism of international law, which has evolved to suit the particular nature of environmental problems. States are obligated to implement applicable norms relating to climate, marine biodiversity and the ocean, found in treaties, customary international law and general principles of international law, they have acquiesced to. If implementation is effective, the amelioration in the conservation status of one resource, would benefit also the others. For example, if parties to the Paris Agreement live up to their obligations and achieve carbon neutrality by the end of the century, this should mitigate ocean acidification and hence reduce marine biodiversity loss caused by this «other CO_2 problem»[10]. Tracing the linkages regarding the cause and effect of negative impacts which one resource would have on another would highlight the need to tweak and revise existing norms to reflect more recent scientific data observations and to replace norms that may conflict, as these would undermine progress and lead to further resource degradation.

This paper focuses upon the risks to benthic biodiversity as one of the forms of collateral damage which climate change is considered to have upon the ocean. The paper will follow the three steps indicated above, to suggest legal options that may serve to fill in gaps and overcome conflicts that stand in the way of an integrated approach for the conservation of benthic biodiversity, within the context of ocean governance in an era of climate change.

2. STOCKTAKING: THE REGULATION OF BENTHIC BIODIVERSITY UNDER INTERNATIONAL LAW

These last few decades the international community has focused upon biodiversity loss as an issue of global concern that merits immediate political and legal action[11]. Marine living resources feature prominently where legal efforts to address biodiversity loss are concerned, both at the national and international level, culminating more recently in the establishment of an International Negotiating Committee with a mandate to formulate an Implementation Agreement to the 1982 Convention on the Law of the Sea on Biodiversity Beyond National Jurisdiction.

---

[9] Birnie, P.; Boyle, A., and Redgwell, C., *International Law and the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 3rd Edition, 115.

[10] Dooney, S. C., Fabry,V. J., Feely, F. A., and Keypass, J. A. (2009), «Ocean Acidification: The Other CO_2 Problem», *Annual Review of Marine Science*, 1:1, 169-192. See also *https://www.compoundchem.com/2017/01/18/ocean-acidification-co2/*.

[11] The United Nations 3rd Global Biodiversity Outlook Report (2010), IUCN and Secretariat Convention Biological Diversity.

On a parallel note, the Paris Agreement obligates State Parties to enhance sinks of greenhouse gases (GHGs) in meeting their commitments for a carbon neutral Earth by mid century. The ocean is the largest CO_2 sink, but the climate treaties do not venture any further on how the ocean can be enhanced as a sink of CO_2, leaving the matter in the hands of State parties to adopt the adaptation measures they deem necessary. Nor is there any mention of good governance of the ocean and its resources in any of the climate treaties.

Zooming in upon international norms that address benthic biodiversity, one has to look into the evolution of the law of the sea. The seabed is subject to the national jurisdiction of the coastal State for up to 200 nautical miles [12]. The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) reiterated what the 1964 Convention on the Continental Shelf had established: the coastal States' exclusive rights over their continental shelf [13]. The continental shelf regime under the 1982 UNCLOS, is considered to be a codification of customary international law [14]. The coastal State has exclusive rights to explore and exploit the resources of the continental shelf including the living resources which fall under the scope of the continental shelf regime, namely those «organisms belonging to sedentary species, that is to say organisms, which at the harvestable stage, either are immobile on or under the seabed or are unable to move, except in constant physical contact with the seabed or the sub-soil» [15].

The regulation of the seabed beyond national jurisdiction, referred to as the «deep seabed», has been subject to acrimonious debates during the negotiations that led to the 1982 Convention. The 1982 UNCLOS regulates the deep seabed under Part XI. It establishes that mineral resources located therein, are excluded from appropriation by States and are subject to global management by the International Seabed Authority (ISA) as the «common heritage of mankind» [16]. Major industrialised nations involved in deep sea mining, refused to agree to UNCLOS Part XI, which enshrined the legal status of deep seabed mineral resources, as being vested in «mankind as a whole» [17] and would be subjected to global management by the International Seabed Authority (ISA) on whose behalf (mankind), the ISA «shall act» [18]. No State under Part XI has any legal rights of access over mineral resources. The major industrialised States, whose multinational were involved in seabed mining beyond national jurisdiction shunned the ratification of

---

[12] Coastal States with naturally broad shelves have the potential if they follow the procedure stipulated under Article 76 (5) of the same Convention, be allowed to extend their claim up to 350 miles instead of the standard 200 miles.

[13] Ashfaw, S. (2010), «Something for Everyone: Why the United States should Ratify the Law of the Sea Treaty», *Journal of Transnational Law and Policy*, 19 (2) (Spring), 357-399.

[14] *https://www.unclosdebate.org/argument/855/us-already-abides-unclos-matter-customary-international-law-and-domestic-policy*.

[15] UNCLOS, Art. 77 see especially subparagraph (4).

[16] 1982 UNCLOS, Art. 136.

[17] *Ibid.,* Art. 137 (2).

[18] *Ibid.*

the 1982 UNCLOS because the same Convention does not allow any reservations to Part XI. An Implementation Agreement, concluded in July 1994, managed to unravel the deadlock and enable deep seabed mining points in accordance with Part XI of the 1982 UNCLOS[19].

Part XI makes no mention of «sedentary» species on the deep seabed outside national jurisdiction but «only to flora and fauna of the marine environment»[20], whose protection forms part of the ISA responsibility to ensure the conservation of the marine environment[21]. It must be noted that UNCLOS defines «resources of the Area» subject to the common heritage of mankind as the mineral resources of the deep seabed»[22], namely «all solid, liquid or gaseous mineral resources in situ»[23]. Benthic living resources occurring in this same area are therefore excluded from the scope of the common heritage regime. Under Part XI, the ISA has the legal responsibility to protect benthic living resources during its operations as it is obligated not to harm the marine environment and to prevent «damage to the flora and fauna of the marine environment»[24]. Nevertheless, neither the 1982 Convention nor the 1994 Implementation Agreement regulate the prohibition or any form of access regarding the exploitation of benthic living resources beyond national jurisdiction. In sum, since living resources of the seabed beyond national jurisdiction fall outside the scope of the common heritage regime, they are neither subject to global management nor to non-appropriation by any State, as is the case with mineral resources.

2.1. Benthic species beyond national jurisdiction

Benthic species in areas beyond national jurisdiction were not an issue of concern when UNCLOS was being negotiated but are of particular concern in this day and age, due to various anthropogenic activities. Species have been discovered on seamounts and around deep sea hydro-thermal vents not only on the outer limits of continental shelf but also on other parts of the deep seabed. The unregulated taking or harvesting of these unique components of marine biodiversity, is of international concern because if one keeps in mind how terrestrial species located within national jurisdiction, have suffered unsustainable harvesting to support the commercial need for genetic material, one can imagine that the risks for marine sedentary species beyond national jurisdiction are much greater.

---

[19] Brown, E. (1995), «The 1994 Agreement on the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea: Breakthrough to Universality?», *Marine Policy*, Volume 19, Issue 1, January, 5-20. See also Jaeckel, A. (2016), «Deep Seabed Mining and Adaptive Management: The Procedural Challenges for the International Seabed Authority», *Marine Policy*, Volume 70, August, 205-211.

[20] *Ibid.,* Art. 145 (b).

[21] *Ibid.,* Art. 145.

[22] *Ibid.,* Art. 133 and 136.

[23] *Ibid.,* Art. 133.

[24] See Art. 145 (b).

Bioprospecting is carried out mainly for appropriating these species' genetic resources either for research or for commercial purposes, although the demarcation line between these two motives of bioprospecting is often blurred[25]. In order to find a legal basis to regulate bioprospecting on the deep seabed under the 1982 UNCLOS, arguments have been made to classify this activity either, as fishing (harvesting), or as mining or as scientific research. Bioprospecting, however, is a *sui generis* activity. It cannot be classified as any of these activities because it overlaps with the three and is carried out for entirely different reasons than any of these activities.

If bioprospecting is classified as «harvesting», the benthic species outside development zone would be regulated under the freedom of fishing regime[26]. Access to these resources is therefore open and qualified by the need to take the necessary «conservation measures»[27]. The necessary conservation measures, which would apply the harvesting of benthic species outside national jurisdiction are those found in treaties, which the State, under whose authority the bioprospecting operations are taking place, is a party to. These would include the Convention on Biological Diversity (CBD) whose provisions apply to State parties wherever they may carry out operations under their control. The CBD Article 4, which establishes its jurisdictional scope, provides that «subject to the rights of other States, and except as otherwise expressly provided in this Convention, the provisions of this Convention apply, in relation to each Contracting Party: (b) In the case of processes and activities, regardless of where their effects occur, carried out under its jurisdiction or control, within the area of its national jurisdiction or beyond the limits of national jurisdiction».

One may argue that it may be beneficial to consider benthic species and bioprospecting as subject to the freedom of fishing on the high seas as international law has various sources that establish conservation measures which qualify States' freedom of access to living resources outside national jurisdiction. However, few, if any, treaties specifically regulate fishing for the types of benthic species occurring on the deep seabed. The most effective international law sources for the conservation of such species, other than the CBD, would be the regional agreements whose conservation obligations would be more specific and tailor made to address threats to regional benthic biodiversity.

The current negotiations on BBNJ[28], delve into the legal status of marine genetic resources with some States arguing in favour of subjecting such resources

---

[25] UNCLOS, Art. 77(4).

[26] UNCLOS, Art. 87 (1) (e).

[27] UNCLOS, Art. 117.

[28] Kapil, N. (2016), «Ocean governance: strengthening the legal framework for conservation of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction», *Maritime Affairs: Journal of the National Maritime Foundation of India,* 12:1, 65-78, DOI: 10.1080/09733159.2016.1181394. See also Sunil, Kr. (2015), «A. Legal Issues in the Protection of Marine Biological Diversity Beyond National Jurisdiction», *Maritime Affairs: Journal of the National Maritime Foundation of India*, 11 (1), 84-98, DOI: 10.1080/09733159.2015.1037116.

to the common heritage regime and others insisting that common heritage applies only to mineral resources or that access to such resources is subject to the high seas freedoms. Another faction refers to the need for a hybrid or a *sui generis* regime under the new International Legally Based Instrument (ILBI) that is being negotiated. Whatever the outcome the new instrument under negotiation, the mandate given to the negotiating parties is to fill in the legal lacuna by regulating access to marine genetic resources on the deep seabed. The mandate also includes the establishment of area-based management rules for areas beyond national jurisdiction. This would provide a crucial legal basis for regulating the effects of climate change with respect to BBNJ. As discussed above, extraction/mining outside national jurisdiction for living benthic resources is not regulated at all, given that the common heritage regime applies only to mineral resources on the deep seabed. Although there are States who argue that benthic living resources are subject to the common heritage regime, as pointed out above, such a legal interpretation contrasts with the scope of application of the common heritage as specified under UNCLOS[29]. The argument that bioprospecting falls under marine scientific research under the high seas freedoms is also difficult to support, as it is difficult to draw the line when research is eventually used for commercial exploitation[30].

Apart from bioprospecting, anthropogenic activities affecting negatively benthic biodiversity beyond national jurisdiction include fishing operations on the high seas. Fishing using bottom trawl nets, destroy benthic species. Current technology allows trawling to depths of 1,200 metres but limited to slopes less than 30 degrees. Bottom trawling not only leads to the incidental catch but also to the destruction of sedentary species and their benthic habitat. Although regulated by various applicable treaties, fishing on the high seas remains afflicted by illegal, unreported and unregulated fishing (IUU). Apart from the geophysical difficulties, enforcement on the high seas, is hampered by abuse on the part of those flag States that do not monitor compliance with conservation measures and by flag States that do not chose to become parties to regional fisheries organizations or fisheries treaties that regulate conservation on the high seas. These two most frequent causes of IUU, also facilitate flag hopping as owners and operators of fishing vessels choose registries that have the least stringent fisheries conservation laws and/or those that do not have the capacity or the political will to monitor fishing vessels flying their flag participating in high seas fisheries. IUU is not directly related to climate change but climate change will serve as a threat multiplier in accelerating biodiversity loss caused by IUU as the physical and chemical status of the ocean as a habitat will be severely affected by climate change as discussed in Part 3 of this paper below.

---

[29] Borg, S. (2012), *Conservation on the High Seas, Harmonizing International regimes for the Sustainable Use of Living Resources*, Edward Elgar, New Horizons in Environmental and Energy Law, 63-64.

[30] *Ibid.*

2.2. Benthic species within national jurisdiction

The coastal State's rights to exploit the sedentary species on its continental shelf up to 200 miles are exclusive[31]. The non-scientific definition of sedentary species under Article 77 (4) does not include all benthic species, is rather restrictive and lends itself to arbitrary interpretation, which have led to disputes between States[32]. Some benthic species in dire need of protection from the effects of climate change such as corals, appear to fall under Article 77 of UNCLOS because corals consist of *living* species and *non-living* species. Article 77 in fact refers to «mineral and other non-living resources of the seabed and the subsoil together with living organisms belonging to the sedentary species»[33].

Species falling outside the definition would be considered as species subject to the exclusive economic zone (EEZ) or exclusive fishing zone (EFZ), whose exploitation and conservation falls under the responsibility of the coastal state when it has declared an EEZ or an EFZ. If the coastal State has not declared either of the two zones, the benthic species would be subject to the high seas regime as discussed above. Coastal states usually have an interest in favouring a wide interpretation of what falls under the definition of «sedentary species». Benthic species that qualify as «sedentary species» that would fall under the continental shelf regime rather than the EEZ or EFZ regime, would not be included for the purpose of calculating the Total Allowable Catch[34]. The coastal State therefore is not obligated to share the surplus with third States. Similarly, the UNCLOS provisions on fisheries conservation in the EEZ would not apply[35]. A particular peculiarity regarding Article 77 of UNCLOS, is the absence of any mention of conservation obligations on the part of the coastal State when exercising its exclusive rights of exploring or exploiting its natural resources. It needs to be pointed out, however, that under UNCLOS, States have a general obligation to protect and preserve the marine environment[36] and to protect rare and fragile ecosystems[37]. Furthermore, both under the EEZ[38] and the high seas regime[39], States whether they act in their capacity as coastal States or as participants in high seas fisheries, have an obligation to consider the effects on associated and dependent species. So one can argue that for conservation purposes, it turns out better if benthic species within national jurisdiction fall under the EEZ or the EFZ regime because the coastal State has

[31] UNCLOS, Art. 77(1) and (2).

[32] Lobster wars and scallop wars see: *https://www.bing.com/videos/search?q=lobster+wars&view=detail&mid=D0D6F735B8D654DF2BD1D0D6F735B8D654DF2BD1&FORM=VIRE* and see also: *https://p.dw.com/p/34OP3*.

[33] UNCLOS, Art. 77 (4).

[34] UNCLOS, Art. 62, especially subpagraph (2).

[35] *Ibid.,* Art. 61 to 68. See especially Art. 68.

[36] *Ibid.,* Art. 192.

[37] *Ibid.,* Art. 194 (5).

[38] *Ibid.,* Art. 61 (4).

[39] *Ibid.,* Art. 119 (1) (b).

more stringent obligations under the EEZ or EFZ regime than it has under the continental shelf regime, when choosing which conservation measures to apply to «sedentary species».

The CBD can remedy the lacuna of not including conservation obligations with respect to «sedentary species» under UNCLOS' continental shelf regime. Article 4 (a) of the CBD establishes that, «subject to the rights of other States, and except as otherwise expressly provided in this Convention, the provisions of this Convention apply, in relation to each Contracting Party: (a) In the case of components of biological diversity, in areas within the limits of its national jurisdiction». The CBD bestows upon its parties the obligation *inter alia* of managing biological resources located within national jurisdiction to ensure their conservation and sustainable use *in situ*. This would include any form of exploitation of living resources, including benthic species and any operations to abstract their genetic material, carried out on the continental shelf. The CBD states that the convention's obligations must be applied consistently with the obligations under UNCLOS[40] reflecting Article 237 (2) of the 1982 Convention, which establishes that «specific obligations assumed by States under special conventions, with respect to the protection and the preservation of the marine environment, should be carried in a manner consistent with the general principles set forth in this Convention». But the CBD offers more impetus and legal comfort to preserve areas and components of significant biodiversity. Furthermore, the CBD provides a number of principles that address aspects of bioprospecting operations such as, access and benefit sharing arrangements for genetic resources. States are «to endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources by other States, the establishment of mutually agreed terms for access as well as transfer of technology under favourable terms and exchange of information»[41].

The CBD establishes that genetic resources are subject to the sovereign rights of the State where located and thus subject to the State's right to exploit them pursuant to its environmental policies[42]. The expectation is that where States obtain benefits from the exploitation of biodiversity they will be encouraged to ensure sustainable use of its components. The CBD recognition of States' rights to determine access by other nations to the genetic resources within a state's jurisdiction would include the outer continental shelf. In practice, it is difficult for a coastal State to monitor what happens on the outer limits of its continental shelf, so it may be more beneficial to enter into agreements with foreign companies involved in research, including locals, to participate, promote capacity building and be in a position to assert its rights when it has better scientific knowledge. Under the auspices of the CBD, States have continued to develop principles and guidelines to assist States and companies in negotiating access and benefit sharing arrange-

[40] CBD, Art. 22.
[41] CBD, Art. 15 (2).
[42] *Ibid.,* Art. 15 (1).

ment. The 2010 Nagoya Protocol strengthens the CBD's commitment to equitable distribution of benefits arising from successful bioprospecting. The Protocol calls for benefit-sharing «by appropriate access to genetic resources and by appropriate transfer of relevant technologies»[43].

3. BENTHIC SPECIES AND LINKS WITH CLIMATE AND OCEAN GOVERNANCE

The stocktaking exercise on the current state of play regarding the conservation of benthic species under international law, serves to highlight the imminent need to take immediate action in this direction. Climate change as a threat multiplier will exacerbate even further the precarious state of benthic species due to the intricate relationship between climate and oceans. The main category of harmful effects climate change will have upon the ocean can be categorised into three types, which are interrelated.

The physical effects caused by warming of the oceans:

— melting of icecaps, ice sheets and glaciers,

— loss of albedo effect,

— sea level rise and inundation,

— effects upon currents and streams and upwelling,

— extreme weather events and surges.

The chemical effects caused by warming and absorption of excessive CO_2 in the atmosphere:

— acidification,

— deoxygenation,

— salinity,

— release of methane hydrates.

The biological effects caused by warming, acidification, deoxygenation:

— biodiversity loss,

— spread of alien species,

— algal growth,

— affects upon food pyramid and migratory patterns.

Since the ocean and the entire planet for that matter constitute one large ecosystem, all of these impacts are likely to have an effect upon benthic species, the paper will focus on the major negative effects.

---

[43] Nagoya Protocol, Art. 5.

3.1. Warming of the oceans

With the exception of Antarctic sea-ice, recently increasing by 1% a year, nearly all the ice on the planet is melting. As the white surfaces decrease in area, less energy is reflected into space via the so called albedo effect and the Earth will warm up even more. The loss of Arctic ice is of particular concern. By exposing the ocean surface to sunlight, the water warms up. This melts the ice from underneath, while man-made CO_2 in the atmosphere warms the surface. Humidity also increases generating water vapour, which is a powerful greenhouse gas that will lead to more warming. More ice therefore melts, which exposes more water, which melts more ice from underneath. Albedo is a subject needing more research. At present, science cannot say as yet how climate change is affecting albedo, how it might be affected in the future, and what contribution to climate change it may make. This is definitely an area where the precautionary approach should guide States and international organizations to keep up the momentum in implementing the Paris Agreement, which aims for carbon neutrality to halt global warming caused by anthropogenic activity.

3.2. Warming of the ocean

Warming of the ocean would affect benthic habitat and species' conservation status. It would also affect the stability of gas hydrates on the ocean floor, where some forms of unique benthic species thrive. Loss of albedo in the Arctic could heat the water sufficiently to release methane, a greenhouse gas twenty times more potent than CO_2 stored in ice crystals called clathrates[44]. In very cold regions like the Arctic, methane hydrates occur on the shallow continental shelf (less than 200 metres of water depth) or on the land in permafrost, the deep-frozen Arctic soil. Methane hydrates also occur on the continental slopes, those areas where the continental plates meet the deep-sea regions. The conditions are favourable here as well because sufficient organic matter accumulates on the bottom and the adequate temperature and pressure prevail. While science demonstrates the destabilization of methane hydrates and thus to the release of methane are still subject to controversy, the possible impacts of a temperature increase to the release of deposits of methane hydrate is a matter that requires a precautionary approach. As a green house gas, methane is around 20 times more potent per molecule than carbon dioxide. An increased release of methane from the ocean into the atmosphere could significantly intensify the greenhouse effect. Scientific research into methane hydrates stability in dependence of temperature fluctuations, as well as of methane behaviour after it is released, are therefore urgently needed.

---

[44] Methane hydrates and global warming, *https://worldoceanreview.com/en/order/*.

3.3. Sea-level rise and inundation

Whilst the above effects primarily warrant an integrated approach mainly in terms of scientific research, sea level rise and inundation, leading to partial and complete loss of territory, would raise unprecedented legal questions as to how International law would deal with statehood, nationality and maritime jurisdictional claims of States that may become submerged. This would include maritime jurisdiction claims over the continental shelf, EEZ and EFZ and therefore rights and obligations of these same States over benthic species. Sea level rise will lead to the displacement of entire populations from their nations, rendering them homeless and possibly stateless, apart from other devastating effects on coastal and marine living and non living resources. Coastal erosion and flooding may be considered as falling within the remit of domestic law, but international law would be invoked in human rights, any effects on maritime jurisdiction claims of submerged States and international solidarity issues such as loss of life, damages to property and infrastructure, would affect developing States and vulnerable groups more severely.

Sea level rise is an effect of the melting of the polar ice caps and the further warming of the oceans leading to thermal expansion and further rise in sea level would free the North West passage and other maritime areas from ice, opening new trade and shipping routes. The latter of course has positive repercussions for anthropogenic commercial interests but may have irreparable repercussions on benthic species in these fragile ice covered ocean areas, if their exploitation either via bioprospecting or any other form of harvesting remains unregulated. It may also lead to territorial disputes and environmental threats as previously inaccessible resources become available for exploitation. Additionally, new fossil fuel resources in the form of methane hydrates, referred to above, may become accessible but may also perilously impact upon benthic biodiversity and as mentioned above, destabilise this vast energy resource leading to further global warming risks. Inundation due to sea level rise will affect to a greater or lesser extent all coastal nations, where it will lead to loss of benthic habitats through increased coastal erosion, and sea water intrusion in coastal aquifers.

3.4. Ocean acidification and its impacts on the marine environment and living resources

Ocean acidification is probably the biggest threat to most benthic species. Oceans and forests are the major natural sinks that offset the concentration of carbon dioxide emissions in the atmosphere. There is, however, a marked difference when it comes to the side effects resulting from absorption upon the two carbon sinks. Forests suffer no harmful effects no matter how high the rate of absorption of carbon dioxide is and may replace other habitats as the conditions become more favourable. Ocean acidification results from excessive CO_2 absorption, due to an

escalated concentration of carbonic acid and a subsequent decrease in the amount of dissolved carbonate ions, thereby lowering the pH level of the oceans. Ocean acidification is a natural process, apart from the presence of CO_2 in the atmosphere, some coastal or underwater volcanoes also release CO_2 when erupting. Input from rivers usually stabilises the pH, because of dissolved chemicals from rocks found in the water but it appears that this natural replacement has failed to match the constantly accumulating levels of CO_2, which oceans are being forced to absorb due to higher concentrations of atmospheric CO_2 from anthropogenic emissions[45]. Throughout these last four decades, when climate change has dominated first scientific and later political fora, the focus of the discussion regarding climate change impacts on oceans has been predominated by concern over sea level rise. It is relatively recently that ocean acidification, has been recognised as the «other CO_2 problem»[46].

Ocean acidification severely damages the marine ecosystem, both as habitat and its living resources, leading to biodiversity loss. The species most at risk are coral reefs and species with shells, made from calcium carbonate forms, such as aragonite or calcite. A low concentration of carbonate ions in the oceans that is below saturation level, would affect growth and the very survival of species such as corals, molluscs and planktonic calcifiers, which depend on it to form protective skeletons. The increased acidity in the seawater will cause their skeletons to dissolve. Ocean acidification may even spread to affect larger marine organisms like finfish as well as habitats which depend upon marine calcifiers (such as coral reefs)[47]. All these variables will leave a noticeable change in the food cycle-eventually affecting human life and interests[48].

Ocean acidification harms the so called «intangible benefits» of benthic ecosystems, namely species and habitats, protected for their own intrinsic value and not for anthroprogenic reasons. Coral reefs, for instance, provide a habitat for many organisms. They are becoming an increasingly endangered species due to higher temperatures and acidity of the oceans. The lack of calcium carbonate, severely limits their growth and crafting because of increased friability. Furthermore higher ocean acidity contributes to the bleaching of these corals, due to an elevated ocean temperature and more ultraviolet radiation.

---

[45] Orr, J. C. (2011), «Recent and Future Changes in Ocean Carbonate Chemistry», in Gattuso, J. P., and Hanson, L. (eds.), *Ocean acidification,* Oxford, Oxford University Press, 41-46.

[46] Doney, Fabry, Feely and Kleypas, 2009 , as cited by Henderson, 2006; Turley, 2005, 170.

[47] Certain marine ecosystems, such as coral reefs and oyster reefs, are referred to as «calcifiers» as they produce a form of «aragonite shell» from the calcium carbonate found in the water. Aragonite forms as a precipitate, an insoluble substance, from either physical or biological processes, occurring in the sea-water. From pre-industrial times, the global mean saturation state of aragonite in sea surface water has fallen from a value of 3.44 Ω_{arag} to 2.90 Ω_{arag} [Rockström *et al.* (2009) as cited by Guinotte and Fabry (2008)]. If the saturation state of aragonite falls below a value of 3, then the organism will undoubtedly begin to suffer, however, it falls even lower and below 1, the shell will dissolve («Ocean Acidification: Saturation State», n. d.).

[48] A geographical location heavily affected by ocean acidification, is the Mediterranean Basin. The Mediterranean offers a variety of marine services and amenities including, leisure facilities, mineral extraction, fisheries and navigation, all of which help the region to thrive economically. Consequently high income activities, such as tourism and fishing will suffer as a result of acidification.

If well implemented a number of existing sources of international law such as pollution control from land based sources, MARPOL's recent Protocol to increase energy efficiency in ships, management plans for biodiversity in marine areas and the fulfillment and upscaling of nationally determined contributions by State Parties to the Paris Agreement can already play a crucial part in mitigating acidification. The adoption of international action plans and norms would be a crucial first step for the international community to deal strategically with this threat. As ocean acidification is being mainstreamed in various fora, new norms may be formulated under different policy and legally binding instruments to meet with emerging scientific findings on ocean acidification.

4. FILLING THE LEGAL GAPS AND ELIMINATING NORMATIVE CONFLICTS

A number of International law scholars and academic networks have raised awareness on the multifaceted international law implications of the relationship between oceans and climate change[49]. International law's effectiveness is linked to its dynamic capacity to adapt to emerging circumstances. In this respect international law needs to become more coherent when addressing cross cutting threats of climate change such as sea level rise as well as ocean acidification and warming. Some existing norms under applicable sources of international law may need to be supplemented by more robust legal frameworks due to a fundamental change of circumstances brought about by the effects of climate change. For instance, ocean acidification will greatly affect benthic species, which compared to other living marine resources are very sparsely regulated under international law. The CBD and various regional treaties require State parties to take conservation management measures with respect to the marine environment within their jurisdiction and when conducting any operations under their jurisdiction and control wherever the latter may occur. If properly and seriously implemented, these international law sources could already provide better conservation measures for benthic species affected by sea level rise, ocean warming and acidification. Together with international norms controlling marine pollution from all sources as well as the reduction of fossil fuel emissions leading to carbon neutrality by mid-century, they would already address to some extent the effects of climate change upon the oceans and coastal areas from oceanic acidification. The latter is of course a best case scenario that is based on strict implementation of State party obligations found in applicable sources of international law.

Apart from the stocktaking exercise mentioned above, linkages with science would prescribe the need to tweak further existing pollution thresholds and conservation measures as well as the need to supplement them by more robust and

[49] Wolfrum, R., and Matz, N. (2000), «The Interplay of UNCLOS and the CBD», *Max Planck Yearbook of UN Law 2000*, 445-480.

specialised legal norms. An organized and institutionalized working relationship between law makers and scientists is essential to lead to the generation of international norms that would transform scientific recommendations into equitable legal obligations to prevent or mitigate and limit harm. Better coherence will, however, also necessitate new political modalities and preferably legal procedures specifically tasked with harmonizing applicable international regimes. So far, attempts in this direction have facilitated and improved relations between different international organizations and treaties with interrelated remits. It remains, however, an exercise based on goodwill. It is not at present imposed by an institutionalized, political and legal methodology which could effectively bridge legal gaps and resolve normative conflicts due to the fragmented nature of applicable norms.

The 2015 Paris Agreement, for instance, refers to the interlinkages between oceans and climate change but in conformity with usual international law- making practice, it skirts around regulating sectors that are subject to other international regimes such as ocean governance issues. It calls upon the competent institutions to pursue this role but refrains from elaborating any further[50]. Similarly the CBD, refers to the scope of the treaty's provisions on conservation as being limited to areas subject to the domestic jurisdiction, although in Article 4, it extends its scope to any operations wherever they may occur which are conducted by the parties under «their jurisdiction or control». In this manner, the CBD negotiating parties carefully steered away from an acrimonious political debate that would have dragged on for years, regarding the impact which the CBD's provisions would have on the high seas freedoms. UNCLOS itself refers to the freedom of fishing as being «subject to» *inter alia* the «treaties» to which States fishing on the high seas are parties[51]. It also ties the obligation of the parties to cooperate, when taking conservation measures on the high seas, to their entering into international agreements. UNCLOS Part XII, regulating the protection of the marine environment, refers to applicable «international rules and standards». For many years UNCLOS' obligations for States to «cooperate» in the conservation of living marine resources did not ameliorate the gaps in international norms particularly *vis a' vis* States which refused to enter into cooperation agreements with other participants in a high seas fishery or with coastal States with an adjacent exclusive economic zone. The same situation applies to marine pollution control from various sources, particularly with respect to pollution from land based sources, which remains poorly regulated at the regional level and even worse off when it comes to the implementation via domestic legislation. The linkages between conservation of living marine resources and the marine environment are dealt with separately under UNCLOS Parts VII and XII with no direct cross references underlining the inextricable dependence of the survival of the species and the maintenance of their habitat free from all sources of pollution and degradation.

---

[50] Paris Agreement Preamble.

[51] UNCLOS, Art. 116 (a).

The multitude of fisheries treaties and regional seas treaties also jealously guard their turf and carefully avoid stepping upon each others' remit, although it is also true to say that certain sustainability concepts found in environmental multilateral and regional seas agreements have been integrated in fisheries treaties in recent years. The 1995 Fish Stocks Agreement may be the best attempt at harmonizing and integrating the various applicable regimes in regulating the conservation of high seas fisheries. It does so in three major ways. First, it establishes that the conservation measures in fisheries treaties applicable in various regional areas of the high seas are to be considered as the «necessary conservation measures». UNCLOS Article 117 imposes as the comitant obligation upon States, the taking of the «necessary conservation measures» when States exercise the right of access freedom of fishing, without elaborating further. Although the Fish Stocks Agreement targets migratory species, the current negotiations to the BBNJ Implementation Agreement may emulate it by providing a basic set of conservation measures applicable in areas beyond national jurisdiction and so targeting also benthic habitats and species. Second, the Fish Stocks Agreement entrenched the obligation of ensuring compatibility between conservation measures within and beyond national jurisdiction, which is implied under UNCLOS. Benthic ecosystems would also benefit from such compatibility measures. Third, the Fish Stocks Agreement also translated the precautionary approach into substantive conservation obligations that ensure effectiveness to address risks to marine species and habitats, even in the absence of scientific certainty. The risks posed to benthic species as a result of climate change require immediate action especially since their conservation status is also at risk from other anthropogenic activities, even if the extent of harm and the actual risks involved are hampered by gaps in scientific knowledge.

5. CONCLUSION: THE WAY FORWARD

International law sources, which are applicable if well implemented, would already go a long way to enhance the relationship between oceans and climate governance and therefore mitigate harm whilst facilitating the conservation of the benthic ecosystem from the negative impacts of climate change. These numerous impacts may to some extent be regulated under various legal instruments at the national and international level, but climate change adaptation measures required under the Paris Agreement may provide an excellent opportunity to provide an integrated legal and policy framework that addresses these variety of impacts. States have explored various ways to protect rare and fragile ecosystems both within and beyond national jurisdiction under UNCLOS. One of the most common suggestions, is the creation of marine protected areas outside national jurisdiction, which as mentioned above, is one of the key aspects of the mandate given to the BBNJ ILBI negotiators.

Adaptation measures for benthic ecosystems, however, cannot be considered in isolation from the applicable international norms discussed above as well as

other multilateral norms that regulate international navigation, maritime jurisdictional claims, as well as access to and exploitation of living and non-living marine resources. There are existing fora such as the Group of Experts commissioned by DOALOS[52] and a Committee of the International Law Association which will in time make proposals for the progressive development of the applicable international law rules *de lege ferenda* on the legal ramifications of these impacts and how they may be integrated and harmonised.

Nevertheless, it is crucial that if the Paris Agreement is to transform the planet into a carbon neutral and climate resilient economy and if the international community aims to effectively address environmental and socio-economic risks via substantive norms that aim for good governance of the ocean, treaty negotiators and international actors must work more in sync. A possibly option to ensure better integration between ocean and climate governance is the negotiation of a specific international legal instrument for ocean governance in an era of climate change under the aegis of the 1982 UNCLOS and the climate and biodiversity treaties.

If this option is too much to ask for, cooperation in a milder form between States, international organizations and non-state actors, remains the only solution as it will mobilise necessary funding and facilitate the exchange of information, compliance and possibly enforcement, capacity building, as well as ensuring consistency. To a certain extent, this is already happening with the organization of fora such as the United Nations Environmental Assembly, UN Oceans and conferences involving non-state actors such as Our Ocean. Multilateral agreements that venture into area-based management, the establishment of marine protected areas within and beyond national jurisdiction and linkages with climate adaptation commitments are on the rise. Cooperation does away with unilateralism, while allowing for flexibility such that States with different capacities and capabilities are equally enticed to engage in the process. The challenges are innumerable, but necessity is the mother of invention and if the political will allows, international law is dynamic enough to circumvent the odds and adapt to the current needs of humanity in meeting with the unprecedented demands of ocean and climate governance.

[52] *sdg.iisd.org/news/undoalos-calls-for-experts-to-participate-in-the-regular-process/.*

CHAPTER 4

LA PRISE EN COMPTE DES EXIGENCES ENVIRONNEMENTALES DANS L'INTERPRÉTATION JURIDICTIONNELLE DU DROIT DE LA MER

Valérie Boré Eveno
Maître de Conférences à l'Université de Nantes
Centre de Droit Maritime et Océanique, EA nº 1165

ABSTRACT : *This study, which is based mainly on the interpretation of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) by the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), seeks to confirm the hypothesis that international judges may have to take into account environmental requirements, not only to interpret the rules devoted to the marine environmental preservation, but also to interpret some rules of the Law of the Sea not intended, a priori, to respond to an environmental issue. The result would be a dynamic interpretation of the UNCLOS, which would allow it to be adapted to the current challenges of « good governance » of maritime areas, while respecting the environment. To confirm this hypothesis, the first part of the study focuses on methods available to judges to integrate environmental interests. This part explains how customary rules of treaty interpretation, as well as certain « conventional gateways », can be used to interpret the United Nations Convention on the Law of the Sea in the light of environmental requirements already present within it, or even external to it. The second part of the study focuses on the impact of this interpretive dynamics of environmental inspiration. The examination of the jurisprudence demonstrates that this practice undeniably has led to the clarification and reinforcement of the obligations and responsibilities of the States at sea, while giving substance to the principles carried by environmental law. Its influence must however be nuanced for the reason of the constraints of the judges within this legal framework, and in particular the need to balance the*

different interests involved, in order to preserve the balances enshrined in the UNCLOS system.

Keywords : *environmental requirements ; jurisdictional interpretation ; law of the sea.*

RÉSUMÉ : *La présente étude, qui s'appuie essentiellement sur l'interprétation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM), signée à Montego Bay, par le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), vise à vérifier l'hypothèse selon laquelle les juges internationaux peuvent être amenés à prendre en compte les exigences environnementales non seulement pour interpréter les règles consacrées à la préservation du milieu marin, mais également pour interpréter des règles de droit de la mer non destinées, a priori, à répondre à un enjeu environnemental. Il en découlerait alors une interprétation dynamique de la Convention, de nature à permettre une adaptation de celle-ci aux besoins actuels de « bonne gouvernance » des espaces maritimes, dans le respect de l'environnement. Afin de confirmer cette hypothèse, la première partie de l'étude s'intéresse aux méthodes à disposition des juges pour intégrer les intérêts environnementaux. Est ainsi expliqué comment les règles coutumières d'interprétation des traités, de même que certaines « passerelles conventionnelles », peuvent être utilisées pour interpréter la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer à l'aune d'exigences environnementales déjà présentes en son sein, ou mêmes extérieures à celle-ci. La seconde partie de l'étude s'intéresse quant à elle à la portée de cette dynamique interprétative d'inspiration environnementale. L'examen de la jurisprudence démontre en effet que cette pratique a indéniablement conduit à préciser et renforcer les obligations et responsabilités des États en mer, tout en donnant corps aux principes véhiculés par le droit de l'environnement. Son influence doit toutefois être nuancée en raison des contraintes qui pèsent sur les juges à l'intérieur de ce cadre juridique, et notamment de la nécessité de mettre en balance les différents intérêts en présence, afin de préserver les équilibres consacrés dans le système de la Convention de Montego Bay.*

Mots-clés : *exigences environnementales ; interprétation juridictionnelle ; droit de la mer.*

1. INTRODUCTION

Le droit de la mer n'a cessé d'évoluer et de s'enrichir au fil du temps. Les règles relatives à l'utilisation des espaces maritimes se retrouvent aujourd'hui dans les sources les plus variées, qu'elles soient de nature coutumière, conventionnelle, ou même unilatérale du fait, notamment, de l'activité des organisations internationales agissant dans ce domaine et du rôle des actes unilatéraux étatiques dans la formation du droit de la mer[1]. Au milieu de cette « forêt » normative, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM), conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982 à la suite de neuf années d'intenses négocia-

[1] Voir Forteau, M., et Thouvenin, J.-M. (dirs.) (2017), *Traité de droit international de la mer,* Paris, Pedone, coll. CEDIN Paris Ouest-Nanterre, 33-220. Voir aussi Harrison, J. (2013), *Making the Law of the Sea : a Study in the Development of International Law*, New York, Cambridge University Press, 340.

tions, en constitue néanmoins, encore aujourd'hui, le cadre général, sur lequel portera essentiellement notre étude[2]. Outre son caractère quasi-universel et le fait qu'elle regroupe de nombreuses dispositions coutumières (ou qui le sont devenues par la suite), cette convention continue à faire figure de « Constitution pour les océans »[3], privilégiant une approche globale dans laquelle se rejoignent les différents enjeux du droit international de la mer contemporain. Son préambule est à cet égard éloquent. Soulignant que « les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble », il énonce ainsi vouloir établir « un ordre juridique pour les mers et les océans qui facilite les communications internationales et favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans, l'utilisation équitable et efficace de leurs ressources, la conservation de leurs ressources biologiques et l'étude, la protection et la préservation du milieu marin »[4].

Les préoccupations environnementales sont donc bien présentes, à côté d'autres objectifs, au sein même de la Convention. D'ailleurs, si ce traité n'est pas à proprement parler un traité environnemental (ou du moins pas exclusivement), il est cependant le premier à avoir intégré des règles et principes environnementaux applicables à l'ensemble des zones maritimes, comme en témoigne sa partie XII, expressément consacrée à la protection et à la préservation du milieu marin. Mais au-delà des normes juridiques, les « exigences environnementales » peuvent aussi traduire plus globalement des attentes, liées au constat que le milieu marin subit des dégradations considérables qui rendent nécessaires une prise de conscience et des actions à tous les niveaux, y compris juridictionnel[5]. Ces exigences peuvent donc s'exprimer dans la Convention, mais aussi lui être extérieures.

Il n'en reste pas moins que la CNUDM contient également un grand nombre de dispositions qui ne font aucune allusion explicite aux considérations environnementales. Ces dispositions viennent préciser les droits et obligations des États dans les différents espaces maritimes, en entérinant à la fois l'emprise croissante des États côtiers vers le large et la recherche d'un nouvel équilibre entre les divers usages de la mer, qu'il s'agisse de la navigation, de l'exploitation de ses ressources ou de leur protection. Or, si certaines de ces dispositions peuvent sembler assez précises, d'autres restent très générales, à l'instar d'ailleurs de

---

[2] Ouverte à la signature des États le 10 décembre 1982 à Montego Bay, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est entrée en vigueur le 16 novembre 1994 et réunit aujourd'hui 168 parties, dont l'Union européenne (à la date du 15 octobre 2018).

[3] Selon l'expression consacrée par Tommy T. B. Koh, président de la 3ème conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (*http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_french.pdf*).

[4] Texte de la CNUDM : *RTNU*, vol. 1834, 3.

[5] Voir : « Le Pacte pour les océans, des océans en bonne santé pour un monde prospère, une initiative du Secrétaire général des Nations Unies » (ONU, juillet 2012, disponible sur le site de la Division des affaires maritimes et du droit de la mer : *http://www.un.org/Depts/los/*). Voir aussi la résolution adoptée par l'Assemblée générale le 6 juillet 2017 (A/RES/71/312), qui fait sienne la déclaration intitulée « L'océan, notre avenir : appel à l'action » adoptée par la Conférence de haut niveau des Nations Unies visant à appuyer la réalisation de l'objectif de développement durable n° 14 relatif à la conservation et à l'exploitation durable des océans, des mers et des ressources marines.

celles destinées à protéger le milieu marin. Elles demeurent toutes, quoi qu'il en soit, sujet à interprétation, comme le serait n'importe quelle règle conventionnelle.

C'est souvent à l'occasion d'un contentieux relatif à l'interprétation de ces règles que les intérêts divers et variés des Etats en mer vont s'opposer. Afin de régler pacifiquement ces différends, la CNUDM a établi, dans sa partie XV, un mécanisme original et contraignant pour les États parties, qui conservent malgré tout la liberté de choisir l'organe juridictionnel de règlement des différends devant lequel ils souhaitent porter leur litige, lorsqu'ils ne sont pas parvenus à le régler par d'autres voies, notamment diplomatiques[6]. Le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), créé sur le fondement de l'annexe VI de la Convention, n'est donc pas la seule instance juridictionnelle ayant pour mission d'interpréter le droit de Montego Bay[7]. Il n'en est d'ailleurs pas même l'instance compétente par défaut, ce rôle étant dévolu à la procédure arbitrale de l'annexe VII, sauf pour ce qui concerne les procédures d'urgence[8]. Il n'en demeure pas moins, à la différence de la Cour internationale de Justice, la juridiction internationale spécialisée dans ce domaine. Le TIDM ayant pu, durant les vingt premières années de son existence, développer une jurisprudence déjà consistante, cette étude se concentrera sur les affaires dont celui-ci a été amené à connaître[9], sans interdire, évidemment, des comparaisons avec la pratique des autres forums[10].

L'hypothèse de départ qui a guidé cette recherche est que les juges internationaux peuvent être amenés à prendre en compte les exigences environnementales non seulement pour interpréter les dispositions de la CNUDM consacrées à la préservation du milieu marin (ce qui apparaît comme une évidence), mais aussi pour interpréter des règles du droit de la mer, non destinées *a priori* à répondre à un enjeu environnemental. Il en ressortirait ainsi une interprétation dynamique de la Convention, apte à permettre une adaptation de celle-ci aux besoins de « bonne

---

[6] La CNUDM rappelle en effet aux États membres qu'ils ont l'obligation de régler pacifiquement leurs différends internationaux (article 279), mais elle leur laisse le choix quant à la procédure à suivre pour tenter de trouver une solution à leur conflit (article 280). Ce n'est que s'ils n'y parviennent pas qu'ils doivent se soumettre aux procédures obligatoires prévues dans la section 2 de la partie XV.

[7] L'article 287 de la CNUDM précise ainsi que les États peuvent opter soit pour le Tribunal international du droit de la mer, soit pour la Cour internationale de Justice, soit pour un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII ou encore pour un tribunal arbitral spécial constitué conformément à l'annexe VIII s'agissant de matières plus techniques.

[8] Le TIDM dispose en effet d'une compétence résiduelle obligatoire dans le cadre de la procédure de prompte mainlevée prévue à l'article 292 de la CNUDM, ou lorsque des mesures conservatoires lui sont demandées par les États sur le fondement de l'article 290 § 5 de la Convention, c'est-à-dire en attendant la constitution d'un Tribunal arbitral de l'annexe VII.

[9] Depuis la première affaire, introduite en 1997, jusqu'à aujourd'hui (15 octobre 2018), 25 affaires ont été inscrites au rôle du TIDM (*https://www.itlos.org*). Pour un bilan de l'activité judiciaire du Tribunal de ces vingt premières années, voir par exemple : ITLOS (2018), *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Rule of Law : 1996-2016*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 312 ; Le Floch, G. (dir.) (2018), *Les 20 ans du Tribunal international du droit de la mer*, Paris, Pedone, 2018, 398 ; Ros, N. (2018), « Le Tribunal international du droit de la mer, entre tradition et modernité du règlement judiciaire », *ADMO*, 115-132.

[10] Pour un bilan comparatif synthétique, voir Gautier, Ph. (2017), « 22 ans de règlement des différends relatifs au droit de la mer : un premier bilan », *DMF*, 942-956.

gouvernance » des espaces maritimes, à l'intérieur d'un cadre juridique dont il ne faudrait cependant pas ignorer les contraintes.

Afin de vérifier cette hypothèse, il convient de s'interroger tout d'abord sur les moyens dont disposent les juges pour « prendre en compte » ces exigences environnementales, alors même que la règle à interpréter ne les évoque pas forcément (2). Il sera ensuite possible d'apprécier la portée de cette prise en compte, autrement dit d'évaluer les conséquences que les exigences environnementales peuvent avoir sur l'interprétation juridictionnelle de la Convention (3).

2. LES MÉTHODES DE PRISE EN COMPTE DES EXIGENCES ENVIRONNEMENTALES : LE FERMENT D'UNE INTERPRÉTATION DYNAMIQUE DU DROIT DE LA MER

Pour intégrer les exigences environnementales dans leur raisonnement interprétatif, les juges internationaux peuvent tout d'abord s'appuyer sur les règles coutumières d'interprétation, telles qu'elles sont codifiées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (2.1). Ils peuvent aussi emprunter certaines « passerelles conventionnelles », leur permettant de prendre en compte des règles du droit international de l'environnement extérieures à la CNUDM (2.2).

2.1 . Le recours aux règles coutumières d'interprétation

Les références expresses aux règles d'interprétation codifiées aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) sont plutôt rares dans la jurisprudence du TIDM[11]. Toutefois, cela n'empêche pas ce dernier de les utiliser régulièrement, de manière plus ou moins implicite, pour interpréter les dispositions de la Convention de Montego Bay[12]. Il considère ainsi que « la Convention doit être interprétée de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »[13]. D'une

[11] La première référence expresse aux règles d'interprétation consacrées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités ne provient, en outre, pas du Tribunal dans sa formation plénière, mais de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins. Voir TIDM, « Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins », Avis consultatif du 1er février 2011, Affaire nº 17, §§ 57-63.

[12] Pour une approche comparative de la pratique interprétative du TIDM avec celle d'autres juridictions internationales, voir Bore Eveno, V. (2004), *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, Thèse Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 636 (*https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01797581v1*).

[13] Citant ainsi expressément l'article 31 de la CVDT, voir TIDM, « Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar) », Arrêt du 14 mars 2012, affaire nº 16, § 372. Voir aussi, mais sans référence expresse à la CVDT : TIDM, « Affaire du " Volga " (Fédération de Russie c. Australie) », prompte mainlevée, arrêt du 23 décembre 2002, affaire nº 11, § 77 (le Tribunal considère que l'expression « caution ou autre garantie » mentionnée à l'article 73, paragraphe 2, de la Convention « doit être prise dans son contexte et examinée au regard de son objet et de son but »).

manière générale, le Tribunal fait preuve d'éclectisme et d'un certain pragmatisme dans le choix des outils interprétatifs à sa disposition. Mais derrière cette souplesse apparente, son approche interprétative reste le plus souvent guidée par une interprétation « téléo-systématique »[14], ce qui lui permet de prendre en compte des exigences environnementales qui ne sont pas forcément exprimées dans la disposition à interpréter, mais qui se dégagent de son contexte ou des objectifs poursuivis par la Convention[15].

L'avis consultatif rendu par le TIDM en 2015 à la demande de la Commission sous-régionale des pêches est particulièrement révélateur d'une telle démarche téléologique[16]. En effet, pour interpréter les droits et responsabilités spécifiques que la Convention confère à l'État côtier dans sa zone économique exclusive[17], mais aussi les responsabilités de l'État du pavillon en matière de pêche INN[18], les juges se sont expressément appuyés sur le passage du préambule de la Convention précédemment cité qui, rappelons-le, intègre explicitement parmi les objectifs formels à atteindre : « la protection et la préservation du milieu marin » ainsi que « la conservation de [ses] ressources biologiques »[19].

Le renvoi au contexte, quant à lui, autorise les juges à se référer notamment à la partie XII de la Convention pour interpréter des dispositions qui se trouvent dans d'autres parties. Ceci est d'autant plus pertinent que l'article 192, qui ouvre cette partie en imposant aux États l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin, est considéré par le Tribunal comme s'appliquant à l'ensemble des zones maritimes[20]. Mais, étant donné que l'on trouve également des dispositions relatives à la protection du milieu marin ou de ses ressources tout au long de la Convention[21], celles-ci peuvent aussi servir à interpréter d'autres dispositions dont

---

[14] Voir Treves, T. (2006), « The International Tribunal for the Law of the Sea : applicable law and interpretation », in Sacerdoti, G.; Yanovich, A., et Bohanes, J. (eds.), *The WTO at ten : the Contribution of the dispute settlement System*, Cambridge University Press, 494 et s.

[15] Voir Zarbiev, F. (2009), « L'interprétation téléologique des traités comme moyen de prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux », in Ruiz Fabri, H., et Gradoni, L. (dirs.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 199-242.

[16] TIDM (2015), *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, avis consultatif du 2 avril 2015, affaire nº 21, *Recueil*, 4.

[17] Le Tribunal évoque notamment les articles 56, 61, 62 et 73 de la CNUDM. *Ibid*., §§ 102 et s.

[18] *Ibid*., §§ 110 et s. La pêche illicite, non déclarée, non réglementée (INN) n'étant pas directement traitée dans la Convention de Montego Bay, les juges pouvaient difficilement se contenter ici d'une interprétation littérale de la Convention.

[19] *Ibid*., § 102. Le Tribunal précise à cet égard que « les ressources biologiques et la faune et la flore marines font partie du milieu marin » (§ 216), et que « la conservation des ressources biologiques de la mer constitue un élément essentiel de la protection et de la préservation du milieu marin » [§ 120, citant : TIDM (1999) *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon),* mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, affaires nº 3 et 4, *Rec*. 295, § 70].

[20] TIDM, avis consultatif du 2 avril 2015, *précité*, § 120.

[21] Voir, par exemple : l'article 20 § 1 *f)* dans la partie II de la CNUDM, relative à la mer territoriale (qui permet à l'État côtier de réglementer le droit passage inoffensif afin de préserver son environnement et prévenir, réduire et maîtriser sa pollution) ; les articles 61 et suivants relatifs à la conservation des ressources biologiques dans les ZEE (partie V) ; ou encore les articles 116 à 119 relatifs à l'obligation de préserver les ressources biologiques de la haute mer (partie VII) et l'obligation de coopérer à cet effet.

elles forment le contexte proche. Par exemple, dans l'affaire du *Virginia G*, le Tribunal a estimé que l'article 58 devait « être lu conjointement avec l'article 56 » qui, contrairement au premier, fait expressément référence aux pouvoirs de l'État côtier en matière de conservation des ressources et de protection du milieu marin dans sa ZEE. Il en a alors déduit que les États côtiers pouvaient réglementer le soutage des navires étrangers qui pêchent dans cette zone[22].

En outre, comme l'autorisent également les règles coutumières d'interprétation (article 31 § 3 de la CVDT), le Tribunal n'hésite pas à situer la Convention de Montego Bay dans son contexte exogène. Il a, de cette manière, pu tenir compte d'exigences environnementales découlant d'accords ultérieurs ou de la pratique ultérieurement suivie[23] dans l'application de la Convention, en matière de réglementation de la pêche par exemple. Ainsi, dans l'affaire précitée du *Virginia G*, le tribunal a estimé que l'article 73 § 1 de la CNUDM « [devait] être interprété à la lumière de la pratique des États côtiers s'agissant de sanctionner les infractions aux lois et règlements régissant la pêche », afin de savoir si cette disposition autorisait les mesures de confiscation[24]. Dans l'avis consultatif de 2015, le Tribunal a aussi considéré que « les lois et règlements que l'État côtier adopte conformément à la Convention aux fins de la conservation des ressources biologiques ainsi que de la protection et de la conservation du milieu marin dans sa zone économique exclusive font partie de l'ordre juridique pour les mers et les océans établi par la Convention et, partant, les autres États parties dont les navires se livrent à des activités de pêche dans ladite zone doivent s'y conformer »[25]. Par ailleurs, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a estimé que les règlements adoptés par l'Autorité internationale des fonds marins pouvaient, s'ils n'entraient pas en contradiction avec les dispositions de la Convention, « être utilisés pour clarifier et compléter certains aspects des dispositions pertinentes de la Convention »[26].

Enfin, le Tribunal s'est appuyé, plus largement encore, sur les « règles pertinentes de droit international applicables entre les parties »[27]. Pour ne citer ici

---

[22] TIDM, *Affaire du navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt du 14 avril 2014, affaire nº 19, § 222. Notons toutefois que si la Guinée Bissau invoquait notamment des préoccupations environnementales pour justifier la réglementation du soutage (not. §§ 182 et 196 et s.), le Tribunal a fait observer que c'est dans sa législation sur la pêche plutôt que dans sa législation relative à la protection du milieu marin que cette réglementation a été intégrée, et n'a donc pas jugé nécessaire de les examiner (§§ 223-224).

[23] En référence à l'article 31 § 3 *a)* et *b)* de la CVDT.

[24] TIDM, *Affaire du navire « Virginia G »*, *arrêt précité*, § 253 (voir aussi les §§ 208-218, qui évoquent « la pratique des États qui s'est développée après l'adoption de la Convention »).

[25] TIDM, avis consultatif du 2 avril 2015, *précité*, § 102.

[26] TIDM, Avis consultatif du 1er février 2011, *précité*, § 93.

[27] Sur le rôle de l'article 31 § 3 *c)* de la CVDT dans l'interprétation systémique des traités, voir par exemple McLachlan, C. (2005), « The Principle of Systemic Integration and Article 31.3 c) of the Vienna Convention », *ICLQ*, 279-320 ; Cazala, J. (2009), « Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de toute autre "règle pertinente de droit international applicable entre les parties" en tant que "passerelle" jetée entre systèmes juridiques différents », in Ruiz Fabri, H., et Gradoni, L. (dirs.), *op. cit.*, 95-136 ; ou, plus récemment : Merkouris, P. (2015), *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration : Normative Shadows in Plato's Cave*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 331.

qu'un exemple, c'est de cette manière que la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a pu intégrer « l'approche de précaution » lorsqu'il lui a fallu interpréter l'obligation de « veiller au respect de la Convention » dans la Zone (article 139 de la Convention). Les juges ont en effet considéré que cette approche de précaution, formulée dans la Déclaration de Rio de 1992 (principe 15), avait été incorporée dans de nombreux traités et autres instruments internationaux, y voyant là « un mouvement » tendant à « incorporer cette approche dans le droit international coutumier »[28]. L'usage d'une telle méthode d'interprétation « systémique », reflet d'une approche intégrée, témoigne ainsi de la volonté du Tribunal de ne pas « isoler cliniquement »[29] la Convention de Montego Bay du reste du droit international, et notamment du droit international de l'environnement[30]. Or, ce dernier étant en perpétuelle évolution, il y a là, de toute évidence, un puissant facteur pour une interprétation dynamique et constructive des règles de droit de la mer consacrées dans la Convention.

Cette démarche doit cependant être distinguée d'une autre technique de prise en compte des exigences environnementales qui se dégagent de l'environnement juridique extérieur à la Convention de Montego Bay, technique qui consiste à prendre appui sur certaines de ses dispositions parfois qualifiées de « passerelles ».

2.2. Le recours aux dispositions « passerelles »

Derrière ce que l'on qualifie parfois de « passerelles conventionnelles »[31], se cachent tout simplement des dispositions, présentes dans la Convention, mais qui renvoient elles-mêmes à d'autres instruments juridiques, sur lesquels les juges vont également pouvoir s'appuyer pour régler les affaires qui leur sont soumises. Ces instruments constituent donc autant de sources d'inspiration (ou de sources de droit tout court) permettant de prendre en compte des exigences environnementales.

---

[28] Avis consultatif du 1er février 2011, *précité*, § 135. La Chambre cite notamment la CDB (Convention sur la diversité biologique) et la CITES (Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction). Elle s'appuie également sur les Règlements adoptés par l'Autorité, ainsi que sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

[29] Pour reprendre l'expression utilisée par l'organe de règlement des différends de l'OMC, qui refuse ainsi de lire l'accord général en « l'isolant cliniquement » du droit international public. Voir le premier rapport de l'Organe d'appel, (29 avril 1996), *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (WT/DS2/AB/R), Etats-Unis, 19.

[30] Suivant une démarche comparable, voir la sentence arbitrale rendue en 2016 dans l'affaire *Philippines c. Chine*, dans laquelle le Tribunal arbitral s'est référé à d'autres sources du droit international de l'environnement (notamment la CDB et la CITES), pour interpréter les dispositions de la CNUDM : Arbitral Tribunal (PCA Case nº 2013-19) (12 July 2016), *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, Award. Sur cette décision, voir aussi le commentaire de Ricard, P. (2016), « La sentence arbitrale relative au différend en mer de Chine méridionale et l'obligation de protection du milieu marin », *ADMer*, 147-159.

[31] L'expression a notamment été utilisée par Trevisanut, S. (2009), « La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et le droit de l'environnement : développement intrasystémique et renvoi intersystémique », in Ruiz Fabri, H., et Gradoni, L. (dirs.), *op. cit.*, 414.

Parmi ces « passerelles », figure notamment l'article 293 de la Convention, relatif au « droit applicable ». Cette disposition, à laquelle les juges du Tribunal ont déjà eu plusieurs fois recours[32], permet aux cours ou tribunaux compétents d'appliquer, outre les dispositions de la Convention, « les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». On pourra certes répliquer qu'en invoquant ces autres règles, les questions d'articulation avec la CNUDM ne se posent plus tant en termes d'interprétation que de conflit de normes. Cette déduction paraît toutefois un peu rapide, car le « test de compatibilité » imposé par cet article 293 suppose bien qu'il y ait eu au préalable interprétation de l'une et l'autre de ces sources. Par ce biais, on peut donc facilement comprendre l'influence que cette disposition peut avoir sur l'interprétation de la Convention. En cas de risque d'incompatibilité, elle peut en effet conduire les juges, ou bien à adopter une lecture « conciliante » de la Convention, de manière, justement, à éviter le conflit de normes, ou bien, au contraire, à restreindre l'impact de ces autres règles si elles ne répondent qu'imparfaitement au test de compatibilité, ce que fera par exemple la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins dans son avis de 2011, s'agissant des règlements adoptés par l'Autorité[33].

Autre passerelle conventionnelle, l'article 237 de la CNUDM réglemente quant à lui plus spécifiquement les rapports entre la partie XII de la Convention et les obligations pouvant découler d'autres instruments relatifs à la protection du milieu marin, que ces instruments soient antérieurs ou postérieurs à la Convention[34]. Tout en imposant lui aussi un critère de « compatibilité » avec les « principes et objectifs généraux de la Convention »[35], cet article permet d'intégrer, dans le droit de Montego Bay, des exigences environnementales découlant d'autres conventions ou accords internationaux, et semble même encourager la conclusion de tels accords « en application des principes généraux énoncés dans la Convention »[36]. Ainsi, comparé à la règle générale de conflit prévue à l'article 311 § 2 de la CNUDM[37],

---

[32] Dans son avis consultatif de 2015 sur la pêche INN, le TIDM a pu, par ce biais, se fonder sur « les règles pertinentes de droit international » sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, reflétées dans le projet d'articles de la Commission du droit international. Il s'agissait de répondre au silence de la CNUDM et de la Convention CMA sur la question de la responsabilité de l'État du pavillon pour les activités de pêche INN auxquelles se livrent des navires battant son pavillon (Avis consultatif du 2 avril 2015, *précité*, § 143). Pour une application en dehors du domaine de la protection de l'environnement, voir par exemple TIDM (1er juillet 1999), *Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, § 155 (s'agissant de l'usage de la force).

[33] Voir *infra*, II-B).

[34] Selon l'article 237 § 1 de la CNUDM : « La présente partie n'affecte pas les obligations particulières qui incombent aux États en vertu de conventions et d'accords spécifiques conclus antérieurement en matière de protection et de préservation du milieu marin, ni les accords qui peuvent être conclus en application des principes généraux énoncés dans la Convention ».

[35] En effet, selon l'article 237 § 2 : « Les États s'acquittent des obligations particulières qui leur incombent en ce qui concerne la protection et la préservation du milieu marin en vertu de conventions spéciales d'une manière compatible avec les principes et objectifs généraux de la Convention ».

[36] Voir le commentaire de l'article 237 in Proelss, A. (dir.) (2017), *United Nations Convention on the Law of the Sea : A Commentary*, Beck/Hart Publishing, Nomos, 1596-1604.

[37] Selon l'article 311 § 2 : « La Convention ne modifie en rien les droits et obligations des États parties qui découlent d'autres traités compatibles avec elle, et qui ne portent atteinte ni à la jouissance par les autres

l'article 237 fait figure de *lex specialis* en matière environnementale[38] et contribue sans aucun doute au dynamisme de la Convention dans ce domaine. Ceci paraît d'autant plus évident que l'exigence de compatibilité n'est évoquée dans cette disposition que s'agissant de la manière dont les États mettent en œuvre ces obligations conventionnelles extérieures, et non s'agissant de ces conventions spécifiques en elles-mêmes. Il y a donc manifestement, dans cet article, un puissant levier pour développer et concrétiser les principes consacrés dans la partie XII de la Convention.

Les renvois au « droit international » ou aux « normes internationales généralement acceptées » sont par ailleurs fréquents dans la Convention de Montego Bay, que ce soit dans le préambule[39] ou bien dans le dispositif de la Convention[40]. De même, la Convention fait souvent référence aux « règles et normes internationales » qui ont pu être établies par l'intermédiaire d'une « organisation internationale compétente » (on pense notamment ici à l'Organisation maritime internationale) ou d'une « conférence diplomatique générale », et dont le respect, par les navires notamment, doit être assuré, ce qui nécessite parallèlement un contrôle par les États. C'est le cas notamment de l'article 211 relatif à la pollution par les navires, ou encore des articles 217, 218 et 220, qui portent respectivement sur les pouvoirs de l'État du pavillon, de l'État du port et de l'État côtier. L'article 297 § 1 c) permet quant à lui de soumettre aux procédures obligatoires de règlement des différends prévues par la Convention les différends concernant l'exercice des droits souverains de l'État côtier lorsqu'« il est allégué que l'État côtier a contrevenu à des règles ou normes internationales déterminées visant à protéger et à préserver le milieu marin qui lui sont applicables et qui ont été établies par la Convention, ou par l'intermédiaire d'une organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique agissant en conformité avec la Convention ».

Il est dès lors possible de voir, à travers ces différentes dispositions, autant de « passerelles » permettant d'intégrer un certain nombre d'exigences environnementales se dégageant du contexte élargi de la CNUDM[41] et d'inspirer, par cette voie, une interprétation dynamique des dispositions de la Convention. En adoptant une telle démarche, les juges peuvent, par là même, contribuer au développement progressif du droit de la mer, mais aussi du droit de l'environnement, voire appor-

États parties des droits qu'ils tiennent de la Convention, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celle-ci ».

[38] L'article 311 § 5 précise à cet égard que « le présent article ne porte pas atteinte aux accords internationaux expressément autorisés ou maintenus par d'autres articles de la Convention », ce qui est manifestement le cas de l'article 237.

[39] Le préambule de la CNUDM se termine en affirmant que « les questions qui ne sont pas réglementées par la Convention continueront d'être régies par les règles et principes du droit international général ».

[40] Voir, par exemple, l'article 58 § 3 (s'agissant des droits et obligations des États dans la ZEE), les articles 74 et 83 (s'agissant de la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre États dont les côtes sont adjacentes ou se font face), ou encore l'article 139 § 2 (s'agissant de l'obligation de veiller au respect de la Convention et de la responsabilité en cas de dommages).

[41] Sur cette « démarche d'extranéité », voir aussi Zambo Mveng, J.-C. (2016-1), « Le droit extérieur à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dans les arrêts du TIDM », *RBDI*, 377-404.

ter plus largement leur contribution au droit international général (de la responsabilité par exemple).

Mais pour avoir une idée plus précise de l'impact que les considérations environnementales ont pu produire sur le travail interprétatif des juges, il convient de se pencher, à présent, sur les résultats concrets de cette prise en compte.

3. LA PORTÉE DE LA PRISE EN COMPTE DES EXIGENCES ENVIRONNEMENTALES : UN DYNAMISME INTERPRÉTATIF À NUANCER

Manifestement, les enjeux environnementaux ont déjà eu une influence importante sur l'interprétation de diverses dispositions de la Convention de Montego Bay. D'une manière générale, elles ont conduit à préciser et renforcer les obligations et responsabilités des Etats en mer (3.1). Cette influence doit toutefois être relativisée car les juges restent limités dans leur approche par certaines contraintes interprétatives qui les conduisent, notamment, à devoir mettre en balance les divers intérêts en présence (3.2).

3.1. Un renforcement des obligations et responsabilités des États en mer

Si le droit de la mer est composé de règles essentiellement destinées à déterminer les droits et obligations des États dans les différents espaces maritimes, la CNUDM les consacre sans toujours entrer dans les détails de leur contenu ou de leurs implications, voire en y entretenant parfois certaines ambiguïtés liées aux compromis dont elle s'avère être la traduction. Les juges du TIDM (à l'instar de la CIJ ou des tribunaux arbitraux), appelés à « dire le droit » par le biais d'une interprétation de la Convention, sont dès lors amenés à exercer une fonction de suppléance normative[42] qui va leur permettre de préciser et d'enrichir le droit de la mer, mais aussi, parallèlement, d'autres branches du droit international. Or, à l'examen de la jurisprudence, il apparaît que les considérations environnementales ont, dans un certain nombre de cas, conduit le Tribunal à adopter une interprétation constructive des obligations et responsabilités des États en mer.

Cela transparaît tout d'abord de manière assez évidente dans certaines ordonnances en indication de mesures conservatoires que le TIDM a été amené à rendre sur la base de la procédure prévue à l'article 290 de la CNUDM. Il n'y a là, à vrai dire, rien de vraiment surprenant, dans la mesure où le premier paragraphe de cet article précise que les juges peuvent prescrire de telles mesures « pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou *pour empêcher que le milieu marin ne*

[42] Sur cette démarche de « suppléance normative » adoptée par le TIDM, voir notamment Ros, N. (2000), « Un bilan de la première activité du Tribunal international du droit de la mer (1996-2000) », *AFDI*, not. 512-522. Voir également Wood, M. (2007), « The International Tribunal for the Law of the Sea and General International Law », *IJMCL*, 351-367.

subisse de dommages graves en attendant la décision définitive »[43], ce qui est déjà en soit une disposition novatrice pour le contentieux international relatif au droit de la mer[44].

Toutefois, on peut observer que même en l'absence d'urgence pour le milieu marin, il arrive que le Tribunal intègre les préoccupations environnementales dans son appréciation du premier objectif des mesures conservatoires, c'est-à-dire de la nécessité de « préserver les droits des parties ». Ce fut notamment le cas dans l'affaire qui a opposé le Ghana à la Côte d'Ivoire au sujet de la délimitation de leur frontière maritime[45]. Dans son ordonnance du 25 avril 2015, la Chambre spéciale du TIDM instituée pour traiter cette affaire a estimé que la Côte d'Ivoire n'avait pas démontré que les activités de forage menées par le Ghana dans la zone litigieuse seraient « de nature à créer un risque imminent de dommages graves au milieu marin »[46]. La condition de l'urgence n'était donc pas remplie en l'espèce pour permettre aux juges d'adopter des mesures conservatoires sur le fondement de cet objectif. La Chambre spéciale s'est néanmoins déclarée « particulièrement préoccupée par le risque que des dommages graves soient causés au milieu marin »[47], ce qui l'a finalement conduit à ordonner quand même aux deux États de « coopérer » afin de « prévenir » de tels dommages[48]. Pour justifier cette décision, les juges ont repris un argumentaire déjà utilisé dans les ordonnances rendues dans les affaires de *l'Usine MOX*[49] et des *Travaux de poldérisation*[50], qui présentaient elles aussi des enjeux environnementaux. En effet, nettement influencée par l'approche de précaution[51], la Chambre spéciale s'est appuyée à la fois sur la partie XII de la

---

[43] C'est nous qui soulignons.

[44] En effet, à la différence de l'article 41 du Statut de la CIJ, qui se limite aux « mesures conservatoires du droit de chacun », l'article 290 de la CNUDM s'intéresse aussi à la protection des espaces communs, ce qui justifie que dans les affaires du thon à nageoire bleue par exemple, l'Australie et la Nouvelle Zélande aient eu pour objectif de protéger un stock de poissons qui faisait l'objet d'activités de pêche en haute mer. Voir TIDM, *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon), mesures conservatoires*, affaires nº 3 et 4, ordonnance du 27 août 1999, *Rec*. 1999, 280.

[45] TIDM, Chambre spéciale, *Affaire du Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire),* affaire nº 23.

[46] *Ibid*., *mesures conservatoires,* ordonnance du 25 avril 2015, affaire nº 23, § 67.

[47] *Ibid*., § 68.

[48] *Ibid.*, § 108.

[49] TIDM, affaire de *l'Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires,* ordonnance du 3 décembre 2001, affaire nº 10, § 82.

[50] TIDM, affaire des *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires,* ordonnance du 8 octobre 2003, affaire nº 12, § 92.

[51] Affaire *Ghana/Côte d'Ivoire*, ordonnance du 25 avril 2015 *précitée*, § 72 : la Chambre souligne que les Parties devraient en l'espèce « agir avec prudence et précaution pour éviter tout dommage grave au milieu marin ». Le TIDM avait d'ailleurs déjà, dans de précédentes affaires, pu demander aux parties d'agir « avec prudence et précaution » (*Affaires du Thon à nageoire bleue*, *précit.*, § 77) ou bien considérer que « la prudence et la précaution » exigeaient d'elles une certaine coopération (*Affaire de l'Usine MOX*, *précit*., § 84), tout en préférant parfois employer le terme de « circonspection » (*Affaire des Travaux de poldérisation, précit.*, § 99) et ce, alors même qu'il n'y avait pas « urgence » dans ces deux dernières affaires. Dans l'affaire du *Louisa*, le TIDM n'a pas prescrit de mesures conservatoires, mais a néanmoins rappelé dans ses motifs que « les parties devraient [...] agir avec prudence et précaution pour éviter tout dommage grave au milieu marin » (TIDM, *Affaire du navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, *mesures conservatoires*, ordonnance du 23 décembre 2010, affaire nº 18, § 77). Dans son avis du 1er février 2011, la Chambre pour le règlement des

Convention[52] et sur le droit international général[53], pour considérer que « l'obligation de coopérer constitue [...] un principe fondamental en matière de prévention de la pollution du milieu marin et qu'il *en découle des droits que le Tribunal peut considérer approprié de préserver* conformément à l'article 290 de la Convention »[54]. C'est donc bien sous l'angle de la sauvegarde de droits subjectifs (tels que découlant de l'obligation de coopération des États en matière environnementale) que l'objectif de protection du milieu marin a pu, en l'espèce, justifier la prescription de mesures conservatoires, et non en tant que critère autonome d'octroi desdites mesures[55]. Mais c'est aussi parce que les juges ont considéré que les droits de la Côte d'Ivoire pouvaient être affectés de manière irréversible du simple fait que les forages modifient physiquement le milieu marin, que le risque de préjudice irréparable a pu être reconnu en l'espèce.

Toujours est-il que l'argumentation retenue, de même que le contenu des mesures provisoires adressées aux parties[56] témoignent bien d'une réelle prise en considération des exigences environnementales. Et c'est grâce à une interprétation téléologique et systémique de l'article 290 que le TIDM a pu, de la sorte, contribuer au renforcement des obligations étatiques en la matière, notamment sur le plan procédural[57].

---

différends relatifs aux fonds marins a, quant à elle, mis l'accent sur le rapport entre l'obligation de diligence requise et l'approche de précaution (avis consultatif du 1er février 2011, *précité*, §. 132). Sur l'importance de la coopération et de la précaution dans la jurisprudence du TIDM, voir par exemple Nouzha, Ch. (2005), « Le rôle du TIDM dans la protection du milieu marin », *RQDI*, 81 et s. ; Akl, J. (2014), « Proceedings on Provisional Measures before the International Tribunal for the Law of the Sea », in *International Law of the Sea : Essays in Memory of A. L. Kolodkin*, Moskva, Statut, 179 ; Boyle, A. (2007), « The Environmental Jurisprudence of the ITLOS », *IJMCL*, 378 et s. ; voir aussi Virzo, R. (2018), « La finalité des mesures conservatoires du Tribunal international du droit de la mer », in Le Floch, G. (dir.), *op. cit.*, not.150-153.

[52] Affaire *Ghana/Côte d'Ivoire*, ordonnance du 25 avril 2015, *précitée*, §§ 69 et 70, où la Chambre spéciale rappelle l'obligation des États de « protéger et de préserver le milieu marin » consacrée aux articles 192 et 193 de la CNUDM.

[53] *Ibid*., §§ 71, où la Chambre spéciale, citant la Cour internationale de Justice, rappelle que « [l]'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps des règles de droit international de l'environnement » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, CIJ Recueil 1996*, 241-242, par. 29).

[54] *Ibid*., § 73. C'est nous qui soulignons.

[55] Voir Bore Eveno, V. (2015), « Les mesures conservatoires dans l'affaire du différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire. TIDM (chambre spéciale), ordonnance du 25 avril 2015 », *AFDI*, 699-724, not. 709.

[56] Dans le dispositif de l'ordonnance, la Chambre spéciale exige également que le Ghana prenne « toutes les mesures nécessaires pour qu'aucun nouveau forage ne soit effectué par lui ou sous son contrôle dans la zone litigieuse » et exerce « un contrôle rigoureux et continu sur les activités menées par lui, ou avec son autorisation, dans la zone litigieuse pour empêcher tout dommage grave au milieu marin ». De même, dans les *Affaires du Thon à nageoire bleue*, *précit.*, les parties étaient appelées à « veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves » (§ 77) ; et dans, l'*Affaire des Travaux de poldérisation, précit.*, le Tribunal a « enjoint à Singapour de ne pas mener ses travaux de poldérisation d'une manière qui pourrait [...] causer des dommages graves au milieu marin » (§ 106.2).

[57] Ainsi, au-delà du respect de l'obligation de coopération, la Chambre spéciale a également, dans l'affaire *Ghana/Côte d'Ivoire*, demandé au Ghana de faire en sorte que les informations qui résultent de ses activités ne soient pas utilisées au détriment de la Côte d'Ivoire (ordonnance du 25 avril 2015, *précitée*, dispositif). En d'autres occasions, le TIDM a aussi pu obliger les États à communiquer des informations sur les activités po-

D'autres obligations ont par ailleurs été précisées dans le cadre de contentieux examinés au fond par le Tribunal, mais également (et surtout) dans le cadre des procédures consultatives. Dès la première affaire inscrite à son rôle (celle du navire *Saiga*), le TIDM avait clairement vu derrière l'exigence d'un « lien substantiel » entre le navire et l'État qui lui accorde sa nationalité (requis par l'article 91 § 1 CNUDM), non pas une condition pour l'attribution et l'opposabilité internationale du pavillon, mais un moyen d'assurer un respect plus efficace de leurs obligations par les États du pavillon[58]. En effet, d'après l'article 94 de la CNUDM, en acceptant ainsi d'accorder sa nationalité à un navire, l'État du pavillon s'engage à exercer « effectivement » sur celui-ci « sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social », tout en sachant que, dans ce cadre, les mesures de surveillance adoptées peuvent concerner notamment « la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution »[59].

Cette interprétation a par la suite eu des impacts importants, notamment en matière de pêche[60], comme en témoigne ici encore l'avis consultatif rendu par le Tribunal en 2015. En l'espèce, c'est en mettant cette obligation générale de contrôle en relation avec les obligations générales et particulières des États du pavillon relatives à la conservation et la gestion des ressources biologiques marines, que les juges ont pu en déduire tout un éventail d'obligations internationales beaucoup plus précises[61]. Pour aller à l'essentiel (l'avis étant très riche...)[62], le Tribunal a insisté sur le fait que l'État du pavillon est tenu « d'adopter les mesures administratives nécessaires » pour « veiller à » ce que les navires de pêche battant son pavillon ne se livrent pas à des activités de pêche INN dans les ZEE d'autres

---

tentiellement dangereuses pour l'environnement marin [*Affaire de l'Usine MOX*, *précit*., § 89-1 *a)*] ou encore à mettre en place un collège d'experts indépendants pour évaluer les effets potentiellement dommageables d'une activité sur le milieu marin [*Affaire des Travaux de poldérisation, précit.*, § 106-1 *a)*]. Soutenant ainsi l'idée que les mesures conservatoires constituent un outil efficace pour la protection de l'environnement, voir notamment Gautier, Ph. (2016), « La contribution du Tribunal international du droit de la mer au droit de l'environnement », *ADMer,* 129-145.

[58] TIDM, *Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, arrêt du 1er juillet 1999, *précité*, §§ 80 et s. Voir également l'*Affaire du navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt du 14 avril 2014, *précité*, § 113 et §§ 322-323. Sur cette question, voir Aloupi, N. (2018), « La jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer et l'État du pavillon », in Le Floch, G. (dir.), *op. cit*., 223-244.

[59] CNUDM, Article 94 § 4 *c)*.

[60] Voir Belier, V. (2018), « La jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer en matière de pêche », in Le Floch, G. (dir.), *op. cit.*, 245-296. Voir aussi Tudela, H. (2008), « La protection du milieu marin et la pratique de la pêche devant le Tribunal international du droit de la mer », in Lecucq, O., et Maljean-Dubois, S., *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, 351-370. Les obligations découlant de ce devoir général de contrôle de l'État du pavillon sur ses navires sont récurrentes dans la jurisprudence du TIDM, notamment dans les affaires de prompte mainlevée, mais aussi dans certaines affaires jugées au fond. Ces obligations sont d'ailleurs également précisées par la jurisprudence arbitrale (voir notamment la sentence arbitrale *Philippines c. Chine*, *précitée*, § 1082).

[61] TIDM, avis consultatif du 2 avril 2015, *précité*, §§ 106-140. Les obligations générales auxquelles se réfère le Tribunal sont celles énoncées aux articles 91, 92 et 94 ainsi qu'aux articles 192 et 193 de la CNUDM. Les obligations particulières à l'État du pavillon s'agissant des activités menées dans la ZEE de l'État côtier sont celles évoquées aux articles 58 § 3 et 62 § 4 de la CNUDM.

[62] Pour un commentaire détaillé de cet avis, voir notamment Le Floch, G. (2015), « Le premier avis de la formation plénière du Tribunal international du droit de la mer : entre prudence et audace », *AFDI*, 669-697, en particulier 687 et s.

États[63], ce qui implique aussi bien l'obligation d'adopter des lois et règlements, assorties de sanctions suffisamment dissuasives, que l'obligation de mettre en place des mécanismes permettant d'en assurer la surveillance et le respect, en passant par l'obligation de procéder à une enquête et de prendre, s'il y a lieu, les mesures nécessaires pour remédier à la situation[64]. Il s'agit bien là d'une interprétation téléologique et systémique de l'obligation de « veiller à », que le Tribunal apprécie également, en l'espèce, « au regard de la Convention CMA et de la législation nationale des États membres de la CSRP »[65]. Tout manquement à cette obligation de contrôle, présentée comme une obligation de *due diligence*, est dès lors susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État du pavillon (au sens anglo-saxon de *liability*)[66], et ce alors même que les activités ou les agissements des personnes à bord ou de ses gérants ne peuvent lui être imputés[67]. Le recours aux « règles pertinentes de droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite »[68], pour traiter ce sujet, aboutit là aussi à une interprétation systémique et constructive de la Convention, même s'il peut être regrettable que le Tribunal n'ait pas approfondi la question de la réparation[69].

S'agissant des obligations de l'État côtier dans sa ZEE, le TIDM a en outre rappelé (comme il l'avait déjà fait dans l'affaire du *Virginia G*)[70] que celui-ci est tenu d'adopter des mesures de conservation et de gestion pour toutes les ressources biologiques de sa zone économique exclusive[71]. Là encore, l'interprétation téléo-systématique des articles 56, 61 et 62 de la Convention (à la lumière également des dispositions de la convention CMA), lui permettra de conclure que « c'est à [l'État côtier] qu'incombe la responsabilité première de prendre les mesures nécessaires en vue de prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche INN »[72]. Le Tribunal considère qu'en exerçant ce pouvoir exclusif, les États côtiers prennent ainsi leur part aux obligations générales qui pèsent sur les États, ce qui témoigne bien d'une approche globale et systémique du droit de la mer[73]. Il adoptera d'ailleurs également une interprétation téléologique des obligations des États membres de la CSRP dans le domaine de la gestion des ressources halieutiques partagées.

---

[63] TIDM, avis consultatif du 2 avril 2015, *précité*, point 3 du dispositif.

[64] Les mesures devant être prises par l'État du pavillon pour empêcher que des navires battant son pavillon pratiquent la pêche INN dans les ZEE des États membres de la CSRP sont détaillées aux articles 133 à 139 de l'avis.

[65] *Ibid.*, § 124.

[66] *Ibid.*, §§ 146-148.

[67] A noter toutefois que cette responsabilité peut également peser sur l'Union européenne, qui est soumise au même régime que l'État du pavillon en cas de pêche INN, puisqu'elle a une compétence exclusive en matière de conservation et de gestion des ressources de la pêche maritime. *Ibid.*, §§ 168 et s.

[68] *Ibid.*, § 143 et s. Le Tribunal s'est appuyé sur les articles 1, 2 et 31 du Projet d'articles de la Commission du droit international de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

[69] Voir, sur ce point, les remarques du juge WOLFRUM dans son opinion individuelle jointe à l'avis de 2015.

[70] TIDM, *Affaire du navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt du 14 avril 2014, *précité*, §§ 212-213.

[71] TIDM, avis consultatif du 2 avril 2015, *précité*, §§ 96-107.

[72] *Ibid.*, § 106.

[73] En ce sens, voir WECKEL, Ph. (2015-2), « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 456.

En effet, c'est en soulignant que « l'objectif ultime de la gestion durable des stocks de poisson est leur conservation et développement en tant que ressource viable et durable »[74], qu'il déduira des articles 63 (relatif aux stocks chevauchants) et 64 (relatif aux grands migrateurs) de la CNUDM une obligation générale pour ces États d'assurer la gestion durable des stocks partagés, dont il détaillera à la fois le contenu et les mesures à prendre pour en garantir l'exécution[75]. Même s'il ne reste que « consultatif », l'avis de 2015 aura ainsi permis de traiter de manière exhaustive la question des obligations internationales des États en matière de pêche INN.

C'est d'ailleurs également dans l'exercice de sa fonction consultative que, en 2011, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a procédé à une interprétation à la fois constructive, évolutive et systémique des obligations et de la responsabilité des Etats qui patronnent des entités dans la zone[76]. Ces États ayant aussi, d'après l'article 139 de la CNUDM, l'obligation de « veiller à » ce que les activités qui y sont menées le soient conformément à la Convention[77], les juges en ont fait découler toute une série d'obligations plus spécifiques, allant de l'obligation d'aider l'Autorité dans l'exercice de son contrôle sur les activités menées dans la zone (envisagée à l'article 153 § 4 de la Convention), jusqu'à celle de procéder à des évaluations de leur impact sur le milieu marin[78], en passant par l'obligation d'adopter une approche de précaution[79], d'appliquer les meilleures pratiques écologiques, de prendre des mesures de garantie dans l'éventualité de l'adoption, par l'Autorité, d'ordres en cas d'urgence pour la protection du milieu marin, ou encore de garantir des voies de recours aux fins de l'indemnisation des dommages causés par la pollution[80]. Cet avis apporte, en outre, lui aussi, de

---

[74] TIDM, avis consultatif du 2 avril 2015, *précité*, § 190.

[75] *Ibid*., §§ 207-208.

[76] La Chambre a en effet « la tâche exclusive d'interpréter la partie XI et les annexes et règles pertinentes qui constituent le fondement juridique de l'organisation et de la gestion des activités menées dans la zone » (TIDM, Avis consultatif du 1er février 2011, *précité*, § 25). La complexité du régime juridique de la zone réside non seulement dans le fait que la partie XI de la CNUDM, qui lui est spécifiquement consacrée, présente de nombreuses imprécisions, mais également en ce que celle-ci doit être combinée avec les autres parties de la Convention, et notamment la partie XII relative à la protection du milieu marin, ainsi qu'avec l'annexe III (dispositions de base régissant la prospection, l'exploration et l'exploitation des ressources dans la zone) et, bien sûr, l'accord du 28 juillet 1994 qui, sous couvert d'interprétation, transforme en réalité profondément l'équilibre initial de la convention. S'ajoutent en outre à cet ensemble conventionnel les instruments adoptés par l'AIFM (« code minier »), les contrats d'exploration et d'exploitation, ainsi que les règles de droit interne adoptées par l'État qui patronne.

[77] *Ibid.*, §§ 108 et s. A cette occasion, la Chambre avait ainsi déjà pu éclairer le sens de l'expression « obligation de veiller à » et le lien avec les notions d'obligation de « diligence requise » et d'obligation « de comportement », en prenant appui pour cela sur l'arrêt rendu le 20 avril 2010 par la CIJ dans l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, not. § 187 et 197.

[78] Sur ce point, et pour soutenir le caractère coutumier de cette obligation, la Chambre s'est appuyée sur le § 204 de l'arrêt de la CIJ *précité*. Avis consultatif du 1er février 2011, *précité*, § 147.

[79] La Chambre a en effet considéré que l'obligation de *due diligence* impliquait nécessairement une « approche de précaution », certes prescrite dans les règlements de l'Autorité mais absente de la Convention. *Ibid*, § 131.

[80] *Ibid*., §§ 122 et s. Pour une analyse du contenu de ces différentes obligations, dites « directes », voir Maljean-Dubois, S. (2011), « L'enjeu de protection de l'environnement dans l'exploration et l'exploitation de la zone : l'apport de l'avis de la Chambre du Tribunal international du droit de la mer du 1er février 2011 », *AD-Mer*, 367-380. De manière plus générale, sur cette thématique, voir Gautier, Ph. (2013), « Les vertus pratiques

précieux éclairages concernant le régime de responsabilité internationale qui en résulte pour les États patronnant[81].

Il est donc indéniable que la prise en compte des exigences environnementales dans la jurisprudence des juges de Hambourg contribue à enrichir non seulement le droit de la mer, mais aussi les autres branches du droit international[82] et tout particulièrement le droit international de l'environnement, en donnant corps aux principes que celui-ci véhicule[83]. Cette influence se trouve cependant parfois limitée par la nécessité, pour les juges, de tenir compte des différents intérêts en présence et de mettre ces derniers « en balance ».

3.2. Une influence limitée par la nécessaire mise en balance des intérêts

La CNUDM est l'aboutissement d'une longue négociation basée sur un certain nombre de compromis entre des intérêts étatiques divergeant. Les juges doivent donc tenter de maintenir un certain équilibre entre ces différents intérêts. La recherche de cet équilibre implique, certes, la prise en considération des exigences environnementales, mais aussi des préoccupations économiques, politiques ou sociales par exemple. Ceci est d'autant plus nécessaire du fait de l'interdépendance entre les différentes questions liées à l'utilisation et aux ressources de la mer, comme cela ressort clairement de l'extrait précédemment cité du préambule de la Convention[84].

Cette mise en balance des intérêts a pu apparaître comme un véritable frein à la prise en compte de certains enjeux environnementaux, notamment dans les contentieux relatifs à la saisie, par les autorités d'un État côtier, de navires

---

des obligations générales relatives à l'environnement dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », in Boschiero, N.; Scovazzi, T.; Pitea, C., et Ragni, C. (eds.), *International Courts and the Development of International Law : Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser, 365-382.

[81] *Ibid*., not. §§ 64-71 et 176-211. Sur les précisions apportées par la Chambre concernant le régime spécial de responsabilité applicable aux États qui patronnent des activités dans la zone, voir Arcari, M. (2011), « La contribution de l'avis consultatif du 1er février 2011 de la Chambre du Tribunal international du droit de la mer au droit de la responsabilité internationale », *ADMer*, 351-365. Voir aussi, pour une étude complète de cet avis, le commentaire de Robert-Cuendet, S. (2011), « Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la zone. TIDM : avis consultatif du 1er février 2011 », *AFDI*, 439-476.

[82] En ce sens, voir Wood, M. (2007), «The ITLOS and General International Law», *IJMCL*, 351-367.

[83] Sur la contribution du TIDM au développement des principes environnementaux, voir Proelss, A. (2019), «The Contribution of the ITLOS to Strenghtening the Regime for the Protection of the Marine environment», in del Vecchio, A., et Virzo, R. (dir.), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Springer International Publishing. De manière plus générale, sur cette thématique, voir Maljean-Dubois, S. (2008), « Juge(s) et développement du droit de l'environnement. Des juges passeurs de frontière pour un droit cosmopolite ? », in Lecucq, O., et Maljean-Dubois, S., *op. cit*., 17-40.

[84] Voir *supra,* introduction. La Cour internationale de Justice a elle aussi rappelé que, aux termes de son préambule, la CNUDM a pour objet d'établir « un ordre juridique pour les mers et les océans qui facilite les communications internationales et favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans [ainsi que] l'utilisation équitable et efficace de leurs ressources », et souligné que « les problèmes des espaces marins sont étroitement liés et doivent être envisagés dans leur ensemble ». Cf. CIJ, arrêt du 19 novembre 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie),* § 126.

soupçonnés d'infractions à sa réglementation en matière de pêche dans sa zone économique exclusive. L'article 73 de la Convention autorise en effet une telle saisie, mais en précisant que celle-ci doit être levée dès lors qu'une caution ou garantie suffisante a été fournie. Si tel n'est pas le cas, une demande de prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou de libération de son équipage peut être déposée devant le TIDM, par l'État du pavillon ou en son nom. Cette procédure, prévue à l'article 292 de la Convention, repose sur un équilibre fondamental entre, d'une part, l'intérêt de l'État côtier de faire respecter ses lois et règlements et, d'autre part, les intérêts de l'État du pavillon et des entités vivant de la pêche, dont l'activité doit pouvoir se poursuivre[85]. Or, c'est précisément la recherche de cet équilibre qui a conduit le TIDM à identifier, au fil de sa jurisprudence[86], différents critères d'appréciation du caractère « raisonnable » de la caution demandée par l'État à l'origine de la saisie[87]. Mais le Tribunal a souvent été critiqué pour avoir finalement diminué le montant de cette caution, donnant ainsi l'impression de privilégier les intérêts de l'État du pavillon et de ne pas accorder une place suffisamment importante au critère de la gravité des infractions alléguées, seul à même de préserver l'objectif de protection des ressources biologiques ayant pu inspirer la législation de l'État côtier, dans un contexte général de lutte contre la pêche illicite. Toujours est-il que si le Tribunal a pu se livrer à une interprétation téléologique de l'article 292, cela semble être sous le seul angle de l'objet et du but très restreint de la procédure de prompte mainlevée, et non en tenant compte de l'objet et du but de la Convention dans son ensemble ou du contexte élargi dans lequel elle s'insère aujourd'hui, ce qui aurait pu lui permettre de reconnaître une place plus importante aux préoccupations environnementales. Même si, au fil du temps et des affaires, ses juges ont pu se montrer plus sensibles à la problématique de conservation des ressources[88], le TIDM est en tout cas resté jusqu'à pré-

---

[85] La recherche de cet équilibre entre les intérêts en présence a été évoquée dès l'affaire du Monte Confurco [*Affaire du « Monte Confurco » (Seychelles c. France)*, prompte mainlevée, arrêt du 18 décembre 2000, affaire nº 6, §§ 70-71] et sans cesse réaffirmée depuis.

[86] À ce jour, neuf demandes de prompte mainlevée de l'immobilisation d'un navire et de libération de son équipage ont été portées devant le TIDM : *Affaire du navire « SAIGA » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt du 4 décembre 1997, affaire nº 1 ; *Affaire du « Camouco » (Panama c. France)*, arrêt du 7 février 2000, affaire nº 5 ; *Affaire du « Monte Confurco » (Seychelles c. France),* arrêt du 18 décembre 2000, affaire nº 6 ; *Affaire du « Grand Prince » (Belize c. France)*, arrêt du 20 avril 2001, affaire nº 8 ; *Affaire du « Chaisiri Reefer 2 » (Panama c. Yémen)*, affaire nº 9 (introduite en 2001, puis rayée du rôle suite à un accord entre les Etats parties) ; *Affaire du « Volga » (Fédération de Russie c. Australie)*, arrêt du 23 décembre 2002, affaire nº 11 ; *Affaire du « Juno Trader » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée-Bissau)*, arrêt du 18 décembre 2004, affaire nº 13 ; *Affaire du « Hoshinmaru » (Japon c. Fédération de Russie)*, arrêt du 6 août 2007, affaire nº 14 ; *Affaire du « Tomimaru » (Japon c. Fédération de Russie)*, arrêt du 6 août 2007, affaire nº 15.

[87] Parmi les critères d'évaluation du caractère raisonnable de la caution auxquels se réfère le TIDM figurent notamment (liste non exhaustive) : la gravité des infractions et sanctions imposées, la valeur du navire immobilisé et de sa cargaison, le montant de la caution imposée par l'État, la forme sous laquelle la caution est exigée. Sur cette question, voir notamment GALLALA, I. (2001-4), « La notion de caution raisonnable dans la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer », *RGDIP*, 931-968.

[88] Dans l'affaire du *Monte Confurco* (*précit*., § 79), le TIDM a ainsi « pris note » de la menace que représente la pêche illicite pour les ressources halieutiques. Dans celle du *Volga* (*précit*., § 68), il a déclaré « comprendre » « les préoccupations que suscite, au niveau international, la pêche illégale non réglementée et non déclarée » et « apprécier » « les objectifs auxquels répondent les mesures prises par les États parties à la CCAMLR, pour faire face à ce problème ».

sent très timide s'agissant des effets à lui accorder dans le cadre de la procédure de prompte mainlevée[89].

Cette jurisprudence a d'ailleurs pu avoir une certaine influence lorsqu'il s'est agi de mettre en balance les droits des États côtiers et ceux du pavillon dans le traitement au fond de certaines affaires contentieuses. Ainsi, dans l'affaire du *Virginia G*, les juges ont certes reconnu que la Guinée-Bissau pouvait réglementer le soutage des navires étrangers venant pêcher dans sa zone économique, mais ils ont aussi conclu que la confiscation du pétrolier panaméen et du gazole à son bord n'était pas « raisonnable » au regard des circonstances particulières de l'espèce, et constituait une infraction à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention[90]. On peut là aussi s'interroger sur le fait de savoir si cette approche est bien appropriée au regard des exigences contemporaines de lutte contre la pêche INN[91], le soutage pouvant de toute évidence faciliter la surpêche[92].

Mais le souci d'assurer une balance entre les différents intérêts en présence n'est pas limité à ce domaine, puisqu'il apparaît également dans les ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par le TIDM. Si elle n'est pas consacrée en tant que telle en contentieux international[93], l'obligation de mettre en balance les intérêts du requérant avec ceux du défendeur n'en paraît pas moins conforme au libellé de l'article 290, paragraphe 1 de la CNUDM, qui autorise les juges à adopter des mesures appropriées pour préserver les « droits *respectifs* des parties »[94]. Ainsi, lorsque le Tribunal adopte des mesures conservatoires sur le fondement de ce premier objectif, il s'efforce de concilier les intérêts en

---

[89] Sur une possible évolution de cette jurisprudence (notamment depuis l'avis consultatif de 2015), en tenant compte du fait que la protection de l'environnement marin et la conservation de ses ressources vivantes constituent un intérêt commun à la fois pour les États côtiers et les États du pavillon, voir Trevisanut, S. (2017), « Twenty Years of Prompt Release of Vessels : Admissibility, Jurisdiction, and Recent Trends », *ODIL*, vol. 48, issue 3-4, 300-312, not. 307. Pour un bilan général de la pratique du TIDM en la matière, voir aussi Lemey, M. (2018), « La procédure en prompte mainlevée », in Le Floch, G. (dir.), *op. cit.*, 163-179.

[90] TIDM, *Affaire du navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt du 14 avril 2014 *précité*, § 271.

[91] Voir, en ce sens, Scanlon, Z. (2018), «Upsetting the Balance ? The Legality of Vessel Confiscation under the LOSC after the M/V Virginia G Case», *IJMCL*,vol. 33, 166-198.

[92] Voir notamment, dans cette affaire, l'opinion dissidente du juge NDIAYE, § 168.

[93] Voir toutefois la pratique du juge communautaire, ce dernier ayant recours à la balance des intérêts en tant que condition même pour l'octroi des mesures conservatoires. Voir, par exemple, l'ordonnance du Président de la Cour en date du 19 juillet 1995, *Commission des Communautés européennes c. Atlantic Container Line AB et autres*, affaire C-149/95 P-R. Sur son utilisation implicite en contentieux international, voir Collins, L. (1992), « Provisional and Protective Measures in International Litigation », *RCADI*, vol. 234, 222-224. Soulevant la question d'une obligation générale en la matière, voir aussi l'opinion individuelle du juge Laing dans l'*Affaire du Navire « SAIGA » (No. 2), précit.*, § 23.

[94] C'est nous qui soulignons. Ainsi, comme le relevait également le juge PAIK dans l'affaire de l'*Enrica Lexie*, « toute mesure conservatoire qui préserve les droits de l'une des parties porte nécessairement atteinte à ceux qui sont revendiqués par la partie adverse », ajoutant que « le Tribunal doit par conséquent mettre en balance les droits respectifs des parties tels qu'ils seraient affectés par les mesures demandées » (TIDM, *L'incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)*, mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015, Déclaration de M. le juge PAIK, § 2). Cette opinion rejoint celle exprimée par le juge ABRAHAM dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, lorsqu'il affirmait que, « quand elle est saisie d'une demande de mesures provisoires, la Cour est forcément en présence de droits (ou de prétendus droits) opposés, ceux que les deux parties revendiquent, qu'elle ne peut pas éviter de confronter les uns aux autres » (CIJ, *Usines de pâte à papier*, *précit.*, § 6).

présence et ce, alors même que la nécessité de protéger l'environnement marin peut être rappelée par ailleurs dans l'ordonnance. L'affaire *Ghana/Côte d'Ivoire* précédemment évoquée en constitue une bonne illustration[95]. En effet, si les juges ont témoigné d'une sensibilité certaine à l'égard de la protection du milieu marin et ont en partie donné satisfaction à la Côte d'Ivoire en prescrivant au Ghana de prendre « toutes les mesures nécessaires pour qu'aucun nouveau forage ne soit effectué par lui ou sous son contrôle dans la zone litigieuse »[96], ils ont aussi veillé à sauvegarder les intérêts économiques du Ghana (et de ses concessionnaires) en refusant d'ordonner la suspension des activités pétrolières ghanéennes déjà en cours dans la zone contestée[97]. Le problème est que cette position pourrait bien être interprétée par certains États comme ouvrant la voie à l'exploitation unilatérale des ressources naturelles dans certaines zones disputées, tant que la délimitation maritime n'est pas encore fixée[98]. Ceci est d'autant plus à craindre que, dans leur arrêt sur le fond, les juges ont considéré que cette délimitation avait, non pas une valeur « déclarative », mais bien « constitutive »[99]. Ainsi, tant que la zone litigieuse n'est pas effectivement délimitée, l'exploitation de celle-ci ne peut être considérée comme violant les droits souverains de l'État voisin. Il va de soi que si une « course à l'exploitation » devait en découler dans de telles zones, le milieu marin risquerait de s'en trouver altéré, ne serait-ce qu'en raison des effets irréversibles des activités de forage sur les caractéristiques physiques des fonds marins[100].

Toutefois, la mise en balance des intérêts ne se limite pas aux intérêts respectifs et subjectifs des parties au litige. Elle peut en effet aussi tenir compte des intérêts communs aux États, dont un certain nombre de dispositions de la Convention de Montego Bay sont le reflet[101]. C'est d'ailleurs également ce que semble traduire le désir d'établir un « ordre juridique pour les mers et océans »[102] qui inspire la Convention au-delà des compromis d'intérêts particuliers, tout en impliquant une

---

[95] TIDM, Affaire *Ghana/Côte d'Ivoire*, ordonnance du 25 avril 2015, *précitée*.

[96] *Ibid*., § 102. Voir *supra*, 3.1.

[97] La Chambre spéciale a en effet considéré que la suspension des activités en cours « ferait courir le risque de pertes financières considérables au Ghana et à ses concessionnaires », « porterait atteinte aux droits revendiqués » et « créerait pour lui une charge excessive » (*ibid*., Ordonnance du 25 avril 2015, §§ 99-101).

[98] Voir Bore Eveno, V. (2015), « Les mesures conservatoires dans l'affaire du différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire. TIDM (chambre spéciale), ordonnance du 25 avril 2015 », *AFDI*, 699-724, not. 715-718.

[99] TIDM (chambre spéciale), Affaire *Ghana/Côte d'Ivoire*, *précit*., arrêt du 23 septembre 2017, § 591.

[100] Voir nos remarques à ce sujet : « L'arrêt de la chambre spéciale du TIDM dans l'affaire du différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire », *Carnet de recherche « Hypothèses »*, 2 novembre 2017 (*http://humansea.hypotheses.org/924*).

[101] Faisant référence aux intérêts communs environnementaux dans les espaces ne relevant d'aucune juridiction nationale, on peut citer par exemple les articles 192 et 290 (qui ont une portée spatiale générale), ou encore de l'article 218 (s'agissant des rejets en haute mer). Le préambule évoque également la « mise en place d'un ordre économique international juste et équitable dans lequel il serait tenu compte des intérêts et besoins de l'humanité tout entière ». La zone internationale des fonds marins est quant à elle désignée comme faisant partie du « patrimoine commun de l'humanité », dont l'exploration et l'exploitation se feront « dans l'intérêt de l'humanité tout entière » (préambule et partie XI de la CNUDM).

[102] Voir le passage du préambule de la CNUDM, cité en introduction.

égalité de droit entre les États dans l'accès aux activités licites[103]. En définitive, ce que les juges cherchent à préserver, c'est bien l'intégrité du texte conventionnel, dans sa globalité cohérente, ce qui est aussi le but du « test de compatibilité » qui conditionne l'utilisation des « passerelles conventionnelles » évoquées précédemment[104]. C'est pourquoi, lorsqu'une incompatibilité apparaît entre la CNUDM et un acte unilatéral adopté par un État ou une organisation internationale, même si c'est en application d'une réelle ou supposée règle de droit international, les juges de Hambourg n'hésitent pas à faire prévaloir la Convention. Ainsi, en 2011, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a procédé à une interprétation qualifiée parfois de « neutralisante » des règlements adoptés par l'AIFM, afin d'écarter une contradiction sous-jacente avec le texte de la CNUDM[105]. Tout en permettant de préserver certains équilibres consacrés dans la Convention, cette approche pourrait cependant apparaître comme un obstacle au développement, par l'Autorité, d'une réglementation davantage protectrice de la zone[106]. Toujours est-il que, si la prise en compte des considérations environnementales peut-être un moyen de contrebalancer les autres intérêts, notamment politiques ou économiques, de la communauté des États, en faisant évoluer l'interprétation des droits et obligations qui en découlent, il faut bien admettre que le raisonnement fonctionne aussi dans l'autre sens, à partir du moment où l'équilibre d'ensemble de la CNUDM reste préservé.

* * *

Pour conclure, n'oublions pas que, au-delà des contraintes interprétatives d'ordre matériel évoquées dans cette étude, l'interprétation juridictionnelle se trouve également limitée d'un point de vue fonctionnel[107]. En effet, interpréter n'est pas réviser, et la politique judiciaire à l'égard de la CNUDM ne doit certaine-

---

[103] L'obligation de « tenir dûment compte » des droits des autres États est ainsi mentionnée seize fois dans le corps du texte de la CNUDM, et rappelée notamment par le TIDM dans l'avis consultatif du 2 avril 2015, *précité* (§ 216). Sur cette conception de l'« ordre juridique de la mer », voir le commentaire de Weckel, Ph. (2015), « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP,* 446. Voir aussi le commentaire du Préambule de la CNUDM in Proelss, A. (dir.) (2017), *op. cit.,* 1-16.

[104] Voir *supra*, 2.2.

[105] Sur cette démarche, voir le commentaire de Robert-Cuendet, S. (2011), *op. cit.*, not. 450-451. En l'occurrence, le sens de l'expression « activités menées dans la zone » diverge selon que l'on se réfère à la convention ou bien aux règlements sur les nodules et les sulfures adoptés par l'Autorité internationale des fonds marins. En effet, dans ces derniers, elle semble avoir une « couverture » plus large, puisqu'elle intègre notamment les activités de transport. La Chambre a cependant retenu la définition plus restrictive prévue dans la Convention, considérant que lorsqu'ils ne sont pas conformes à la Convention, ces règlements « doivent être interprétés de manière à assurer leur cohérence avec ses dispositions » (Avis consultatif du 1er février 2011, *précité*, § 93).

[106] Cette limitation de la marge d'appréciation ressort d'ailleurs également de l'interprétation, par le Tribunal, de l'article 58 § 3 de la CNUDM, s'agissant cette fois des lois et règlements pouvant être adoptées par l'État côtier conformément autres règles du droit international « dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la [partie V de la Convention] ». Dans l'affaire du *Saiga* (nº 2), il a en effet considéré que le recours à la notion d'« intérêt public », telle qu'invoquée par la Guinée, serait incompatible avec les dispositions des articles 56 et 58 de la Convention relatives aux droits conférés à l'Etat côtier dans la zone économique exclusive *(Affaire du navire « SAIGA » (nº 2),* arrêt du 1er juillet 1999, *précité*, § 131).

[107] Sur la délicate question de la compétence des tribunaux en vertu de l'article 288 § 1 et son articulation avec les autres règles du droit international applicables selon l'article 293 § 1 de la CNUDM, voir Proelss, A.

ment pas conduire au gouvernement des juges. S'il est heureux que les tribunaux internationaux, en prenant en compte les exigences environnementales, puissent contribuer efficacement au développement et à l'évolution du droit de la mer, ils n'ont cependant ni le pouvoir, ni la légitimité de le « transformer » de manière radicale. C'est pourquoi les lacunes les plus importantes en la matière ne pourront être comblées que par la volonté des États, ce qui nécessite évidemment un minimum de cohésion autour des valeurs et intérêts environnementaux[108]. Une telle cohésion encouragerait sans doute l'interprétation dynamique du droit de la mer. Elle serait, en tous les cas, le meilleur atout pour réussir sa transformation.

(2019), *op. cit.,* point 3.3. Voir aussi TZENG, P. (2016), « Jurisdiction and Applicable Law under UNCLOS », *Yale Law Journal*, 242-260.

[108] Les négociations ouvertes à l'ONU, en septembre 2018, sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale (BBNJ) devraient, à cet égard, témoigner des convergences et désaccords existants entre États quant aux nécessaires évolutions du droit de la mer applicable dans les zones internationales, au regard des enjeux environnementaux. Voir la convocation, par l'Assemblée générale de l'ONU, de la conférence intergouvernementale chargée d'élaborer le texte d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la CNUDM : Résolution A/RES/72/249.

CHAPTER 5

L'IMPACT DE L'EXIGENCE DE CONSERVATION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN SUR L'ÉVOLUTION DES COMPÉTENCES D'INTERVENTION DES ÉTATS EN MER

Kiara Neri
Maître de conférences HDR
Université Jean Moulin Lyon 3

ABSTRACT : *The progressive awareness of the need to protect the environment in general and the marine environment in particular has led International Law to renew itself profoundly, both in its techniques and in its objectives. The Law of the sea does not escape this phenomenon. The consideration of environmental issues in the broad sense by the Law of the sea is particularly visible through the adoption of Parts V and XII of UNCLOS and regional instruments for the protection of marine areas. These elements are frequently studied because of the upheavals they caused within the Law of the Sea. Nevertheless, other areas of the Law of the Sea, although less obvious, have also been affected by the « environmental revolution ». In particular, the field of police and the use of force.*
The impact of the requirement of the marine environment conservation is visible in the granting of new titles for intervention to the States in environmental matters, particularly on the high seas and in ports. Consequently, the « environmental revolution » has also led to a transformation of the equilibrium of the right of intervention at sea and to a questioning of the division of competences between the coastal State and the flag State.

Keywords *: impact ; requirement of conservation ; marine environment ; evolution of the competences ; intervention of the states at sea.*

RÉSUMÉ : *La prise de conscience progressive de la nécessité de protéger, au plan international, l'environnement en général et l'environnement marin en particulier a conduit le droit international à se renouveler profondément, à la fois dans ses techniques et dans ses objectifs. Le droit de la mer n'échappe pas à ce phénomène. La prise en compte des enjeux environnementaux au sens large par le droit de la mer est particulièrement visible à travers l'adoption du régime de la ZEE ou encore les conventions et instruments régionaux de protection des espaces marins. Ces éléments sont fréquemment étudiés en raison des bouleversements qu'ils ont provoqués au sein du droit de la mer. Néanmoins, d'autres domaines du droit de la mer, bien que moins évidents, ont également étés touchés par la « révolution environnementale ». En particulier, le domaine de la police et de l'emploi de la force. L'impact de l'exigence de conservation du milieu marin sur l'évolution des compétences d'intervention des États en mer est visible parce qu'elle a conduit le droit de la mer à se renouveler et à accorder des titres d'interventions aux États en matière environnementale, notamment en haute mer et dans ses ports. Dès lors, la « révolution environnementale » a également conduit à une transformation des équilibres du droit d'intervention en mer et à une remise en cause de la répartition des compétences entre l'État côtier et l'État du pavillon.*

Mots-clés : *impact ; exigence de conservation ; environnement marin ; évolution des compétences ; intervention des États en mer.*

La prise de conscience progressive de la nécessité de protéger, au plan international, l'environnement en général et l'environnement marin en particulier a conduit le droit international à se renouveler profondément, à la fois dans ses techniques et dans ses objectifs[1]. Ainsi, « le droit international de l'environnement peut fournir des indications sur les orientations futures de l'ensemble du droit international »[2], y compris du droit de la mer. La prise en compte des enjeux environnementaux au sens large par le droit de la mer est particulièrement visible à travers l'adoption des conventions et instruments régionaux de protection des espaces marins[3] et de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (CNUDM)[4]. Ses parties V et XII reflètent en effet cette prise en compte, notamment l'article 192 qui prévoit l'obligation générale de protéger et de préserver le milieu marin. Ces éléments sont fréquemment étudiés en raison des bouleversements qu'ils ont provoqués au sein du droit de la mer[5].

---

[1] Ce qui a conduit certains internationalistes à considérer le droit de l'environnement naissant comme un laboratoire d'expérimentation juridique : Boisson de Chazournes, L.; Desgagné, R., et Romano, C. (1998), *Protection internationale de l'environnement : Recueil d'instruments juridiques*, Pedone, Paris, préface de Condorelli, L.

[2] Kiss, A.-Ch., « Le droit international de l'environnement, un aspect du droit international de l'avenir ? », in Dupuy, R.-J. (dir.) (1985), *L'avenir du droit international de l'environnement*, Académie de droit international de La Haye, Université des Nations unies, Colloque de La Haye, 12-14 novembre 1984, Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 471.

[3] Voir le programme des mers régionales du PNUE.

[4] Convention des Nations unies sur le droit de la mer (CNUDM), Montego Bay, 10 décembre 1982.

[5] Parmi tant d'autres voir Dejeant-Pons, M. (1987), « Les Conventions du Programme des Nations unies pour l'environnement relatives aux mers régionales », *AFDI*, 689-718 ; Lucchini, L. (1978), « La lutte contre

Néanmoins, d'autres domaines du droit de la mer, bien que moins évidents, ont également été touchés par la « révolution environnementale ». En particulier, les compétences d'intervention des États en mer. L'étude de l'impact de l'objectif de conservation de l'environnement marin sur les règles qui régissent la police et l'emploi de la force en mer permet de constater que les pouvoirs d'intervention des États au sens large ont été étendus de manière importante dans le but de protéger et de conserver l'environnement marin.

En matière de compétences des États en mer, ou d'exercice de sa juridiction, il faut distinguer selon qu'il s'agisse d'une compétence normative (*prescriptive jurisdiction*), c'est à dire la compétence de légiférer sur une question donnée ; d'une compétence juridictionnelle (*judicial jurisdiction*) ou d'une compétence d'intervention (*enforcement jurisdiction*) permettant d'adopter des mesures coercitives à l'encontre d'un navire. C'est bien cette troisième catégorie de compétences, à laquelle il faut ajouter les règles relatives à l'emploi de la force, qui est visée par le terme « intervention » et qui fera l'objet de cette étude. L'exercice de ce type de compétences ne remet donc pas en cause l'exercice de la juridiction législative ou judiciaire par un autre État, en particulier par l'État du pavillon. Pour autant, elle permet parfois à des États tiers d'intervenir sur des navires qui ne battent pas leur pavillon. Dans certains cas, cette compétence exceptionnelle a été acquise dans le but de protéger l'environnement marin au sens large. L'évolution du droit de l'intervention en mer pour la poursuite d'enjeux environnementaux est particulièrement visible dans deux domaines : celui des compétences attribuées à l'État du port (1) et celui des compétences de l'État en haute mer (2).

1. L'ÉVOLUTION DES COMPÉTENCES DE L'ÉTAT DU PORT

L'origine même de la notion d'« État du port » est liée à la lutte contre les pollutions marines (1.1). Ainsi créée, cette nouvelle catégorie d'État sera dotée de compétences d'intervention sur les navires se trouvant dans ses ports, compétences qui seront amenées à se renforcer et s'élargir, notamment pour la poursuite de finalités environnementales (1.2).

1.1. Des enjeux environnementaux à l'origine de la création de la notion « L'État du port »

La création même de cette notion d'État du port, ainsi que les compétences de police qui lui ont été conférées ont été très nettement influencées par des enjeux environnementaux, et ce même si la protection de l'environnement marin n'est

---

la pollution des mers : évolution ou révolution de droit international », *AFDI*, 721-754 ou encore TREVES, T. (2003), « L'approche régionale en matière de protection de l'environnement marin », in *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 591-610.

pas (plus) la seule fonction de l'État du port aujourd'hui[6]. La notion d'État du port est relativement récente dans le droit de la mer. Inconnue des Conventions de Genève, elle apparaît progressivement dès 1954 avant de s'imposer, non sans critiques[7], dans la Convention de Montego Bay. La Convention de Londres du 12 mai 1954 pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par hydrocarbures[8] confère à l'État dans le territoire duquel se trouve le navire, donc l'État du port, un droit d'examen des registres et des documents officiels afin de s'assurer du respect, par le navire, des règles énoncées par la Convention. C'est donc bien pour des enjeux environnementaux que cette nouvelle catégorie apparaît, elle sera d'ailleurs consacrée dans la partie XII de la CNUDM, relative à la protection de l'environnement. Cette création a dans un premier temps pour but de protéger les espaces marins contre des pollutions, notamment par hydrocarbures, liées aux mauvaises conditions de sécurité des navires. Ainsi, « [l]'État du port a paru [...] aussi bien placé que l'État du pavillon, si ce n'est beaucoup mieux lorsque le pavillon est complaisant, pour veiller au contrôle des obligations techniques pesant sur la navigation et, plus précisément, sur la sécurité de celle-ci quant aux conséquences éventuelles sur la protection et la préservation du milieu marin »[9]. Une fois créée, cette nouvelle catégorie d'États sera dotée de compétences coercitives importantes.

1.2. La finalité environnementale de l'évolution des pouvoirs de police de l'État du port

L'État du port dispose, en matière coercitive, de prérogatives de contrôle et d'inspection des navires énoncés par les articles 218 et 219 de la CNUDM. Ils dotent l'État de pouvoirs généraux d'inspection et de surveillance lui permettant de rechercher des preuves d'un rejet illégal effectué en mer par le navire (article 218). Plus spécifiquement l'État du port dispose d'un pouvoir d'immobilisation du navire s'il a de bonnes raisons de penser que l'état du navire ou son

---

[6] L'État du port est désormais doté de compétence en matière de sauvegarde de la vie humaine en mer et de contrôle des conditions de vie et de travail à bord.

[7] La création de ces nouvelles catégories est largement critiquée par la doctrine, spécialement dans le cas de l'État du port. Sur ce point, voy. Douay, C. (1978), « En matière de pollution provenant des navires, la juridiction de l'État du port, une hérésie », *Revue iranienne des relations internationales*, 339-385 ou encore Dupuy, P.-M. (1991), « Chapter 22 : The Preservation of the Marine Environment », in Dupuy, R.-J., et Vignes, D. (1991), *A Handbook on the New Law of the Sea*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Académie de Droit International, Martinus Nijhoff, t. 2, 1206 : *« It appears that the port State, in a sense, is a second-rank coastal State »*.

[8] Art. IX, § 5, ainsi formulé : « 5. Les autorités compétentes de tout territoire d'un gouvernement contractant pourront examiner à bord des navires auxquels la Convention s'applique, pendant qu'ils se trouvent dans un port de ce territoire, le registre des hydrocarbures dont ils doivent être munis, conformément aux dispositions du présent article. Elles pourront en extraire des copies conformes et en exiger la certification par le capitaine du navire. Toute copie ainsi certifiée conforme par le capitaine du navire sera, en cas de poursuite, admissible en justice comme preuve des faits relatés dans le registre des hydrocarbures. Toute intervention des autorités compétentes en vertu des dispositions du présent paragraphe sera effectuée de la façon la plus expéditive possible, et sans que le navire puisse être retardé de ce fait ».

[9] Lucchini, L., et Voelckel, M. (1996), *Droit de la mer*, Paris, Pedone, t. 2, vol. 2, 130-131.

armement ne correspond pas au certificat délivré[10]. Cette compétence lui permet d'empêcher à un navire d'appareiller s'il a enfreint les règles et normes internationales applicables concernant la navigabilité des navires et risque de ce fait de causer des dommages au milieu marin (art. 219).

Ces compétences de base vont connaître une évolution conséquente grâce à l'adoption d'une série d'instruments internationaux tant universels[11] que régionaux[12], sous l'impulsion de l'OMI et de l'OIT[13]. Ces évolutions conduisent à renforcer les pouvoirs de l'État du port d'une part et à les élargir d'autre part. Dans les deux cas, ce sont des finalités environnementales qui motiveront l'évolution.

Le renforcement des compétences de police de l'État du port est très net, notamment dans le cadre du *Mémorandum of Understanding* (MoU) de Paris adopté en 1982, qui, en 2011 s'est réformé pour permettre un contrôle plus complet des navires qui transitent par les ports de la région. Le nouveau régime d'inspection mis en place généralise et systématise la procédure d'inspection. De 25% de navires inspectés, on passe à un objectif de 100% des navires touchant les ports de

---

[10] En vertu de la convention SOLAS adoptée à Londres en 1974. Conformément à la règle nº 6, La règle nº 19 y énonce.

[11] Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et stocks de poisson grands migrateurs, 4 août 1995, L'Accord compte soixante-dix-huit États parties dont la France, le Canada, la Russie, les États-Unis et l'Union européenne.

[12] Europe et Atlantique Nord (Mémorandum of Understanding-MoU de Paris), adopté le 1er juillet 1982 ; Asie-Pacifique (Tokyo MoU de Tokyo), adopté le 1er décembre 1993 ; Amérique latine (Latin American Agreement), adopté le 5 novembre 1992 ; Caraïbes (MoU des Caraïbes) adopté le 9 février 1996 ; Méditerranée (MoU de la Méditerranée), adopté le 11 juillet 1997 ; MoU de l'Océan indien, adopté le 5 juin 1998 ; MoU de la mer noire, 7 avril 2000 ; Afrique de l'Ouest et du Centre (MoU d'Abuja), adopté le 22 octobre 1999 ; États arabes du Golfe (MoU de Riyadh), adopté le 30 juin 2004.

[13] Voy., par exemple, la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL), Londres, 2 novembre 1973 (151 États parties), Convention internationale sur les lignes de charge, Londres le 5 avril 1966 (cent soixante États parties), Convention sur le Règlement international pour prévenir les abordages en mer (Convention COLREG), Londres, 20 octobre 1972 (cent cinquante-quatre États parties), Convention SOLAS, préc., la Convention de l'OIT nº 147, 29 octobre 1976, concernant les normes *a minima* à observer sur les navires marchands (cinquante-six États parties dont la France, le Canada, le Royaume-Uni et les États-Unis) ou encore la Convention internationale sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille, Londres, 7 juillet 1978 (cent cinquante-cinq États parties).

47 Sur la Conférence et ses travaux, voy. les travaux de Tullio Treves : Treves, T. (1974), « Una svolta alla conferenza del diritto del mare ? Il " Testo unico informale di negoziato " », *Rivista di diritto internazionale*, 459-463 ; (1976), « Devices to Facilitate Consensus : the Experience of the Law of the Sea Confenrence », *The Italian Yearbook of International Law*, 39-60 ; (1976), « La Comunità economica europea e la Conferenza sul diritto del mare », *Rivista di diritto internazionale*, 445-467 ; (1977), « Le transfert de technologie et la Conférence sur le droit de la mer », *JDI*, 43-65 ; (1977), « La conferenza del diritto del mare : dal " Testo unico riveduto " del 1976 al " Testo composito informale del 1977 " », *Rivista di diritto internazionale*, 566-578 ; (1979), « La settima sessione della Conferenza sul diritto del mare », *Rivista di diritto internazionale*, 125-154 ; (1979), « L'ottava sessione della Conferenza sul diritto del mare », *Rivista di diritto internazionale*, 717-742 ; (1980), « La nona sessione della Conferenza sul diritto del mare », *Rivista di diritto internazionale*, 432-463 ; (1981), « Drafting the LOS Convention », *Marine Policy*, 273-276 ; (1982), « La decima sessione della Conferenza sul diritto del mare », *Rivista di diritto internazionale*, 24-55 ; (1983), « La nouvelle Convention du droit de la mer, structure et problèmes généraux », *Environmental Policy and Law*, 78-82.

la région du MoU de Paris. La révision de ce système a été motivée à la fois par l'évolution du droit de l'Union européenne, qu'il entend intégrer, mais également par des questions de lutte contre les pollutions. En effet, les grandes catastrophes comme celles de l'Erika ont conduit à l'adoption de la directive 2009/16/CE relative au contrôle par l'État du port, qui s'adosse aux procédures efficaces du MoU de Paris.

Les compétences de l'État du port ont également été élargies afin d'aller au-delà de la simple vérification des règles de sécurité maritimes et d'inclure des fins de préservation de la vie humaine en mer et de lutte contre la pêche illicite. Depuis l'entrée en vigueur de l'accord de la FAO du 22 novembre 2009 relatif aux mesures du ressort de l'État du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, l'État du port peut également contrôler des navires de pêche, rechercher et constater les infractions aux règles applicables. L'État du port peut au surplus empêcher que le poisson pêché illégalement ne soit vendu[14]. Les Commissions générales de pêches vont suivre le mouvement lancé par la FAO et intégrer dans leurs procédures et règlementations, des compétences et des obligations pour l'État du port. À titre d'exemple, la Commission des pêches de l'Atlantique du Nord-Est (CPANE) prévoit, dans son *Scheme of Control and Enforcement*, un chapitre V consacré aux compétences de l'État du port sur les navires étrangers et appliquant *mutatis mutandis* les dispositions de l'accord de la FAO, comme un « standard minimum »[15].

Ces quelques exemples synthétiques permettent de mettre en lumière l'impact des enjeux environnementaux sur les compétences coercitives des États en mer, notamment dans les ports. Toutefois, l'impact est encore plus marqué lorsque l'on quitte le territoire souverain de l'État côtier et que l'on s'intéresse aux compétences des États en haute mer.

2. LA RECONNAISSANCE D'EXCEPTIONS À LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE DE L'ÉTAT DU PAVILLON EN HAUTE MER

L'objectif environnemental a permis une transformation du droit d'intervention en haute mer et la consécration de nouveaux titres de compétences en matière de lutte contre les pollutions (2.1) et en matière de conservation de la biodiversité marine (2.2).

---

[14] Iten, J.-L. (2010), « Les compétences de l'État du port », *AFDI*, volume 56, 529-542.

[15] Article 20 bis ainsi rédigé : *« 1. The provisions of the 2009 FAO Agreement on Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing (hereafter referred to as the FAO PSMA) shall apply mutatis mutandis as a minimum standard for the Port State Control of foreign fishing vessels, without prejudice to additional provisions contained in Articles 21 to 27.*

2. Contracting Parties shall cooperate in the effective implementation of the FAO PSMA and in the exchange of information relevant to the implementation of the Scheme.

3. When Contracting Parties have adopted and implemented measures consistent with the provisions of the FAO PSMA, they shall transmit to the Secretary a statement of the actions they have taken in this respect. The Secretary shall circulate these statements to all Contracting Parties ».

2.1. En matière de lutte contre les pollutions marines

Confrontées à une menace de marée noire, les autorités britanniques ont bombardé, en 1968, le navire libérien *Torrey Canyon* se trouvant en haute mer afin de libérer le pétrole restant dans les soutes et de l'incendier[16]. Il s'agissait donc d'un navire étranger en haute mer. Or l'intervention sur un navire en haute mer est *a priori* réservée à l'État du pavillon. Le Royaume-Uni sera néanmoins suivi dans sa nouvelle pratique par un certain nombre d'autres États. Par exemple, le Congrès américain examina deux propositions de loi : l'une permettant au président de prendre immédiatement les mesures nécessaires, y compris la destruction du navire, si un naufrage menaçait les ressources ou l'économie d'une région côtière des États-Unis ; l'autre engageant la responsabilité des armateurs dont les navires provoqueraient, par accident ou par négligence, une pollution des eaux côtières par des produits pétroliers[17]. Puis, la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 est venue consacrer en droit positif la nouvelle compétence ainsi créée. Ici c'est bien l'objectif environnemental qui a permis d'étendre les droits d'intervention des États en haute mer. Ce nouveau droit d'intervention conquis par les États côtiers s'inscrit dans une prise de conscience de la nécessité de lutter contre les pollutions en mer et de l'insuffisance des instruments juridiques existants. Certains ont alors évoqué la naissance de l'idée d'un « ordre public écologique »[18] en mer.

Le nouveau droit d'intervention s'est implanté si profondément dans le droit de la mer et la pratique des États qu'il a survécu aux travaux de la troisième conférence sur le droit de la mer et à l'adoption du régime de la ZEE qui aurait pu avoir pour effet d'abroger le droit d'intervention acquis en 1969 pour lui substituer un pouvoir de police plus restreint. En effet, l'étendue de la ZEE et la consécration de son régime juridique par la CNUDM viennent extraire à la haute mer une partie non négligeable des eaux adjacentes au territoire terrestre. Or, c'est souvent dans la ZEE que les accidents de mer les plus dangereux pour l'État côtier interviennent.

Pourtant, l'article 221 § 1 de la CNUDM préserve le droit d'intervention et prévoit qu'« aucune disposition de la présente partie ne porte atteinte au droit qu'ont les États en vertu du droit international, tant coutumier que conventionnel, de prendre et faire appliquer au-delà de la mer territoriale des mesures propor-

---

[16] Voy. : Quéneudec, J.-P. (1968), « L'incidence de l'affaire du Torrey Canyon sur le droit de la mer », *AFDI*, 701-718 ; Kolb, R. (2004), « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions. Essai de clarification conceptuelle », in (2004) Sicilianos, L.-A., et Picchio Forlati, L., *Les sanctions économiques en droit international / Economic sanctions in international law*, Martinius Nijhoff, 384. Voy. également, pour une affaire similaire : Lucchini, L. (1978), « La lutte contre la pollution des mers : évolution ou révolution de droit international », *AFDI*, 721-754.

[17] Voy. Quéneudec, J.-P. (1968), « L'incidence de l'affaire du Torrey Canyon sur le droit de la mer », *loc. cit.,* 709.

[18] Voy. sur ce point : Alcaide-Fernández, J., et Ruiloba-García, E. (2009), « Le bon ordre écologique dans la mer territoriale : perspectives du droit international public et du droit communautaire européen », in Casado Raigon, R., et Cataldi, G. (dir.) (2009), *L'évolution et l'état actuel de droit international de la mer, Mélanges droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruxelles, Bruylant, 1-38 ; Van Lang, A. (2012), « L'émergence d'un ordre public écologique en mer », in Cudennec, A., *Ordre public et mer*, Paris, Pedone, 31-39.

tionnées aux dommages qu'ils ont effectivement subis ou dont ils sont menacés afin de protéger leur littoral ou les intérêts connexes, y compris la pêche, contre la pollution ou une menace de pollution résultant d'un accident de mer, ou d'actes liés à un tel accident, dont on peut raisonnablement attendre des conséquences préjudiciables ».

La lutte contre les pollutions a ainsi été à l'origine de la reconnaissance d'un droit d'intervention au profit de l'État côtier par exception au principe de la juridiction exclusive de l'État du pavillon. D'autres exceptions ont également vu le jour dans le but de réglementer la pêche et de protéger la biodiversité marine.

2.2. En matière de conservation de la biodiversité

La conservation de la diversité biologique en haute mer apparaît comme un objectif final justifiant de doter les États côtiers de pouvoirs de police au-delà de leur ZEE. Le régime de la ZEE lui-même contient des compétences de police, toutefois, il serait hasardeux de dire qu'il a été établi à des fins environnementales, les motivations des États étant essentiellement d'ordre économique[19]. L'accent sera donc mis sur les compétences obtenues au-delà de la ZEE, en haute mer. Ces pouvoirs de police procèdent à la fois de la volonté de protection de l'État côtier, notamment en termes de conservation, et de la reconnaissance d'un intérêt commun à la bonne gestion des ressources halieutiques de la haute mer. C'est le développement de cet intérêt commun et partagé qui va servir de fondement à l'avènement de nouveaux titres d'interventions en haute mer.

L'objectif de conservation est aussi à l'origine d'un certain nombre de revendications visant à la reconnaissance de nouveaux droits d'intervention en haute mer, sur des navires étrangers. A l'exception de l'accord sur les stocks chevauchants (1), ces mécanismes, notamment utilisés par les Commissions régionales de pêche, ne constituent pas des dérogations à la règle de la juridiction exclusive de l'État du pavillon en haute mer (2). Toutefois, des revendications en ce sens commencent à voir le jour (3).

2.2.1. Le précédent de l'Accord sur les stocks chevauchants

La loi canadienne du 12 mai 1994 habilitait les autorités à intercepter les navires étrangers dans une zone située de part et d'autre de la limite extérieure de la ZEE canadienne, au sein de la zone géographique de l'Organisation des pêcheries

[19] Orrego Vicuna, F. (1986), « La zone économique exclusive : régime et nature juridique dans le droit international », *RCADI*, vol. 199 ; García Amador, V. F. (1984), « The Origins of the Concept of an Exclusive Economic Zone : Latin American Practice and Legislation », in Orrego Vicuna, F. (dir.), *The Exclusive Economic Zone : a Latin American Perpective*, 7-25 ; Quéneudec, J.-P. (1975), « La zone économique exclusive », *RGDIP*, 321-353 ; Conforti, B. (dir.) (1983), *La zona economica exclusiva*, Milano, Giuffré, 209 ; Voelckel, M. (1999), « Les ZEE et leur surveillance », *Annuaire du droit de la mer*, t. IV, 109-134 ; Karagiannis, S. (2004), « L'article 59 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer », *RBDI*, 325-418.

de l'Atlantique Nord-Ouest (OPANO). Cette loi et sa mise en œuvre ont soulevé un grand nombre de critiques et de vives protestations notamment en raison de son incompatibilité avec la règle de la juridiction exclusive de l'État du pavillon en haute mer[20]. Elles ont néanmoins conduit à l'adoption de l'Accord de New York sur les Stocks chevauchants en 1995[21]. Son article 21 habilite tout État partie à une organisation régionale de pêche, à arraisonner et inspecter les navires de pêche étrangers, pour assurer les mesures de conservation et de gestion édictées par l'organisation, ajoutant un nouveau titre d'intervention dérogatoire en haute mer. Si cette mesure se limite aux stocks chevauchants, elle constitue néanmoins une avancée considérable difficilement généralisable. Ainsi, l'Accord de 1995 constitue l'exemple topique de la conquête d'un nouveau titre d'intervention en haute mer à des fins de conservation. D'autres mécanismes ont vu le jour, mais ils n'iront jamais aussi loin.

2.2.2. Les mécanismes d'intervention sur les navires étrangers en haute mer dans le cadre des commissions régionales de pêche

Certaines commissions régionales de pêche[22] sont dotées d'un corps d'inspecteurs capables d'intervenir sur les navires se situant dans leur zone de compétence, ce qui inclus parfois des portions de haute mer. Dans ces zones de haute mer, les inspections sont toujours possibles à l'encontre de navires battant le pavillon d'un État membre de la Commission dans la mesure où il les a acceptées en ratifiant la Convention qui les prévoit. Les choses sont moins simples quand il s'agit de navires de pêche battant le pavillon d'un État non membre de la Commission régionale de pêche. La juridiction exclusive de l'État du pavillon en haute mer empêche en principe toute intervention sur un tel navire, même s'il se trouve dans la zone de compétence de la Commission. Dès lors, pour des raisons d'effectivité des politiques de conservation des espèces marines, les Commissions régionales de pêche se sont dotées de mécanismes permettant d'inspecter des navires d'États tiers[23].

En effet, certaines organisations telles que la Commission des poissons anadromes du Pacifique Nord (NPAFC)[24] ou encore la Commission des pêches de

---

[20] Article 92 § 1 de la CNDUM : « Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul État et sont soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer ».

[21] Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et stocks de poisson grands migrateurs, 4 août 1995.

[22] Beer-Gabel, J., et Lestang, V. (2003), *Les commissions de pêche et leur droit : la conservation et la gestion des ressources marines vivantes*, Bruxelles, Bruylant, 298. Voy. également Beer-Gabel, J. (1994), « Les commissions de pêche dans le monde : Constitution d'une banque de données », *Revue de l'INDEMER,* nº 2, 29-40.

[23] Voir par exemple Guifoyle, D. (2011), *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge University Press, 116-159.

[24] La Commission a été établie par la Convention pour la conservation des Stocks anadromes dans l'Océan Pacifique Nord adoptée à Moscou le 11 février 1992.

l'Atlantique du Nord-Est (CPANE)[25] ont prévu des mécanismes permettant d'inspecter les navires étrangers en haute mer. Dans le cadre de la NPAFC, un *Shiprider Agreement*[26] a été conclu en 1993 entre la Chine (État non membre) et les États-Unis d'Amérique (État membre) afin de permettre les interventions en haute mer sur des navires battant pavillon chinois[27]. D'autres Commissions ont institutionnalisé la coopération avec les États tiers, notamment en créant un statut d'État non membre coopérant qui facilite les inspections des navires battant leur pavillon. Tel est le cas de la CPANE, dont le *Scheme of Control and Enforcement*, adopté en 2008 et révisé pour la dernière fois en 2017 prévoit cette possibilité à son article 34[28]. Les Bahamas, le Canada, le Liberia, la Nouvelle-Zélande et St Kitts and Nevis disposent de ce statut d'État tiers coopérant. Ces mécanismes reposent néanmoins sur le consentement de l'État du pavillon et ne peuvent être considérés comme des exceptions à la juridiction exclusive de celui-ci. Ce consentement est moins certain lorsqu'il est donné par le capitaine du navire. En effet, l'article 38 § 1 du *Scheme* de la CPANE autorise les inspections sur des navires tiers avec l'accord du capitaine du navire. Cette pratique du *consensual boarding*, hautement controversée[29], semble remettre en cause la compétence exclusive de l'État du pavillon en haute mer. Dans ce cas, elle est justifiée par la nécessité de protéger de manière efficace certaines espèces marines.

2.2.3. Vers une généralisation du droit d'intervention en haute mer en matière de conservation ?

Si l'objectif de protection et de conservation de la biodiversité marine a permis des dérogations à la compétence exclusive de l'État du pavillon en haute mer, ces

---

[25] Commission des pêches de l'Atlantique du Nord-Est (CPANE) ou North East Atlantic Fisheries Commission a été créée par la Convention de Londres du 18 novembre 1980.

[26] Un *Shiprider Agreement* est un accord par lequel un agent (le *Shiprider*) est embarqué à bord d'un navire gouvernemental battant le pavillon d'un État différent de celui de la nationalité du *Shiprider*. L'objectif est d'élargir les pouvoirs et les outils juridiques du navire en embarquant un officier étranger investi du pouvoir d'autoriser certains actes : l'entrée dans les eaux territoriales de l'État du *Shiprider* ; l'arraisonnement, le détournement ou la saisie d'un navire battant le pavillon de cet État ou encore la conduite d'actions de police pour faire appliquer la législation de ce même État. Cette pratique est somme toute commode, elle permet de patrouiller dans les eaux territoriales d'un autre État pour combattre les activités illicites telles que le trafic de drogue, le trafic de migrants ou le vol à main armée. Ces accords permettent également à des forces maritimes d'intercepter des navires battant un pavillon étranger. Cette opération de police dans le territoire maritime d'un autre État ou à l'encontre d'un navire étranger est rendue possible par la présence, à bord du navire gouvernemental, d'un agent de l'État côtier ou de l'État du pavillon. Sur les enjeux, voir Neri, K. (2014), « The applicability of the European Convention on human rights to State enforcement and control at sea », in Andreone, G., *Jurisdiction and control at sea*, Gianni Editore, 153-168, et Tesfalidet, I. Y. (2014), « Shiprider Institution : Questions of Jurisdiction and State Responsibility », in Trapp, K., et Papastavridis, E., *La criminalité en mer/Criminal acts at sea*, Centre de recherche et d'études, Académie de droit international de La Haye, Matinus Nijhoff, 609-633.

[27] Memorandum of Unerstanding between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of China on effective Cooperation and Implementation of United Nations General Assembly Resolution 46/215 of December 20, 1991, entré en vigueur le 3 décembre 1993.

[28] CPANE, *Scheme for Control and enforcement*, 2008, *https://www.neafc.org/scheme*.

[29] Sur cette pratique : voir Beyries, P., et Gelard, E. (2003), « Défense et sécurité », *Annuaire du droit de la mer*, 2003, t. VIII, 623, et Neri, K. (2013), *L'emploi de la force en mer*, Bruxelles, Bruylant, 461-462.

dérogations restent très limitées. Toutefois, l'actualité brulante de ces questions a eu pour effet de relancer le débat sur la pertinence de la règle du pavillon en la matière, notamment lorsque des systèmes internationaux de protection ont été mis en place tels que des Commissions régionales de pêche ou des aires marines protégées. L'exemple de la CCAMLR[30] est significatif. En effet, l'article XXIV de la Convention de Canberra prévoit la création d'un système d'observation et de contrôle pour s'assurer du respect des dispositions de la Convention. Ce système inclut des procédures relatives à la visite à bord et à l'inspection par des inspecteurs désignés par les États membres. Un document spécial a été adopté pour mettre en œuvre ce système d'inspection, qui prévoit, dans son point III que les inspecteurs peuvent effectuer des visites à bord des navires de pêche situés dans la zone de la CCAMLR afin de vérifier la conformité aux règles de pêche et de conservation en vigueur. Toutefois, une note de bas de page précise que ce système d'inspection ne s'applique qu'aux navires battant le pavillon d'un des États membres de la Commission[31]. Le système actuel ne permet donc pas aux États qui procèdent à ces inspections d'intervenir sur des navires se trouvant dans la zone de la CCAMLR mais n'étant pas partie à la Convention. Certains États membres le regrettent, et recommandent l'adoption de règles spécifiques pour gérer ce type de situations et éviter des infractions à la politique de pêche et de conservation de la CCAMLR. Par exemple, la France recommande de renforcer l'arsenal législatif applicable en haute mer en matière de pêche illicite, non déclarée et non réglementée (INN)[32]. Mais ce sont surtout les recommandations du Royaume-Uni, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande qui retiennent notre attention. Ces États ont estimé, dans un rapport d'inspection de 2016, que *« the CCAMLR System of Inspection provides for the inspection of reefer and support vessels where they have fish (or their products) which occur in the Convention Area stowed on board (paragraph X(d)). However, this would only be possible where such a vessel is flagged to a CCAMLR Member »*. Or, les inspecteurs rencontrent parfois des navires d'États tiers dans la zone de la Convention, dans ce cas *« it would have potentially been helpful to be able to verify the CCAMLR species on board these vessels. Noting that the Sys-*

---

[30] La Commission pour la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique (CCAMLR) a été établie par la Convention sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique, adoptée lors de la Conférence sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique à Canberra le 20 mai 1980.

[31] *« III. In order to verify compliance with conservation measures adopted under the Convention, Inspectors designated by Members shall be entitled to board a fishing or fisheries research vessel in the area to which the Convention applies to determine whether the vessel is, or has been, engaged in scientific research, or harvesting, of marine living resources »*. La note de bas de page insérée à la suite de cette phrase est ainsi formulée : *« The System of Inspection applies to flag vessels of all Members of the Commission and Contracting Parties »*.

[32] *« It would also be appropriate : to list, on a secure page of the CCAMLR website, information relating to agreements by Flag States authorising at-sea inspections of their fishing vessels to be carried out in the Convention Area by a Contracting Party : to strengthen diplomatic actions and the arsenal of legal provisions applicable to the high seas which can be used against IUU vessels (such as obtaining the authorisation of Flag States to inspect their IUU vessels at sea in the Convention Area) : to introduce a system of diplomatic approaches to Flag States of IUU vessels on each observation and/or questioning in order to facilitate inspection of these vessels »,* CCAMLR-XXX/34 9 September 2011, Information on illegal fishing in statistical area 58 assessment of illegal fishing in French waters around Kerguelen and Crozet Islands report of observations and inspections in the CCAMLR area, 2010/11 season (1 july 2010-15 August 2011), Delegation of France.

tem of Inspection applies to flag vessels of all Members of the Commission and Contracting Parties, further consideration of the arrangements around boarding transhipment vessels flagged to Non-Contracting Parties would be useful »[33].

Dans le cadre des négociations au sein des Nations unies, pour l'adoption d'un accord juridiquement contraignant relatif à la protection de la biodiversité dans les zones au-delà des juridictions nationales, certaines propositions vont également dans le sens d'un renforcement des pouvoirs d'intervention des États en haute mer, pour des questions de conservation. L'hypothèse de la création d'organismes internationaux pour l'établissement et la mise en œuvre de zones protégées ou d'aires marines protégées opposable à tous les États est à l'étude. Elle inclurait également la question de la surveillance de ces espaces[34]. La Nouvelle-Zélande et le Chili ont défendu une approche hybride permettant à un organe international universel d'identifier les zones à protéger, et à des organes régionaux de mettre en œuvre de manière concrète les mesures de conservation, y compris en déployant des compétences de surveillance et d'inspection[35].

* * *

L'impact de l'exigence de conservation du milieu marin sur l'évolution des compétences de police des États en mer est donc visible. Elle a conduit le droit de la mer à se renouveler et à accorder des titres d'interventions aux États en matière environnementale, notamment dans ses ports et en haute mer. Si la conquête de nouveaux droits d'intervention semble de plus en plus difficile, l'argument environnemental ou écologique reste sans doute le plus utilisé par les États dans leurs revendications.

---

[33] CCAMLR-XXXV/02, Policy issues arising from CCAMLR inspections undertaken from HMS Protector during 2015-16, 22 August 2016.

[34] Earth Negotiations Bulletin, A Reporting Service for Environment and Development Negotiations, vol. 25, nº 179, 20 septembre 2018 (*http://enb.iisd.org/oceans/bbnj/igc1/*).

[35] *Ibid*., 8.

CHAPTER 6

LA CONSERVATION ET LA GESTION DES RESSOURCES BIOLOGIQUES EN HAUTE MER : VERS UNE « SOCIALISATION » DU DROIT DE LA MER

Vonintsoa Rafaly

Doctorante - Centre de droit maritime et océanique
Université de Nantes

ABSTRACT : *Resuming the famous Jean-Paul Sartre quote, Prof. René-Jean Dupuy described the evolution on the international society and the set of rules that governs it, arguing that* « “ l’enfer, c’est les autres ! ”, mais puisqu’on ne peut désormais les fuir, les rejeter, force est d’admettre que les autres c’est aussi le salut » *(Hell is the others ! But as one can’t no longer run away from them, reject them, one must admit that the others are also salvation). This vision is taking shape the current Law of the Sea, presently between crisis and revolution, mainly due to requirement for marine environment protection. This evolution marks a state of « socialization » of the law of the sea, combining promotion of common interest, cooperation and empowerment of all actors in high seas biological resources conservation and management. This situation can be illustrated through four aspects : the evolution towards a functional vision of the Law of the Sea, the question of appropriation and access to resources, the international cooperation and solidarity and empowerment of actors.*

Keywords : *biological resources ; high seas ; socialization of law ; cooperation ; state responsibility.*

RÉSUMÉ : *Reprenant la citation de Jean-Paul Sartre, le Pr. René-Jean Dupuy dépeignait l’évolution de la société internationale et du corps de règles qui la régissaient en arguant que « “ l’enfer, c’est les autres ! ”, mais puisqu’on ne peut*

désormais les fuir, les rejeter, force est d'admettre que les autres c'est aussi le salut ». Cette vision se transcrit dans le cadre actuel du droit de la mer qui se trouve entre la crise et la révolution, notamment du fait de la considération des exigences environnementales. Cette évolution fait, en effet, état d'une « socialisation » du droit de la mer, alliant à la fois la promotion de l'intérêt commun, la coopération et la responsabilisation des acteurs de ce droit, à travers le prisme de la conservation et la gestion des ressources biologiques en haute mer. Quatre points mettent en relief cette situation : l'évolution vers une vision fonctionnelle du droit de la mer, la question de l'appropriation et de l'accès aux ressources, la coopération internationale et la solidarité et la responsabilisation des acteurs.

***Mots-clés** : ressources biologiques ; haute mer ; socialisation du droit ; coopération ; responsabilité des États.*

« " [L]'enfer, c'est les autres ! ", mais puisqu'on ne peut désormais les fuir, les rejeter, force est d'admettre que les autres c'est aussi le salut »[1]. Depuis des décennies, la société internationale est confrontée à des questions cruciales touchant l'avenir de l'humanité toute entière. Ces questions relèvent de l'intérêt commun, et dépasse le simple cadre interétatique. La conscience de cette nécessité de considérer l'interêt commun a peu à peu amené l'évolution du droit international dans une dynamique sociale accrue, dans un monde en mutation où cet intérêt commun se heurte souvent aux rigidités de ce droit mais où la solidarité est devenue une condition *sine qua non*.

Annoncer que l'on se propose d'étudier la « socialisation » en matière de droit de la mer, peut avoir un effet rédhibitoire. Dans l'état actuel de la société internationale, peut-on parler de « socialisation » ? Et qu'est-ce donc la « socialisation » ? En essayant d'appréhender cette notion, Joseph Charmont posait que, « [p]our qu'une formule ait comme une vertu mystérieuse, pour qu'elle fasse impression, il faut que chacun puisse lui donner une signification, qui réponde à sa propre pensée, il faut qu'elle puisse exprimer des intentions, qui ne sont pas toujours identiques, qui, parfois même, implique contradiction »[2]. Et c'est là toute l'originalité de ce travail. Que l'on se détrompe, il ne visera pas une apologie de la « socialisation » en droit international, ni de débattre sur la dialectique entre société et communauté internationale, sur fond du droit de la mer. Cette étude aura pour objectif de considérer comment le droit de la mer, et plus particulièrement le droit de la conservation et de la gestion des ressources biologiques en haute mer appréhende, promeut et développe l'intérêt commun que constitue la protection de l'environnement. En effet, la notion d'intérêt commun est prégnante en matière d'environnement. Elle est au cœur de cette problématique globale qu'est la protection de l'environnement[3] et en

---

[1] Dupuy, R.-J. (1986), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 175.

[2] Charmont, J. (1903), « La socialisation du droit - Leçon d'introduction d'un cours de droit civil », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, tome 11, nº 3, 380.

[3] En matière de climat, v. Boisson de Chazournes, L. (1997), « La gestion de l'intérêt commun à l'épreuve des enjeux économiques sur les changements climatiques », *AFDI*, vol. 43, 700 et s. ; Petit, Y. (2011), « Le droit international de l'environnement à la croisée des chemins : globalisation versus souveraineté nationale », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 36, 31-55.

constitue le fondement[4]. Le droit international, en tant que science de moyen, subit un déplacement d'accent entre les finalités qu'il est appelé à servir. En effet, de la protection exclusive des intérêts de l'État, il passe à la protection et la promotion des valeurs humanistes, selon un intérêt commun supérieur, avec une considération de l'individu et de la collectivité des individus[5]. « Le droit international n'est [alors] plus exclusivement au service de l'ordre interétatique. Il est vu comme l'armature d'un ordre international au service des besoins humains »[6]. Il s'agira alors de voir comment les États, à travers les considérations environnementales, arrivent-ils à maîtriser et dépasser l'individualisme étatique, caractéristique du droit international.

Parler de « socialisation », dans ce cadre fait référence à une intégration sociale où se reflète une certaine justice commutative, à travers la promotion de l'intérêt commun, de la coopération et de la responsabilisation des acteurs du droit[7]. Pourquoi parler de ce sujet dans le cadre du droit international, et plus particulièrement du droit de la mer alors que le cadre relationnel et institutionnel —constituant les deux formes de juridicité auxquelles le droit international est soumis— se contre-carrent sans cesse. Bien que l'indépendance étatique soit exacerbée dans l'aspect relationnel et que la souveraineté soit de mise dans l'aspect institutionnel, on note, toutefois, une tendance dans le développement d'un intérêt commun, un intérêt partagé par tous les acteurs du droit international, qui vient modifier ce caractère stato-centré de l'ordre juridique international.

Pour illustrer ce processus de « socialisation », il est intéressant d'aborder le cas de la conservation et la gestion des ressources biologiques en haute mer. Plusieurs raisons à cela ; entre autres, c'est qu'elle constitue une des questions phares depuis une dizaine d'années[8] auprès des Nations unies ; et un cadre d'expérimentation de nouvelles formes de relations interétatiques, dans cette recherche de préservation de l'intérêt commun.

La question se pose alors de savoir, dans quelle mesure la considération des exigences environnementales influe sur l'évolution de la dimension sociale du droit de la conservation et de la gestion des ressources biologiques en haute mer ?

La caractéristique même des ressources biologiques en haute mer en fait la particularité. Dire que les ressources biologiques en haute mer sont librement ap-

---

[4] Petit, Y. (2011), *ibid.,* 33.

[5] Abi-Saab, G. (2006), « Droit international et humanisme juridique : quelles perspectives ? », Communication dans une table ronde portant le même titre, à la Deuxième conférence bisannuelle de la Société Européenne de Droit International, Paris, in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Portland : Hart Publishing, 395.

[6] Smouts, M.-C. (1998), « La coopération internationale : de la coexistence à la gouvernance mondiale » in Smouts, M.-C. (dir.), *Les nouvelles relations internationales - Pratiques et théories*, Presses de Sciences Po, 139.

[7] Schüking, W. (1927), « Le développement du Pacte de la Société des Nations », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, tome 20, 451. V. en ce sens, Coicaud, J.-M. (2001), « Réflexions sur les organisations internationales et la légitimité internationale : contraintes, pathologies et perspectives », in *Revue internationale des sciences sociales*, nº 170, 573-587.

[8] Notamment par la création du groupe de travail spécial officieux à composition limitée, qui est la traduction de l'esprit de la Résolution de l'Assemblée générale des Nations unies à sa 55è session (A/RES/54/33).

propriables est désuet. La question est plus complexe que cela. Leur qualification juridique balance entre les *res nullius* et les *res communis*, leur régime juridique est dissocié de celui du milieu duquel elles dépendent[9] et encore, leur localisation, au-delà des juridictions nationales en ajoute à la difficulté. Vient combler ce plaidoyer la carence du droit international qui, malgré les efforts engagés, demeure lacunaire dans la conservation et la gestion des ressources biologiques en haute mer. De plus, la structure même de la société qu'il est appelé à régir comporte des failles ; société où l'intérêt propre des membres est souvent mis en exergue au détriment de la nécessité que constitue la conservation du milieu marin pour l'intérêt commun, pour l'humanité toute entière. Cet état du droit international et des relations internationales a accentué la dégradation de l'environnement marin, la raréfaction et la diminution accélérée des stocks de poissons dans la mesure où l'ordre juridique international n'a pu endiguer ce phénomène. Toutefois, une telle assertion est à tempérer. En effet, concernant la considération des exigences environnementales, depuis la Conférence de Stockholm sur l'environnement[10], des initiatives ont été prises au niveau international quant à l'établissement d'un cadre normatif de protection de l'environnement marin, qui sera codifié, plus tard, dans la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (ci-après CNUDM) dans sa Partie XII relative à la protection et la préservation du milieu marin.

C'est par le biais de la prise en compte de ces considérations environnementales que le processus de « socialisation » du droit de la mer, et en particulier, le droit de la conservation et la gestion des ressources biologiques en haute mer va se refléter et prendre son envol. Au vu des dégradations constatées, la société internationale a fait sienne la nécessité de protection et de préservation de l'environnement, faisant l'objet de préoccupation à tous les niveaux et démontrant ainsi une certaine solidarité entre les acteurs des relations internationales pour contribuer à la protection de l'intérêt commun.

La liberté de pêche en haute mer tend ainsi à une dimension sociale destinée à régir les activités humaines pour le bien de chaque individu, car celui-ci est, en définitive, sujet et objet final de toute construction juridique. Ceci affirme alors la théorie de Georges Scelle selon lequel, « [p]our nous, les rapports qu'il va s'agir de décrire et d'analyser sont des rapports entre individus, formant une société universelle, et appartenant en même temps à d'autres et innombrables sociétés politiques : étatique, interétatique, super étatiques, extra-étatiques, que la communauté humaine englobe et coordonne et que son droit régit »[11].

---

[9] Rappelons que la majeure partie des ressources biologiques en haute mer sont constituées de stocks de poissons chevauchants et de grands migrateurs dont la particularité est de se mouvoir dans différentes zones relevant de régime juridique distinct. Bien que des efforts aient été fournis dans ce cadre depuis l'adoption de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (CNUDM), le constat est qu'il est encore difficile de déterminer le régime juridique des ressources biologiques en haute mer, à proprement parler.

[10] Conférence des Nations unies sur l'environnement, Stockholm, 1972.

[11] SCELLE, G. (2008), *Précis de droit des gens. Principes et systématique,* Paris, Dalloz, VII de la « Préface » (reproduction du volume I paru initialement aux éditions Sirey).

L'intervention des exigences environnementales dans le processus de « socialisation » du droit de la mer, et plus particulièrement le droit de la conservation et la gestion des ressources biologiques en haute mer, peut s'analyser à deux niveaux : sur le plan normatif (1) et sur le plan institutionnel (2).

1. LE DÉVELOPPEMENT DE LA RÉGLEMENTATION DE LA GESTION DES RESSOURCES BIOLOGIQUES EN HAUTE MER

Dans la formation et le développement du droit de la conservation et de la gestion des ressources biologiques en haute mer, la prise en compte des exigences environnementales a conduit à l'établissement d'une vision fonctionnelle du droit de la mer, au-delà du découpage maritime établi par la CNUDM (1.1). Comme la gestion des « choses communes » suppose un égal accès à la ressource, la fonction de la norme ayant été établie et reconsidérée, la question du partage équitable constitue une question sous-jacente (1.2).

1.1. D'une vision spatiale à une vision fonctionnelle du droit de la mer

Les ressources biologiques marines sont des ressources naturelles, renouvelables dont la principale caractéristique est qu'elles sont concurrentielles[12]. D'un point de vue purement biologique, les ressources biologiques marines sont considérées comme des « ressources naturelles, non produites ou aménagées par l'homme, qui possèdent une dynamique de renouvellement en dehors de toute exploitation »[13]. Elles ont alors une capacité propre de régénération. De plus, les ressources biologiques marines étant des ressources renouvelables, celles-ci constituent un « intermédiaire entre bien privé et bien public. Elle[s] partag[ent] avec le premier son caractère rival qui fait que sa consommation par un agent l'interdit aux autres, et elle[s] possèd[ent] comme le second la difficulté d'exclusion de son usage »[14]. Une ressource qui n'est pas pêchée par un opérateur A le sera par B. La propriété de tel ou tel stock ne pouvant être déterminée, il existe alors une divergence entre la rationalité individuelle et collective dans l'exploitation des ressources de la pêche[15].

---

[12] V. à cet effet, du point de vue des sciences économique, Rotillon, G. (2010), *Economie des ressources naturelles*, Paris, La Découverte, spéc. 54 et s ; .Ostrom, E. (2010), *Gouvernance des biens communs - Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, spéc. 26 et s.. Du point de vue des sciences juridiques, Kiss, A.-Ch. (1984), « Les ressources naturelles et le droit international », *Annuaire de La Haye*, vol.54-55-56 ; Brownlie, I. (1979), « Legal Status of Natural Resources in International Law (Some Aspects) », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 245-317 ; Marin, V. (2003), *La gestion d'une ressource renouvelable : application aux pêcheries*, Thèse de Doctorat en Sciences économiques, Université de Paris Panthéon-Assas, 12.

[13] Marin, V. (2003), *ibid.,* 12.

[14] Rotillon, G. (2010), *op. cit.,* 53.

[15] Fenny, D.; HAnna, S., and McEvoy, A. (1996), « Questioning the Assumptions of the " Tragedy of the Commons " Model of Fisheries », in *Land Economics*, vol. 72, nº 2, 188.

Cet état de fait rend la conservation difficile et approximative car la nature est indomptable et comme le dit, à juste titre, le titre d'un ouvrage de François Ost : « la nature [est] hors-la-loi »[16].

Pour pallier cette difficulté, le droit de la conservation et de la gestion des ressources biologiques en haute mer a, petit à petit, pris en compte les considérations environnementales. Il en a résulté une vision plus large du milieu où se déroulent les activités d'exploitation, offrant une protection plus globale.

La liberté de la haute mer, principe sacrosaint en droit de la mer, s'est progressivement limitée par la considération de la conservation et de la gestion des ressources biologiques. Il faut savoir que derrière cette optique de conservation et de gestion, il y a la manifestation de l'intérêt commun. En effet, c'est au nom de l'intérêt commun que cette conservation et cette gestion est nécessaire. Cette limitation a, toutefois, entrainé une diminution des droits de chaque État dans sa liberté d'exploitation et donc remis en cause son intérêt particulier. Ainsi, une contradiction fondamentale s'est développée entre l'intérêt particulier de chaque État et l'intérêt commun.

L'intégration de la pêche en haute mer dans celui de la conservation et la gestion des ressources biologiques démontre que la liberté de pêche en haute mer n'est plus de l'ordre de l'exercice d'un droit, mais celui de l'accomplissement d'une fonction : l'exploitation durable, par la gestion des ressources, au vu d'assurer leur conservation[17]. En effet, à l'origine le droit international était initialement ancré sur les considérations territoriales ou relatives à la territorialité, dicté par la volonté des États d'élargir leur surface de souveraineté et d'apprivoiser de nouveaux territoires par les conquêtes. Désormais, avec l'évolution par la considération des exigences environnementales, le droit de la mer s'est de plus en plus tourné vers la prise en compte des activités humaines[18].

Il s'est avéré que la protection, en termes d'espace, notamment par l'élargissement de la juridiction nationale à la zone économique exclusive (ci-après ZEE), n'a pas suffi à endiguer le phénomène de surexploitation des ressources biologiques marines. Les États hauturiers, ayant été repoussés au large de leur ancienne zone d'exploitation, ont dû augmenter leur effort de pêche, ce qui n'était pas sans causer une pression inextricable au niveau des stocks se trouvant dans cette zone.

Le cas des stocks chevauchants en est un très bon exemple. Ce sont les stocks de poissons qui passent d'une zone à l'autre, à savoir entre une ZEE et la haute mer ou entre deux zones économiques exclusives. En effet, la CNUDM opérait un zonage des océans dont la haute mer, régie par le régime juridique de liberté et la ZEE dont l'exploitation relève des droits souverains des États[19]. Ce régime

---

[16] Ost, F. (2012), *La nature hors-la-loi - L'écologie à l'épreuve du droit,* Paris, La Découverte, 372.

[17] Pancracio, J.-P. (2010), *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 323.

[18] V. en ce sens Lavenue, J.-J. (1996), « Du statut des espaces au régime des activités : observations sur l'évolution du droit international », *Revue belge de droit international*, 410.

[19] Selon, respectivement les articles 87 et 56.1 de la CNUDM.

s'est toutefois heurté à certaines incompatibilités dans la mesure où l'espace et l'exploitation des espèces n'étaient plus coordonnés. Les spécificités de la biodiversité marine ne suivaient pas toujours le cours du zonage maritime opéré. L'aspect « gestion par espèces » a dû prévaloir sur l'aspect spatial afin de concilier les intérêts des États côtiers mais aussi des États hauturiers.

Cette évolution du régime juridique de la pêche en haute mer se traduit aussi par l'existence des règlementations régionales ou sous-régionales qui traitent du régime juridique des activités d'exploitation des ressources en dépassant le simple statut des espaces maritimes. Tel est le cas, par exemple, des organisations régionales de gestion des pêches (ci-après ORGP) dont la zone de compétence englobe —dans la majeure partie des cas— à la fois une portion de ZEE d'un ou plusieurs États et une partie de la haute mer[20].

Ainsi, l'aspect économique des activités et la considération d'éléments d'intérêt commun ont influé sur la liberté de pêche en haute mer : la balance entre la protection du milieu marin et des espèces qui en dépendent et le développement économique —qui sera plus tard traduit par la notion de développement durable— ont été le fil conducteur de la CNUDM et des accords ultérieurs.

En outre, la notion d'écosystème tient une place importante. Selon les écologistes, l'écosystème est une unité de base de la nature formée, principalement, par le complexe organique et son environnement[21]. Le droit international est venu définir cette notion dans l'article 2 de la Convention sur la diversité biologique. L'écosystème représente le complexe dynamique formé de communautés de plantes, d'animaux et de micro-organismes et de leur environnement non vivant qui, par leur interaction, forment une unité fonctionnelle. Ainsi, nous pouvons établir que la mer est un tout, que « l'environnement marin est indissociable des ressources qu'elle renferme et la survie des ressources est tributaire de l'état de leur environnement »[22].

L'intégration de cette vision écosystémique s'est traduite par la nécessité d'une gestion des ressources halieutiques, avec un objectif de contrôle et de réduction de la dégradation de l'environnement marin pour permettre de préserver et d'accroître les capacités productives pour des raisons socio-économiques, en l'occur-

---

[20] C'est le cas, notamment de la Convention sur la coopération dans les pêches de l'Atlantique du Nord-Ouest, amendée en 2007, qui définit la zone de compétence de l'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (OPANO), englobant une grande portion de l'océan Atlantique et les zones économiques exclusives des États côtiers dont le Canada, le Danemark, la France et els États-Unis).

[21] *« The more fundamental conception as it seems to me, the whole system (in the sense of physics), including not only the organism-complex, but also the whole complex of physical factors forming what we call the environment of the biome - the habitat factors in the widest sense. Though the organisms may claim our primary interest, when we are trying to think fundamentally we cannot separate them from their special environment, with which they form one physical system. It is the system so formed which, from the point of view of the ecologist, are the basic units of nature on the face of the earth ».* Tansley, A. G. (1935), « The Use and Abuse of Vegetational Concepts and Terms », *Ecology,* vol. 16, nº 3, 299.

[22] Rafaly, V. (2015), *La responsabilité des États dans la conservation et la gestion des ressources biologiques de la haute mer*, Mémoire de Master 2 - Droit et sécurité des activités maritimes et océaniques, 22 et s.

rence d'intérêt commun. Cette vision écosystémique se retrouve, par ailleurs, dans la CNUDM, en son article 119[23]. En effet, dans l'exploitation des ressources biologiques en haute mer, les États doivent prendre en compte, lors de la fixation du volume admissible des captures ou d'autres mesures aux fins de conservation des ressources, l'interdépendance des stocks et l'effet de ces mesures sur les espèces associées aux espèces exploitées ou dépendant de celles-ci[24]. Cette appréhension intégrée de l'exploitation de ces ressources, « appliquée à travers la politique maritime et son pilier environnemental, [avec] la stratégie pour la protection du milieu marin, sera totalement bénéfique pour la pêche durable dans la mesure où elle garantira une gestion intégrée de toutes les interactions humaines, environnementales et économiques dans le domaine maritime »[25].

L'objet du droit qu'est la protection et la préservation du milieu marin, en tant qu'exigence environnementale, forme alors un tout sur lequel gravitent les différents droits et obligations des États. La connaissance du particulier s'inscrit dans le tout pour créer une synergie nécessaire pour parvenir à une gestion durable et efficace dans une perspective dialectique.

1.2. « Socialisation » : entre appropriation et accès aux ressources

La dialectique souveraineté et intérêt collectif est immanente à l'origine même du droit international. Faisant partie des principes sacrosaints du droit international classique, la souveraineté laisse toujours une trace dans la vie internationale. Mais avec la mondialisation, l'interconnexion et l'interdépendance croissante des États, la notion d'intérêt commun tient une place primordiale dans ce monde en mutation. Dans cette contradiction, la question se pose pour les ressources biologiques en haute mer, notamment au niveau de l'accès à et l'appropriation de ces ressources.

Selon Jean Combacau et Serge Sur[26], les espaces maritimes situés au-delà des limites de la juridiction nationale sont insusceptibles d'appropriation étatique.

Ils ne sont pas pour autant des *res nullius*, biens vacants sur lesquels chacun de ses usagers agit à sa guise, hors de la contrainte du droit, et dont le premier qui en possèderait les moyens pourrait s'emparer. Ces espaces maritimes et les ressources biologiques qui s'y trouvent seraient plutôt des *res communis*, dont tous

---

[23] Article 119.1 (a) de la CNUDM : « Les États s'attachent en se fondant sur les données scientifiques les plus fiables dont ils disposent, à maintenir ou rétablir les stocks des espèces exploitées à des niveaux qui assurent le rendement constant maximum, eu égard aux facteurs écologiques et économiques pertinents ».

[24] Art.119 (a) et (b) CNUDM.

[25] Commission européenne, « Le rôle de la politique commune de la pêche dans la mise en oeuvre d'une approche écosystémique de la gestion du milieu marin », Doc. COM (2008) 187, 11 avril 2008.

[26] Selon Combacau, J., et Sur, S. (2010), aucun espace « n'a plus aujourd'hui le statut de chose sans maître (*res nullius*), susceptible d'appropriation mais n'appartenant encore à personne ; tous sont des choses communes (*res communes*) fermées à la constitution de titres territoriaux mais aptes à être utilisées par tous », in *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9è édition, 400.

peuvent jouir sans se l'approprier[27]. Considérer les ressources comme biens communs reviendrait à lui appliquer la limite de cette notion qui est le fait que c'est un bien économique, limité —épuisable— et avec une concurrence dans les différents usages. Dans cette mesure, pour assurer la conservation de ces ressources, il importe d'en limiter l'accès, compte tenu des exigences environnementales, tout en assurant un partage équitable[28].

Tous les États sont d'accord sur la nécessité de conservation mais une fois que la demande de ressources de pêche excède l'offre, les nations du monde entrent inévitablement en conflit sur la question de leur part respective sur ces ressources[29]. Pour pallier un tel conflit, et dans la relation entre l'intérêt commun et la conservation et la gestion des ressources biologiques en haute mer, la question de l'accès est primordiale, *sine qua non*[30].

Si le principe est la liberté de pêche en haute mer, il n'en demeure pas moins que celle-ci est réduite, de nos jours à une série de droits et d'obligations, subordonnée outre mesure aux considérations environnementales. Cette conjugaison entre les exigences environnementales et les perspectives économiques ont donné naissance au concept de développement durable. En effet, l'environnement est une préoccupation mondiale et la restriction des pêches a pour origine, pour la majeure partie, les considérations environnementales.

La CNUDM a tenté d'instaurer un partage équitable des ressources par le biais du zonage maritime, à travers différents degrés d'appropriation[31] mais cela n'a pas réglé la question de l'accès aux ressources en haute mer. En outre, l'article 87 de la CNUDM consacre la liberté de pêche en haute mer, en instaurant une égalité d'accès aux ressources[32]. Cette égalité se traduit, notamment, par un partage équitable de cet accès, fondé sur les principes énoncés dans son Préambule, aux paragraphes 4 et 5.

Or, la situation des pêches mondiales a évolué avec une rapidité telle que la lenteur des mécanismes de l'ordre juridique international n'a pas permis d'agir effi-

---

[27] V. en ce sens, Lefeber, R. (1990), « The Exercise of Jurisdiction in the Antarctic Region and the Changing Structure of International Law : The International Community and Common Interests », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXI, 81-138 ; Compagnon, D. (2008), « La biodiversité, entre appropriation privée, revendications de souveraineté et coopération internationale », in *Développement durable et territoires*, Dossier 10/2008, *https://journals.openedition.org/developpementdurable/5253.*

[28] C'est, en effet, la vision des rédacteurs de la CNUDM, notamment par la création de la ZEE et la consécration de la liberté de pêche en haute mer, conformément à ses paragraphes 4 et 5.

[29] Oda, S. (1969), « International Law of the Resources of the Sea », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, tome 127, 353.

[30] John Vogler estime, ainsi, qu'en matière de « *global commons* », « *[t]he key element is once again access*» ; cf. Vogler, J. (2012), «Studying the global commons : governance without politics », in Dauvergne, P. (ed.), *Handbook of Global Environmental Politics - Elgar Original Reference*, Edward Publishing, 172.

[31] Cela passe de la souveraineté de l'État côtier sur les ressources se trouvant dans sa mer territoriale à la liberté d'exploitation —non appropriation— des ressources biologiques en haute mer ; en passant par l'exercice de droits souverains en zone économique exclusive et le patrimoine commun de l'humanité que constitue la zone.

[32] Selon l'article 87(e) de la CNUDM : « La haute mer est ouverte à tous les États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral [...] Elle comporte notamment pour les États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral : la liberté de pêche ».

cacement pour la conservation et l'exploitation durable des ressources biologiques en haute mer. Les exigences environnementales ont alors amené la « communauté internationale » à repenser une nouvelle forme de gouvernance des océans, face à la destruction massive des écosystèmes marins due à des techniques de pêche non respectueuses de l'environnement et un acharnement économique sur les stocks de poissons. Dans le cadre de ces préoccupations, il est intéressant d'analyser deux volets mettant en jeu la dialectique environnement/économie dans le cadre du partage équitable et de l'accès aux ressources. Ainsi, en réponse à ces nouvelles préoccupations et face aux carences de l'ordre juridique international, des formes de promotion de l'intérêt commun ont émergé, sans doute hors cadre de la coopération mais toutefois, traduisant la responsabilisation des États face aux exigences environnementales.

D'une part, l'action unilatérale des États, la doctrine parle de *creeping jurisdiction*[33]. C'est le cas, par exemple, de la réaction du Canada face à la faiblesse structurelle de l'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (ci-après OPANO), causé principalement par l'existence du mécanisme de l'objection consacré par l'article XII de la Convention de 1978[34] et l'effondrement des stocks dans la zone Atlantique Nord-Ouest. Une loi du 12 mai 1994 est venue conférer aux autorités canadiennes certains pouvoirs destinés à défendre les intérêts communs des membres de l'OPANO, pour « mettre un terme à la destruction de ces stocks et de les reconstituer tout en poursuivant ses efforts sur le plan international en vue de trouver une solution au problème de *l'exploitation indue par les bateaux de pêche étrangers* ». On voit alors, à travers cette règlementation, une certaine barrière à l'accès des ressources face aux États tiers à la Convention de l'OPANO, voire une appropriation de celles-ci mais dans une optique de préservation d'un intérêt commun. Mais est-ce là un signe d'une « socialisation » quand il existe un intérêt commun mais mis en œuvre par l'individualisme étatique ?

D'autre part, la coopération est apparue comme une nécessité évidente pour assurer une utilisation durable et un partage équitable des ressources[35], à un échelon régional ou sous-régional, plus restreint que le global. Un tel phénomène est entretenu par l'existence d'une solidarité permettant l'établissement de règles spéciales de droit international[36]. Cependant, en analysant le corpus normatif initié par ce processus, on peut se rendre compte que ces normes spéciales —régionales

---

[33] V. en ce sens, Kwiatkowska, B. (2011), « Creeping Jurisdiction beyond 200 Miles in the Light of the 1982 Law of the Sea Convention and State Practice », *Ocean Development and International Law*, vol. 22, 153-187 ; Treves, T. (1990), « Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, tome 223, 11-302 ; Franckx, E. (2005), « The 200-mile Limit : Between Creeping Jurisdiction and Creeping Common Heritage », *German Yearbook of International Law*, vol. 48, 117-149.

[34] OPANO, *Convention sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique du Nord-Ouest*, du 24 octobre 1978, disponible sur *http://www2.ecolex.org/server2neu.php/libcat/docs/TRE/Full/Fr/TRE-000536.txt*.

[35] Compagnon, D. (2008), *op. cit.*, par. 10.

[36] Stefanovici, O. (1935), *Le régionalisme en droit international public*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 2.

ou sous-régionales— démontrent une autre configuration de l'accès aux ressources biologiques en haute mer. Elles sont, pour la plupart, le résultat d'une « coalition » aux fins de préservation et d'exploitation durable des ressources, dans une zone définie[37] mais qui, toutefois, à travers un forum de dialogue de proximité[38] permet une meilleure appréhension des normes au regard des intérêts en jeu. L'existence de ces coalitions et cette opportunité de proximité vient développer une certaine dynamique sociale.

Cette pratique est d'autant plus nécessaire car elle a permis la règlementation des pêches au-delà des limites des juridictions nationales, c'est-à-dire en haute mer, de manière plus dynamique et évolutive, aux fins de conservation et de gestion des ressources biologiques. Tel est le cas, par exemple, de l'innovation apportée par la Commission pour la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique, par l'instauration des aires marines protégées en haute mer au niveau des îles Orcades du Sud et dont les répercussions dans la règlementation de l'accès aux ressources biologiques en haute mer en général sont assez significatives. La mise en place de ces aires marines protégées consiste en une série d'interdictions, dont « [l]es activités de pêche sous toutes ses formes [...] dans la zone définie, à l'exception de celles menées aux fins de la recherche scientifique, convenues par la Commission pour le contrôle ou pour d'autres raisons, conformément aux avis émanant du Comité scientifique en vertu de la mesure de conservation 24-01 »[39].

Au-delà de l'analyse spatiale du statut de la haute mer, le fondement de la considération de l'intérêt commun en droit de la mer ne peut être étudié qu'à l'aune du critère fonctionnel de ce dernier. La mer est un espace de conquête mais elle a un objet immanent à la survie du genre humain dans la mesure où elle est une ressource vitale pour l'humanité, tant dans les mécanismes écologiques qu'en matière de sécurité alimentaire. Ce qui importe alors c'est l'affectation et non l'appropriation[40].

L'objet des normes du droit de la mer, aujourd'hui, est *in fine* de régir les activités humaines en elles-mêmes pour le bien de chaque individu. En témoignent les configurations qu'a pu prendre l'accès aux ressources en haute mer, qui font référence à des considérations économiques mais englobant une problématique globale sous-jacente, la protection de l'environnement marin à travers le renouvel-

---

[37] Le régionalisme correspond à « un besoin naturel de regroupement [...] et permet une adéquation des deux grandes tendances [...], tendance entre nationalisme d'une part, et universalisme de l'autre ». Mariani, G. C. (1974), *Le droit de la mer à la veille de la Troisième Conférence des Nations unies, Rapport économique et juridique nº 1*, Publications du Centre National pour l'exploitation des océans, 17.

[38] Smolinska, A.-M. (2014), *Le droit de la mer entre universalisme et régionalisme*, Coll Cahier de droit international, Bruxelles, Bruylant, 234.

[39] Mesure de conservation 91-03 (2009) relative à la protection du plateau sur les îles Orcades du Sud, *http://www/ccamlr.org/fr/node/74906.* Concernant l'impact de l'instauration des aires marines protégées en haute mer, v. Delfour-Samama, O. (2013), « Les aires marines protégées, outils de conservation de la biodiversité en haute mer », Neptuus, e-revue, vol. 19, *www.cdmo.univ-nantes.fr.*

[40] Chaumont, C. (1960), *Le droit de l'espace*, Paris, PUF, 57.

lement des stocks[41]. Par ailleurs, ces normes ne peuvent être pleinement efficaces, en tant que telles, sans l'existence d'un cadre institutionnel à travers lequel la « socialisation » se manifeste.

2. SUR LE PLAN INSTITUTIONNEL : L'APPROFONDISSEMENT ET LA DIVERSIFICATION DE LA COOPÉRATION

Avec le développement de la considération des exigences environnementales, on constate une intensification et une diversification de la coopération internationale. Un tel phénomène pourrait constituer un indice de la « socialisation » du droit de la conservation et de la gestion des ressources biologiques en haute mer (2.1). D'autre part, il en résulte une nouvelle forme de responsabilisation des États (2.2).

2.1. La coopération internationale, indice de la « socialisation » du droit international ?

L'évolution de la coopération internationale s'analyse, tant sur le plan horizontal (différents acteurs et nombreux secteurs d'activités) que sur le plan vertical (impliquant des institutions et acteurs à plusieurs niveaux : universel, régional, sous-régional et national). La diversification et l'intensification des mécanismes de coopération, et *in fine* des formes et catégories de relations interétatiques témoignent de ce processus de « socialisation » du droit international[42].

Depuis des décennies, notamment au lendemain de l'adoption de la CNUDM et face à l'accélération de la raréfaction des ressources biologiques en haute mer, on a assisté à une intensification et une diversification de la coopération internationale. Un tel phénomène a pu contribuer à instaurer une synergie dans l'ordre juridique international, allant du général au particulier (environnement marin et espèce définie) ou de la politique à la technique (importance croissante du rôle des comités scientifiques dans les organisations de pêche)[43]. Une telle synergie a favorisé la dynamique sociale du droit de la conservation des ressources biologiques en haute mer.

Toutefois, la coopération internationale se heurte au phénomène de fragmentation dans la société internationale. En effet, la diversification et le foi-

---

[41] Comme l'exprime Olivier Mazaudoux, la genèse de la considération de la protection de l'environnement dans le droit international ne commence qu'avec la reconnaissance de la finalité environnementale intrinsèque, propre, spécifique. Mais c'est bien par le biais d'intérêts utilitaristes, d'une finalité économique que l'exigence environnementale va naitre. V. Mazaudoux, O. (2008), *Droit international public et droit international de l'environnement*, Limoges, Presses Universitaires Limoges, 35.

[42] Jean-Marc Coicaud considère, par exemple, que les organisations internationales « expriment, soutiennent, promeuvent et diffusent une conception des relations internationales (comme moyens de " socialisation ") qui est essentielle pour créer et mettre progressivement en pratique un sens de la légitimité internationale ». V. en ce sens, Coicaud, J.-M. (2001), *op. cit.*, 573.

[43] C'est le cas, par exemple, du rôle du Conseil International pour l'exploitation de la mer (CIEM) dans la détermination des mesures de conservation et de gestion des ressources biologiques dans la zone de compétence de la Commission des pêches de l'Atlantique Nord-Est. V. en ce sens.

sonnement des institutions pouvant toucher à une question particulière de droit international telle la conservation des ressources biologiques, aurait tendance à conduire à des politiques différentes et disparates. En effet, les limites du développement de la coopération internationale se retrouvent dans le manque de coordination entre les différentes institutions, tant internationales que régionales, face aux enjeux et défis sans cesse grandissants auxquels la société internationale est confrontée. Consciente de cette situation, l'Assemblée générale des Nations unies a pris l'initiative de la création du groupe de travail spécial officieux à composition non limitée[44]. Ce groupe était destiné à « établir un processus consultatif officieux ouvert à tous, ayant pour objet d'aider l'Assemblée générale à examiner chaque année, de façon efficace et constructive, l'évolution des affaires maritimes, en analysant les rapports du Secrétaire général sur " Les océans et le droit de la mer " et en suggérant des thèmes qu'elle pourrait examiner, l'accent étant mis sur la recherche des domaines appelant un renforcement de la coordination et de la coopération intergouvernementales et interinstitutionnelles »[45]. Bien que ce groupe soit officieux, il a, cependant, une ambition de constituer une plateforme de coordination pour les différentes sphères de coopération et les différentes formes relationnelles des États dans le cadre de la gouvernance de la haute mer.

Cette nécessité et cette volonté d'établir une coordination dans la préservation du milieu marin s'est renforcé durant la Conférence des parties, du 18 au 30 octobre à Nagoya (Japon), avec un désir d'établir un essai de réorganisation et de mise en cohérence des différentes institutions par une collaboration plus étroite pour traiter certains défis communs tel le cas de l'appauvrissement de la biodiversité marine[46].

En parlant de « socialisation » du droit international, on peut évoquer des principes fondamentaux qui sont communs à plusieurs espaces juridiques, tel est le cas de l'approche de précaution, l'approche écosystémique ou l'obligation de ne pas causer des dommages à l'environnement dans la zone maritime d'un autre État ou dans les zones hors de la juridiction nationale. L'existence de tels principes peuvent être un facteur de cohérence institutionnelle, en favorisant les interconnexions dans le cadre de la conservation et la gestion des ressources biologiques en haute mer[47].

Les groupements étatiques sont des acteur-clés de la gouvernance environnementale internationale. Selon le rapport du directeur exécutif du programme des Nations unies pour l'environnement, établi en 2001, ces groupements sont

---

[44] A/RES/54/33.

[45] Résolution A/56/121 relatif à « Les océans et le droit de la mer », 21 juin 2001, par. 1, *http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/235364/A_56_121-FR.pdf?sequence=4&isAllowed=y.*

[46] V. dans ce cadre, *https://www.ipcc.ch/news_and_events/pdf/press/160414_pr_p43.pdf.*

[47] Barros-Platiau, A. F., et Maljean-Dubois, S. (2017), « Chapitre 2. La gouvernance globale de la biodiversité en haute mer. Enjeux juridiques de fragmentation et défragmentation », in Compagnon, D. *et al.* (2017), *Les politiques de biodiversité*, Paris, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Académique », 60.

« essentiels pour atteindre les objectifs du développement durable »[48]. En effet, certaines organisations internationales sont devenues « porteuses des aspirations et des valeurs de leurs membres, dont certaines sont d'une importance vitale pour l'humanité »[49]. Parmi les exemples cités, la FAO fait partie de ces organisations, dont les missions servent les intérêts, non seulement des bénéficiaires principaux mais de tous les États. Par exemple, cette institution coordonne l'action d'un certain nombre d'organisations régionales de gestion des pêches, qui ont été créées sur le même modèle, selon l'Acte constitutif de la FAO.

De plus, « [à] côté des contacts officiels - et en dehors du cercle des activités strictement diplomatiques, il faut tenir compte des initiatives " privées " qui dépassent ou débordent les frontières des États »[50]. On note un réel accroissement du « rôle d'influence » des ONG dans le système de gouvernance mondiale[51], comme c'est le cas de l'Union internationale pour la conservation de la nature (ci-après UICN).

Ainsi, le processus de « socialisation » du droit de la mer va au-delà de l'interaction gouvernementale. La recrudescence des problèmes internationaux *« amply illustrates that there is a worldwide social consciousness at work today that " communalizes " and " publicizes " international relations far beyond the traditionnal rituals of governmental interactions »*[52].

2.2. Solidarité et responsabilité : vers une nouvelle forme de coopération

« Il en est ainsi de tout milieu social dès lors qu'il est primitif ou dès lors qu'il implique des rapports intersociaux épisodiques et incertains : il a le souci de vivre avant celui d'être juste ; il impose l'ordre avant de le rendre aimable »[53]. Tel est le fondement de la responsabilité dans la société internationale primitive, qui est principalement répressif, soucieux de l'ordre avant la considération des différences entre les États. Cependant, au fur et à mesure de l'évolution de la société internationale et du système juridique international, avec la considération des exigences environnementales, on assiste à une conscience croissante de la nécessité d'une solidarité sociale.

En droit de la mer, ceci se traduit à travers l'émergence d'autres aspects de la responsabilité qui, progressivement, se tournent vers une forme préventive, d'une

---

[48] Forum ministériel mondial sur l'environnement, gouvernance internationale en matière d'environnement, *Rapport du directeur exécutif*, UNEP/GCSS.VII/2, 27 décembre 2001, par. 24.

[49] Lachs, M. (1991), « Quelques réflexions sur la communauté internationale », in *Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 354-355.

[50] Truyol y Serra, A. (1981), « Théorie du droit international public - Cours général », *RCADI*, tome 173, 210 ; v. en ce sens, Merle, M. (1974), *Sociologie des relations internationales*, Paris, 136 et s.

[51] Beslier, S. (2011), « La pêche dans les grands fonds, la protection de l'environnement marin et de la diversité biologique », *AdMer*, tome XVI, 179.

[52] Simma, B. (1994), « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, tome 250, 234.

[53] Berlia, G. (1950), « De la responsabilité internationale de l'État », in *La technique et les principes du droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, Tome II, Paris, LGDJ, 876.

responsabilité restitutive ou réparatrice vers la considération du risque que peuvent encourir le milieu marin, les activités maritimes ; et de ce fait l'humanité toute entière.

Cette évolution de la responsabilité internationale témoigne de la progression de la solidarité dans une société internationale marquée par une juxtaposition d'entités souveraines. En effet, on peut constater que de nos jours, la fonction du droit de la mer, plus qu'une garantie de l'indépendance des États, tend à organiser leur coexistence et surtout leur interdépendance[54] face aux défis globaux auxquels ils sont confrontés.

Selon Georges Berlia, « il n'y a de socialisation véritable que dans la mesure où elle aboutit à un apurement de l'individualisme juridique »[55]. La responsabilité de droit commun, en droit international met en relation deux acteurs, en l'occurrence les États, concernant leur obligation l'un envers l'autre. Or, l'action individuelle des États a été jugée insuffisante, voire inadéquate au regard des exigences environnementales qui requièrent une certaine forme de coopération qui met en jeu les intérêts de nombreux États. Parmi ceux-ci, on peut citer l'État côtier, l'État du port et l'État du marché, aux côtés de la compétence personnelle de l'État du pavillon. Ces États intéressés se verront alors chargés d'une mission dans l'intérêt des tiers, voire de la « communauté internationale », tout en étant conforme à leur propre intérêt[56]. Ils auront alors, aussi, une responsabilité de gestion des ressources communes en cause.

Le développement du multilatéralisme a promu l'incitation à « solidariser les enjeux », par un accroissement de l'interdépendance des États et donc la définition d'instruments communs, la production de règles communes, la promotion d'objectifs globaux et la responsabilisation de chaque acteur concerné. Dans le cadre de cette responsabilisation, des efforts ont été menés pour établir de nouvelles formes de coopération des États au niveau des organisations internationales, plus approfondies, dans l'optique de la politique de prévention. On parle alors d'*accountability*. Cette notion trouve son origine hors du droit. C'est une « obligation de rendre compte, ou une obligation redditionnelle [...] mais forcément normative »[57]. Selon la International Law Association (ILA) : *« Accountability is multifaced, with various degrees of consequences ranging from oversight, monitoring, and evaluation processes to censorship or other forms of sanctions to the attribution of legal liability for injuries, resulting in binding remedial action »*[58].

---

[54] V. à cet effet l'arrêt de la CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, arrêt, CIJ, Recueil 1980*, spéc. 43 : les règles dont la « sauvegardes est essentielle pour la sécurité et le bien-être d'une communauté internationale aussi complexe que celle d'aujourd'hui, qui a plus que jamais besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres ».

[55] Berlia, G. (1950), *op. cit.*, 877.

[56] Cassese, A. (1985), « Modern Constitutions and International Law », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, tome 192, 34.

[57] Lagrange, E., et Sorel, J.-M. (2014), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 998-1000.

[58] International Law Association (1999), « Accountability of International Organization, First report », Taipei, 598.

A cet effet, les mesures de conservation et de gestion des ressources biologiques en haute mer présentent des caractéristiques dont le droit international classique ne peut contenir du fait d'une trop grande rigidité de celui-ci, d'un pragmatisme et d'un individualisme exacerbé dans les relations interétatiques alors que la conservation et la gestion des ressources biologiques, compte tenu des exigences environnementales, comporte des éléments évolutifs déterminants, pour la « communauté internationale », notamment dans la mise en œuvre de la responsabilité des États.

Par ailleurs, on a pu constater les difficultés que rencontre le mécanisme juridictionnel développé dans le droit international général, notamment du fait que cette partie du droit international est encore empreinte de souveraineté et de volontarisme étatique, les États étant réticents à avoir recours aux juridictions internationales. Face à cet échec en aval de la chaîne juridique, les États ont tenté d'instaurer un régime juridique protecteur en amont, par les principes issus du droit de l'environnement. En effet, il n'est plus nécessaire de démontrer qu'en droit international, chaque État est responsable pour les dommages causés à l'environnement[59].

En la matière, le système de la « normativité relative mais évolutive », tiré du droit de l'environnement, notamment concernant la protection de la couche d'ozone, pourrait être novateur dans l'optique de la conservation et la gestion des ressources biologiques en haute mer. Ce système met en jeu une responsabilité pour « non-conformité » ou « *non compliance* », contrairement à la responsabilité pour « fait illicite »[60]. Ce système vise deux fronts. D'une part, en amont du dommage, par une assistance technique et financière et, d'autre part, après la survenance du dommage, par le biais d'assistance et *a fortiori* de sanction. Le rapport entre les règles de conservation et celle de la responsabilité seront alors modifiées car ce qui importe est la prévention et non plus la réparation. Le contrôle effectué devient aussi multilatéral, car prime l'objet de la protection en question et l'atténuation des risques par le biais d'une « coopération préventive ». C'est le cas, par exemple, de la coopération économique pour le financement des moyens de surveillance des navires pratiquant la pêche en haute mer, la coopération technique par le renforcement des capacités des agents inspecteurs et des fonctionnaires des pays en voie de développement...

De plus, un tel système renferme toute une série de procédures qui interviennent non pas en réaction à une violation d'une obligation mais par un contrôle continu, permanent, voire « systématique », privilégiant la coopération et l'interaction entre les États[61]. La production des rapports annuels sur l'état

---

[59] Sur la notion de responsabilité environnementale, v. CHATELAIN, M. (2003), *La responsabilité environnementale*, Thèse, Université de Montpellier I, 568.

[60] L'exemple le plus significatif en la matière est celui du régime juridique de la couche d'ozone.

[61] DUPUY, P.-M. (1998), « A propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection de l'environnement », in PRIEUR, M. (ed.) (1998), *Les hommes et l'environnement*, en hommage à Alexandre Kiss, Paris, Frison Roche, 275.

des pêches et les initiatives étatiques pour la protection du milieu marin est gageure de la conformité desdits États aux règles de conservation et de gestion des ressources biologiques en haute mer. C'est le cas, par exemple, au niveau de la Commission générale des pêches pour la Méditerranée (ci-après CPGM) de la FAO[62]. L'importance que constitue la pêche dans cette région du globe et son impact socio-économique a conduit à l'élaboration d'un système de gouvernance durable[63]. Au-delà de l'établissement de mesures de gestion fondées sur les avis scientifique, la CPGM « a œuvré pour la clarification et l'identification du statut de conformité de chacun de ses membres »[64]. Il dispose d'un comité de conformité (*Compliance Comittee, COC)*, chargé de vérifier la bonne application des mesures édictées par la CPGM, à travers les rapports envoyés par chaque membre de la Commission et d'y remédier en cas de non-conformité. « Depuis 2013, ce processus de clarification a déjà porté des fruits et a, dans les faits, contribué à renforcer la coopération en permettant aux membres et aux non-membres de demander une assistance technique pour mieux se conformer aux décisions de la CPGM »[65].

Toutefois, ce système n'est pas exempt d'une lourdeur administrative, notamment sur la question de la centralisation de la collecte des informations, la coordination des actions d'assistance, la volonté étatique d'établir un compte-rendu de manière régulière. À ce titre, il serait intéressant de voir les aboutissements des négociations initiées par le groupe de travail *ad hoc* sur la conservation et l'exploitation durable de la diversité biologique dans les zones hors de la juridiction nationale[66]. N'était-ce pas le même mécanisme qui fut adopté concernant le droit de la protection de la couche d'ozone[67] et qui conduisit à l'adoption, par une conférence diplomatique de la Convention sur la protection de la couche d'ozone et deux ans après le Protocole de Montréal, par la tenue régulière de réunions sous forme de Conférence des parties ?

Dans tous les cas, et en définitive, au-delà de ce qui peut être relatif dans nos propos, la considération des exigences environnementales a suscité, d'une manière plus ou moins forte, une prise en compte de l'intérêt commun relevant des activités

---

[62] Fondée en 1952 pour la sauvegarde des ressources marines de la Méditerranée et de la Mer Noire. Elle compte 24 parties contractantes, dont 22 pays riverains de la Méditerranée et de la Mer Noire, le Japon et l'Union européenne.

[63] Pour les caractéristiques des pêches méditerranéennes, v. Rapport de la FAO (2016), *The State of Mediterranean and Black Sea Fisheries* (SOMFI), FAO ; v. aussi, Carlson, A. *et al.* (2016), « Chapitre 2 - gestion des ressources marines vivantes », in Ciheam et *al., Mediterra* (2016), Zéro gaspillage en Méditerranée, Paris, Presses de Sciences Po « Hors collection », 51-70.

[64] Carlson, A. *et al.* (2016), *ibid.,* 64.

[65] *Ibid.*

[66] Pour une historique des actions du Groupe de travail, v. une étude récente de Barros-Platiau, A. F., et Maljean-Dubois, S. (2017), « Chapitre 2 - La gouvernance globale de la biodiversité en haute mer. Enjeux juridiques de fragmentation et défragmentation », in Compagnon, D. *et al.* (2017), *Les politiques de biodiversité*, Presses de Sciences Po « Académique », 49-66 ; Compagnon, D. (2008), *op. cit.*

[67] V. Burhenne, W. E. (ed.) (1995), *Droit international de l'environnement - Traités multilatéraux*, London, Kluwer Law International, 985 :22.

humaines en mer. Ceci a conduit à une dynamique normative et institutionnelle avec un renouvellement de la conception du droit international, d'une part, mais aussi des relations interétatiques toujours plus diversifiées, dans l'optique de la mise en œuvre de ce droit, d'autre part. Un tel processus introduirait un renouvellement de la conception du droit de la mer tourné vers une optique de « socialisation ».

CHAPTER 7

LE DROIT ET LES ZONES VULNÉRABLES INTERNATIONALES : APPROCHES SPATIALES

Marie Bonnin *, Philippe Fotso **, Matthieu Le Tixerant ***

Laboratoire des Sciences de l'Environnement Marin (LEMAR),
Institut Universitaire Européen de la Mer (IUEM),
Université de Bretagne Occidentale (UBO)

ABSTRACT : *As political and economic interests in the high seas develop, areas of ecological interest are generated and delineated on an international scale. These areas overlap the Law of the Sea and may fall under the law of nature conservation but also under sectoral laws such as fisheries law or transport law. Depending on the case, these areas are recognised as vulnerable and of major ecological interest, within the framework of conventions and by international organisations. These international vulnerable areas are therefore now a particularly important element to be taken into account in the context of international thinking on high seas management and marine spatial planning. The legal analysis of their designation process shows that the creation and more particularly the spatialisation of this new type of zone on the high seas deserves collective reflection and closer coordination with the law in force in these areas.*

---

* Directrice de recherche, droit de l'environnement marin et côtier, Institut de recherche pour le développement (IRD), Laboratoire des sciences de l'environnement marin (LEMAR), Institut universitaire européen de la mer (IUEM), IRD, UBO, CNRS, IFREMER, Technopôle Brest - Iroise, 29280 Plouzané France.

** Doctorant, droit de l'environnement marin et côtier, Université de Bretagne occidentale (UBO), Laboratoire des sciences de l'environnement marin (LEMAR), Institut universitaire européen de la mer (IUEM), 29280 Plouzané France.

*** Terra Maris, Place Nicolas Copernic - Technopôle Brest-Iroise - 29280 Plouzané France - *www.terramaris.fr.*

Keywords : *vulnerability ; marine areas ; law of the sea ; environmental law ; marine spatial planning.*

RÉSUMÉ : *Alors que l'intérêt politique et économique pour la haute mer se développe, des espaces d'intérêt écologique sont générés et délimités à l'échelle internationale. Le statut de ces espaces se superpose au droit de la mer et ils peuvent relever du droit de la conservation de la nature mais également de droit sectoriel comme le droit des pêches ou le droit du transport. Selon les cas, ces espaces sont reconnus comme vulnérables et d'intérêt écologique majeur, dans le cadre de conventions et par des organisations internationales. Ces zones vulnérables sont donc désormais un élément particulièrement important à prendre en compte dans le contexte des réflexions internationales relatives à la gestion de la haute mer et à la planification de l'espace marin. L'analyse juridique de leur processus de désignation met en évidence que la création et plus particulièrement la spatialisation de ce nouveau type de zones en haute mer mérite une réflexion collective et une articulation plus étroite avec le droit en vigueur sur ces espaces.*

Mots-clés : *vulnérabilité ; espaces marins ; droit de la mer ; droit de l'environnement ; planification spatiale marine.*

1. INTRODUCTION[1]

L'intérêt politique et économique pour la haute mer se développe et les démarches pour la conservation de cet environnement au large des côtes se concrétisent avec les débuts des négociations d'un nouvel accord international sur la protection de la biodiversité au-delà des juridictions nationales[2]. Décidée par une Résolution de l'Assemblée générale des nations à la suite de divers travaux[3], cet instrument est encore en cours de négociation au sein des Nations unies[4]. À cette occasion, et au-delà de la reconnaissance de l'importance de protéger la biodiversité par la Convention de Montego Bay[5], il paraît important de rappeler que plusieurs démarches impliquant la création de zones spécifiques ont été lancées ces dernières années dans l'objectif de protéger la biodiversité au-delà des zones de juridictions nationales. Ces zones ont été identifiées spatialement y compris au-delà des zones sous juridiction nationales.

---

[1] Cette publication a été financée par le programme H2020-MSCA-RISE, Projet PADDLE, Grant Agreement No 734271.

[2] Young, M., and Friedman, A. (2018), *Biodiversity beyond national jurisdiction : regimes and their interaction.* AJIL Unbound, 112, 123-128. doi :10.1017/aju.2018.47.

[3] Résolution A/RES/69/292, « Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale », adoptée par l'Assemblée générale le 19 juin 2015.

[4] Rochette, J., and Wright G. (2017), *Gouvernance de la haute mer : tout comprendre des prochaines négociations en 10 points,* Billet de blog, 26 décembre 2017, *www.iddri.org*.

[5] Convention des Nations unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay (Jamaique) le 10 Décembre 1982, et entrée en vigueur le 16 novembre 1994.

Le droit international de la conservation de la nature a souligné l'importance de protéger des espaces écologiques depuis les années 70. La Convention de l'UNESCO sur le patrimoine mondial[6] par exemple, a mis en place un système de liste visant à protéger des sites exceptionnels. Les sites protégés par ces dispositions internationales concernent plutôt des espaces côtiers que de l'environnement marin à proprement parler. On peut à cet égard citer l'exemple des Iles Galapagos, l'un des premiers sites marins inscrit sur la liste en 1978. Depuis lors, très peu de ces sites concernent les zones de haute mer, c'est-à-dire au-delà des mers territoriales.

Aujourd'hui, plusieurs organisations internationales dans leur domaine respectif de compétentes ont identifié des espaces marins vulnérables. Certains sont établis dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique comme les zones marines d'importance écologique ou biologique (ZMIEB ou EBSAs pour « Ecologically or Biologically Significant Marine Areas »). D'autres dans le secteur des pêches profondes comme les écosystèmes marins vulnérables (EMV ou VME pour « Vulnerable Marine Ecosystems »). Les aires marines particulièrement sensibles (AMPS ou PSSA pour « Particularly Sensitive Sea Area ») sont issues du secteur des transports maritimes. D'autres encore relèvent plus du secteur minier comme les aires d'intérêt environnemental particulier (AIEP-APEI pour « Areas of Particular Environmental Interest »).

Tous ces espaces marins vulnérables même s'ils sont régis par des institutions différentes ont des caractéristiques communes : (i) ils sont très proches du concept d'aires marines protégées ; (ii) ils ont été établis dans le cadre d'une approche sectorielle de l'espace marin liée à un seul type d'usage ; (iii) ils sont tous dépendants d'une organisation internationale.

L'objectif est d'identifier des zones vulnérables particulièrement sensibles nécessitant donc des mesures de protection. Dans l'Atlantique tropical qui est notre zone d'étude, trois types d'espaces vulnérables ont été identifiés (voir tableau en annexe de ce chapitre). A l'aube d'un nouvel instrument juridique pour la conservation de la haute mer, il paraît essentiel d'analyser de manière plus approfondie ces initiatives ? Quels sont exactement les espaces marins couverts ? Quelle vulnérabilité est concernée ? Et qu'en-est-il du degré de protection de ces vulnérabilités ?

2. IDENTIFICATION SPACIALE DES ZONES VULNÉRABLES

Il apparaît que ces démarches visant à protéger l'environnement marin proposent la création de zonages spécifiques à différentes échelles. Une approche cartographique semble alors indispensable afin de mettre en évidence les espaces concernés, de disposer d'une vision globale et synthétique, et de contribuer à l'ana-

[6] Convention de l'Unesco pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, adoptée le 23 novembre 1972 à Paris, entrée en vigueur le 17 décembre 1975.

lyse de la cohérence des propositions. La carte qui figure en annexe de ce chapitre permet de visualiser la répartition des différents types de zones vulnérables dans l'espace.

2.1. Les écosystèmes marins vulnérables (VME)[7]

Les écosystèmes marins vulnérables (VME) ont été mis en place par la FAO dans le cadre de la limitation des impacts de la pêche profonde[8]. Suite à une intensification des activités de pêche profonde et de leurs effets sur les écosystèmes marins, plus particulièrement depuis ces vingt dernières années, il apparaissait nécessaire d'envisager un cadre règlementaire pour réguler ces activités[9]. Cette initiative fait suite à deux Résolutions de l'Assemblée générale des Nations-unies de 2004[10] et 2006[11] exhortant la FAO et les organisations régionales de pêche à adopter des mesures urgentes visant à limiter l'impact des activités de pêche profonde dans certains écosystèmes marins. Dans les lignes directrices internationales pour la gestion des pêcheries en eau profonde en haute mer de 2009[12], la FAO reconnaît le besoin de gérer la pêche en eau profonde dans l'objectif de favoriser l'application de l'accord sur les stocks de 1995[13].

Depuis leur mise en place, divers ateliers régionaux ont été organisés en vue d'identifier des zones dans lesquelles doivent être règlementées de manière plus stricte les activités de pêche. La cartographie de ces propositions dans le cadre de l'Atlantique tropical fait ressortir plusieurs zonages à différentes échelles (Cf. Carte) dans lesquelles s'appliquent des régimes spécifiques[14], impliquant différents degrés de restriction de l'activité. Certaines mesures impliquent la création de zones fermées, c'est-à-dire strictement interdites à la pêche, d'autres des zones à accès restreint qui font l'objet d'une activité régulée. Ces règlementations sont émises et dépendent des organisations régionales de pêche[15]. Dans l'Atlantique tropical, c'est l'Organisation des pêches de l'Atlantique du Sud-Est (OPASE-SEA-

---

[7] Les auteurs ont choisi de retenir l'acronyme résultant du nom anglais Vulnerable Marine Ecosystems, car il est beaucoup plus utilisé.

[8] Ardron, J. A.; Clarck, M. R.; Penney, A. J.; Hourigna, T. F.; Rowden, A. A.; Dunstan, P. K., and Parker, S. J. (2014), « A systematic approach towards the identification and protection of vulnerable marine ecosystems », *Marine Policy*, *49*, 146-154, *https://doi.org/10.1016/j.marpol.2013.11.017.*

[9] Sissenwine, M. P., and Mace, P. M. (2007), *Can deep water fisheries be managed sustainably ? Report and Documentation of the Expert Consultation on Deep-Sea fisheries in the High Seas,* 61-111, FAO Fisheries Report, 838.

[10] Résolution, A/RES/59/25, paragraphe 66 et 69, de l'Assemblée générale des Nations unies du 17 novembre 2014.

[11] Résolution, A/RES/61/105, paragraphe 80, de L'Assemblée générale des Nations unies du 8 décembre 2006.

[12] Paragraphe 42 Directives internationales sur la gestion de la pêche profonde en haute mer, FAO, Rome 2009, 92.

[13] Doulman, D. J. (2007), « Coping with the extended vulnerability of marine ecosystems : implementing the 1995 FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries », *Social Science Information*, 46(1), 189-237, *https://doi.org/10.1177/0539018407073665.*

[14] Voir sur *http://www.fao.org/in-action/vulnerable-marine-ecosystems/vme-database/en/vme.html.*

[15] Beer-Gabel, J. (2003), *Les commissions de pêche et leur droit*, Bruxelles, Bruylant, 298.

FO) qui est l'institution en la matière. Cette institution a pour instrument juridique la Convention sur la conservation et la gestion des ressources halieutiques de l'Atlantique Sud-Est[16].

2.2. Les aires marines particulièrement sensibles (PSSA)[17]

Les aires marines particulièrement sensibles —*Particularly Sensitive Sea Areas* (PSSA)— ont été mises en place par l'Organisation maritime internationale (OMI), et concernent des zonages à une échelle plutôt locale[18]. La question des aires particulièrement sensibles a été initiée en 1978 dans le cadre de la Convention Marpol. Cependant, les discussions sur ce point vont durer[19], de 1986 à 1991, et vont aboutir à l'adoption de lignes directrices pour la désignation de zones spéciales et l'identification de PSSA dont la dernière version a été consolidée par une Directive de 2005 qui prend en compte l'ensemble des révisions[20].

La résolution de l'OMI de 2005 est un effort pour améliorer la clarté du concept[21]. La désignation des PSSA établit un cadre très proche de celui des zones Marpol[22] qui ont pour objectif de mettre en place des mesures de protection dans chaque zone[23]. La désignation d'une PSSA peut avoir lieu à l'intérieur d'une zone spéciale précédemment identifiée en vertu de Marpol et inversement[24]. Les mesures de protection varient en fonction de la particularité de la zone. Ces mesures doivent préalablement être approuvées par l'OMI. Parmi les mesures qui peuvent être adoptées figurent les restrictions spéciales en matière de rejets, ou les règles

---

[16] La Convention sur la conservation et la gestion des ressources halieutiques de l'Atlantique Sud-Est a été à Windhoek (Namibie) le 20 avril 2001 entrée en vigueur le 13 avril 2003.

[17] Les auteurs ont choisi de retenir l'acronyme résultant du nom anglais Particularly Sensitive Sea Areas, car il est beaucoup plus utilisé.

[18] Sur ce type d'espace vulnérable voir l'ouvrage issu de la thèse de doctorat de Kachel, M. J. (2008), *Particularly Sensitive Sea Areas- The IMO's role in protecting Vulnerable Marine Areas*, Springer, Berlin, Heidelberg, 376.

[19] Lefrebvre-Chalain, H. (2007), « Fifteen Years of Particularly Sensitive Sea Areas : A Concept in Development », *Ocean and Coastal Law Journal*, 13, 47.

[20] Directives révisées pour l'identification et la désignation des zones maritimes particulièrement vulnérables, répondant à la Résolution A.982(24) adoptée le 1er décembre 2005.

[21] Le concept de PSSA complète le concept déjà existant de zones spéciales dans la Convention MARPOL de 1973. L'élaboration du concept de PSSA a été encouragée par la résolution 9, adoptée lors de la Conférence internationale de 1978.

[22] Aujourd'hui, on peut distinguer deux catégories de zones protégées. La première catégorie comprend deux types de zones protégées au titre de MARPOL : (1) les zones spéciales conformément aux annexes I, II et V de MARPOL ; et (2) les zones de contrôle des émissions (SECA) introduites par l'annexe VI de MARPOL. Ces zones spéciales peuvent bénéficier d'un niveau de protection supérieur à d'autres zones maritimes en « adoptant des méthodes spéciales obligatoires pour prévenir la pollution marine par les hydrocarbures, substances liquides nocives ou déchets ». Des lignes directrices pour la désignation de zones spéciales ont été incluses dans le chapitre 2 de l'annexe à la résolution A.720(17)20, adoptée par l'Assemblée de l'OMI en novembre 1991. Ces lignes directrices ont été remplacées par les nouvelles lignes directrices de 2001, qui figurent à l'annexe I de la résolution A.927(22).

[23] *http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=25322&filename=A982(24).pdf.*

[24] Point 4.5 de la Directive de 2005.

d'organisation du trafic dans la zone en vertu de la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie (Convention SOLAS)[25].

2.3. Les zones marines d'importance écologique ou biologique (EBSA)[26]

Les EBSA ou zones marines significatives d'un point de vue écologique ou biologique ont été mises en place dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique et relève du secteur de la conservation de la nature[27]. La désignation des EBSA fait partie d'un programme général de l'Assemblée générale des Nations unies, qui vise à mettre en place une stratégie de protection des espaces vulnérables à des échelles très variables dans les zones au-delà des juridictions nationales.

Les EBSA ont vocation à être un instrument préparatoire. La Convention sur la diversité biologique a organisé plusieurs workshops régionaux sur les besoins de protection de ces zones.

Ensuite, l'Assemblée générale des Nations unies devra proposer des mesures pour assurer leur conservation durable et l'exploitation des mers. Ces mesures devront être discutées par tous les États dans le cadre des négociations en cours sur la protection possible des eaux au-delà des juridictions nationales.

3. LES CARACTÉRISTIQUES DE LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ DES ZONES MARINES

Une étude publiée en 2005 par Zacharias et Gregr dans Conservation Biology[28] soulignait le manque de données disponibles quant à la vulnérabilité des espaces marins.

Plusieurs indicateurs de vulnérabilité existent. On pourrait parler de l'indicateur de vulnérabilité structurelle développée par Guillaumont[29] qui s'appuie surtout sur des composantes physiques et cherche à montrer l'adaptabilité au changement climatique. La vulnérabilité peut être liée aux enjeux humains comme le montrent les travaux de l'IDDRI[30] sur les trajectoires de vulnérabilité.

---

[25] Point 6 et suivants de la Directive de 2005.

[26] Les auteurs ont choisi de retenir l'acronyme résultant du nom anglais *Ecologically or Biologically Significant Areas,* car il est beaucoup plus utilisé.

[27] Dunn, D. C.; Ardron, J.; Bax, N.; Bernal, P.; Clearly, J.; Cresswell, I., and Halpin, P. N. (2014), « The Convention on Biological Diversity's Ecologically or Biologically Significant Areas : Origins, development, and current status », *Marine Policy*, 49, 137-145, *https://doi.org/10.1016/j.marpol.2013.12.002*.

[28] ZAcharias M. A., and Gregr, E. J. (2005), « Sensitivity and Vulnerability in Marine Environments : an Approach to Identifying Vulnerable Marine Areas, Conservation Biology, Wiley », *Online Library*, *https://doi.org/10.1111/j.1523-1739.2005.00148.x.*

[29] Guillaumont, P. (2015), « Measuring structural vulnerability to allocate development assistance and adaptation resources », *working paper*, *FERDI*, 22 pages.

[30] Goujon, M., et Magnan, A. (2018), « Appréhender la vulnérabilité au changement climatique, du local au global. Regards croisés, Documents de travail », *FERDI, IDDRI,* 22 pages.

Dans tous les cas, « la notion de vulnérabilité » n'a cessé de se diffuser dans les politiques publiques. Elle est devenue un objet d'investigation pour les sciences humaines et sociales[31]. Cependant, plusieurs auteurs comme Cohet-Cordey (2003)[32] ou Rebourg et Burdin (2013)[33] ont souligné qu'elle demeure une catégorie juridique peu définie.

Eyraut et Vidal-Naquet[34] ont montré dans leur étude sur la vulnérabilité saisie par le droit que la vulnérabilité venant de Vunerabilis désigne autant celui qui est blessé que celui qui risque de l'être parce qu'il doit faire face à l'adversité. Autrement dit, la vulnérabilité articule d'un côté une propriété (la faiblesse, la fragilité) et d'un autre coté, une situation (exposition aux risques).

Les considérations légales sur la vulnérabilité sont d'abord basées sur :

— la nature intrinsèque de ce qui est considéré comme vulnérable, en l'occurrence les composantes de l'écosystème de la zone marine identifiée et ses composantes.

— mais aussi sur le risque lié aux activités humaines extérieures, comme le trafic maritime, la pêche ou toute activité susceptible de générer des effets négatifs pour la conservation de la nature.

Il s'agit alors en ce qui concerne les zones marines vulnérables d'identifier quelle sorte de vulnérabilité est ici en question. S'agit-il d'une vulnérabilité liée à la nature intrinsèque ou d'une vulnérabilité du fait de l'impact potentiel des activités ?

3.1. Vulnérabilité et nature intrinsèque de l'espace considéré

Ces espaces marins sont vulnérables du fait de leur nature. Par exemple, les EBSA et PSSA concernent les habitats, qui sont définis comme biologiquement et écologiquement importants pour l'environnement marin. Les VME concernent les habitats profonds qui sont aussi des habitats considérés comme vulnérables et donc à préserver.

Les critères de désignation sont presque similaires pour ces trois types d'espaces vulnérables. Ces critères sont, entre autres, le caractère unique ou rare de la zone, son importance dans le fonctionnement de l'écosystème et enfin son importance sociale, économique ou scientifique.

---

[31] Eyraud, B., et Vidal-Naquet, P. (2013), « La vulnérabilité saisie par le droit », *Revue justice actualités,* 3-10.

[32] Cohet-Cordey F. (dir.) (2003), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, PUG.

[33] Rebourg, M., et Burdin, E. (2013), « Regards croisés sur la vulnérabilité dans l'espace juridique », in Brodiez, A. ; Von Bueltzingsloewen, I. ; Eyraud, B. ; Laval, C., et Ravon, B. (dir), *Vulnérabilités sociales et sanitaires. Approches sociologiques et historiques,* Rennes, Presses Universitaires de Rennes.

[34] Eyraud, B., et Vidal-Naquet, P. (2013), précité.

Cependant, si les critères sont proches, les résultats sur le plan spatial, notamment en termes d'étendue sont totalement différents. Cartographier ces sites tous ensemble met en évidence la variabilité de la spatialisation de ces sites qui peuvent couvrir ainsi une partie de la ZEE ou s'étendre en haute mer bien au-delà des juridictions nationales (Cf. Carte).

La carte met en évidence spatialement les trois types de désignation dans l'Atlantic tropical. Certaines s'étendent sur des superficies très importantes et couvrent une partie de l'océan Atlantique tropical (échelle océanique). D'autres concernent des secteurs plus spécifiques (échelle locale).

Mais ce qui ressort le plus c'est qu'aucun espace n'est concerné par les trois désignations simultanément alors que les critères de base sont quasiment identiques. En effet, à l'échelle de l'océan Atlantique tropical, très peu d'entre eux sont concernés par plus d'une désignation (Voir carte en Annexe 2).

Cette variabilité pourrait s'expliquer par le fait que les critères de la vulnérabilité peuvent être cumulatifs ou alternatifs ? Actuellement, il existe différents zonages pour prendre en compte les différents types de vulnérabilité. Ces zonages émanent d'institutions différentes chacune compétente dans un secteur d'activité spécifique, ce qui laisse supposer que la vulnérabilité est liée à l'impact de l'activité autrement dit, de critère cumulatif.

3.2 . Vulnérabilité et risque lié à l'activité

Dans ce cas, les objectifs sont liés aux risques potentiels générés par l'activité réglementée.

Ces cinq dernières années, des progrès soutenus ont été accomplis dans la compréhension, entre autres, des caractéristiques des différents types d'écosystèmes marins vulnérables[35] et des effets des différents engins de pêche de fond, ainsi que des caractéristiques et de l'état de certains stocks de poissons d'eaux profondes, bien que l'étendue des connaissances générales reste limitée. Les espaces marins vulnérables (VME) visent à limiter les risques liés à l'activité de pêche. Les zones instaurées ont pour objectif de restreindre ou d'interdire les activités de pêche qui peuvent avoir des impacts négatifs sur la biodiversité marine (FAO). L'organisation des pêches de l'Atlantique du Sud-Est (SEAFO) a ainsi identifié plusieurs zones marines vulnérables (VME). Certaines sont actuellement fermées à toutes formes de pêche de fond. La carte qui figure en annexe 2 de ce chapitre montre clairement en gris foncé le Kreps Seamount qui a été fermé depuis janvier 2011 par exemple. D'autres font l'objet de réglementations visant à limiter les activités et les impacts associés (en gris clair). Des auteurs ont déjà souligné que bien

[35] Arreguín-Sánchez, F., and Ruiz-Barreiro, T. M. (2014), « Approaching a functional measure of vulnerability in marine ecosystems », *Ecological Indicators*, 45, 130-138, *https://doi.org/10.1016/j.ecolind.2014.04.009*.

qu'il y ait des critères pour établir les VME, il n'y a pas de protocole technique suffisamment clair[36]. Cette étude de Auster *et al.*, souligne non seulement le manque de connaissances mais également le manque d'approches communes harmonisées entre les différentes organisations.

Les aires marines particulièrement sensibles (PSSA) visent à limiter les risques émanant du trafic maritime. Elles peuvent ainsi permettre d'en améliorer la régulation. Selon les dispositions de la Directive de 2005, les critères de désignation de la zone sont cumulatifs[37]. En plus des caractéristiques reconnues à la zone, qui peuvent être prises en compte alternativement, il faudrait que ladite zone soit menacée du risque lié par les activités de transport maritime. À ce titre, il faut tenir compte des facteurs techniques tels que les opérations particulières auquel se livre le navire, du type de navire (taille, vraquiers ayant une faible profondeur d'eau sous quille, navire à grande vitesse), ou encore du type de marchandises transportées (produits nuisibles par exemple)[38].

Les mesures de protection de la zone sont mises en place au cas par cas. Le Comité pour la protection de l'environnement marin de l'Organisation maritime internationale, par exemple, a désigné une PSSA autour des îles Canaries en 2005. Dans cette zone un Système de séparation des trafics a été recommandé ainsi qu'un Système de notification obligatoire des navires[39]. Dans les autres PSSA, d'autres mesures ont été mises en œuvre comme par exemple « le pilotage obligatoire ». C'est le cas dans la mer des Wadden, où les commandants de navires doivent demander l'aide d'un pilote pour traverser la zone vulnérable.

Pour les EBSA, elles s'inscrivent dans la continuité de la préservation de la biodiversité, de la restauration des habitats et tendent à établir des mesures de gestion des activités humaines dans les écosystèmes sensibles[40]. Les mesures de gestion dans ces zones sensibles ne sont pas clairement définies. C'est l'un des éléments de différences avec les PSSA ou les VME par exemple. L'absence de mesures prédéfinies pour la gestion de la zone démontre que la vulnérabilité découle davantage de la nature intrinsèque de celle-ci, que de l'élément cumulatif avec le risque découlant d'une activité particulière.

Il importe également de souligner que certains secteurs d'activités ne se sont pas engagés dans l'identification de zones vulnérables alors que les risques pour l'environnement peuvent être particulièrement importants. Le secteur de l'exploitation pétrolière notamment. En effet, alors que les États-Unis annoncent l'ouverture de près de 90% des eaux américaines aux activités pétro-

---

[36] Auster, P. J.; Gjerde, K.; Heupel, E.; Watling, L.; Grehan, A., and Rogers, A. D. (2011), « Definition and detection of vulnerable marine ecosystems on the high seas : problems with the " move-on " rule », *ICES Journal of Marine Science*, 68(2), 254-264, *https://doi.org/10.1093/icesjms/fsq074*.

[37] Point 5.1.

[38] Point 5.1.1 à 5.2.

[39] *http://www.sjofartsverket.se/pages/14179/57-7-1.pdf*.

[40] Goeury, D. (2014), «Les Aires Marines Protégées», in Woessner, R. (dir.), *Mer et océans,* Paris, Atlande, Clefs concours.

lières et gazières[41], souligner la vulnérabilité des océans face au développement des activités pétrolières et gazières paraît être pourtant un préalable essentiel. L'IDDRI a souligné ce point le mois dernier sur son blog sur les océans en insistant sur l'importance de reconnaître des zones vulnérables aux activités pétrolières[42].

P. Gautier et Virginie Tassin dans leur étude sur les plates-formes en mer et le droit international de 2013[43] soulignent également que la protection de l'environnement marin n'est pas adaptée au développement futur des projets d'exploration et d'exploitation des fonds marins même si ces plates-formes seront soumises à la fois au régime de la haute mer et au régime de la zone qui est règlementée par l'Autorité Internationale des fonds marins (AIFM).

4. QUELLE PROTECTION DE LA VULNÉRABILITÉ ?

4.1. La protection découlant de la nature du texte fondant la désignation de la zone

Le processus de validation est un moyen pour comprendre la force contraignante des obligations juridiques. Dans chaque cas, il y a une proposition de la part de l'État ou de la communauté pour protéger la zone.

Ensuite, les organisations internationales font une évaluation de la proposition et proposent d'adopter des mesures juridiques.

Selon qu'elle est contraignante ou non, la force de la protection ne sera pas la même et n'impactera pas de la même façon les juridictions nationales. Certains espaces vulnérables ont été créés par un instrument juridique contraignant comme c'est le cas des PSSA. D'autres sont fondés sur la base d'une simple recommandation ou de lignes directrices dont la force contraignante découle de l'engagement des États par le biais d'organisation régionales dans lesquelles s'insèrent l'opération de désignation, comme c'est le cas dans des organisations de pêche.

La création des EBSA fait partie des objectifs stratégiques de la Convention sur la Diversité Biologique de ces dernières décennies. La Décision finale de la Conférence des parties à Aichi en 2010, a fixé parmi ses objectifs majeurs la conservation d'au moins 10% des espaces marins et côtiers[44]. Contrairement aux

---

[41] Le Parmentier, A. (2018), « Huit ans après la catastrophe de Deepwater, Trump relance l'exploitation offshore », *Le Monde,* 5 janv. 2018.

[42] Schumm, R.; Rochette, J., et Chabason, L. (2018), « Pourquoi il faut protéger les zones marines vulnérables des activités pétrolières et gazières », *Billet de blog, IDDRI*, 13 février 2018.

[43] Gautier, P., et Tassin, V. (2013), « Les plates-formes en mer et le droit international », *AFDI*, 59, 185-220.

[44] UNEP/CBD/COP/DEC/X/2 du 27 octobre 2010, Plan stratégique 2011-2020 et objectifs d'Aichi relatifs à la diversité biologique, paragraphe IV, objectif 11.

autres espaces vulnérables dont le régime de gestion est lié à une activité particulière, celui des EBSA est assez complexe en ce qu'il ne vise pas une activité spécifique. Leur régime de gestion est assez différent surtout lorsqu'elle recouvre une zone au-delà des juridictions nationales ou lorsqu'elle touche des zones marines dont la souveraineté fait l'objet d'un contentieux[45].

Dans le premier cas, le cadre régional est un facteur facilitant la mise en œuvre des règles communes de gestion applicables entre les États membres de la région concernée. L'Europe fait figure de « pionnière »[46] à ce sujet avec l'existence de plusieurs instruments de protection des zones vulnérables dans les mers régionales touchant jusqu'à la haute mer (exemple les zones protégées OSPAR en Atlantique du Nord, ou encore les zones spécialement protégées d'importance en Méditerranée).

En revanche dans le cadre des zones localisées en dehors d'un cadre régional ou touchant un espace marin faisant l'objet de revendication, la question de la mise en œuvre des mesures de protection et de gestion est plus complexe. On se souvient de la sentence arbitrale rendue par la Cour permanente d'arbitrage en mars 2015, opposant le Royaume Uni et l'Ile Maurice à propos de la création « unilatérale » d'une aire marine protégée[47]. Si au final la Cour d'arbitrage a reconnu la validité de la création de ladite zone, les mesures de gestion sont particulièrement restrictives afin de protéger les droits souverains des États tiers, en l'occurrence l'île Maurice[48].

Le cas des VME est un peu différent. En effet la désignation est basée sur une directive de la FAO qui n'est pas contraignante, mais leur désignation est approuvée par l'organisation régionale des pêches dont les décisions sont contraignantes pour les États membres de cette organisation. Dans le cadre de la SEAFO, par exemple, les zones vulnérables sont contraignantes depuis 2016, c'est-à-dire depuis la date d'entrée en vigueur des mesures de conservation adoptées à la suite de l'identification[49].

---

[45] Scovazzi, T. (2014), « Marine protected Areas in Waters Beyond national Jurisdiction », in Chantal Ribeiro, M. (coord.), *30 Years After the Signature of the United Nations Convention on the Law of the Se*a, Coimbra Editora, 210 et suiv.

[46] Queffelec, B. (2018), « Des aires marines protégées en haute mer : l'Europe pionnière, Policy Brief », *Fondation pour la Recherche sur la Biodiversité (FRB),* janvier 2018, *http://www.fondationbiodiversite.fr/images/documents/Comprendre_la_biodiv/hautemer2.pdf.*

[47] Dans cette affaire le Royaume Uni avait créé une aire marine protégée, l'archipel de Chagos au détriment des contestations opposées par Maurice qui d'une part revendique des droits de souveraineté dans la zone et surtout conteste la procédure de désignation de la zone qui n'aurait pas consulté les populations locales. Voir détail de cette affaire : Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), sentence nº 2011-03, aff. Chagos Marine Protected Area, Maurice v. Royaume Uni, du 18 mars 2015, voir sur *https://pca-cpa.org/en/cases/11/.*

[48] Juste-Ruiz (2016), « Convention des Nations unies sur le droit de la mer », *Revue Juridique de l'environnement*, 41.1 (2016), 141-152.

[49] Mesure de conservation 30/15 sur les activités de pêche de fond et les écosystèmes marins vulnérables dans la zone de la convention SEAFO, adoptée le 3 Décembre 2015 et entrée en vigueur 15 Février 2016.

4.2. La protection découlant de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer

L'identification des zones vulnérables dans les espaces situés au-delà des juridictions nationales pose avant tout la question des modalités de la protection de ces espaces. Le statut juridique de l'espace est une composante fondamentale de la mise en œuvre des objectifs de préservation[50]. C'est le principal objectif mis en avant par le projet d'accord actuellement en cours de négociation devant les Nations unies. Cet accord entend créer un cadre de gouvernance mondiale qui favoriserait la protection des écosystèmes marins dans ces espaces.

La Convention des Nations unies sur le droit de la mer (CNUDM) en son état actuel considère les zones situées au-delà des juridictions comme des espaces de liberté. Aucun État ne peut exercer de souveraineté sur ces espaces[51]. Ce postulat de la Convention découle de sa philosophie initiale qui est celle du principe de la liberté des mers, théorisé par Hugo Grotius[52]. Cette liberté des mers comprend la liberté de la navigation, la liberté de pêche, de pose de câbles et de recherche scientifique. Il faut dire que ces libertés ont été considérablement aménagées avec les incitations grandissantes de création d'aires protégées[53].

Les mesures de protection des zones vulnérables sont tributaires de la nature contraignante ou non de l'instrument sectoriel qui fonde ladite identification. Lorsqu'elle est fondée par un instrument contraignant, il est constant que cet instrument lie ses États membres et à ce titre le régime de protection s'applique entre ceux-ci. Une des questions essentielles qui se pose est celle de l'application vis à vis des États tiers à ces différents accords ? Plus encore, que restera-t-il du concept de liberté des mers si toutes ses composantes sont aspirées dans des textes juridiques sectoriels ?

La première question à notre sens est largement répondue par la CNUDM. L'article 194 § 5 oblige en effet les États à protéger « les écosystèmes rares ou délicats ainsi que l'habitat des espèces et autres organismes marins en régression, menacés ou en voie d'extinction ». Cette disposition qui est une déclinaison spécifique de l'obligation générale de protéger et de préserver le milieu (Art. 192), est le fondement juridique de la protection des zones vulnérables. Aussi, même lorsqu'un État n'est pas lié par un instrument sectoriel contraignant relatif à la préservation d'une zone particulière, la CNUDM impose tout de même une obligation de protection de ladite zone. La CNUDM fait par conséquent de l'objet à protéger

---

[50] Par exemple le cas du contentieux sus évoqué, Royaume Uni c. République de Maurice.

[51] Article 86 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, convention précitée.

[52] Grotius (2013), *De mare liberum, 1609*, Panthéon-Assas, 150.

[53] Féral, F. (2011), « L'extension récente de la taille des aires marines protégées : une progression des surfaces inversement proportionnelle à leur normativité », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 9 | Juillet 2011, mis en ligne le 13 juillet 2011 URL : *http://journals.openedition.org/vertigo/10998* ; DOI : 10.4000/vertigo.10998 ; Bonnin, M.; Laë, R., et Behnassi, M. (2015), *Les aires marines protégées ouest-africaines*, IRD Editions.

une obligation détachable du statut de l'espace qui incombe à tous les États. L'intérêt de la désignation réside dans l'objectif d'améliorer les connaissances du milieu marin et de renforcer l'application de ces dispositions de la CNUDM. Or, ces actions disparates qui manquent de cohérence au final ne facilitent pas la lisibilité de toutes ces mesures[54].

S'agissant de la deuxième interrogation, il faut remarquer que la liberté des mers n'est en réalité qu'une présomption de liberté, si l'on s'en tient aux dispositions de la CNUDM[55]. Les aménagements fondés sur des objectifs écologiques ont à l'évidence une incidence sur les différentes composantes de cette liberté ; à savoir la pêche, la navigation ou encore l'installation de pipeline. Ces libertés sont désormais conditionnées par l'exigence d'une action écologiquement non offensive vis-à-vis de la zone considérée.

5. CONCLUSION

Les initiatives qui reconnaissent la vulnérabilité des écosystèmes marins sont portées par des institutions différentes et concernent des domaines différents. Cela explique que même si les critères sont les mêmes, les désignations spatiales soient différentes.

Par conséquent au moment où les négociations relatives à l'élaboration d'un texte de droit international sur les zones au-delà des juridictions nationales sont en cours, il pourrait être intéressant de penser à ces différentes vulnérabilités dans l'objectif de mise en cohérence des statuts de ces différentes zones.

---

[54] Proutière-Maulion, G., et Beurier, J. P. (2007), « Quelle gouvernance pour la biodiversité marine au-delà des zones de juridiction ? », *IDDRI, Publication*.

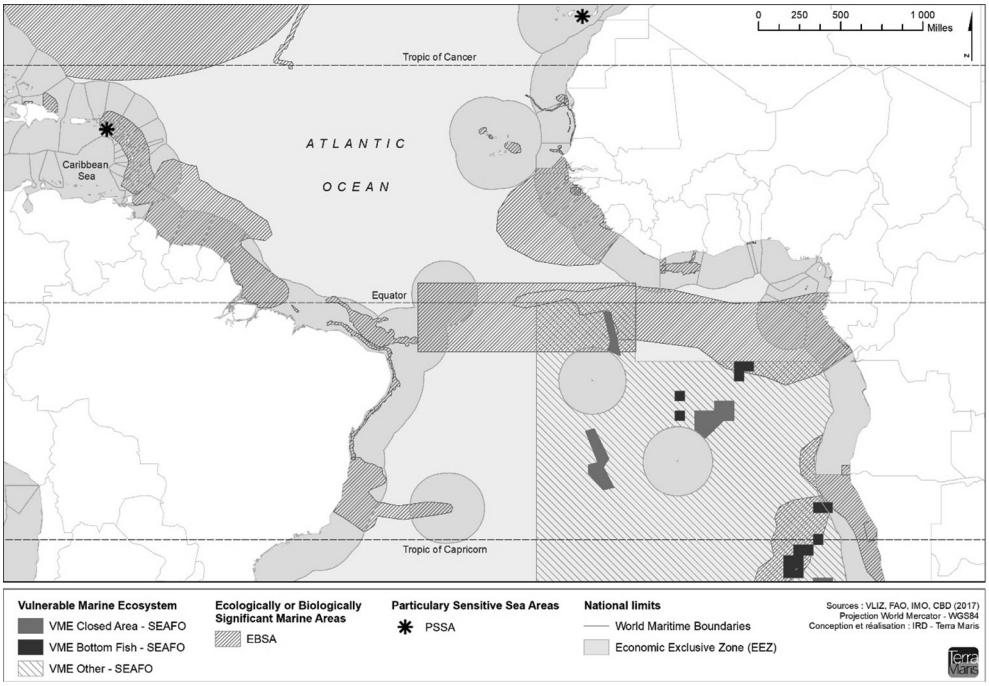
[55] Dezeraud, P. (2018), « La Convention de Montego Bay est-elle menacée ? », *Econostrum, www.econostrum.info,* 15 mai 2018.

Annexe 1 : Tableau des espaces marins vulnérables

Zone marine vulnérable	*Institution en charge*	*Date d'adoption*	*Force juridique*	*Critères d'identification*	*Domaine concerné*	*Objectifs*	*Organes responsables de la procédure d'identification*
EBSA[1]	Secrétariat exécutif de la CDB	2008	Non contraignant	Caractère unique ou rare, importance particulière pour le cycle biologique des espèces, les espèces ou habitats menacés ou en voie de disparition, la vulnérabilité, la productivité biologique, la diversité biologique et le caractère nature	Conservation de la nature	Identifier et cartographier les aires marines représentatives dans l'objectif futur de créer un grand réseau d'aire marine protégée	États ou organisation internationale compétente en accord avec la CNUDM
VME[2]	FAO	2009	Non contraignant	Caractère unique du lieu compte tenu de la rareté des espèces présentes, le rôle fonctionnel qu'ils jouent pour l'habitat, la fragilité de son cycle biologique ou trait de vie et la complexité de l'écosystème	Pêche profonde	Identifier et cartographier les zones marines pour lutter contre l'impact de de la pêche profonde	États, ORGP*, et autres organisations régionales compétentes
PSSA[3]	OMI	2005	Contraignant	Caractère unique ou rare, habitat essentiel, dépendance, représentativité, diversité, productivité, frayères ou aires de reproduction, caractère naturel, intégrité, fragilité, importance biogéographique, dépendance sociale ou économique, dépendance humaine, patrimoine culturel, recherche, base de référence pour le suivi des études et éducation	Transport maritime	Identifier et cartographier les zones marines particulières pour lutter contre les impacts d'activité de transport maritime	Comité d'experts de l'OMI pour la protection de l'environnement, États sous réserve de validation par l'OMI
CP-PMNC[4]	UNESCO	1972	Contraignant	Caractère unique ou rare, habitat essentiel, dépendance, représentativité, diversité, productivité, frayères ou aires de reproduction, caractère naturel, intégrité, fragilité, importance biogéographique, dépendance sociale ou économique, dépendance humaine, patrimoine culturel, recherche, base de référence pour le suivi des études et éducation	Patrimoine naturel et culturel	Identifier et cartographier les zones marines particulièrement représentatives en vue de mettre en place des mesures de protection	États, ONG, communauté scientifique

[1] Ecologically or Biologically Significant Areas (en français : zones marines d'importance écologique ou biologique).
[2] Vulnerable Marine Ecosystems (en français : écosystèmes marins vulnérables).
* Organisation régionale de pêche.
[3] Particularly Sensitive Sea Areas (en français : aire marine particulièrement sensible).
[4] Convention pour la protection du patrimoine mondial naturel et culturel.

Annexe 2 : Carte des espaces marins vulnérables en Atlantique tropical



CONSERVATION OF MARINE BIODIVERSITY

LA CONSERVATION DE LA BIODIVERSITÉ MARINE

CHAPTER 8

LA PRIVATISATION DES MERS ET DES OCÉANS : DU MYTHE À LA RÉALITÉ

Nathalie Ros

Professeur à l'Université de Tours (IRJI)
Vice-président et secrétaire général de l'Association Internationale du Droit de la Mer

***ABSTRACT** : Privatization is undoubtedly one of the oldest myths of the Law of the Sea, but its problematic appears completely revisited in the modern Law of the Sea where it corresponds to a new reality, at the crossroads between governance and privatization. Superseding the historical dialectic* Mare Liberum *versus* Mare Clausum*, it henceforth results in contemporary forms of private appropriation. It is primarily justified by an older but renewed myth,* privatization as a tool for fisheries management *(I), what presupposes both to privatize fisheries resources and maritime areas. But it also refers to a form of private environmental governance that is now at the heart of a new myth,* privatization as an instrument for the protection of biodiversity *(II), what leads not only to privatize areas under national jurisdiction and in the next future parts of the high seas, but also to entrust their management to environmental NGOs actually greatly dependent from industrial lobbies. The example of Seychelles is particularly emblematic because the transformation of the EEZ into a no-take marine protected area was initiated by NGOs in the framework of a debt swap, while the managing NGO authorizes, however, the exploitation of hydrocarbons and minerals. Avatar of the private governance that is a consequence and a product of the triumphant liberalism, the privatization of the oceans and seas is no more a myth but a reality. This legal evolution, however, is correlative to more global changes of the international system, and corresponds to a real shift in our society where politics appears to be more and more dependent on economy ; it is possibly too late to stop it, but if we are*

aware of what is going to happen maybe we could mitigate the effects to prevent the emergence of a less human world, at sea as well as ashore.

Keywords : *privatization ; seas ; oceans ; myth ; reality.*

RÉSUMÉ : *La privatisation est sans doute un des plus anciens mythes du droit de la mer, mais sa problématique apparaît totalement revisitée dans le droit de la mer moderne où elle incarne une réalité nouvelle, à la croisée des chemins entre gouvernance et privatisation. Supplantant la dialectique historique* Mare Liberum *contre* Mare Clausum*, elle correspond en effet désormais à des formes contemporaines d'appropriation privée. Elle apparaît en premier lieu justifiée par un mythe plus ancien quoique renouvelé, la* privatisation comme outil de gestion des pêches *(I), ce qui suppose tant la privatisation des ressources halieutiques que celle des espaces maritimes. Mais elle renvoie également à une forme de gouvernance environnementale privée qui s'incarne à présent dans un nouveau mythe, la* privatisation comme instrument de protection de la biodiversité *(II), ce qui conduit à privatiser des zones sous juridiction nationale, comme demain des espaces de haute mer, et à en confier la gestion à des ONG environnementales de fait intimement liées aux lobbys industriels. L'exemple des Seychelles est à cet égard particulièrement emblématique puisque les ONG ont racheté la dette en échange de la transformation de la ZEE en une aire marine protégée* no take *dans laquelle l'ONG gestionnaire autorise en revanche l'exploitation des hydrocarbures et des minéraux. Avatar de la gouvernance privée prônée par le libéralisme triomphant, la privatisation des mers et des océans cesse donc peu à peu d'être un mythe pour devenir une réalité. Cette évolution juridique est cependant le reflet d'une évolution globale de la société où le politique est chaque jour un peu plus inféodée à l'économie. Il est donc vraisemblablement trop tard pour enrayer ce mouvement, mais prendre conscience de ce qui est en train d'arriver permettra peut-être d'en atténuer* a minima *les effets pour prévenir l'avènement d'un monde moins humain, en mer comme sur terre.*

Mots-clés *: privatisation ; mers ; océans ; mythe ; réalité.*

La privatisation est sans doute un des plus anciens mythes du droit de la mer. Dès l'Antiquité, la dialectique entre liberté et appropriation apparaît au cœur du *corpus juris* que forme l'ensemble, à l'époque indistinct, de ce que l'on dénomme aujourd'hui droit maritime et droit de la mer ; l'approche publiciste et la dimension privatiste, pour ne pas dire privative, de l'appropriation ne sont alors d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre. Il faut ensuite attendre le Moyen Âge, pour que l'émergence des thalassocraties italiennes conduise à de nouvelles velléités monopolistiques, mais la découverte du Nouveau Monde et ses suites juridiques[1] allaient complètement changer la donne en conduisant à un véritable partage du monde, découvert et à découvrir, au bénéfice des deux royaumes ibériques, ce qui ne pouvait être possible que par une privatisation de l'ensemble des espaces maritimes à leur profit. Il ne faut en effet pas oublier que le *Mare Liberum* de Grotius

[1] A commencer par la Bulle *inter caetera* en 1493, et le Traité de Tordesillas adopté un an plus tard.

est une consultation juridique rédigée dans ce contexte, en 1605, mais publiée en 1609 pour s'opposer à la Proclamation aux termes de laquelle le Roi James Stuart entendait faire de la mer du Nord une mer anglaise, pour y asseoir les droits exclusifs des pêcheurs nationaux, et exclure les étrangers, en particulier les Néerlandais, de la pêche au hareng. *Mare Liberum* contre *Mare Clausum*, la Querelle des Livres opposant Grotius à Selden, qui publie son ouvrage en 1635, incarne la dialectique traditionnelle du droit de la mer entre tenants de la liberté des mers et partisans d'une appropriation publique des espaces maritimes.

Dans le droit de la mer classique, puis dans le nouveau droit de la mer, la dynamique de nationalisation ou de territorialisation remplace l'approche privative pour être dès lors appréhendée comme une affaire d'États, en termes d'appropriation publique et de développement spatial et fonctionnel des compétences de l'État riverain puis côtier sur la mer, voire au contraire selon une logique de non-appropriation, en haute mer comme *in fine* dans la Zone où le spectre d'une privatisation apparaît néanmoins une menace suffisamment réelle pour justifier une forme inversée d'appropriation publique, le patrimoine commun de l'humanité, associée à une gestion collective.

Trente-six ans plus tard, la problématique apparaît pourtant totalement renouvelée dans le droit de la mer moderne, lequel intègre les nouveaux défis et leurs enjeux ainsi que les développements de la gouvernance des mers et des océans[2]. Confronté à des tendances positives et négatives, ce droit en construction apparaît marquer une évolution, avec le danger inhérent de remettre en cause l'équilibre fragile auquel est parvenu la Troisième Conférence mais aussi de favoriser une dangereuse mutation systémique, d'un modèle d'organisation traditionnel fondé sur l'Etat à une approche résolument transnationale privilégiant les acteurs privés.

A la croisée des chemins entre gouvernance et privatisation[3], la gouvernance environnementale privée[4] est d'ores et déjà une réalité qui correspond à une tendance existant précisément aussi dans le droit de la mer moderne, où elle supplante la dialectique historique *Mare Liberum* contre *Mare Clausum*, liberté des mers contre nationalisme côtier. Elle s'incarne désormais dans un nouveau mythe, *la privatisation comme instrument de protection de la biodiversité* (2), mais elle est en premier lieu justifiée par un mythe plus ancien quoique renouvelé, *la privatisation comme outil de gestion des pêches* (1).

---

[2] Ros, N. (2017), « La gouvernance des mers et des océans, entre mythes et réalités juridiques », *JDI Clunet*, 3, 757-812 ; Sobrino Heredia, J. M. (dir.) (2014), *La contribution de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer à la bonne gouvernance des mers et des océans / La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos / The Contribution of the United Nations Convention on the Law of the Sea to Good Governance of the Oceans and Seas,* Cahiers de l'Association internationale du Droit de la Mer 2, Napoli Editoriale Scientifica ; en particulier Ros, N. (2014), « *Conclusions générales* », Vol. II, 867-894.

[3] Ros, N. (2019), « Modern Law of the Sea : From Governance to Privatization », *Waseda Bulletin of Comparative Law*, 37, 11-34.

[4] Falkner, R. (2003), « Private environmental governance and international relations : exploring the links », *Global environmental politics*, 3 (2), 72-87.

1. LA PRIVATISATION COMME OUTIL DE GESTION DES PÊCHES

La stratégie n'est pas nouvelle ; en 1609, la Proclamation du Roi d'Angleterre James I entendait déjà *privatiser l'accès aux espaces maritimes* (1.2) aux fins *de privatiser l'accès aux ressources halieutiques* (1.1).

1.1. Privatiser l'accès aux ressources halieutiques

Cette revendication historique n'apparaît à bien des égards pas si différente de celle qui a abouti à la consécration *des droits souverains de l'État côtier* (1.1.1), ouvrant ainsi à terme la voie *à la privatisation marchande des droits de pêche* (1.1.2).

1.1.1. Des droits souverains de l'État côtier

Cette dynamique contemporaine est emblématique du nouveau droit de la mer ; elle est *aux origines de la zone économique exclusive* (a) qui confère à l'État côtier *une juridiction exclusive en matière de conservation et de gestion* (b).

a) Aux origines de la zone économique exclusive

Développé à partir de la Proclamation Truman sur les pêcheries de 1945, ce mouvement d'appropriation nationale trouve son origine première dans les revendications initiées par les États sud-américains riverains du Pacifique[5] en 1947, puis en vertu de la célèbre Déclaration de Santiago en 1952. Ils proclamèrent ainsi leur souveraineté ou leurs droits souverains jusqu'à une distance de 200 milles marins, mais leur revendication se définissait en réalité en termes de souveraineté économique, conformément à la doctrine de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles[6]. La contribution des États latino-américains[7], résumée dans la Déclaration de Santo Domingo de 1972, reçut donc naturellement le soutien des États en voie de développement, en particulier par le biais du Comité consultatif juridique afro-asiatique, avec la Déclaration d'Addis Abeba en 1973, et de la proposition africaine finale relative à une zone économique exclusive[8]. Il est particulièrement intéressant de souligner que les États développés furent à l'origine extrêmement réticents et même fortement opposés à cette dynamique d'appropriation,

---

[5] Il s'agissait à l'origine d'une revendication du Chili, de l'Equateur et du Pérou ; LLANOS MANSILLA, H. (1983), « Los países del sistema del Pacifico Sur ante la Convención sobre derecho del mar », *Revista chilena de derecho*, 21-38.

[6] Résolution 1803 (XVII) Souveraineté permanente sur les ressources naturelles ; SCHRIJVER, N. (1997), *Sovereignty over natural resources : Balancing rights and duties*, Cambridge University Press, en particulier le Chapter 7 The Law of the Sea : Extension of Control over Marine Resources, 202-230.

[7] MAROTTA RANGEL, V. (1981), « O Novo Direito do Mar e a América Latina, V - O Alargamento da Jurisdição Horizontal do Estado Costeiro », *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*, 75-85.

[8] DEL VECCHIO, A. (1984), *Zona economica esclusiva e Stati costieri*, Roma Le Monnier - Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 61-113.

avant de réaliser qu'ils allaient en être les principaux bénéficiaires et de s'y rallier. La ZEE confère en effet à chaque État côtier *une juridiction exclusive en matière de conservation et de gestion*, et *mutatis mutandis* de véritables droits exclusifs sur les ressources halieutiques.

b) Une juridiction exclusive en matière de conservation et de gestion

En vertu de l'article 56 de la Convention de Montego Bay, l'État côtier n'a pas de droits souverains sur la zone elle-même, mais seulement pour ce qui est de la pêche « *des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques* » de la ZEE[9] (§ 1 al a). Il possède ainsi une véritable juridiction exclusive en termes de conservation (article 61) et d'exploitation (article 62) ; il détermine à la fois « *le volume admissible des captures* » (article 61 § 1) et « *sa capacité d'exploitation des ressources biologiques de la zone économique exclusive* », en donnant seulement à d'autres États un accès au surplus dans l'hypothèse où leur « *capacité d'exploitation est inférieure à l'ensemble du volume admissible des captures* » (article 62 § 2).

En d'autres termes, il peut *de facto* exclure les pêcheurs étrangers, dans la mesure où l'institution juridique de la ZEE permet l'appropriation nationale des ressources halieutiques, généralement via un système de licences et de permis ainsi que de quotas. Mais ce type de réglementation s'est avéré en pratique incapable d'empêcher la surexploitation, argument invoqué pour justifier un changement total d'approche allant jusqu'*à la privatisation marchande des droits de pêche*.

1.1.2. À la privatisation marchande des droits de pêche

Les appels en faveur d'une telle évolution, confinant à une forme de privatisation, se fondent sur une ligne argumentaire définie à partir *d'un présupposé théorique néolibéral* (a) et développée par référence *aux quotas individuels transférables* (b).

a) D'un présupposé théorique néolibéral

Il s'agit en fait d'un postulat d'ordre économique, généralement présenté et expliqué comme *The Tragedy of the Commons*, par référence au titre du célèbre article publié par Garett Hardin en 1968[10]. Il démontre que chaque pêcheur cherche à maximiser son gain, en tirant profit de la liberté des mers et en feignant de croire au mythe du caractère inépuisable des ressources halieutiques, et en conclut que la privatisation des biens communs est la seule alternative à la surexploitation.

---

[9] ORREGO VICUNA, F. (1986), « La zone économique exclusive : régime et nature juridique dans le droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 199, 9-170.

[10] HARDIN, G. (1968), « The Tragedy of the Commons », *Science*, Vol. 162, nº 3859, 1243-1248.

Confrontée au même dilemme, le Nobel d'économie, Elinor Ostrom propose pourtant une autre solution, en 1990, *Governing the Commons*[11] ; elle considère que la privatisation n'est pas la seule ni la meilleure option et se prononce en faveur de formes d'action collective impliquant des acteurs publics et des acteurs privés ce qui renvoie à la gouvernance par référence à laquelle le titre de son livre est généralement traduit en français.

Dans le domaine des pêches, la solution pourrait donc venir d'une co-gestion responsable entre l'État côtier et les pêcheurs nationaux via un système efficace de licences et de quotas. Mais partant de la constatation irréfutable que la surexploitation existe toujours, la rhétorique néolibérale considère que toute action publique est par principe inefficace et doit par conséquent être remplacée par l'initiative privée, et la logique économique qui la sous-tend, en d'autres termes la main invisible du marché, ouvrant ainsi la voie *aux quotas individuels transférables*[12].

b) Aux quotas individuels transférables

D'une certaine manière, les quotas peuvent être appréhendés comme une forme d'appropriation, mais il s'agit encore d'une appropriation publique, puisque l'État côtier fixe les quotas ensuite déclinés et partagés au moyen de l'attribution des licences et des permis de pêche ; le quota constitue un droit de pêche mais pas directement un droit de propriété sur le poisson[13]. Traditionnellement les quotas ne sont pas directement transférables ou s'ils le sont, ils ne peuvent être soumis à la loi du marché ; par exemple en France, les quotas demeurent non transférables au moins *de jure*, en ce sens qu'ils ne peuvent pas être vendus en tant que tels et ne font pas l'objet d'un marché[14].

Mais ce système existe naturellement ailleurs, comme aux États-Unis, et même en Europe[15]. Lors de la dernière réforme entreprise par l'Union européenne, il avait été proposé que les quotas individuels transférables deviennent le système officiel de gestion en vertu de la nouvelle politique commune de la pêche, et cette option avait reçu un soutien très fort de nombreuses ONG environnementales, en

---

[11] Ostrom, E. (1990), *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press.

[12] Blanchet, N. (2004), « Réflexions sur le mouvement de patrimonialisation des ressources halieutiques », *ADMO,* Tome XXII, 395-424.

[13] Proutière-Maulion, G. (2000), « L'évolution de la nature juridique du poisson de mer. Contribution à la notion juridique de bien », *Recueil Dalloz*, 647-652 ; Proutière-Maulion, G. (2003), « Essai sur la nature juridique du quota de pêche. Contribution à la notion juridique de bien », *ADMO*, Tome XXI, 307-323 ; Chaumette, P., et Proutière-Maulion, G. (2005), « Quota hopping et appropriation des ressources biologiques », *ADMO*, Tome XXIII, 309-318.

[14] Laulier, R. (2010), « Vers une appréciation différentiée de la patrimonialisation des droits d'accès aux ressources halieutiques », *ADMO*, Tome XXVIII, 291-318 ; Buisson, G., et Barnley, M. (2007), *Les quotas individuels de pêche transférables. Bilan et perspectives pour une exploitation durable des ressources*, Etudes et synthèses, Direction des études économiques et de l'évaluation environnementale, Ministère de l'Écologie, du développement et de l'aménagement durable.

[15] Par exemple, au Royaume-Uni, en Islande, aux Pays-Bas ou en Espagne.

particulier parmi celles qui sont financées par les *Charitable Trusts*[16]. Mais, face à l'opposition suscitée, les quotas individuels transférables n'ont pas été introduits dans la réforme sous une forme obligatoire et demeurent une option aux termes du Règlement de 2013 relatif à la PCP[17].

L'expérience montre cependant que, sans correctifs, le système des quotas individuels transférables conduit inévitablement à l'exclusion des petits pêcheurs artisanaux et à la concentration des droits de pêche entre les mains de la grande pêche industrielle.

Mais l'évolution en cours conduit en outre à *privatiser l'accès aux espaces maritimes*.

1.2. Privatiser l'accès aux espaces maritimes

A l'instar de ces espaces de réception, publics ou privés, que la pratique contemporaine permet de réserver le temps d'une soirée à l'usage d'un seul client, il s'agit ici de privatiser des espaces maritimes, généralement par *des appropriations de fait* (1.2.1) et notamment *via le recours aux AMP* (1.2.2).

1.2.1. Des appropriations de fait

Il s'agit d'un phénomène récent aboutissant à *des emprises exclusives sur l'espace maritime* (b) *conformément à la logique de la Croissance bleue* (a).

a) Conformément à la logique de la croissance bleue

Intimement liée à l'Économie bleue, initiée par Gunter Pauli en 2004[18], et développée dans le cadre de la politique maritime intégrée de l'Union européenne, la Croissance bleue est originairement une stratégie de l'UE lancée par la Commission en 2012[19]. Partant du constat que les mers et les océans sont des moteurs

---

[16] Sur ce point, *cf.* le rapport remarquablement bien documenté, Giron, Y., et Le Sann, A. (2012), « Blue Charity Business - la réforme des pêches européennes - premier panorama - 2000 à 2011 », *Pêche et développement* (*http://www.peche-dev.org/IMG/pdf/121107_blue_charity_ business_full_report_fr.pdf*).

[17] Règlement (UE) nº 1380/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 relatif à la politique commune de la pêche, modifiant les règlements (CE) n° 1954/2003 et (CE) n° 1224/2009 du Conseil et abrogeant les règlements (CE) n° 2371/2002 et (CE) n° 639/2004 du Conseil et la décision 2004/585/CE du Conseil, Journal officiel de l'Union européenne, 28.12.2013, L 354/22-61 ; article 21 *Établissement de systèmes de concessions de pêche transférables* : « *Les États membres peuvent mettre en place un système de concessions de pêche transférables. Les États membres disposant d'un tel système créent et tiennent à jour un registre de concessions de pêche transférables* ».

[18] Pauli, G. (2011), *L'Economie bleue : 10 ans, 100 innovations, 100 millions d'emplois*, Caillade Publishing ; et Pauli, G. (2017), *L'Economie bleue 3.0*, Les Nouvelles Editions Caillade.

[19] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, La croissance bleue : des possibilités de croissance durable dans les secteurs marin et maritime, Bruxelles, 13.9.2012, COM(2012) 494 final.

de l'économie européenne qui offrent un potentiel considérable en matière d'innovation et de croissance, l'objectif à long terme est de soutenir la croissance durable dans l'ensemble du secteur marin et maritime. Cette stratégie repose principalement sur cinq domaines d'activité : les énergies marines, l'aquaculture, le tourisme côtier et de croisière, les ressources minérales marines, et les biotechnologies marines [20]. Le concept développé par l'Union européenne a été largement décliné, non seulement en Europe, comme en France, mais aussi sur d'autres continents. Il fait également partie intégrante du système onusien, avec l'Initiative de Croissance bleue développée par la FAO dès 2013.

La philosophie inhérente à la Croissance bleue suppose évidemment que les acteurs publics et privés, les États côtiers et les industries de la mer, interagissent et collaborent. En tant que tel ce type d'approche [21] comporte un risque d'appropriation [22], en particulier *des emprises exclusives sur l'espace maritime*.

b) Des emprises exclusives sur l'espace maritime

En effet, le développement de l'Économie bleue génère inévitablement une concurrence en termes d'espaces maritimes, d'abord entre les activités fixes comme les plateformes *offshore*, les installations de production d'énergie renouvelable, l'aquaculture, puis entre ces activités et les usages traditionnels de la mer fondés sur la mobilité, c'est-à-dire la navigation, à l'instar de la pêche [23]. Cette réalité implique nécessairement une gestion des espaces maritimes qui permette de concilier les différentes activités ou au moins d'assurer leur développement efficient et durable. Dans cette perspective, la planification de l'espace maritime est présentée comme un moyen de réduire les conflits entre les secteurs et de créer des synergies entre les différentes activités, mais aussi d'encourager les investissements, en favorisant la prévisibilité, la transparence et des règles plus claires pour ce type d'activités [24].

La plupart des industries maritimes fixes —énergies marines renouvelables et *offshore*, mais aussi exploitation minière des fonds marins et même aquaculture— requièrent de vastes espaces libres de toutes autres activités, s'agissant en premier

---

[20] Ehlers, P. (2016), « Blue growth and ocean governance - how to balance the use and the protection of the seas », *WMU Journal of Maritime Affairs*, 187-203.

[21] Lelong, S., Du Castel V., et Giron, Y. (2016), « La croissance bleue. Puissances publiques versus puissances privées », *Diploweb.com La Revue géopolitique*, mardi 19 janvier 2016.

[22] Ros, N. (2018), « Estrategia Blue Growth y retos de privatización del mar », in Cabeza Pereiro, J., y Fernández Docampo, B. (coords.) (2018), *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, Albacete, Editorial Bomarzo, 227-250.

[23] Sobrino Heredia, J. M. (2018), « La difícil coexistencia entre las actividades pesqueras y la industria minera y petrolera », in Cabeza Pereiro, J., y Fernández Docampo, B. (coords.) (2018), *Estrategia* Blue Growth *y Derecho del Mar*, Albacete, Editorial Bomarzo, 201-226.

[24] Douvere, F., and Ehler, Ch. N. (2009), « New perspectives on sea use management : Initial findings from European experience with marine spatial planning », *Journal of Environmental Management*, 77-88 ; Juda, L. (2010), « The European Union and the Marine Strategy Framework Directive : Continuing the Development of European Ocean Use Management », *Ocean Development & International Law*, 34-54 ; Maes, F. (2008), « The international legal framework for marine spatial planning », *Marine Policy*, 797-810.

lieu de la pêche ; ces industries de la Croissance bleue revendiquent un usage exclusif de l'espace maritime. Bien que l'Économie bleue postule théoriquement un usage multiple de la mer, les activités fixes supposent en pratique que l'État côtier accorde à des personnes privées des concessions sur le domaine public, non plus de façon limitée et sur le littoral, mais sur de vastes espaces situés parfois très au large des côtes. Ce système conduit des acteurs privés, souvent étrangers, à bénéficier de droits exclusifs sur une partie de l'espace maritime national ; cette exclusivité de droits signifie en pratique l'exclusion de tous autres usages et usagers, donc *de facto* l'appropriation privée d'un espace public. Mais la privatisation se développe aussi parfois sur un mode plus implicite, justifiée par les impératifs de protection de l'environnement *via le recours aux AMP*.

1.2.2. Via le recours aux AMP

Les aires marines protégées sont en l'occurrence naturellement utilisées *comme instruments de gestion spatiale des activités* (a), mais aussi le cas échéant *selon une logique de financiarisation des services écosystémiques* (b).

a) Comme instruments de gestion spatiale des activités

En matière d'AMP, l'engagement des acteurs publics, en l'occurrence les États, est soutenu, encouragé et en réalité souvent même initié par des acteurs privés, et en premier lieu par les ONG environnementales. Naturellement, les AMP sont un outil de gestion par zone bien connu, en particulier pour la protection de la biodiversité, mais il n'en demeure pas moins essentiel d'être conscient des collusions existant entre certaines des plus puissantes de ces organisations, se présentant elles-mêmes comme représentatives de la société civile, et les lobbys industriels via les *Charitable Trusts* et les fondations qui les financent. Cette relation est foncièrement ambiguë, parce que leur dépendance financière croissante, associée à la composition de leurs conseils d'administration, ainsi que de ceux des *Trusts* et des fondations, conduit certaines ONG environnementales à être effectivement grandement tributaires du secteur pétrolier et gazier, ainsi que des industries de la haute technologie reposant sur les terres rares[25] ; certaines apparaissent même véritablement le bras armé du *Charitable Trust* auquel elles sont liées (*Pew*[26]).

[25] Sur les ambiguïtés inhérentes à ce type de relations dans le domaine de la mer, *cf.* GIRON, Y., et LE SANN, A. (2012), « Blue Charity Business - la réforme des pêches européennes - premier panorama - 2000 à 2011 », *Pêche et développement* (*op. cit.*), ainsi que les documents présentés lors de la conférence de YAN GIRON, « Vers une privatisation des océans ? », *Lorient Maison de la mer,* 8 décembre 2014 (*https://www.youtube.com/watch?v=MoxzcNyvSQk)*. Pour une analyse plus globale des collusions entre ONG environnementales et financements privés, FALKNER R. (2003), « Private environmental governance and international relations : exploring the links », *Global environmental politics*, 3 (2), 72-87.

[26] Le cas de *Pew* est emblématique quant aux liens, financiers et humains, entre *The Pew Charitable Trusts*, et sa composante environnementale *Pew Environment Group*, acteur majeur de la promotion des grandes AMP ; pour mémoire, la famille *Pew*, particulièrement influente aux États-Unis et dans la vie politique américaine, a fait fortune dans l'exploitation pétrolière (*Sun Oil Company* - SUNOCO).

Dans ce contexte, il n'est pas neutre que la plupart de ces ONG environnementales plaident quasi exclusivement en faveur d'AMP interdisant toutes activités de pêche, les AMP *no take*, quand les autres usages de la mer ne sont pas toujours, et même généralement pas, visés par les interdictions et sont même parfois explicitement permis, à l'instar de l'exploitation pétrolière et minière, autorisée par *The Nature Conservancy*, l'ONG gestionnaire des AMP *no take* des Seychelles [27], bien connue pour ses liens avec l'industrie et la finance !

Mais la dynamique de privatisation peut précisément aller encore plus loin, et se développer *selon une logique de financiarisation des services écosystémiques*.

b) Selon une logique de financiarisation des services écosystémiques

Certaines AMP sont en effet d'ores et déjà directement gérées par des acteurs privés ; cette option suppose la création de *Trust Funds*, des fonds fiduciaires, pour faire face aux obligations financières relatives à cette gestion, mais parfois aussi pour compenser l'interdiction de la pêche, par exemple pour aider les anciens pêcheurs à développer de nouvelles activités. Bien qu'ils soient gérés par des acteurs privés, la plupart du temps des ONG, ces *Trust Funds* peuvent recevoir de l'argent public, mais ils sont naturellement aussi directement abondés par des financements privés via les *Charitable Trusts* ou les fondations [28]. Le capital dont ils disposent peut alors être investi sur les marchés financiers, en particulier s'agissant des services écosystémiques associés aux AMP. Dans le même esprit, certains financements peuvent représenter un *debt swap*, un échange de dettes, en contrepartie des bénéfices générés par les services écosystémiques liés à la proclamation et à la mise en œuvre déléguée de l'AMP, comme cela est le cas aux Seychelles [29].

Dans ces nouvelles hypothèses, il n'y a pas seulement une appropriation privée d'une partie du domaine public, mais aussi une capitalisation et une financiarisation directement fondées sur celle-ci. Comme dans le cas des quotas individuels transférables, cette forme de gouvernance environnementale privée conforte la prédominance du modèle néolibéral ; il ne s'agit en effet pas seulement d'une approche fondée sur le marché mais surtout d'un modèle économique essentiellement favorable aux grandes entreprises multinationales et aux intérêts capitalistiques [30].

---

[27] Storme, K., « Seychelles : l'ONG The nature conservancy apporte l'or noir au pays de l'or bleu », *Le Marin*, Jeudi 1er mars 2018, 4.

[28] A l'instar du *PIPA Trust*, le *Phoenix Islands Protected Area Conservation Trust*, et du *PIPA Trust's Endowment Fund* (PTEF), en République de Kiribati.

[29] L'exemple le plus connu est en effet celui, précité, des Seychelles, et du *Seychelles' Conservation & Climate Adaptation Trust* (SeyCCAT) négocié par *The Nature Conservancy* en contrepartie de l'engagement du Gouvernement des Seychelles à créer 400000 km^2 d'AMP d'ici 2021 ; *cf.* Seychelles Swapping Debt to Save Oceans, *https://www.nature.org/ourinitiatives/regions/africa/wherewework/seychelles.xml*.

[30] Falkner, R. (2003), « Private environmental governance and international relations : exploring the links », *Global environmental politics*, 3 (2), 83-84.

Cette privatisation du domaine public constitue une des principales évolutions actuelles de la gouvernance des mers et des océans, mais elle est réalisée dans la plus grande discrétion et avance masquée par son opportune légitimation, *la privatisation comme instrument de protection de la biodiversité*.

2. LA PRIVATISATION COMME INSTRUMENT DE PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

La revendication d'une meilleure préservation de la biodiversité marine est pleinement justifiée[31], mais force est de constater aussi que certaines initiatives conduisent d'ores et déjà à *privatiser des zones sous juridiction nationale* (2.1) et demain à *privatiser des espaces de haute mer* (2.2).

2.1. Privatiser des zones sous juridiction nationale

Le développement des grandes AMP (2.1.2) apparaît en définitive motivé par d'autres préoccupations que celles de la seule préservation environnementale, *le cas emblématique des Chagos* (2.1.1) en témoigne.

2.1.1. Le cas emblématique des Chagos

Cet exemple fait figure de cas d'école, aux fins de comprendre comment et pourquoi la gouvernance environnementale peut être instrumentalisée, de même que la société civile, pour servir de prétexte, *entre mythe conservationniste* (a) et *réalité géopolitique* (b).

a) Entre mythe conservationniste

Les faits sont relativement bien connus[32] ; le 1er avril 2010, le Royaume-Uni a rendu publique la décision par laquelle il établissait une grande aire marine protégée *no take* autour de l'archipel des Chagos, en fait sur toute l'étendue de la ZEE correspondante. Ces îles sont situées dans le nord de l'océan Indien ; en 1965, elles furent détachées de Maurice, avant son indépendance, par le Royaume-Uni qui les administra dès lors au titre du *British Indian Ocean Territory* (BIOT), le Territoire britannique de l'océan Indien, ce qui était la condition pour que l'un des atolls, Diego Garcia, puisse devenir une base militaire américaine.

---

[31] Beurier, J.-P. (2007), « La protection juridique de la biodiversité marine », in *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 803-815 ; Ribeiro, M. C. (2012), « A protecção da biodiversidade marinha : importancia do poder do Estado na prossecução deste " interesse geral " », in Jorge Urbina, J., y Ponte Iglesias, M. T. (coord.) (2012), *Protección de intereses colectivos en el Derecho del Mar y cooperación internacional*, Madrid, Iustel, 25-62.

[32] Ils ont donné lieu à une sentence arbitrale rendue par la Cour permanente d'Arbitrage ; Permanent Court of Arbitration, Award, 18 March 2015, *Chagos Marine Protected Area Arbitration* (Mauritius v. United Kingdom).

Il est aussi bien connu que le projet d'AMP a en fait été initié en 2009 par le *Chagos Environment Network* (CEN), rassemblant neuf organisations dédiées à la conservation ou à la science à l'initiative et sous le leadership du *Pew Environment Group*, le bras armé de la *Pew Foundation*, un des plus puissants *Charitable Trusts*, et acteur majeur de la gouvernance privée des mers et des océans[33]. Ce cas révèle une véritable coalition d'intérêts et une forme tout à fait spécifique de partenariat public-privé. Suite à la consultation populaire menée par le CEN, via les nouveaux moyens de communication et autres réseaux sociaux, l'intégralité de la superficie de la zone économique exclusive a été transformée en aire marine protégée *no take*, une réserve totale, à l'exception de la zone des 3 milles autour de l'île de Diego Garcia. Bien que la proclamation officielle évoque l'implication de cette décision « *for fishing and other activities* », pour la pêche et les autres activités, la qualification d'AMP *no take* renvoie en pratique exclusivement à la pêche.

Entre protection environnementale *et réalité géopolitique*, les vraies motivations sous-jacentes à la création de cette AMP, à l'époque la plus vaste du monde, sont véritablement éclairantes quant à l'objectif effectivement poursuivi par le Royaume-Uni.

b) Et réalité géopolitique

En effet, la proclamation de l'AMP des Chagos ne peut pas seulement être vue, en termes de superficie, comme une importante contribution du Royaume-Uni à ses engagements internationaux de conservation de la biodiversité marine, car elle doit avant tout être appréhendée pour ce qu'elle est, un instrument juridique visant à paralyser et même à annihiler le droit des populations natives déportées dans les années 70, ainsi que celui de leurs descendants, de revenir vivre sur leurs îles, en privant les Chagossiens de tout moyen économique de subsistance[34], comme cela a été révélé par un câble *WikiLeaks*[35]. D'une manière plus générale, il s'agissait aussi pour le Royaume-Uni de neutraliser les effets de son engagement à rendre les îles à Maurice dès lors que les objectifs de défense cesseraient d'être d'actualité, afin de conforter sa juridiction territoriale sur le BIOT dans la perspective du

[33] Le CEN a été constitué dans le cadre du *Global Ocean Legacy Project* de *Pew*, aujourd'hui remplacé par le *Pew Bertarelli Ocean Legacy*.

[34] De Santos, E. M., Jones, P. J. S., and Miller, A. M. M. (2011), « Fortress conservation at sea : a commentary on the Chagos MPA », *Marine Policy,* 258-260 ; Monebhurrun, N. (2014), « Creating Marine Protected Areas to assert territorial jurisdiction against the Right of Abode of Native Populations : The Case of the Chagos Archipelago », in Cinelli, C., and Vasquez Gomez, E. M. (ed.) (2014), *Regional Strategies to Maritime Security : a Comparative Perspective* ; Marsafenet, Valencia, Tirant lo Blanch, 79-99 ; Sand, P. (2010), « The Chagos Archipelago - Footprint of Empire, or World Heritage ? », *Environmental Policy and Law*, 232-242 ; Sand, P. (2013), « The Chagos Archipelago Cases : Nature Conservation Between Human Rights and Power Politics », *The Global Community Yearbook of International Law & Jurisprudence*, 125-150.

[35] HMG FLOATS PROPOSAL FOR MARINE RESERVE COVERING THE CHAGOS ARCHIPELAGO (BRITISH INDIAN OCEAN TERRITORY), Date : 2009 May 15, 07:00 (Friday), Canonical ID : 09LONDON1156_a ; *https://wikileaks.org/plusd/cables/09LONDON1156_a.html*.

renouvellement de la concession américaine sur Diego Garcia[36]. Dans ce contexte, le partenariat entre le gouvernement britannique et les organisations environnementales privées financées par les *Charitable Trusts* américains, et en premier lieu par *Pew*[37], connu pour être un lobby proche de tous les gouvernements américains, ne peut pas être considéré comme une pure coïncidence...

Le développement des grandes AMP peut alors clairement faire figure de prétexte. Mais si la protection de la biodiversité est naturellement une cause légitime, cela ne saurait être le cas au détriment des êtres humains, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de populations locales aspirant précisément à vivre en symbiose avec la nature.

2.1.2. Le développement des grandes AMP

La proclamation des grandes AMP (a) peut en effet se comprendre parce qu'elles sont avant tout pour les États un moyen facile de respecter leurs engagements politiques, bien souvent sans que *la mise en œuvre des grandes AMP* (b) n'apparaisse réellement être une de leurs priorités[38].

a) La proclamation des grandes AMP

Depuis 2004, année de lancement à l'ONU du processus BBNJ[39], la négociation sur la biodiversité de la haute mer, il y a eu multiplication mais aussi extension des superficies des AMP, en particulier des AMP *no take*, dans le Pacifique et l'océan Indien[40].

Dans tous les cas, l'initiative est venue de ou a été soutenue par des acteurs privés, en premier lieu des ONG, et la création de ces grandes AMP peut donc être considérée comme une sorte de partenariat public-privé. Sans entrer dans les détails, il est en fait possible de distinguer différentes hypothèses : certaines de ces AMP sont en effet créées dans la ZEE d'États côtiers développés qui sont aussi des puissances maritimes, tels que les États-Unis, le Royaume-Uni ou la France, alors que dans d'autres cas, elles sont proclamées dans la ZEE de petits

---

[36] La base militaire de Diego Garcia avait été concédée aux États-Unis en 1966 pour une durée de 50 ans, susceptible d'une prolongation de 20 ans, et le territoire aurait donc pu être restitué en 2016 ; le 16 novembre 2016, la concession a finalement été reconduite et devrait donc durer jusqu'au 30 décembre 2036.

[37] Si le rôle joué par *The Pew Charitable Trusts* dans l'affaire des Chagos est de notoriété publique, il a en outre été explicité dans le document *WikiLeaks* susmentionné.

[38] Féral, F., et Salvat, B. (dir.) (2014), *Gouvernance, enjeux et mondialisation des grandes aires marines protégées*, Paris, L'Harmattan ; Féral, F. (2011), « L'extension récente de la taille des aires marines protégées : une progression des surfaces inversement proportionnelle à leur normativité », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 9, juillet 2011, *https://vertigo.revues.org/10998* ; Leenhardt, P.; Cazalet, B., Salvat, B., Claudet J., et Féral, F. (2013), « The rise of large-scale marine protected areas : Conservation or geopolitics ? », *Ocean & Coastal Management*, 112-118.

[39] En anglais, *Biodiversity Beyond National Jurisdiction*.

[40] Cazalet, B., et Leenhart, P. (2014), « Le phénomène mondial de multiplication et d'extension des surfaces des grandes aires protégées », in Féral, F.. et Salvat, B. (dir.) (2014), *Gouvernance, enjeux et mondialisation des grandes aires marines protégées*, Paris, L'Harmattan, 25-52.

États insulaires en développement (les Îles Cook, Kiribati, Palau), avec bien sûr des situations intermédiaires (Australie, Nouvelle-Zélande, Afrique du Sud, Chili ou Équateur).

Dans la première hypothèse, la création de l'AMP apparaît pouvoir résulter d'une coalition d'intérêts, en ce sens que le *lobbying* environnemental converge avec les impératifs géopolitiques de l'État côtier, comme en témoigne l'affaire des Chagos ; d'une manière générale, ces proclamations sont par exemple un bon moyen pour les États-Unis d'affirmer leur présence et le contrôle de régions stratégiques, comme cela est aussi le cas pour la France dans ses territoires du Pacifique. Dans le cas des petits États insulaires, l'équilibre ou plus exactement le rapport de forces entre acteurs publics et acteurs privés est naturellement totalement différent, et la création des AMP sert d'autres types d'intérêts, dont certains sont d'ordre environnemental, mais d'autres de nature économique —par référence aux activités de pêche, spécialement la pêche aux thonidés, mais aussi à l'exploitation minière des fonds marins ou aux opérations *offshore*— et géopolitique, toutes ces AMP étant situées dans des régions et des zones stratégiques[41].

Cette analyse au second degré est confirmée par les modalités de *la mise en œuvre des grandes AMP*, en particulier dans la ZEE des petits États insulaires.

b) La mise en œuvre des grandes AMP

En effet, compte tenu des nécessités liées à la gestion des AMP mais aussi pour compenser la perte des revenus de la pêche, la solution la plus fréquente est la création d'un *Trust Fund*, à l'instar du *Chagos Conservation Trust*, abondé financièrement par les *Charitable Trusts*, ce qui constitue un exemple manifeste de gouvernance privée confinant à une forme de privatisation, *a fortiori* dans l'hypothèse d'une financiarisation des services écosystémiques fournis par l'aire marine protégée. Mais les options de gestion peuvent aussi prendre la forme d'un partenariat public, comme dans le cas du *Micronesia Challenge*, le Défi de la Micronésie[42], et des *Compacts of Free Association*, série de traités formant accord de libre association, entre les États-Unis et Palau, les États fédérés de Micronésie et les Îles Marshall[43] ; d'un côté, un *Trust Fund* pour compenser la perte de revenus provenant des permis de pêche, et de l'autre, une délégation de pouvoirs donnée aux États-Unis pour la défense et la surveillance des espaces maritimes correspondant aux ZEE de ces trois États du Pacifique...

---

[41] Giron, Y. (2016), « The other side of large-scale, no-take, marine protected areas in the Pacific Ocean », in Fache, E., and Pauwels, S. (eds.) (2016), *Fisheries in the Pacific The Challenges of Governance and Sustainability*, Pacific-Credo Publications, 77-117.

[42] Lancé en 2006, le Défi de la Micronésie est un engagement des États fédérés de Micronésie, de la République des Îles Marshall, de la République des Palaos, de Guam et du Commonwealth des Îles Mariannes du Nord, dont l'objectif principal est de conserver efficacement au moins 30 % des ressources marines côtières (et 20 % des ressources terrestres) d'ici 2020.

[43] La première génération desdits accords date de 1986, mais de nouveaux accords ont été conclus en 2003 avec les États fédérés de Micronésie et la République des Îles Marshall, et en 2010 avec Palau.

La surveillance est bien évidemment une question clef, parce que des AMP aussi vastes sont très difficiles et presque impossibles à surveiller et à contrôler effectivement, en particulier en utilisant des moyens traditionnels, comme ceux de la marine[44]. Cet état de fait pose ainsi la question de la surveillance par satellite, mais elle soulève aussi le débat relatif aux possibles abus et autres détournements à des fins d'espionnage... La dimension géopolitique de ces activités est évidente lorsqu'elles impliquent des grandes puissances, comme cela est en particulier le cas dans le Pacifique, mais des acteurs privés peuvent également être investis de missions de surveillance satellitaire, comme le montre le projet *Eyes on the Seas* de *Pew*, ce qui soulève des problèmes différents mais tout aussi réels et non moins dangereux.

Tous ces enjeux s'avèrent peut-être encore plus importants lorsqu'il s'agit de *privatiser des espaces de haute mer*.

2.2. Privatiser des espaces de haute mer

Ce type d'appropriation pourrait devenir réalité avec *les AMP de haute mer* (2.2.1) qui constituent un des objectifs principaux *dans le cadre de la négociation actuelle* (2.2.2).

2.2.1. Les AMP de haute mer

Dans les forums internationaux (b), les aires marines protégées de haute mer sont, depuis deux décennies, présentées comme la solution aux problèmes actuels et à venir, mais *au regard du droit positif* (a) elles demeurent exceptionnelles.

a) Au regard du droit positif

Actuellement, seuls deux systèmes régionaux prévoient expressément un fondement juridique à la proclamation d'AMP s'étendant totalement ou partiellement sur des espaces de haute mer. Le premier est le système de mer régionale existant en mer Méditerranée, aux termes du Protocole de 1995 relatif aux aires spécialement protégées et à la diversité biologique en Méditerranée, s'agissant des aires spécialement protégées d'importance méditerranéenne (ASPIM)[45] ; mais au jour

[44] Delfour-Samama, O., and Leboeuf, C. (2014), « Review of Potential Legal Frameworks for Effective Implementation and Enforcement of Marine Protection Areas in the High Seas », *ICES Journal of Marine Science*, 1031-1039.

[45] L'article 9 dudit Protocole permet expressément la création d'ASPIM dans « *des zones situées en tout ou en partie en haute mer* » (alinéa b). *Cf.* Ros, N. (2011), « La mer Méditerranée : cas particulier et modèle avancé de gestion de la haute mer », *ADMer*, Tome XVI, 33-62, spécialement 50 à 54 ; Scovazzi, T. (2003), « Le protocole méditerranée sur les aires spécialement protégées », *ADMO*, Tome XXI, 347-354, notamment 350-354 ; Slim, H. (2003), « Les aires spécialement protégées en Méditerranée », *Revue de l'INDEMER*, n° 6, *Les zones maritimes en Méditerranée*, 121-139, en particulier 129 à 133 et 137 à 139.

d'aujourd'hui, une seule ASPIM de haute mer existe, le Sanctuaire Pelagos institué en 1999[46]. Le second système régional est le régime Antarctique tel qu'il résulte de la Convention sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique de 1980[47], avec l'AMP des îles Orcades du Sud créée en 2009[48] et celle de la mer de Ross, la plus grande du monde lors de sa proclamation en 2016[49].

Force est de constater que le succès remporté par les AMP de haute mer est donc extrêmement limité, ce qui reflète parfaitement le manque de volonté politique des États dès lors qu'il s'agit de dépasser les effets de communication comme cela est actuellement le cas *dans les forums internationaux*.

b) Dans les forums internationaux

Les campagnes menées en faveur des AMP, et du développement de réseaux d'AMP en haute mer, ont gagné en influence à l'initiative et avec le soutien, idéologique, notamment via une démarche de *science-based lobbying*, mais aussi logistique, de par les moyens qui sont les leurs, des acteurs privés impliqués dans la gouvernance environnementale, tels que les ONG, les *Charitable Trusts*, les fondations et autres alliances, à l'instar de la *High Seas Alliance*.

La revendication politique actuelle apparaît donc clairement être le résultat d'un partenariat public-privé, et c'est ainsi qu'elle a pu en réalité progressivement s'imposer dans les forums intergouvernementaux, au niveau régional, par exemple dans le cadre de la Convention OSPAR, où il n'existe pas en tant que telle de réelle base juridique mais une volonté politique manifeste, concrétisée par la proclamation déclaratoire d'un réseau d'AMP de haute mer[50], et au niveau international, en particulier aux Nations Unies et en premier lieu *dans le cadre de la négociation actuelle*.

---

[46] Le Sanctuaire est dédié à la protection des mammifères marins ; il a été instauré par un accord tripartite entre la France, l'Italie et Monaco, mais sa mise en œuvre s'est toujours avérée complexe. Le Hardy, M. (2002), « La protection des mammifères marins en Méditerranée. L'Accord créant le sanctuaire corso-liguro-provencal », in Cataldi, G. (dir.) (2002), *La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21e siècle / The Mediterranean and the Law of the Sea at the Dawn of the 21st Century*, Bruxelles Bruylant, 241-268 ; Cinelli, C. (2014), « Jurisdiction and Control of the Tyrrhenian Waters on the Pelagos Sanctuary », in Andreone, G. (ed.) (2014), *Jurisdiction and control at sea. Some environmental and security issues*, Marsafenet, Giannini Editore, 91-112.

[47] Cette possibilité existe en vertu de la Convention et plus précisément de la mesure de conservation 91-04 (MC 91-04) Cadre général de l'établissement des aires marines protégées de la CCAMLR, adoptée en 2011 conformément à l'article IX de la Convention.

[48] Les discussions ont duré presque une décennie avant que cette AMP, la première créée en haute mer dans le cadre de la CCAMLR, puisse être effectivement adoptée, en 2009.

[49] Il a fallu attendre le 28 octobre 2016 pour que puisse enfin être créée une AMP en mer de Ross, là où les précédentes tentatives avaient depuis cinq ans fait l'objet d'un veto de la Chine puis de la Russie. Scott, K. N. (2014), « Protecting the Last Ocean : the Proposed Ross Sea MPA. Prospects and Progress », in Andreone, G. (ed.) (2014), *Jurisdiction and Control at Sea. Some environmental and security issues*, Marsafenet, Giannini Editore, 79-90.

[50] Molenaar, E. J., and Oude Elferink, A. G. (2009), « Marine protected areas in areas beyond national jurisdiction The pioneering efforts under the OSPAR Convention », *Utrecht Law Review*, Volume 5, Issue 1 (June), 5-20.

2.2.2. Dans le cadre de la négociation actuelle

En effet, les AMP sont au cœur des questions en débat, depuis le début des discussions au sein du Groupe de travail *ad hoc* sur la biodiversité marine au-delà des zones de juridiction nationale, la BBNJ, puis du Comité préparatoire, le *Prep Com*, jusqu'à la résolution du 24 décembre 2017 qui a finalement décidé de convoquer une conférence intergouvernementale[51]...

Dans le cadre de cette négociation[52], fondée sur un *package* incluant les ressources génétiques marines (RGM), les outils de gestion par zone (OGZ), les évaluations d'impact environnemental (EIE), et le renforcement des capacités et les transferts de technologie (RC&TT), les AMP sont présentées comme une revendication forte et apparaissent d'un intérêt crucial pour la plupart des États développés, mais surtout pour les acteurs privés qui ont fait un intense *lobbying* en faveur de cette négociation, de façon à obtenir la révision du régime juridique de la haute mer, présentée de façon volontairement erronée comme une zone de non-droit, et citée comme un nouvel exemple de *Tragedy of the Commons*.

C'est dans ce contexte que les AMP sont opportunément présentées comme le plus efficient *des outils de gestion par zone*.

a) Des outils de gestion par zone

Bien que la formule inclue d'autres instruments tels que la planification de l'espace marin, l'expression officielle est « outils de gestion par zone, y compris les aires marines protégées », et les AMP représentent un enjeu essentiel pour le futur instrument juridiquement contraignant. En sus des problèmes qui restent en suspens et seront à résoudre par la conférence internationale, la question des AMP de haute mer peut en effet constituer un obstacle important pour certains États, particulièrement attachés à la liberté de la haute mer.

Compte tenu de la très forte implication des acteurs privés et du peu d'engouement qu'elles suscitent de la part des États là où elles sont d'ores et déjà possibles, les AMP de haute mer s'avèrent en outre être par certains aspects moins privilégiées comme outil de gouvernance environnementale que parce qu'elles apparaissent une solution potentiellement satisfaisante au regard *des enjeux géopolitiques et économiques*.

---

[51] A/RES/72/249, Instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale (la résolution a été adoptée sans vote).

[52] *Cf.* Pancracio, J.-P. (2016), « La protection de la biodiversité au-delà des zones sous juridiction nationale », *AFDI*, 541-563 ; Tladi, D. (2015), « The Common Heritage of Mankind and the Proposed Treaty on Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction : The Choice between Pragmatism and Sustainability », *Yearbook of international Environmental Law*, 113-132.

b) Des enjeux géopolitiques et économiques

Les enjeux actuels en lien avec les AMP ne peuvent en effet se comprendre sans référence au débat global, en particulier la question des ressources génétiques marines, parce que des intérêts économiques très forts sont en jeu[53]. Mais un autre point important est celui de la définition et des objectifs des aires marines protégées ; le lien avec la pêche est une fois de plus au cœur du débat[54], parce que les AMP *no take* sont généralement focalisées sur l'interdiction de toutes activités halieutiques alors que le silence prévaut souvent opportunément quant aux autres usages de la mer. Une AMP *no take* peut ainsi permettre les activités *offshore* et l'exploitation minière des fonds marins, d'une manière particulièrement sécurisée pour l'opérateur, et cela tant dans la Zone que sur le plateau continental élargi d'un État côtier[55]...

Il est plus qu'évident que certaines des futures AMP de haute mer seront gérées selon le modèle de la gouvernance environnementale privée, et ce bien que la haute mer demeure juridiquement un espace public, insusceptible d'appropriation étatique. Certes, mais est-ce réellement une meilleure solution que de permettre son appropriation privée ?

Si la gouvernance privée est supposée être plus efficace parce qu'elle repose sur la loi du marché, la gouvernance publique fondée sur le rôle central de l'État offre pour sa part des garanties qui sont inhérentes à tout système de type démocratique ; en effet, le système interétatique du droit international repose sur l'égalité souveraine et implique des gouvernements élus et politiquement responsables, alors que les ONG s'autoproclament représentatives de la société civile, quand les membres de leur conseil d'administration, à l'instar de ceux des *Trusts*, fondations et autres entreprises multinationales, sont désignés et représentent les acteurs du secteur privé, les mêmes siégeant d'ailleurs souvent dans les uns et dans les autres...

* * *

[53] Scovazzi, T. (2007), « The Concept of Common Heritage of Mankind and the Genetic Resources of the Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction », *Agenda Internacional,* Año XIV, nº 25, 11-24 ; Scovazzi, T. (2014/2016), « The Exploitation of Marine Genetic Resources in Areas Beyond National Jurisdiction », in Andreone, G. (ed.) (2014), *Jurisdiction and Control at Sea. Some environmental and security issues,* Marsafenet, Giannini Editore, 37-54, ou Doumbé-Billé, S., et Thouvenin, J.-M. (dir.) (2016), *Mélanges en l'honneur du Professeur Habib SLIM, Ombres et lumières du droit international*, Paris, Pédone, 175-190 ; Tanaka, Y. (2008), « Reflections on the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources in the Deep Seabed Beyond the Limits of National Jurisdiction », *Ocean Development and International Law,* 129-149.

[54] Giron, Y. (2016), « The other side of large-scale, no-take, marine protected areas in the Pacific Ocean », in Fache, E., and Pauwels, S. (eds.), *Fisheries in the Pacific The Challenges of Governance and Sustainability*, Pacific-Credo Publications, 77-117.

[55] Si l'exploitation des ressources minérales des grands fonds marins de la Zone n'a pas encore commencé, c'est sur le plateau continental des États que la course stratégique aux terres rares a déjà débuté, dans le Pacifique, et notamment sur le plateau continental de la Papouasie Nouvelle-Guinée où le groupe canadien *Nautilus Minerals* possède un permis de 20 ans dans le cadre du projet *Solwara 1*, et demain sur le plateau continental des îles Fidji, des Tonga, des Îles Salomon, du Vanuatu et de la Nouvelle-Zélande, où la même société canadienne est en passe de s'implanter.

Avatar de la gouvernance privée prônée par le libéralisme triomphant, la privatisation des mers et des océans cesse peu à peu d'être un mythe pour devenir une réalité. Il ne s'agit plus d'opposer l'internationalisme maritime des puissances navales à la territorialisation des espaces maritimes par les États côtiers, mais de légitimer une véritable appropriation privée de la mer, de ses espaces et *in fine* de ses ressources. Force est en effet de constater que ce n'est pas l'option de l'internationalisation positive, institutionnelle et objectivée, imaginée par Arvid Pardo et consacrée par la Convention de Montego Bay, qui semble appelée à supplanter les régimes traditionnels, en particulier en haute mer. Une main invisible guide désormais le droit de la mer moderne, à commencer par celui qui est en train de s'écrire au nom de la protection de la biodiversité, et le conduit à la croisée des chemins, entre droit international et droit transnational...

Cette évolution juridique n'est cependant que le reflet d'une tendance naturellement corrélative de changements plus généraux, lesquels affectent le système international d'une manière globale et correspondent à des mutations réelles au sein d'une société où le politique est chaque jour un peu plus inféodé à l'économie. Il est donc vraisemblablement trop tard pour enrayer ce mouvement, mais prendre conscience de ce qui est en train d'arriver permettra peut-être d'en atténuer *a minima* les effets pour prévenir l'avènement d'un monde moins humain, en mer comme sur terre.

CHAPTER 9

INTERNATIONAL GOVERNANCE AND MARINE GENETICS RESOURCES IN AREAS BEYOND NATIONAL JURISDICTION (MGR IN ABNJ)

Valérie WYSSBROD*

Dr. iur, University of Neuchâtel, Switzerland,
Postdoc Visiting Fellow at the Environmental Law and Policy Centre,
Stockholm University, Sweden

***RÉSUMÉ**: Depuis le milieu des années 1990, l'intérêt pour les ressources génétiques marines issues d'espaces situés au-delà des zones de juridiction nationale des États est croissant. Ces ressources sont extrêmement prometteuses pour le développement de nouveaux produits tels que des médicaments ou des bioplastiques. Actuellement, le régime de la liberté de la haute mer s'applique à l'exploitation des ressources génétiques marines issues d'espaces situés au-delà des zones de juridiction nationale des États. Cette situation n'est pas satisfaisante. Pour y remédier, la communauté internationale travaille à l'élaboration d'un nouvel instrument contraignant au sein de l'Organisation des Nations Unies. Cette contribution analyse le processus de négociation du nouvel instrument et propose des alternatives à celui-ci.*

***Mots-clés:** gouvernance; ressources génétiques marines; haute mer, fonds marins; biotechnologie.*

***ABSTRACT:** Since the middle of the 1990s, marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction (MGR in ABNJ) have increasingly been viewed as*

* The author would like to thank Dr. Adrien Bastian and Mr. Felix Arnold for the English language corrections made to the present paper, as well as the University of Neuchâtel Equal Opportunity Office for its support. The author, however, takes full responsibility for the present paper.

extremely promising for the development of new products, such as drugs or bioplastics. Currently, the regime of freedom of the high seas is applicable to the exploitation of MGR in ABNJ. This situation is unsatisfactory and the international community is convening at the United Nations to develop a new international legally binding instrument. The present contribution will analyse the negotiation process of the new instrument and suggest possible alternatives.

***Keywords**: governance; marine genetic resources; high seas; deep seabed; biotechnology.*

1. INTRODUCTION

Today, the social and economic perspectives of marine genetic resources are very promising. Many products, such as anticancer drugs, antibiotics, painkillers, cosmetic creams, bioplastics, and bioremediation products are being developed. This activity, even though it is a risky business, generates a lot of money. The significant value of MGR in ABNJ explains current international governance problems related to these resources. All States would like to benefit from the products made from these resources and have their share in the resulting dividends. The specific question of international governance of MGR in ABNJ was not included in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). However, since 2004, the international community has discussed it in the context of the United Nations General Assembly. In 2017, it was decided to craft the text of a legally binding international instrument on the law of the sea pertaining to the conservation and sustainable use of marine biological diversity in areas beyond national jurisdiction, with a particular emphasis on MGR in ABNJ. The possible main guidelines of the new instrument will be presented here. As the situation is very tense, it is not certain that the majority of the international community will accept this new treaty. For this reason, we will present three alternatives to it: the replacement of the current normative regime with another —existing— one, the maintenance of the status quo, complemented by soft law measures, or the creation of an ecolabel.

2. SOCIAL AND ECONOMIC PERSPECTIVES

Human beings have always used and modified their environment to create new products. Biotechnological products are nowadays being developed in increasing numbers. They may be defined as «any technological application that uses biological systems, living organisms, or derivatives thereof, to make or modify»[1]. Biotechnological products that use marine genetic resources are named blue biotechnologies[2]. Chemiodiversity, salinity, pressure, lack of sunlight and the specific

[1] Convention on Biological Diversity (CBD). Art. 2.

[2] Tambourin, P., «Biotechnologie», Encyclopédie Universalis (*www.universalis-edu.com/encyclopedie/biotechnologies/*); see also United Nations, General Assembly (2005), «Oceans and the law of the sea, Report of the Secretary-General» 15 July 2005, UN doc. A/60/63/Add.1, 20-21.

properties of marine organisms explain why these resources are extremely promising for the development of new products[3].

Since the middle of the 1990s, marine genetic resources from the high seas and its depths have been increasingly used in the creation of biotechnological products. Numerous research projects are currently being conducted in different fields. The pharmaceutical industry for instance is particularly interested in marine genetic resources, especially in the field of cancer treatment. Yondelis and Aplidin are both anticancer drugs made from tunicate molecules that are already commercialized[4]. But that is not all. Several other drugs are being developed on the basis of marine genetic resources, such as painkillers, antibiotics, antiviral drugs, and antifungals[5]. Beyond pharmaceutical use, marine genetic resources are useful in many medicinal fields. The special type of fluorescent protein generated by *aequorea victoria* jellyfish is employed to highlight the growth of cancerous tumors, study the evolution of Alzheimer in the brain, or understand how the AIDS virus moves from infected to healthy cells[6]. Certain bacteria that may be found around hydrothermal vents[7] offer other perspectives. Some exopolysaccharides[8] produced by such organisms are studied to facilitate bone healing[9].

Other industries, such as those involved in the production of cosmetics, chemicals, food, or clean technologies, use marine genetic resources to develop new products. In the field of cosmetics, sun lotions, anti-ageing cares, hair cares, and nail cares are produced using enzymes[10] and polysaccharides[11] drawn from deep-sea vent bacteria, krill, or micro-algae[12]. The chemical industry is working on biodegradable bioplastics created from molecules generated by bacteria living in

---

[3] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 11-14, 25.

[4] Bourguet-Kandracki, M.-L. & Banaigs, B. (2009) «Des métabolites pas si secondaires...», *Biofutur*, 301, 36.

[5] United Nations, General Assembly (2007), «Oceans and the law of the sea, Report of the Secretary-General», 12 March 2007, UN doc. A/62/66, 52-55; see also Kornprobst, J.-M. (2005), *Substances naturelles d'origine marine, Chimiodiversité - Pharmacodiversité - Biotechnologie*, 70-74, 584-585; United Nations University (2007), *An Update on Marine Genetic Resources: Scientific Research, Commercial Uses and a Database on Marine Bioprospecting*, Doc. UNU 2007, pt 2.1 et 4.2.

[6] Heafey, E. (2014), «Access and Benefit Sharing of Marine Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction», *Chicago Journal of International Law*, 14(2), 495.

[7] A hydrothermal vent or deep-sea vent is «a fissure on the floor of a sea from which flows mineral-rich water that has been heated by underlying magma, forming a precipitate of minerals and providing an ecosystem for extremophiles.» American Heritage Dictionary of the English Language (2016), Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company, Fifth Edition (*www.thefreedictionary.com*).

[8] Molecule.

[9] Colliec-Jouault, S.; Zanchetta, Ph.; Helley, D. *et al.* (2004), «Les polysaccharides microbiens d'origine marine et leur potentiel en thérapeutique humaine», *Pathologie Biologie*, 52(3), 2-3; see also Guézennec, J. (2014) «Bactéries marines et biotechnologies», 106-107; Leary, D. K. (2007), «International law and the genetic resources of the deep sea», 163.

[10] Proteins.

[11] Molecules.

[12] «La base de données sur la prospection biologique en Antarctique, XXXII Antarctic Treaty, Consultative Meeting», Baltimore USA, 6-17 Avril 2009 (*www.ats.aq/documents/ATCM32/wp/ATCM32_wp001_f.doc*), 11; see also Leary, D. K. (2007), «International law and the genetic resources of the deep sea», 163.

the sediments around hydrothermal vents. This kind of plastic would be a sustainable ecological alternative to plastic made from petroleum[13]. In the field of clean technologies, different microorganisms are used to treat hazardous waste, remove heavy metal, or fight oil slicks. Cyanobacteria are also particularly efficient in speeding up the bioremediation of contaminated water[14]. Many genes with antifreeze properties extracted from polar organisms are being tested by the food industry. The idea is to implant antifreeze genes in plants to make them more resistant to cold weather and frost, or to add antifreeze genes to certain sorts of foodstuffs, such as vegetables, in order to extend shelf life[15]. Despite all these recent examples, marine genetic resources are still underexploited. But they will no doubt be at the heart of future innovative processes and form the object of many new patents.

If marine genetic resources have a social value, they also have an important economic one. It is hard to assess the value of the marine genetic resource market; however, it appears that this market might have reached several billion dollars even before 2010[16]. In 2010, the Global Industry Analysts, Inc[17]. estimated the global market for marine biotechnology at 2,8 billion euros[18]. According to certain assessments, the growth of the number of products developed from marine genetic resources is situated between 4% and 5,9% per year and creates 200,000 jobs yearly[19]. At the same time, undertaking research on marine genetic resources, especially in areas beyond national jurisdiction, is very expensive. The cost of one day of marine research lies between 50,000 to 100,000 dollars[20]. On the one hand, producing marine biotechnology is risky and expensive but, on the other hand, the potential profits offset the substantial costs incurred by companies[21]. The value of the marine genetic resources market is colossal. For example, Prialt sales in 2008 and 2009 were situated approximately between 18 million and 20 million dollars,

---

[13] Guézennec, J. (2014), «Bactéries marines et biotechnologies», 85-95.

[14] United Nations, General Assembly (2007), «Oceans and the law of the sea, Report of the Secretary-General», 12 March 2007, UN doc. A/62/66, 52; see also Kornprobst, J.-M. (2005), *Substances naturelles d'origine marine, Chimiodiversité -Pharmacodiversité - Biotechnologie*, 588-589; *Diamond v. Chakrabarty*, Cour Supême des États-Unis, 447 U.S. 303 (1980).

[15] United Nations, General Assembly (2005), «Oceans and the law of the sea, Report of the Secretary-General», 15 July 2005, UN doc. A/60/63/Add.1, 32-33; see also Sönnichsen, F. (1998), «Les protéines antigel» Biofutur, 179, 52.

[16] Broggiato, A.; Arnaud-Haond, S.; Chiarolla, C. *et al.* (2014), «Fair and Equitable Sharing of Benefits from the Utilization of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Bridging the Gaps between Science and Policy», *Marine Policy*, 49, 177.

[17] (*www.strategyr.com*).

[18] OECD (Organisation for Economic Cooperation and Development) (2013), «Marine Biotechnology: Enabling Solutions for Ocean Productivity and Sustainability», 55-56.

[19] Damanaki, M. (2013), «A European vision for the sustainable management of the oceans» (*europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-307_en.htm*), 3; see also Rademaekers, K.; Widerberg, O.; Svatikova, K. *et al.* (2015) «Technology options for deep-seabed exploitation, Tackling economic, environmental and societal challenges», *Science and Technology Options Assessment (STOA)*, March, 31-32.

[20] Rademaekers, K.;Widerberg, O.; Svatikova, K. *et al.* (2015) «Technology options for deep-seabed exploitation, Tackling economic, environmental and societal challenges», S*cience and Technology Options Assessment (STOA)*, March, 32.

[21] *Ibid.*, 43.

just in the United States[22]. The estimated profits made with a compound derived from a sponge to treat herpes are around 50-100 million dollars per year, and the value of anticancer agents produced from marine genetic resources adds up to 1 billion dollars annually[23]. The development potential of the marine genetic resources market is thus enormous, provided that society continues to demand these products, and that corporations invest accordingly.

3. INTERNATIONAL GOVERNANCE

Due to this social and economic potential, the international governance of marine genetic resources is divided between conflicting visions. Today, the exploitation of marine genetic resources within national jurisdiction is clearly defined[24]. However, the situation for MGR in ABNJ is unclear. Because of the importance of the economic and political issues at stake, international discussions relating to the enforceable law regime are often characterized by intensity and complexity[25].

Two fields of law in particular are relevant to the international governance of marine genetic resources: biodiversity law and the law of the sea.

Biodiversity law was developed by the international community through the 1992 Convention on Biological Diversity (CBD) and the 2010 Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity (Nagoya Protocol). CBD has three objectives, namely, «the conservation of the biological diversity, the sustainable use of its the components and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources»[26]. The Nagoya Protocol develops the third objective of CBD and proposes different practical solutions[27]. These two instruments are based on the principle of the sovereign rights of States over their natural resources[28]. They apply only to States that have ratified them and may only be implemented within the territory of these signatory States. In such respect, these instruments cannot be directly applied to MGR in ABNJ[29].

---

[22] Vierros, M.; Slapin, Ch.; Chiarolla, C. *et al.* (2015), «Emerging and Unresolved Issues: the Example of Marine Genetic Resources of Areas Beyond National Jurisdiction», in Arico, S., *Ocean Sustainability in the 21st Century*, 201.

[23] Gjerde, K. M. (2006), «Ecosystems and Biodiversity in Deep Waters and High Seas» UNEP/IUCN, 178, 21.

[24] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 148-150.

[25] Drankier, P., and Oude Elferink, A. G. (2012), «Introduction», *The International Journal of Marine and Coastal Law (IJMCL)*, 27, 187.

[26] CBD, Art. 1.

[27] Nagoya Protocol, Art. 3.

[28] CBD, Arts. 3 and 15; Nagoya Protocol, Art., 3.

[29] Beslier, S. (2009), «The Protection and Sustainable Exploitation of Genetic Resources of the High Seas from the European Union's Perspective», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 24, 337; see also Arico, S., and Salpin, Ch. (2005), «Bioprospecting of Genetic Resources in the Deep Seabed: Scien-

The law of the sea has a long history. Originally customary[30], it was codified for the first time in the four Geneva conventions of 1958[31], then through the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (UNCLOS), complemented in turn by two additional agreements[32]:

— the Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982. (Agreement Part XI),

— the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks. (Fish Stocks Agreement).

UNCLOS is applicable to all marine resources. When the international community adopted UNCLOS in 1982, hydrothermal vents had just been discovered, and the value of marine genetic resources was yet unknown. If it was initially planned that biological resources in the Area[33] should be subject to the specific legal framework pertaining to this zone, the idea was subsequently abandoned[34]. When in 1994 Part XI of UNCLOS on the Area was modified by the Agreement on Part XI in order to allow the entry into force of UNCLOS, the value of marine genetic resources was better estimated. However, the situation was already very tense, and it was preferred not to introduce an additional subject of controversy into negotiations[35].

Since UNCLOS entered into force, the enforceable law regime pertaining to MGR in ABNJ has been controversial. Developing countries, who often do not have the sufficient financial and technical clout to exploit marine genetic resources, advocate for the fair and equitable sharing of benefits arising from the exploitation of MGR in ABNJ, in order to enjoy part of the dividends arising from these resources[36].

---

tific, Legal and Policy Aspects», UNU-IAS, 59-50; Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 205.

[30] Caminos, H. (1985), «Les sources du Droit de la Mer», in Dupuy, R.-J.; Vignes D., et Bennouna, M., *Traité du nouveau droit de la mer*, Economica, Bruylant, 53-58.

[31] The expression *Geneva conventions* covers: The Convention on the High Seas, Geneva, 29 April 1958; The Convention on the Continental Shelf, Geneva, 29 April 1958; The Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Geneva 29 April 1958; The Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, 29 April 1958.

[32] Dupuy, R.-J., et Vignes D. (1985), «Introduction», in Dupuy, R.-J., Vignes D., et Bennouna, M., *Traité du nouveau droit de la mer*, Economica, Bruylant, XIV-XV; see also Tanaka, Y. (2015), «The lnternational Law of the Sea», 2nd Edition, 25; Pancracio, J.-P. (2010) «Droit de la mer», 29-30.

[33] «Area» means the seabed and ocean floor and subsoil thereof beyond the limits of national jurisdiction, CBD, Art. 1; see also Part XI UNCLOS.

[34] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 155-156.

[35] Drankier, P.; Oude Elferink; A. G., Vissier, B. *et al.* (2012), «Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Access and Benefit-Sharing», *The International Journal of Marine and Coastal Law (IJMCL)*, 27, 403; see also Hayes, M. (2007), «Charismatic Microfauna: Marine Genetic Resources and the Law of the Sea» in Nordquist, M. H.; Long, R.; Heidar, T. H. *et al., Law, science & ocean management*, Martinus Nijhoff, 688-689.

[36] Wright, G.; Rochette, J.; Druel, E. *et al.* (2016), «The long and winding road continues: Towards a new agreement on the high seas governance», IDDRI - Idées pour le débat, 34-35; see also Statement on behalf

In the opinion of certain developed countries[37], marine genetic resources originating in the high seas and deep seabed can be freely exploited[38]. If the resources could not be freely collected and used, innovation processes would be slowed down. Technical breakthroughs that might benefit both developed and developing countries could be limited, especially in the fields of pharmaceutics and medicine[39]. This position is probably linked to the fact that developed countries patent most of the products made from marine genetic resources. In 2011, 70% of these products were patented by three countries, *i. e.* the United States, Germany, and Japan[40].

In the opinion of other developed States, such as members of the European Union, the most important issue is environmental and biodiversity protection. The goal of these States is to find a solution to utilize marine genetic resources from the high seas and the deep seabed without endangering the natural world[41].

Currently, the regime of freedom of the high seas[42] is applicable to the exploitation of all MGR found in ABNJ, the high seas, and the deep seabed[43]. However, this situation is unsatisfactory in respect of international governance. Firstly, it causes political differences between developed and developing countries over access to genetic resources and the equitable sharing of benefits arising therefrom. Secondly, this legal framework encourages neither the sustainable development of the exploitation of marine genetic resources nor the protection of the marine environment and its biodiversity[44].

---

of the Group of 77 and China by Mr. Farid Dahmane, Permanent Mission of Algeria to the United Nations, at the Ad hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction, New York, 7 May 2012 (*www.g77.org/statement/getstatement.php?id=120507a*).

[37] United States, Japan, Island and Russian Federation.

[38] Drankier, P., and Oude Elferink A. G. (2012), «Introduction», *The International Journal of Marine and Coastal Law (IJMCL)*, 27, 187; see also Wright, G.; Rochette, J.; Druel, E. *et al.* (2016) «The long and winding road continues: Towards a new agreement on the high seas governance», IDDRI - Idées pour le débat, 36-38.

[39] De la Fayette, L. A. (2009), «A New Regime for the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity and Genetic Resources Beyond the Limits of National Jurisdiction», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 24, 261; see also Zewers, K. E. (2008), «Bright Future for Marine Genetic Resources, Bleak Future for Settlement of Ownership Rights: Reflections on the United Nations Law of the Sea Consultative Process on Marine Genetic Resources», *Loyola University Chicago International Law Review*, 5 (2), 174.

[40] Arnaud-Haond, S.; Arrieta, J. M., and Duarte, C. M. (2011), «Marine Biodiversity and Gene Patents», *Sciencemag*, 331, 1521; see also: United Nations, General Assembly (2011), «Oceans and the law of the sea, Report of the Secretary-General», 29 August 2011, UN doc. A/66/70/Add.2, 43; Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice (SBSTTA) (2005), «Marine and Coastal Biodiversity: Status and trends of, and threats to, deep seabed genetic resources beyond national jurisdiction, and identification of technical options for their conservation and sustainable use», 22 July 2005, UNEP/CBD/SBSTTA/11/11, 6 (*www.cbd.int/doc/meetings/sbstta/sbstta-11/official/sbstta-11-11-fr.pdf*).

[41] Drankier, P., and Oude Elferink, A. G. (2012), «Introduction», *The International Journal of Marine and Coastal Law (IJMCL)*, 27, 187; see also United Nations, General Assembly (2010), «Letter dated 16 March 2010 from the Co-Chairpersons of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to the President of the General Assembly», 17 March 2010, UN doc. A/65/68, 15.

[42] UNCLOS, Part VII, in particular Art. 87 al. 1 let. e, and UNCLOS, Section 2 Part VII .

[43] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 161.

[44] *Ibid.*, 162-164.

In order to address this problem, the international community has endeavored within the context of the United Nations to develop a new treaty specific to MGR in ABNJ. In 2004 therefore, an Open-ended Informal Working Group was created by the United Nations. This group met nine times between 2006 and 2015. In 2015, in accordance with the proposals of the Open-ended Informal Working Group, the General Assembly of the United Nations decided to establish a Preparatory Committee whose task was «to make substantive recommendations to the General Assembly on the elements of a draft text of an international legally binding instrument under the Convention, taking into account the various reports of the Co-Chairs on the work of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction.»[45] The Preparatory Committee met four times between 2016 and 2017. On the 24th December 2017, the General Assembly of the United Nations adopted Resolution 72/249 that convenes an intergovernmental conference «to consider the recommendations of the Preparatory Committee on the elements and to elaborate the text of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, with a view to developing the instrument as soon as possible»[46]. In this perspective, the conference is scheduled to meet for four sessions between 2018 and 2020[47].

4. THE NEW BINDING INSTRUMENT – PREPCOM AND FIRST INTERGOVERNMENTAL CONFERENCE DISCUSSIONS

For many States[48], the new instrument should be an implementing agreement under UNCLOS, even though for others, further existing legal instruments should be recognized[49]. In our opinion, as the UNCLOS regime covers all marine resourc-

---

[45] United Nations, General Assembly (2015), «Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction», adopted on the 19 June 2015, 6 July 2015, UN doc. A/RES/69/292, 2.

[46] United Nations, General Assembly (2018), «International legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction», adopted on 24 December 2017, 19 January 2018, UN doc. A/RES/72/249, 1.

[47] United Nations, General Assembly (2018), «International legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction», adopted on 24 December 2017, 19 January 2018, UN doc. A/RES/72/249, 2.

[48] Europenan Union, Iceland, Canada, Singapore, Norway, Argentina, United States, Russian Federation. IISD (2017), «Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 10 -21 July 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (141), International Institute for Sustainable Development (IISD), 24.07.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom4/*), 5,8.

[49] Japan, Colombia, Venezuela, Australia. IISD (2017), «Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 10-21 July 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (141), International Institute for Sustainable Development (IISD), 24.07.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom4/*), 5.

es[50], the new instrument should indeed be an implementing agreement under UNCLOS[51]. At the same time, this does not necessarily mean that such an agreement could not draw some inspiration and principles from other sources such as CBD or the Nagoya Protocol[52].

Negotiations concerning the new instrument shall address four topics: firstly, the conservation and sustainable use of marine biological diversity in areas beyond national jurisdiction —in particular, together, and as a whole— as well as marine genetic resources, including questions related to benefit sharing; secondly, measures such as area-based management tools, including marine protected areas; thirdly, environmental impact assessments and capacity-building; fourthly and finally, transfer of marine technology[53]. The first topic is the one that interests us here. Its inclusion in the schedule results from the request of the Group of 77 and China. For these countries, the question of sharing benefits arising from the exploitation of marine genetic resources in ABNJ is crucial[54]. However, many developed countries do also support benefit sharing, especially in non-monetary matters. Most of them are equally favorable to the idea that benefit sharing may serve to promote environmental conservation and sustainable use of resources[55]. Concerning MGR in ABNJ, other questions have been addressed, such as the issues of disclosure of origin, traceability, and transparency in relation to intellectual property rights[56], as well as the inclusion of private-sector actors in discus-

---

[50] Salpin, Ch. (2013), «The Law of the Sea: A Before and an after Nagoya?», in Morgera, E.; Buck, M., and Tsioumani, E., *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective. Implications for International Law and implementation Challenges*, Martinus Nijhoff, 150.

[51] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 188.

[52] *Ibid.*, 204.

[53] United Nations, General Assembly (2018), «International legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction», adopted on 24 December 2017, 19 January 2018, UN doc. A/RES/72/249, 1; see also Druel, E., and Gjerde, K. (2014), «Sustaining Marine Life Beyond Boundaries: Options for an Implementing Agreement for Marine Biodiversity Beyond National Jurisdiction under the United Nations Convention on the Law of the Sea», *Marine Policy*, 49, 92.

[54] Druel, E.; Rochette, J.; Billé, R. *et al.* (2013), «De la possibilité d'un accord international sur la gouvernance de la biodiversité marine dans les zones au-delà de la juridiction nationale», IDDRI, 29; see also IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 3.

[55] In particular: European Union, Japan, United States, Canada and Australia. IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 4; see also IISD (2016), «Summary of the Second Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 26 August–9 September 2016», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (118), 12.09.2016 (*www.iisd.ca/oceans/bbnj/prepcom2/*), 5.

[56] IISD (2017), «Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 10-21 July 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (141), International Institute for Sustainable Development (IISD), 24.07.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom4/*), 10; see also IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 3

sions[57]. However, one of the most important points in our view is the willingness of some States[58] to avoid administrative hurdles, as well as mechanisms that could hinder research and development useful to humanity as a whole, including future generations. Access to MGR in ABNJ should be conducive to research; «due regard should be given to the interest of all States, the international community and future generations»[59]. For the Group of 77 and China, the common heritage principle should be the legal foundation for the benefit-sharing system developed in the new treaty[60]. The United States, Russian Federation, and Japan are opposed to the idea; they argue that the principle of freedom of the high seas applies[61]. Some other States, such as the European Union, Australia, Chile, and New Zealand favor a more pragmatic approach based on the discussion of benefits associated with the common heritage principle and the creation of a list of potential benefits[62]. From our perspective, it would be better to refrain from using the common heritage principle concept, and content oneself with sharing whatever benefits arise from

---

[57] IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 4.

[58] In particular: Japan, European Union, United States.

[59] IISD (2016) «Summary of the Second Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 26 August-9 September 2016», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (118), International Institute for Sustainable Development (IISD), 12.09.2016 (*www.iisd.ca/oceans/bbnj/prepcom2/*), 4; see also IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 3.

[60] IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 3; see also IISD (2016), «PrepCom 2 Highlights: Friday, 26 August 2016», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (109), International Institute for Sustainable Development (IISD), 29.08.2016 (*www.iisd.ca/oceans/bbnj/prepcom2/*), 2. During the first intergovernmental conference nevertheless, they expressed openness regarding the application of the high seas regime to access, requiring a notification rather than an aurhorization to gain access to MGR in ABNJ. IISD (2018), «Summary of the First Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 4-17 September 2018», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (179), International Institute for Sustainable Development (IISD), 20.09.2018 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/igc1/*), 15.

[61] IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 3; see also IISD (2017), «Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 10-21 July 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (141), International Institute for Sustainable Development (IISD), 24.07.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom4/*), 9; IISD (2017), «Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 10-21 July 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (141), International Institute for Sustainable Development (IISD), 24.07.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom4/*), 6.

[62] IISD (2016), «PrepCom 2 Highlights: Friday, 26 August 2016», *Earth Negotiations Bulletin,* 25, 109, International Institute for Sustainable Development (IISD), 29.08.2016 (*www.iisd.ca/oceans/bbnj/prepcom2/*), 2; see also: IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 3; IISD (2017), «Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 10 – 21 July 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (141), International Institute for Sustainable Development (IISD), 24.07.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom4/*), 10.

the utilization of MGR in ABNJ. In this case, a list of benefits that States would like to include could be added to the new treaty[63]. The question of including marine resources used as a commodity in the new treaty has also been raised[64]. In our opinion, only marine resources exploited for their genetic properties should be included in the new treaty. Marine resources used as a commodity, *i. e.* fisheries resources are already regulated under Part VII UNCLOS and the Fish Stocks Agreement. During PrepCom discussions, the Group of 77 and China also proposed to develop a code of conduct for bioprospectors[65].

Through its discussions and negotiations, the Preparatory Committee has been able to point out the key issues that need to be addressed between 2018 and 2020, *i. e.* during the intergovernmental conference for the elaboration of the new treaty[66]. The Preparatory Committee has made important improvements during its four sessions in 2016-2017 and a majority of States want to move forward on these questions. The first Intergovernmental Conference has mostly taken up PrepCom positions[67]. However, a new important step has been made. President Lee[68] proposed issuing a document for the use of the second Intergovernmental Conference containing treaty language and reflecting different options. This document will not be a full treaty draft, but will encourage focused discussions, identifying areas of convergence as well as areas that require further discussion[69]. Nevertheless, it will take time before the ratification, let alone the entry into

---

[63] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 168.

[64] IISD (2018), «Summary of the First Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 4-17 September 2018», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (179), International Institute for Sustainable Development (IISD), 20.09.2018 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/igc1/*), 4.

[65] IISD (2017), «Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 10-21 July 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (141), International Institute for Sustainable Development (IISD), 24.07.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom4/*), 10; see also IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 3.

[66] United Nations, General Assembly (2018), «International legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction», adopted on 24 December 2017, 19 January 2018, UN doc. A/RES/72/249, 1.

[67] IISD (2018) «Summary of the First Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 4-17 September 2018», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (179), International Institute for Sustainable Development (IISD), 20.09.2018 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/igc1/*), 15.

[68] Ms Rena Lee from Singapore is the President of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction.

[69] IISD (2018), «Summary of the First Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 4-17 September 2018», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (179), International Institute for Sustainable Development (IISD), 20.09.2018 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/igc1/*), 1, 3.

force, of a treaty on benefit sharing and conservation of MGR in ABNJ actually occurs[70].

5. THE NEW INSTRUMENT'S GUIDELINES

PrepCom and the first session of the Intergovernmental Conference discussions already give us a good idea of the content of the new treaty in matters of MGR in ABNJ, but some points deserve to be detailed.

The first point concerns maritime zones. In areas under State jurisdiction[71], the coastal State has sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing marine genetic resources[72]. In ABNJ, *i. e.* in the high sea water column and the Area, it is important that the new treaty proposes a single legal regime for marine genetic resources as a source of biotechnological products[73]. Indeed, as it is extremely difficult, if not impossible, to distinguish whether a resource originates in the water column or the Area, it would be better to have only one legal regime covering both zones[74].

The definition of marine genetic resources is a very important point too. According to CBD, a genetic resource «means any material of plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity of actual or potential value»[75]. This definition is actually very wide. The new treaty should not establish its own definition of genetic resources, but should refer to the CBD and Nagoya Protocol definitions. Even if some States[76] opposed this option in the course of the first Intergovernmental Conference[77], the interpretation of the concept of marine genetic resources should, in our opinion, not only include DNA and RNA, but also their associated natural derivatives[78]. In contrast, data should not be included in the current understanding of genetic resources because it is not part of the CBD

---

[70] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 166-171 and 197-198.

[71] Territorial waters, exclusive economic zone, continental shelf.

[72] UNCLOS, Art 2; UNCLOS, Art. 56 § 1 let. (a); UNCLOS, 77 § 1; see also Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 148-150.

[73] In opposition to marine resources used as a commodity.

[74] Matz-Lück, N. (2010), «The Concept of the Common Heritage of Mankind: lts Viability as a Management Tool for Deep-Sea Genetic Resources», in Molenaar, E. J., and Oude Elferink A. G., *The International Legal Regime of Areas beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments*, Martinus Nijhoff, 72; see also Scovazzi, T. (2016), «The negotiations for a binding instrument on the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond national jurisdiction», *Marine Policy*, 190.

[75] CBD, Art. 2.

[76] European Union, China, Switzerland, United State, Iceland, Japan and the Republic of Korea.

[77] IISD (2018), «Summary of the First Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 4-17 September 2018», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (179), International Institute for Sustainable Development (IISD), 20.09.2018 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/igc1/*), 4.

[78] As it is understood in Nagoya Protocol, Art. 2.

and Nagoya Protocol definition. Using this solution would mean that the definition of marine genetic resources would remain flexible and allow an understanding that could evolve over time, adapting to changes in technical knowledge and culture.

The Group of 77 and China are pushing for a benefit sharing system for MGR in ABNJ[79]. But facilitated administrative access to these resources, as well as the promotion of research and development in this field, are at least as important as an efficient benefit sharing system[80]. This last point, as we have seen, is one of the topics central to discussions concerning the new treaty. Some States insist that monetary benefits go to them directly[81]. According to others, more non-monetary benefits should be created[82]. In our opinion, both monetary and non-monetary benefits have to be considered jointly. Monetary benefits should go to a specific fund[83] aimed at financing ecosystem rehabilitation, biodiversity, and environmental promotion[84]. Monetary benefits should not go directly to members of the international community. This approach stands in accordance with Article 10 of the Nagoya Protocol and the common heritage of mankind principle, which states that the current generation has to conserve and protect the environment and its resources for the benefit of that generation itself and that of future generations[85]. Various non-monetary benefits could be imagined. These could include: for biotechnological companies, sharing part of their scientific research results; collaborating on scientific programs with researchers from both developed and developing countries; promoting educational and training programs on blue biotechnologies; transferring part of their technical and practical knowledge on advantageous terms, as well as contracting partnerships and establishing collaboration; informing on species identification; encouraging marine spatial planning in ABNJ[86]. Other more classi-

---

[79] Druel, E.; Rochette, J.; Billé, R. *et al.* (2013), «De la possibilité d'un accord international sur la gouvernance de la biodiversité marine dans les zones au-delà de la juridiction nationale», IDDRI, 29.

[80] IISD (2016), «Summary of the Second Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 26 August-9 September 2016», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (118), International Institute for Sustainable Development (IISD), 12.09.2016 (*www.iisd.ca/oceans/bbnj/prepcom2/*), 4.

[81] IISD (2016), «Summary of the First Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 28 March-8 April 2016», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (106), International Institute for Sustainable Development (IISD), 11.04.2016 (*www.iisd.ca/oceans/bbnj/prepcom1/*), 8.

[82] IISD (2016), «Summary of the Second Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 26 August-9 September 2016», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (118), International Institute for Sustainable Development (IISD), 12.09.2016 (*www.iisd.ca/oceans/bbnj/prepcom2/*), 5.

[83] Greiber, T. (2011), «Access and Benefit Sharing in Relation to Marine Genetic Resources from Areas Beyond National Jurisdiction, A Possible Way Forward», Federal Agency for Nature Conservation (BfN), 36-37; see also Leary, D. K. (2007), «International law and the genetic resources of the deep sea», Vol. 56, 176-181.

[84] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 193-194. The Global Environment Facility (GEF), for example, could play this role. A new section for marine environmental biodiversity protection may be created at GEF.

[85] Tladi, D. (2015) «The Common Heritage of Mankind and the Proposed Treaty on Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction: The Choice between Pragmatism and Sustainability», *Yearbook of international Environmental Law*, 25 (1), 129.

[86] UNCLOS, Art. 244 §1-2, 143§ 3, 144 § 2; see also Greiber, T. (2011), «Access and Benefit Sharing in Relation to Marine Genetic Resources from Areas Beyond National Jurisdiction, A Possible Way Forward», Federal Agency for Nature Conservation (BfN), 8-9; Proposition of the International Union for Conservation of Nature

cal means could be used too, such as the dissemination of knowledge through open data sharing platforms, the release of scientific publications, the organization of free sample collections, or the standardization of data in order to make it rapidly available to the international scientific community[87].

A system of state royalties on blue biotechnology patents is another possible option. But this proposition entails high risks, as only very little data is available on the nature and scale of marine bioprospecting. Moreover, policy makers do not have the knowledge and understanding that this specific field requires. They know neither how businesses develop biotechnological goods nor what the financial implications of the application of royalties to this type of product are[88].

Rather than applying state royalties to patented products, it should be possible to collect tax in favor of companies that wish to undertake bioprospecting in ABNJ[89]. Although the idea sounds appealing, its implementation is rather more difficult. A common tax on ABNJ bioprospecting would need general consensus across the international community. Even then, resources would be needed firstly to assess whether the system is properly applied, and secondly to collect tax. These two tasks need important financial investments. One risk is that all revenue would go into keeping the system running[90].

In our opinion, finding a way of encouraging companies to freely invest part of their benefits into a fund aimed at promoting a sustainable use of marine genetic resources and biodiversity protection would be a preferable option[91].

Biodiversity protection is closely related to the exploitation of MGR in ABNJ and is an integral part of the international governance of these resources. Human activity has a strong impact on marine ecosystems. It is very important to find ways of mutually accommodating exploitation and protection. Methods and technical means should therefore be the least invasive possible. Synthetic production in laboratories should be preferred to *in situ* sample collection. Exploitation must

---

(IUCN) in PrepCom 3: IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 4.

[87] Harden-Davies, H. (2017), «Deep-sea genetic resources: New frontiers for science and stewardship in areas beyond national jurisdiction», *Deep-Sea Research II, Topical Studies in Oceanography*, 137, 510-511; see also Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 194.

[88] Leary, D. K. (2012), «Moving the Marine Genetic Resources Debate Forward: Some Reflections», *The International Journal of Marine and Coastal Law (IJMCL)*, 27, 444-445; see also Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 195.

[89] He, H. (2014), «Limitations on Patenting Inventions Based on Marine Genetic Resources of Areas beyond National Jurisdiction», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 29 (4), 543-544; see also Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 195.

[90] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 195.

[91] *Ibid.*, 195.

not lead to the extinction of species or the destruction of their habitat. Some counterbalancing measures could be taken too, such as the establishment of marine protected areas in ABNJ, the creation of a database on marine genetic resources, or the elaboration of remediation programs. To finance such projects, the fund financed by the benefit sharing mechanism on marine genetic resources could be used[92].

6. THE ALTERNATIVES TO A NEW BINDING INSTRUMENT

The acceptance of a new treaty is uncertain because of the diverging positions of States on this point[93]. For this reason, three alternatives are suggested: the replacement of the current legal regime with an existing one, the use of soft law measures, and the creation of an ecolabel.

Replacing the current legal regime with an existing one could be an option, which would in turn entail two alternatives. The first alternative would be to apply the regime of genetic resources under national jurisdiction as established by CBD. However, this option is somewhat unrealistic, as it would require amending both UNCLOS and CBD in order to remove marine genetic resources from UNCLOS' scope and submit them to CBD. Moreover, one of the characteristics of the CBD access and benefit sharing system is that it is based on a bilateral mechanism connecting the provider State and the company that exploits the resource. As in the case of ABNJ, where there is no provider State, a whole series of amendments would be required[94].

Several UNCLOS regimes could theoretically be enforced, such as the marine scientific research legal regime, the Area on mineral resources legal regime, as well as the archeological and historical objects found at sea legal regime. Again, these options would require the amendment of UNCLOS. In the present situation, a significant part of the international community[95] does not support the application of one or the other existing UNCLOS regimes to MGR in ABNJ. The amendment procedure is therefore very unlikely to succeed, the chances that a new treaty is created being much higher. Additionally, none of the substance of these various regimes is relevant or appropriate[96].

The second alternative would be the creation —or indeed the amendment— of a soft law instrument dealing with MGR in ABNJ. The content of this soft law instrument regarding the situation of MGR in ABNJ would be the same as that

---

[92] *Ibid.*, 195-196.

[93] IISD (2017), «Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction: 27 March–7 April 2017», *Earth Negotiations Bulletin*, 25 (129), International Institute for Sustainable Development (IISD), 10.04.2017 (*enb.iisd.org/oceans/bbnj/prepcom3/*), 3.

[94] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 200 and 205-207.

[95] Mainly the developed countries.

[96] *Ibid.*, 207-213, 216-217, 231-233.

of a new treaty[97]. It should apply to both the water column and the Area[98]. The characteristics of a soft law instrument differ greatly from those of a treaty. The main specificity of a soft law instrument is that it is non-binding and defines general principles. It only proposes to follow recommendations[99]. In that respect, it is more flexible and easier to bring into force than a treaty[100].

The question of MGR in ABNJ could be included into an existing soft law instrument. For example, the scope of the InterRidge statement of commitment to responsible research practices at deep-sea hydrothermal vents[101] could be expanded to cover marine genetic resources in ABNJ. But this instrument currently only applies to oceanic ridges. In order to apply the InterRidge statement to MGR in ABNJ, the said statement should be amended, but not only. The goals of the InterRidge organization itself, whose remit only covers a specific part of the ocean, should also undergo alteration[102]. Another option could be to entrust the management of MGR in ABNJ to international and regional fisheries management organizations. For that purpose, the mandate of these different organizations could be expanded to include such a topic[103]. The advantage of the latter solution is that it would be inexpensive, as these organizations are already existing and functioning[104]. However, there is a strong risk of creating a governance system fraught with disparities between instruments, rules and approaches, so this is probably not an appropriate option[105].

A new soft law instrument could be created. Such an instrument could be the first step in the direction of a binding treaty[106], as in the case of the Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization (Bonn Guildelines), which eventually lead to the Nagoya Protocol[107]. The new soft law instrument could also be a comple-

---

[97] See Title 5.

[98] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 233.

[99] Fitzmaurice, M. (2003), «The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations Between States in International Law», *British Yearbook of International Law*, 73 (1), 180; see also Boyle, A. E., and Chinkin, M. (2007), «The Making of International Law», 212-214; Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 93-98.

[100] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 220.

[101] *interridge.org.*

[102] *Ibid.*, 219.

[103] Greiber, T. (2011), «Access and Benefit Sharing in Relation to Marine Genetic Resources from Areas Beyond National Jurisdiction, A Possible Way Forward», Federal Agency for Nature Conservation (BfN), 47.

[104] Bonfanti, A., and Trevisanut, S. (2011), «TRIPS on the High Seas: Intellectual Property Rights on Marine Genetic Resources», *Brooklyn Journal of International Law*, 31(1), 230.

[105] Greiber, T. (2011), «Access and Benefit Sharing in Relation to Marine Genetic Resources from Areas Beyond National Jurisdiction, A Possible Way Forward», Federal Agency for Nature Conservation (BfN), 47; see also Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 219-220.

[106] Korkea-Aho, E. (2013), «EU Soft Law in Domestic Legal Systems: Flexibility and Diversity Guaranteed?», in Wahlgren, P., *Soft Law*, *Scandinavian Studies in Law*, 58, 160-161; see also Senden, L. A. J. (2004), «*Soft law in European Community law*», Hart Publishing, 118-120.

[107] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 220.

ment or an alternative to hard law. In this case, the text could easily be amended and adapted to scientific and technical progress, as well as to societal changes. The participation of many different actors[108] would be encouraged. Moreover, the negotiation of such a text would be easier, because only entities interested in the project would commit to it. In this perspective, an instrument of soft law could be a good option. However, choosing this kind of text would have some disadvantages. Firstly, there would be the risk of having too many conflicting instruments on the same subject. Secondly, the non-binding character of the text would leave actors free to follow it or not[109].

The last option we would like to present in the present article would be the possibility of creating a specific ecolabel. An ecolabel is a sign used in relation with goods or services[110]. It provides consumers with information on the non-directly visible characteristics of a product[111]. Companies choosing to add the ecolabel to their products would convey a positive image to the public and encourage consumers to buy products bearing the ecolabel[112]. By choosing to use a specific ecolabel for marine genetic resources in ABNJ, companies would commit to respecting a specification note aimed at fostering the sustainable exploitation and use of the said resources[113]. In order to prevent the ecolabel from being considered as an instrument of protectionism[114], it should be owned by a private organization[115]. Additionally, in order to ensure the quality and the reliability of the ecolabel, it would be better if it were owned and managed by an independent organization, and not by its users[116]. Several types of trademarks could be used for the ecolabel. Because individual marks are flexible and universal, this type of trademark should be preferable to either guarantee, collective or certification marks. An independent accreditation organism, such as the Accreditation Services International (ASI) or the International Social and Environmental Accreditation and Labelling Alliance (ISEAL Alliance), should finally certify the ecolabel, in order to ensure its quality and reliability[117]. Unfortunately, the ecolabel would only be binding for compa-

---

[108] States but also companies and people.

[109] *Ibid.*, 221-222.

[110] Belson, J. (2012), «Ecolabels: Ownership, Use, and the Public Interest», *Journal of Intellectual Property Law & Practice,* 7 (2), 96.

[111] Koos, S. (2011), «Varieties of Environmental Labelling, Market Structures, and Sustainable Consumption Across Europe: A Comparative Analysis of Organizational and Market Supply Determinants of Environmental-Labelled Goods», *Journal of Consumer Policy*, 34, 131.

[112] Bartenstein, K., et Lavallée, S. (2003), «L'écolabel est-il un outil du protectionnisme "vert"?», *Les cahiers de Droit*, 44 (3), 2003, 361 and 367.

[113] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 234.

[114] As it was for the «dolfin-safe» ecolabel in the tuna-dolphin cases. Mexico etc versus US: «tuna-dolphin», GATT, United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS21/R - 39S/155, 3 September 1991; and US – Tuna II (Mexico), WTO, Dispute Settelment, DS381, United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products.

[115] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 225.

[116] *Ibid.*, 225.

[117] *Ibid.*, 181-184 and 226.

nies that decide to take part in the ecolabel system[118]. Another problem is that the additional cost generated by an ecolabel would have to be borne by consumers. The question therefore is: would consumers be willing to pay slightly more in order to support sustainable products?[119] Moreover, there are also growing numbers of ecolabels, with an increasing likelihood of confusion on the part of consumers. Hence, it is important that the ecolabel has clear goals and that it is able to impart information to the consumer[120]. Despite all these considerations, we are convinced that an ecolabel would be a good way of promoting sustainable exploitation and use of marine genetic resources. In addition, this system could also be applied to marine genetic resources under national jurisdiction. And finally, it would be compatible with the adoption of a new treaty on marine genetic resources in ABNJ[121].

7. CONCLUSION

As demonstrated in this article, international governance of MGR in ABNJ is a very complex subject. Social, economic, but also political interests are at stake. According to us, the best option would be to have a new international instrument with a specific chapter on MGR in ABNJ. The international community is on the right path to finding a compromise to resolve this issue. But opinions on specifically important topics, such as the status of MGR in ABNJ for example, are still sticking points. One of the risks is to end up in a situation similar to that of UNCLOS in 1982[122]. Although the treaty had been concluded in 1982, it entered into force only in 1994. Indeed, it required twelve years and several major modifications, with the adjunction of the Agreement on Part XI, for developed countries to accept signing the treaty. If the international community, under the General Assembly of the United Nations, concludes a new instrument without securing enough consensus, there is a high risk of a significant number of States refusing to sign or ratify the treaty. For this reason, our alternative suggestions, especially those regarding the adoption of a soft law instrument and the creation of an ecolabel, need to be taken into consideration. These two options may not be optimal, but they, at least constitute concrete steps forward by enabling voluntary parties to change the current situation.

---

[118] *Ibid.*, 234.

[119] Moye, P. A. (2010), «Private Certification Versus Public Certification in the International Environmental Arena: The Marine Stewardship Council and Marine Eco-Label Japan Fisheries Certification Schemes as Case Studies», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 43, 555-557; see also Macfadyen, G., and Huntington, T. (2007), «Potential Costs and Benefits of Fisheries Certification for Countries in the Asia-Pacific Region 3», Asia-Pacific Fishery Commission (APFIC), 24, 9; Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 227-228.

[120] Moye, P. A. (2010), «Private Certification Versus Public Certification in the International Environmental Arena: The Marine Stewardship Council and Marine Eco-Label Japan Fisheries Certification Schemes as Case Studies», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 43, 559.

[121] Wyssbrod, V. (2018), «L'exploitation des ressources génétiques marines hors juridiction nationale», *Queen Mary Studies in International Law*, 28, 228 and 234-235.

[122] *Ibid.*, 114-115.

CHAPTER 10

IMPOSING AN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL JURISDICTION: HOW DEVELOPMENTS ON MARINE PROTECTED AREAS ARE FOSTERING A NEW LEGAL ORDER FOR THE CONSERVATION OF AREAS BEYOND NATIONAL JURISDICTION

Beatriz de Sousa Fernandes
PhD Student
University of Edinburgh, Scotland, United Kingdom

RÉSUMÉ: *Les avancées sur les aires marines protégées dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale ont un impact sur la manière dont les océans et les mers sont gouvernés. Ces développements se déroulent parallèlement à l'évolution de la compréhension des dispositions de la Convention par le biais d'une mise en garde environnementale prudente quant à l'obligation de protéger la biodiversité marine. Le document examine comment le cadre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer s'articule avec les traités internationaux relatifs à l'environnement, les lois non contraignantes, les décisions de tribunaux internationaux (en particulier, les arbitrages sur la zone de protection marine de Chagos et la mer de Chine méridionale) et les pratiques des États en matière de MPA dans l'ABNJ (sous OSPAR, CCAMLR, Autorité Internationale des Fonds Marins —AIFM-ISA—, la Convention de Barcelone et la Commission de la mer des Sargasses) pour favoriser collectivement un nouvel ordre juridique environnemental pour les océans et les mers. Il conclut que ces développements aident les États à réorienter l'équilibre entre les obligations de la communauté internationale en matière de conservation et ses droits et libertés au sein de l'ABNJ.*

Mots-clés: *aires marines protégées (AMP-MPA); espaces au-delà des juridictions nationales (EAJN-ABNJ); Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM-UNCLOS).*

ABSTRACT: *Advances on marine protected areas (MPA) in areas beyond national jurisdiction (ABNJ) are impacting how the oceans and seas are ruled. These developments are taking place in parallel with evolution of the understanding of UNCLOS's provisions through a precautionary, environmental emphasis on the obligation to protect marine biodiversity. The paper discusses how the interaction of the UNCLOS framework with international environmental treaties, soft law, decisions of international tribunals (in particular, the Chagos Marine Protected Area and South China Sea arbitrations) and States' practices on MPA in ABNJ (under OSPAR, CCAMLR, International Seabed Authority (ISA), the Barcelona Convention and the Sargasso Sea Commission) are collectively fostering a new environmental legal order for the oceans and seas. It concludes that these developments are helping States reorient the balance between the international community's conservation obligations and its ABNJ rights and freedoms.*

Keywords: *marine protected areas (MPA); areas beyond national jurisdiction (ABNJ); united nations convention on the law of the sea (UNCLOS).*

1. INTRODUCTION

This paper addresses the question of whether current developments around international law and marine protected areas in areas beyond national jurisdiction are changing the balance of rights and obligations of States under the law of the sea, and if so how.

The overarching framework for international environmental law of the sea is UNCLOS[1], under which the areas beyond national jurisdiction (ABNJ) are the high seas[2] and the Area[3]. All measures taken under any other legal instruments need to be consistent with UNCLOS. Thus, the rights and obligations of States at issue are those under UNCLOS. As well as giving States certain freedoms in ABNJ, UNCLOS establishes general obligations to protect the marine environment and take the necessary measures for this aim as discussed below[4]. As formally stated UNCLOS provisions cannot change, however their meaning can be «clarified», made concrete or interpreted[5]. In particular, a family of other treaties and prac-

[1] 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). Adopted on 10 December 1982, UNTS 1833, in force on 16 November 1994, UNCLOS has widespread support, with 168 Parties.

[2] UNCLOS, Art. 86: The high seas are «all parts of the sea that are not included in the EEZ, in the territorial sea or in the internal waters of a State, or in the archipelagic waters of an archipelagic State». See Part VII.

[3] UNCLOS, Art. 1(1)(1): «Area means the seabed and ocean floor and subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction». See Part XI.

[4] See § Treaty Law and «Soft» Law.

[5] Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31(3)(c).

tices[6] inform and flesh out UNCLOS in dynamic, evolutionary, arguably emergent[7], ways[8].

Amongst the latter are current developments, often manifestations of environmental and precautionary turns, around ABNJ marine protected areas in States' individual and collective practice, decisions of tribunals, UNGA calls and CBD[9] COP targets. In short, the paper outlines how through these developments more weight is being given to the obligation to protect the marine environment and its biodiversity, markedly changing the balance of States' rights and obligations.

What of «marine protected areas» (MPA)? The concept is an archetypal illustration of Wittgenstein's idea of family resemblance. There are many recognizable examples[10], going under a plethora of names[11], with a «complicated network of similarities overlapping and criss-crossing»[12], and a slew of related concepts[13], yet there is no single commonality or definition. Hence, one should not to get bogged down by attempts at all encompassing definitions.

Moreover, there is no single legal definition of «marine protected area»[14]. Neither UNCLOS nor CBD, the main international treaty regulating the conservation of biodiversity, uses the term, and neither makes explicit use of the concept[15]. Whilst some regional instruments[16] do give definitions of MPA, other instruments[17] prefer not to. Consequently, answers to the paper's fundamental question cannot be artificially limited to, *e. g.*, developments around treaty mentions of MPA.

---

[6] See § States' Practices.

[7] Goldstein, J. (1999), «Emergence as a Construct: History and Issues», *Emergence*, 1(1), 49-72.

[8] See Boyle, A. (2005), «Further Development of The Law of The Sea Convention: Mechanisms For Change», *International and Comparative Law Quarterly*, 54(3), 563-584.

[9] The Convention on Biological Diversity (CBD), 1760 UNTS 79 (1992).

[10] Examples include Ramsar sites, International Seabed Authority (ISA) APEI, Marine World Heritage sites, Specially Protected Areas of Mediterranean Importance and Whale Sanctuaries.

[11] Agardy et al list twenty nine variations. Agardy, T. *et al.* (2003), «Dangerous targets? Unresolved issues and ideological clashes around marine protected areas». Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems, 13(4), 353-367.

[12] Wittgenstein, L. (2001) [1953], *Philosophical Investigations,* § 66.

[13] Examples include MARPOL Special Areas, PSSA and RFMO fisheries closures.

[14] Birnie, P.; Boyle, A., and Redgwell, C. (to appear), *International Law and the Environment*, Draft Fourth Edition, OUP, Ch. 12, 71.

[15] CBD, Art. 2 does define «protected area» and Art. 8(a) mandates its Parties to establish a system of protected areas, «as far as possible and as appropriate». However, CBD COPs, from COP 2 onwards, have been happy to agree Decisions about MPA without a formal definition of the notion. While in the lead up to CBD COP 7 the CBD Ad-Hoc Technical Experts Group did formulate a definition of MPA, COP 7 did *not* agree to adopt this definition and later COP and AHTEG have not revisited the issue.

[16] *E. g.*, the Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR), 2354 UNTS 67(1993); Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CCAMLR) 1329 UNTS 48 (1980).

[17] *E. g.*, ISA.

2. TREATY LAW AND «SOFT» LAW

Notwithstanding its dearth of references to MPA, UNCLOS does impose general protection and preserve obligations directly relevant to them on its parties[18]. These include obligations applicable in all maritime zones to «protect and preserve the marine environment» unconditionally (Art. 192), «take necessary measures to protect and preserve rare or fragile ecosystems, habitat of depleted, threatened or endangered species and other forms of marine life» (Art. 194 [5]), and «cooperate on a global and on a regional basis [...] for the protection and preservation of the marine environment» (Art. 197).

Under UNCLOS, the areas beyond national jurisdiction, on which this paper focuses, are comprised of two maritime zones, the high seas[19] and the Area[20]. Neither is coincident with ecosystem boundaries, and each has a distinct regime allowing States considerable freedoms which, perceived in isolation, also present obstacles to the designation and effective management of MPA. In the high seas, freedoms, including of fishing, navigation, laying submarine cables, apply to all States (Art. 87). Under the Area regime mineral resources fall under the ambit of ISA[21] (Art. 133), but marine living resources do not and their exploitation is again a freedom. Further, States are banned from appropriating or having sovereign rights over any parts of ABNJ, blocking one avenue to unilateral MPA designation.

Nevertheless, in the high seas States «have a duty to take, or to cooperate with other States in taking [...] measures for their respective nationals as may be necessary for the conservation of the living resources» (Art. 117) and «are to cooperate with each other in the conservation and management of living resources» (Art. 118). It is untested whether Art. 117 should be read as imposing a duty to take measures at a time in the future from the signing of the treaty that turn out then to be necessary, or whether it imposes a precautionary duty: to take measures whose necessity is uncertain but possible at the time of their adoption. In either case, MPA in many cases constitute measures necessary for the conservation of the high seas and should be subjects of cooperation. Similarly, there is an element of precautionarity in Art. 145's instruction that ISA shall take «Necessary measures [...] to ensure effective protection for the marine environment from harmful effects which may arise from activities» in the Area, whilst MPA are amongst the «appropriate rules, regulations and procedures for [...] the prevention, reduction and control of [...] other hazards to the marine environment [...] and of interference with the ecological balance of the marine environment [...] [and] the protection

[18] There are currently 167 Parties. However, there are 29 non-Parties, including a number of States with substantial seaboards or maritime activity.

[19] *Supra* n. 2.

[20] *Supra* n. 3.

[21] The International Seabed Authority (ISA) is an autonomous international organization, created by UNCLOS and the 1994 Agreement relating to the implementation of Part XI of UNCLOS, acting on behalf of «mankind as a whole», UNCLOS Art. 137(2).

and conservation of the natural (non-living) resources [...] and the prevention of damage to the flora and fauna for the marine environment» that ISA must adopt[22].

These obligations may appear vague and they do not explicitly mention MPA. However, the understanding of UNCLOS's provisions evolves dynamically in interaction with Implementing Agreements, other international treaties, soft law - providing a normative input for MPA in ABNJ, tribunal decisions and States' practices[23].

Other international treaties provide detailed, specific biodiversity concepts which elucidate these UNCLOS obligations to protect marine environment and its living resources and their relationship with ABNJ MPA. Amongst the most important are CITES[24], CMS[25] and CBD. CITES appendices list endangered species and those whose trade requires control, informing the notion of «depleted, threatened or endangered» species. CMS introduces the concept of Range[26] States[27] and the need for international cooperation for the protection of migratory corridors, including in ABNJ. The CBD concepts of biodiversity, ecosystem conservation in *situ* through protected areas, and sustainable use are also influencing the implementation of UNCLOS protect and preserve obligations through the designation of MPA[28].

Moreover, Conference of Parties (COP) decisions on MPA and marine conservation play a normative role[29]. CBD COP 2 (1995) set out a marine biodiversity action plan (the «Jakarta Mandate»)[30] under which marine and coastal protected areas were one of the five thematic areas, with the protection of ecosystem functioning emphasised as an important criterion for their selection[31]. Its implementation is to rely on international organisations and regional conventions. Cooperation for the protection and conservation of the marine environment between regional fisheries bodies and regional organizations is specifically encouraged[32]. Later COP reinforced the Jakarta Mandate. In particular, COP 7 (2004) stressed MPA as a tool

---

[22] See Harrison, J. (2017), *Saving the Oceans Through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment*, OUP, 239.

[23] *Supra*, n. 8.

[24] Convention on International Trade in Endangered Species of Wide Fauna and Flora (CITES), 993 UNTS 243 (1973).

[25] Convention on Migratory Species of Wild Animals (CMS), 1651 UNTS 333 (1979).

[26] CMS, Art. 19(f): «Range means all the areas of land or water that a migratory species inhabits, stays in temporarily, crosses or overflies at any time on its normal migration route».

[27] CMS, Art. 2(1): «The Parties acknowledge the importance of migratory species being conserved and of Range States agreeing to take action to this end whenever possible and appropriate, paying special attention to migratory species the conservation status of which is unfavourable, and taking individually or in cooperation appropriate and necessary steps to conserve such species and their habitat».

[28] See § Tribunal Decisions.

[29] See Brunnée, J. (2002), «COPing with Consent: Law-Making Under Multilateral Environmental Agreements», *Leiden Journal of International Law*, 15 (1), 1-52, for discussion of the soft law nature of COP decisions and their impact notwithstanding.

[30] UNEP/CBD/COP/Dec/II/10.

[31] *Ibid.,* Annex I(iv).

[32] *Ibid.,* Annex I(viii).

for achieving the conservation and sustainable use of biological diversity, COP 9 (2008) initiated description by Parties of Ecologically Biologically Significant Marine Areas (EBSA), giving information on marine areas in need of protection both within NJ and in ABNJ[33], and COP 10 (2010) set Aichi Target 11 [reiterated in UN SDG 14 (2015)][34] for ecologically representative and well-connected systems of MPA, covering 10% of the oceans, by 2020.

Over time these calls and similar CBD COP decisions have notably evolved, changing in focus from individual MPA to networks of MPA and to a global network of MPA, with increased size and representativeness (covering ecosystems of all maritime zones), and implementing an approach protecting whole ecosystems or ecosystem functional units.

In parallel, the CMS COP fifth meeting (1997) decided on the objective for its parties that they should designate protected areas, in close cooperation with other Range States, so that a network of critical sites is established throughout the migration route of species listed under CMS Appendix I as in danger of extinction[35]. Twenty-seven such species have ABNJ as part of their range.

Returning to hard law instruments, two *Implementing Agreements,* the Agreement Relating to the Implementation of Part XI (1994) and UNFSA (1995)[36], purposefully modify[37] UNCLOS's provisions[38].

The IA for Part XI, *inter alia*, reinforces the mandate of the International Seabed Authority (ISA) under UNCLOS Arts.136 and 145 to take measures to ensure effective protection of the marine environment in the course of managing the mineral resources of the seabed beyond national jurisdiction as part of the «common heritage of mankind».

Under UNFSA, States should «adopt measures to ensure long-term sustainability» [Art. 5(a)], «agree on conservation and management measures» (Art. 10), and fulfil their «obligation to protect biodiversity» [Art. 5(g)]. Moreover, measures for the high seas should not «undermine the effectiveness» of measures adopted by coastal States (Art. 7). The ITLOS Fisheries Advisory Opinion (2015) underlined the links amongst these obligations and general UNCLOS protect and preserve obligations when commenting on UNCLOS Art. 192 that «the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the

---

[33] *E. g.*, in the Clarion-Clipperton Zone. See ISA APEI, § States' Practices.

[34] UNGA (2015), «Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development», A/RES/70/1.

[35] UNEP/CMS/COP/Dec/5, Resolution 5.4.

[36] United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, 2167 UNTS 88 (1995).

[37] VCLT, *supra* n. 5, Art. 31(3)(a).

[38] A possible international legally binding instrument for the conservation and sustainable use of biodiversity in ABNJ - with MPA as one of four areas of explicit focus, currently being discussed under the auspices of the UNGA, may ultimately also prove to be important. However, for the present this remains highly speculative.

marine environment»[39]. Arguably, unprotected ABNJ could potentially undermine living resource conservation MPA measures adopted by coastal States within national jurisdiction, *contra* UNFSA Art. 7, and fall foul of States' obligations under UNCLOS Art. 192.

States should also, under UNFSA, apply «the precautionary approach [...] to protect the living marine resources and preserve the marine environment» (Art. 6). This has been particularly influential amongst RFMO[40], facilitating their cooperation over MPA designated by other regional organizations.

The precautionary use of and cooperation with MPA has also been promoted by normatively influential, international consensus calls. Agenda 21 advocates «a precautionary approach for oceans and seas»[41], UNGA Res. 59/24 (2003) application of a precautionary principle «beyond national jurisdictions» and UNGA Res. 61/105 (2006) and 64/72 (2009) protection of vulnerable marine ecosystem (VME), hydrothermal vents, seamounts and cold water corals from fishing.

3. TRIBUNAL DECISIONS

Tribunal interpretation, in recent decisions, of the interplay between MPA, international treaties and UNCLOS preservation and protection obligations[42] (and concomitant dispute resolution obligations)[43] plays a further important role for understanding the evolution of the balance of States' rights and obligations.

The tribunal in *Chagos MPA Arbitration (Mauritius v. United Kingdom, 2015)* held that the measures «necessary to protect and preserve rare or fragile ecosystems» referred to in UNCLOS Art. 194(5) are not limited to those aimed strictly at marine pollution[44]; they extend to measures necessary to protect marine biodiversity at all levels: species, habitats and ecosystems. As MPA can be Art. 194(5) «necessary measures» this expanded substance of Art. 194(5) provides strong support for ABNJ MPA[45]. Arguably, Art. 145's insistence that ISA adopt rules, regulations and procedures to prevent, reduce and control «interference with the ecological balance of the marine environment» should be interpreted as mandating

---

[39] ITLOS (2015), *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion*, ITLOS Reports, §120.

[40] *E. g.,* NAFO, NEAFC, SEAFO, ICCAT, CCAMLR, WCPFC, IATTC and CRFM have each incorporated precautionarity. See Haughton, M. (2011), «The Precautionary Principle in Fisheries Management in CARICOM States».

[41] UNGA (1992), 46th Sess., Agenda Item 21: *Programme of Action for Sustainable Development,* UN Doc A/Conf.151/26. See Chapter 17.

[42] UNCLOS, Part XII.

[43] UNCLOS, Part XV.

[44] The chapeau of Art. 194 is «Measures to prevent, reduce and control pollution of the marine environment». However, the chapeau of Part XII's first article, Art. 192, is «General obligation» and the article reads, «States have the obligation to protect and preserve the marine environment».

[45] Whilst the tribunal did not rule on the legality of the whole EEZ MPA in question, it did not rule against it and nor did Mauritius ask it to do so.

a similar ecosystem approach, incorporating MPA, for the protection of the Area environment by ISA.

In *South China Sea Arbitration (Philippines v. China, 2016)* the tribunal both borrowed the definition of «ecosystem» from CBD Art. 2 and used CITES's Appendices to inform interpretation of the UNCLOS Art. 194(5) obligation on States to prevent damage to the «habitat of depleted, threatened or endangered species» and to «rare or fragile ecosystems», in this case through direct harvesting of species (such as sea turtles, listed in CITES Appendix I) internationally recognized as threatened with extinction. These obligations apply both inside national jurisdiction and in ABNJ. Moreover, unsustainable exercise of high seas freedoms is subject to dispute settlement (Arts. 286, 288). Hence, in exercising high seas freedoms, Flag State activities should not undermine conservation measures in ABNJ. This again provides strong support for enforcement of MPA in ABNJ by all UNCLOS Parties.

4. STATES' PRACTICES

The collection of ABNJ MPA (the Pelagos Sanctuary and Sargasso Sea)[46] and MPA networks (OSPAR and CCAMLR MPA and ISA's Clarion-Clipperton Areas of Particular Environmental Interest (APEI) networks)[47], is limited and, albeit that others are on the horizon[48], it is their role within UNCLOS-framed international law that is focused on here. These ABNJ MPA are being underpinned by the development of webs of cooperation with other organizations with legal mandates in ABNJ. Much of this work has gone on after the initial MPA designations: it is seemingly impractical to expect otherwise. Amongst salient strands in such webs, discussed below, are those of regional sea organizations (RSO) cooperating with organisations such as the International Maritime Organization (IMO) and regional fisheries management organizations (RFMO), coastal States cooperating on area based planning[49], and the CBD COP 9 initiated description of EBSA in ABNJ[50]. Analysis of these frameworks and cooperative arrangements is important in demonstrating that States are achieving through ABNJ MPA a more environmental balance of rights and obligations under the law of the sea.

Before examining these MPA and networks individually it is worthwhile noting that CCAMLR (which predates CBD) and the Sargasso Sea Commission have had broad mandates to adopt biodiversity protection goals, approaches and instru-

---

[46] The *Pelagos Sanctuary for the Protection of Marine Mammals in the Mediterranean Sea* is a 96,000 km^2 marine area adopted in 1999.

[47] The *Sargasso Sea Commission Area of Collaboration* is a 4,000,000 km^2 marine area in the North Atlantic sub-tropical gyre, bounded by four surrounding ocean currents that retain the floating Sargassum ecosystem.

[48] Concretely under CCAMLR and OSPAR, more diffusely under other RSO. See below.

[49] *E. g.*, The 2012 Mauritius and Seychelles Treaty Concerning the Joint Management of the Continental Shelf in the Mascarene Plateau Region.

[50] *E. g.*, The Clarion-Clipperton zone and Sargasso Sea EBSA. See UNEP/CBD/COP/DEC/XI/17, respectively §§ 13, 19.

ments since their inception, while other actors, such as OSPAR[51], the Barcelona[52], Nairobi and Abidjan Conventions[53], have developed or extended their original mandates.

The OSPAR Convention[54] currently has ten ABNJ MPA (as well as many NJ sites), with varying, sometimes hybrid, designations and protection. Annex V of the Convention mandated parties to take necessary measures to protect and conserve OSPAR ecosystems and biological diversity and to cooperate in adopting programmes and measures. In 2003, the OSPAR Commission recommended setting up an ecologically coherent network of MPA by 2012 to «protect and conserve areas that best represent the range of species, habitats and ecological processes in the maritime area»[55]. Although «the maritime area» includes extensive ABNJ, parties were only asked to select areas within their jurisdiction as components of the OSPAR MPA network. However, in 2010, the Commission amended this recommendation, with effect that the network should explicitly include «sites representative of all biogeographic regions in the OSPAR maritime area» including ABNJ, and «consistent with the CBD target [CBD Aichi Target 11] for effectively conserved marine and coastal ecological regions»[56]. The parties are also to contribute to assessments of ABNJ in the North-East Atlantic which may justify their selection as an OSPAR MPA and propose ABNJ that should be selected by the OSPAR Commission as a component of the MPA network[57].

OSPAR has no competence to regulate fisheries, maritime transport or mining. However, it has established cooperation with the North-East Atlantic Fisheries Commission (NEAFC), ISA[58] and the IMO[59] in order to conserve and protect biodiversity within the ABNJ MPA from impacts caused by activities they respectively regulate. For instance, NEAFC established fisheries closures overlapping ABNJ MPA for the protection of vulnerable habitats. These meet the formulation

---

[51] See OSPAR's Annex V on the *Protection and Conservation of the Ecosystems and Biological Diversity of the Maritime Area*, adopted in 1998 to extend the cooperation of its parties to cover all human activities that might adversely affect the marine environment of the North-East Atlantic.

[52] The Convention for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution, 1102 UNTS 27 (1976) was amended in 1995 and renamed The Convention for the Protection of the Mediterranean Marine and Coastal Environment. Its Protocol Concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean was adopted in 1995.

[53] See 2050 African Integrated Maritime Strategy, §§ 39, 41.

[54] OSPAR, *supra* n. 16.

[55] OSPAR, Rec. 2003/3 on a Network of Marine Protected Areas, § 2.1(c).

[56] OSPAR, Rec. 2010/2.

[57] *Id.*, § 2.5(c);(d).

[58] In consonance with UNCLOS, Art. 169: «The [ISA] Secretary-General shall, on matters within the competence of the Authority, make suitable arrangements [...] for consultation and cooperation with international and non-governmental organizations».

[59] See UNCLOS, Art. 211(1). The IMO has adopted treaties and recommendations important for marine areas that might be vulnerable to shipping activities. See IMO, Res. A.982(24)/2006. *Revised guidelines for the identification and designation of Particularly Sensitive Sea Areas (PSSA) and Special Areas under the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) 340 UNTS 184 (1973).* While the Mediterranean Sea and the Antarctic Areas are covered by MARPOL Annexes, ABNJ MPA have not yet been subject of any PSSA.

of UNGA Res. 61/105 (2006) and 64/72 (2009) on protection of deep sea ecosystems which call for a precautionary approach to bottom fisheries, including through the adoption of fisheries closures[60]. OSPAR and ISA have signed a MoU with the purpose of conciliating the development of mineral resources with comprehensive protection of the marine environment[61]. Both cooperations are part of the development of a stronger environmental balance between rights and obligations in ABNJ.

The OSPAR Commission is currently assessing information, gathered through public consultation, to decide whether a proposal to designate a *North Atlantic Current and Evlanov Seamount Marine Protected Area* meets OSPAR MPA criteria. If designated, this area, important for foraging for many species of seabirds, will be the first large-scale OSPAR ABNJ MPA.

In 2012, ISA, as part of a continuing development of regulations for the exploitation of mineral resources in the Area in response to its UNCLOS Art. 145 obligations[62], precautionarily designated a network of nine APEI in the Clarion-Clipperton Zone in the Eastern Central Pacific. The aim is to protect endemic biodiversity before seabed mining starts. Mining and scientific research in the Area must be «carried out with reasonable regard for other activities», including MPA designation and management, «in the marine environment»[63]. UNGA Res. 68/70 (2013) subsequently encouraged ISA to extend such designations to other regions, stressing ISA's environmental mandate.

The entire, wholly within ABNJ[64], Antarctic marine ecosystem is covered by the CAMLR Convention. CCAMLR Conservation Measure[65] 91-04 (2011)[66], exemplifying an ecosystem approach, provides a Framework for CCAMLR MPA Network[67]. It aims to sustain the ecosystem, including in areas outside MPA, enable scientific reference areas for monitoring, adapt to climate change, reduce alien species and, meeting Art. 2 of the CAMLR Convention goals, conserve Antarctic marine living resources.

Two large-scale ABNJ sites have been designated part of the CCAMLR MPA Network, the 2009 South Orkney Islands Southern Shelf MPA and the 2016 Ross

---

[60] Nevertheless, the OSPAR Commission (2017), «2016 Status Report on the OSPAR Network of Marine Protected Areas», 43, found further work is required to prevent damage from seabed mining, cable laying, shipping and military activities.

[61] See *Memorandum of understanding between the OSPAR Commission and the International Seabed Authority* (2010).

[62] *Supra* § Treaty Law and «Soft» Law.

[63] UNCLOS, Art. 147.

[64] Under the Antarctic Treaty, UNTS 71 (1980).

[65] Under Art. IX.2(f) and 2(g) of the CCAMLR, Conservation Measures, which are binding decisions, formulated on the basis of the best scientific evidence available, may designate the opening and closing of areas, regions or sub-regions for the purposes of scientific study or conservation.

[66] CCAMLR, CM 91-04 (2011) on the General Framework for the Establishment of CCAMLR Marine Protected Areas.

[67] «[I]ndividual MPAs alone will not be able to achieve all of the desired objectives for MPAs in the CCAMLR Area, but that together they should be able to do so». CCAMLR, CM 91-04 (2011), Preamble.

Sea MPA[68]. Moreover, the development of a representative system of CCAMLR MPA continues. Proposals for MPA in East Antarctica, the Weddell Sea and the Western Antarctic Peninsula are under consideration at CCAMLR's 37th annual meeting in late 2018[69]. Some caution is in order, however; previous similar proposals have foundered through lack of unanimity, and that the Ross Sea Region MPA was designated for a 35 year period only[70] is a further indicator of the difficulties in negotiating MPA that conflict with commercial fishing interests.

Both existing MPA cover submarine shelf areas and seamounts, important habitat for Antarctic krill[71]. Unlike most regional sea organisations, CCAMLR has competence to regulate fishing activities in its jurisdiction. To this end[72], Flag States must notify CCAMLR prior to entry of their fishing vessels into the Ross Sea Region MPA[73]. Vessels fishing or conducting scientific research on Antarctic marine living resources are also to avoid dumping or discharging wastes or other matter within the MPA[74].

Nevertheless, the Commission is to identify other organisations to support the specific objectives of the MPA whenever a CCAMLR MPA is designated[75]. CCAMLR cooperation arrangements with the IWC[76] resulted in joint workshops helping develop scientific models of Antarctic marine ecosystems and on identifying VME. CCAMLR also has a variety of MoU and other arrangements with neighbouring RFMO[77].

The Pelagos Sanctuary[78], 1999, originally the result of an agreement between Italy, Monaco and France, was the first large-scale ABNJ MPA. It is partly in territorial seas, partly in the adjacent high sea: many Mediterranean States have not claimed an EEZ, so large parts of the water column remain high seas areas overlying the continental shelf. It was then adopted by the Barcelona Commission under its 1995 Protocol on «Specially Protected Areas of Mediterranean Importance» (SPAMI)[79]. Under the Protocol the parties «may invite any other interested State or international organization to accede»[80]. Further, cooperation, *e. g.*, with

---

[68] The CAMLR Convention Area also contains large MPA within national jurisdiction.

[69] 21/10-2/11/2018.

[70] CCAMLR, CM 91-05, Art. 20. Its designation can be renewed if the specific objectives of the MPA are still relevant. *Ibid.,* Art. 21.

[71] Krill is one of the main species harvested in the Antarctic.

[72] CM 91-05(2016), Art. 7.

[73] *Ibid.,* Art. 24.

[74] *Ibid.,* Art. 10.

[75] CM 91-04/2011, Art. 10.

[76] The International Whaling Commission is empowered to designate sanctuary areas, fix the limits of open and closed waters, prescribe seasons, catch and size limits for each species of whale as well as prohibit types and methods of fishing. See International Convention for the Regulation of Whaling, 161 UNTS 72 (1946), Art. 5.

[77] *E. g.,* CCSBT, WCPFC, SPRFMO, SIOFA, SEAFO. See CCAMLR (2017), *Report of the Thirty-Sixth Meeting of the Commission.*

[78] *Supra* n. 46.

[79] In practice, neighbouring coastal States' interests may be crucial for designating further high seas MPA: despite sixteen Mediterranean EBSA having been described to date, no other ABNJ SPAMI have been proposed.

[80] SPAMI Protocol, Art. 20.

the IMO, is important for effective protection of the Pelagos given that SPAMI regulations apply to third States only «within the limits of international law»[81].

The Sargasso Sea Collaborative Area[82], 2014, covers a large area of the High Seas and the Area in the North Atlantic. As the marine area is not under the ambit of any RSO and only small fragments lie in the scope of RFMO, the Hamilton Declaration[83] in setting up the Sargasso Sea Commission encouraged «relevant regional and international organisations [...] who wish to contribute to efforts to conserve the Sargasso Sea ecosystem [...] to participate as Collaborating Partners»[84]. Given its lack of jurisdiction, a crucial part of the Commission's work is in developing proposals for regional and international cooperation on preservation of the ecosystem with other organisations. Progress in this regard can be seen in the North-West Atlantic Fisheries Organisation ban on mid-water trawling gear and its adopting other precautionary measures to protect shallow seamounts[85].

The 2012 Mauritius and Seychelles «Treaty Concerning the Joint Management of the Continental Shelf in the Mascarene Plateau Region»[86] attempts to limit environmentally harmful activities in the ABNJ water column superjacent to their joint extended continental shelf. Measures should be taken precautionarily «concerning fishing activity» in those waters having direct impact on, or posing a significant risk to, «the natural resources of the seabed and subsoil in the JMA» [Art. 12(b)].

5. CONCLUSION

Precautionary innovations in international environmental law treaties, concepts and the practices of States on ABNJ MPA designation, and the *Chagos* and *South China Sea* tribunal decisions, have helped change understanding of the scope of UNCLOS provisions, particularly Arts. 192 and 194(5) and Arts. 117, 118 and 145, supporting the development of regional frameworks for MPA in ABNJ as an important tool to implement international law obligations to conserve marine biodiversity, and making clear the unsustainable exercise of high seas freedoms violates protection and preservation of the marine environment and is subject to dispute settlement. Looking to the future, as well as the new CCAMLR and OSPAR ABNJ MPA proposals, other RSO, such as the Abidjan[87] and Nairobi[88] Conventions are also starting to develop frameworks for protection of ABNJ marine ecosystems through MPA. Moreover, while regional organisations can only

[81] The MPA regulations apply to third States «within the limits of international law». *Ibid.,* Art. 14(2).
[82] *Supra* n. 47.
[83] Original signatories: the Azores, Bermuda, Monaco, UK and USA.
[84] Hamilton Declaration, § 11.
[85] NAFO (2013), *Report of the Scientific Council*, 6-7.
[86] *Supra* n. 49. The Treaty's principle concern is regulating and protecting the environment of the joint extended continental shelf.
[87] Abidjan Convention COP Decision 11/10 (2014).
[88] Nairobi Convention COP Decisions 8/5 (2015) and 9/6 (2018).

bind their own parties and cannot regulate all human activities in ABNJ, there has been clear progress on their capability to enforce MPA with respect to third parties. MPA designation and post-designation underpinning is showing that different organisations can contribute to managing human activities in a way that supports ecosystems. These emerging cooperations supporting ecosystem protection through ABNJ MPA are, gradually, visibly reorienting the balance between the international community's conservation obligations and its ABNJ freedoms.

CHAPTER 11

ACTIVE MARINE RESTORATION AND LAW

Anastasia TELESETSKY
Professor, Natural Resources and Environmental Law Program
University of Idaho, USA

RÉSUMÉ: *Les perspectives à long terme de l'abondance des ressources marines vivantes dans les eaux de l'océan mondial sont incertaines. Les temps ont changé rapidement. Certains États ont réagi au déclin des ressources marines avec deux stratégies génériques. Les premiers États ont désigné diverses aires marines protégées (AMP), en partie pour répondre à l'objectif 14.5 des objectifs de développement durable (ODD) visant à «conserver au moins 10% des zones côtières et marines». D'autre part, les États investissent dans de meilleurs programmes de surveillance et de lutte contre la fraude pour lutter contre la pêche illégale (INN-IUU). Ces solutions peuvent atténuer certaines pressions humaines sur les écosystèmes, mais ne contribuent pas directement à l'amélioration des valeurs écologiques marines. La restauration marine active correspond aux efforts coordonnés d'individus ou de groupes visant à faire revivre les structures et les fonctions des systèmes écologiques. Cela pourrait inclure des efforts ciblés pour restaurer les habitats endommagés par la plantation active d'herbes marines ou la greffe de récifs coralliens. Cela pourrait inclure le lâcher de poissons ou d'autres animaux marins dans une zone pour augmenter la population reproductrice. Certains États participent activement aux efforts de restauration du milieu marin. Mais le nombre d'États qui entreprennent de tels projets est limité.*
Ce chapitre présente trois propositions politiques ayant des implications juridiques pour poursuivre la restauration marine active et améliorer les performances de l'État au titre des obligations existantes en matière de restauration des stocks et des écosystèmes marins. Premièrement, les États doivent renforcer leur coopération en matière de recherche scientifique marine, afin d'améliorer les mesures qui soutiennent la «restauration marine active», notamment en intégrant de

nouveaux types de connaissances pour contribuer au rétablissement de l'écosystème. La deuxième restauration marine active, axée sur l›accélération des efforts de restauration, devrait être intégrée à la stratégie de développement internationale de «l'économie bleue». Enfin, étant donné que les océans ont des limites géopolitiques perméables, une restauration marine active et efficace peut nécessiter une nouvelle approche institutionnelle qui ne soit pas fondée sur l'État, mais sur le gardien. Si un Conseil Gardien des Océans devait se réunir et se voir conférer le pouvoir par les États de protéger les intérêts des océans, indépendamment de leurs intérêts, les priorités associées à la gouvernance des océans pourraient être très différentes de celles qui existent aujourd'hui.

Mots-clés: *restauration marine active; droit.*

ABSTRACT: *The long-term outlook for global ocean abundance of living marine resources is uncertain. Times have changed quickly. Some States have reacted to the decline in marine resources with two generic strategies. First States have been designating a variety of marine protected areas in part to respond to SDG target 14.5 to «conserve at least 10% of coastal and marine areas». Second, States have been investing in better monitoring and enforcement programs to address illegal fishing. These solutions may ameliorate certain human pressures on ecosystems, but do not directly contribute to the enhancement of marine ecological values. Active marine restoration is the coordinated efforts by individuals or groups to revive the structures and functions of ecological systems. This might include targeted efforts to revive habitat that is damaged through active planting of seagrasses or grafting of coral reefs. This might include releasing fish or other marine animals into an area to increase the breeding population. Some States are engaged in active marine restoration efforts. But the number of States undertaking such projects is limited.*

This chapter offers three political proposals with legal implications to further active marine restoration and improve state performance under existing duties to restore marine stocks and ecosystems. First, States need to enhance their existing marine scientific research cooperation to improve measures that support «active marine restoration» including incorporating new types of knowledge into assisting in ecosystem recovery. Second active marine restoration focused on accelerating restoration efforts should be mainstreamed as an international «blue economy» development strategy. Finally, given that oceans have permeable geopolitical boundaries, effective active marine restoration may require a new institutional approach that is not state-based but guardian-based. If an Ocean Guardian Council was to convene and be given powers by States to protect ocean interests independent of State interests, the priorities associated with ocean governance might be very different than those which exist today.

Keywords: *active marine restoration; law.*

The long-term outlook for global ocean abundance of living marine resources is uncertain. Times have changed quickly. Once, iconic fish such as cod were so plentiful that at least one seafarer claimed that the sea was «swarming with

fish»[1]. Today, cod stocks have plummeted from their historic abundance with additional pressures from warming oceans[2]. The reported amount of all types of fish captured at sea has decreased[3]. The number of vessels ranging from state of the art trawlers to unmotorized vessels remains around 4.6 million[4]. Fish and fish products remain one of the most traded food items in the world even though at least some fishing stocks are being fished at unsustainable levels[5]. The overall percentage of overfished stocks as proportion of fishery stocks has increased since 1975 when FAO first made calculations[6].

States have been aware of this ongoing trend and have responded with proposals to rebuild stocks. The UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) orders coastal States to develop «proper conservation and management measures» within the exclusive economic zone that will «maintain or restore populations of harvested species at levels which can produce the maximum sustainable yield, as qualified» by both human needs («economic needs of coastal fishing communities» and «fishing patterns») and biological needs («the interdependence of stocks»)[7]. The 1995 Straddling Stocks Agreement, implementing UNCLOS includes as one of its general principles the expectation that fisheries conservation and management measures be «designed» to «maintain or restore stocks» at the levels mandated under the UNCLOS. Elaborating on the ecosystem based approach to fisheries managements, States are expected to also maintain or restore populations of «species belonging to the same ecosystem or associated with or dependent upon the target stocks [...] above levels at which their reproduction may become seriously threatened»[8]. Even though the legal standard of implementing conservation and management measures in order to restore populations to numbers just above levels at which a population might collapse seem to be a low threshold, it does offer clearer guidance about when States must apply the precautionary principle to their activities. Members of the treaty are expected to identify scientifically based reference points that can serve as «precautionary reference points» to «trigger preagreed conservation and management action»[9].

---

[1] Hinds, B. (ed.), *Calendar of State Papers, Milan*, Vol. I (HMSO, 1912), nº 552, 336-338. English Translation from Italian (quoting from a letter from Raimondo di Soncino to the Duke of Milan in 1497 that in the waters of what is today Eastern Canada «the sea there is swarming with fish, which can be taken not only with a net but in baskets let down with a stone, so that it sinks in the water»).

[2] Whittle, P. (2018), «Historic Cod Fishery Had Worst Year in History in 2017», Associated Press, July 27, *https://www.usnews.com/news/best-states/maine/articles/2018-07-27/historic-cod-fishery-had-worst-year-in-history-in-2017* (Noting that a peak of 21 million pounds of cod were captured in 1991 but in 2017 only 79, 816 pounds were landed in 2017).

[3] FAO (2018), «The State of the World Fisheries and Aquaculture», 4 (Some of the decreases is attributable to El Nino conditions).

[4] *Ibid.,* 5.

[5] *Ibid.,* 15 and 41.

[6] *Ibid.,* 40.

[7] United Nations Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 UNTS 397, Art. 61(3).

[8] United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, Sept. 8, 1995, 2167 UNTS 88.

[9] *Ibid.,* Annex II.

Concerned that many States have not prioritized restoration efforts, States agreed in Sustainable Development Goal target 14.4 to «effectively regulate harvesting and end overfishing, illegal, unreported and unregulated fishing and destructive fishing practices [...] in order to restore fish stocks in the shortest time feasible» to levels producing maximum sustainable yield[10]. If this target was to be met and overfished stocks could be rebuilt to levels allowing for additional fishing effort, marine fisheries could contribute 16.5 million tonnes and $2 billion dollars additional income for States[11]. In the meantime, the decline in stocks and the increase in vessels are particularly acute in developing States.

Some States have reacted to the decline in marine resources with two generic strategies. First States have been designating a variety of marine protected areas in part to respond to SDG target 14.5 to «conserve at least 10% of coastal and marine areas»[12]. The purpose of some of these areas is to provide a temporary spatial solution to overfishing and to enhance habitat by giving ocean areas a chance to recover. The working theory is that a formal legal closure of an area will improve the performance of an ecosystem as target species plus associated species recover. Ideally, an MPA will encompass surface to seabed protection, but such expansive MPAs are rare due to competing uses. The challenge has been that designating MPAs is unlikely to have positive ecological benefits unless uses within a new reserve that compete with conservation and restoration needs can be effectively eliminated or limited. When human needs for food resources compete with the ability of an ecosystem to begin recovery, a «fully protected» MPA will fail if social considerations are ignored[13]. In particular, developing States struggle with effectively enforcing MPA provisions to allow for a reversal of conditions that have led to ecological decline.

Second, States have been investing in better monitoring and enforcement programs to address illegal fishing. With estimates of up to $23 billion of revenue being generated by illegal fishing, States have been reacting by improving port state inspections of vessels or deploying coast guard patrols. Eliminating illegal fishing is critical for stabilizing stocks from further declines but it is unlikely to lead to restoration of stocks. Legal fishing ventures contribute to overfishing particularly in zones where there is intense competition between fleets. Discard practices and excessive by catch undermine efforts to improve conservation and management measures.

One difficulty with both of these existing solutions as a means of returning abundance to the oceans is that States are largely only responding by restraining marine activities *e. g.* preventing parties from fishing in area where they previously

---

[10] FAO (2018), *supra* 43, note.

[11] *Id.* at 44.

[12] This same goal was reflected in the Aichi Biodiversity Targets.

[13] Christie, P. *et al.,* «Starting point or solution? Community-based Marine Protected Areas in the Philippines», *Journal of Environmental Management,* 66, 441-454 (Describing how supportive community members unable to access an area previously used for fishing may have turned into poachers).

fished or ending fishing practices. These solutions may ameliorate certain human pressures on ecosystems, but do not directly contribute to the enhancement of marine ecological values. The natural recovery of individual areas made possible by implementing MPAs is important, but it does not fully address, however, the rapid loss of ecological systems. Natural recovery takes time and may not be sufficient in light of ongoing environmental pressures including problems that lack adequate responses such as acidification and warming oceans. A continued fixation of natural recovery has led to States missing opportunities to coordinate broad-based and long-term human efforts to accelerate marine ecosystem recovery. States must invest extensively in active marine and coastal restoration. While NGOs and communities can provide support in the form of local governance, States to meet legal obligation to achieve ecological restoration for areas under their jurisdiction must prioritize restoration as part of its development planning strategies.

Active marine restoration is the coordinated efforts by individuals or groups to revive the structures and functions of ecological systems. This might include targeted efforts to revive habitat that is damaged through active planting of seagrasses or grafting of coral reefs. This might include releasing fish or other marine animals into an area to increase the breeding population. This might also include removing conduits pollution such as point sources from dumping into marine waters. If successful, active marine restoration can «(1) [...] accelerate, recovery in the case of slow natural recovery [...] (2) [...] enable recovery when systems are stuck in alternative, less desirable states [...] or (3) [...] change the structure and/or function in cases of extreme decline of ecosystem services to form a healthy ecosystem» [14].

Some States are engaged in active marine restoration efforts. But the number of States undertaking such projects is limited. Restoration has been regarded primarily as part of a conservation strategy that has prioritized MPAs and combatting illegal, destructive fishing. Restoration has not yet been approached as a «marine development» strategy like a port development project. This general failure to conceive of restoration work as national development is a lost opportunity particularly in light of the variety of ecosystem services associated with oceans including food resources, flood protection, carbon sequestration, pollution reduction (filter feeders), and sand formation. Some States are engaged in a «blue economy» effort but only a few States have politically conceived of «active restoration» as a component of that economy [15].

This paper offers three political proposals with legal implications to further active marine restoration and improve state performance under existing duties to restore marine stocks and ecosystems. First, States need to enhance their existing marine scientific research cooperation to improve measures that support «active

[14] Abelson, A.; Halpern, B. S.; Reed, D. C., *et al.* (2016), «Upgrading Marine Ecosystem Restoration Using Ecological-Social Concepts», *Bioscience,* 66(2), 156-163 (159), doi:10.1093/biosci/biv171.

[15] Bleaching of coral in the Seychelles led the State to undertake active restoration efforts for coral reefs in hopes of improving the number of juvenile corals that might adapt to changing ecosystem conditions.

marine restoration» including incorporating new types of knowledge into assisting in ecosystem recovery. Second active marine restoration focused on accelerating restoration efforts should be mainstreamed as an international «blue economy» development strategy. Finally, given that oceans have permeable geopolitical boundaries, effective active marine restoration may require a new institutional approach that is not state-based but guardian-based.

1. INTERNATIONAL COOPERATION AND MARINE RESTORATION ECOLOGY

The UNCLOS treaty provides a potential legal framework for States to pursue programs for «active marine restoration». Four articles encompass aspects of marine restoration. First, Art. 197 of UNCLOS articulates an obligation for States to cooperate globally, or where appropriate regionally in «formulating and elaborating international rules, standards and recommended practices and procedures [...] for the protection and preservation of the marine environment». Second wealthier States are expected to assist developing States in the promotion of programs designed to assist with «the protection and preservation of the marine environment» [16]. Third, States, are expected to promote international cooperation in marine scientific research and to give other States «a reasonable opportunity» to obtain «information necessary to prevent and control damage [...] to the marine environment» [17]. Finally, States are expected to promote «actively the development and transfer of marine science and marine technology on fair and reasonable terms and conditions» which includes «the acquisition, evaluation and dissemination of marine technological knowledge» [18].

Taken together, these four obligations under UNCLOS support an increase in global investment in marine restoration ecology research to better understand the dynamics of marine restoration that can contribute to «protection and preservation of the marine environment». Restoration ecology is the study of ecological systems and how a degraded ecosystem can recover after damage to structures and functions. Basic science investments in restoration ecology research is essential because ecologists are still learning about how complex marine systems operate, what causes them to fail, and why recovery can be challenging. Findings from restoration ecology can contribute to successful future implementation of restoration policies. For example, a recent study finding that species diversity appears to be a critical factor for restoration of seagrass meadows in the Coral Triangle may inform future projects in other regions [19].

---

[16] UNCLOS *supra*, 7, note, Art. 202.

[17] *Ibid.,* Art. 242.

[18] *Ibid.,* Art. 266 and 268.

[19] WILLIAMS, S. *et al.* (2017), «Species Richness Accelerates Ecosystem Restoration in the Coral Triangle», *PNAS,* 114 (45), November 7, 11986-11991 (Noting that challenges remain in managing ongoing human disturbances to restoration sites such as trampling, anchoring, and marine debris).

Even though Sustainable Development Goal Target 14A calls for States «to increase scientific knowledge, develop research capacity and transfer marine technology», the ability of many States to operate even basic research programs is undermined by financial constraints. Funding of basic ocean research has either declined or been stagnant in at least some of the major maritime powers[20]. Without basic ocean research, it is difficult to make advances in marine technology. For example, if scientists don't really know how coral reefs respond to certain restoration interventions, they are less likely to be able to develop breeding or grafting technologies that will be effective. Even where there may be proprietary marine technical know-how, States should facilitate access to and fair use of those technologies, which are likely to protect and preserve the marine environment.

Shaping active marine restoration programs based on shared findings from restoration would be a key contribution of the UNCLOS regime to restoring ocean resources. Developing international rules, standards and recommended practices and procedures that are capable of supporting salvage restoration efforts are likely to become increasingly important as States grapple with a combination of warming and acidifying oceans. Some of these rules might include technical rules indicating best practices for reef replenishment or connectivity. Other rules might include reducing certain types of land-based runoff to ensure good water quality for the re-establishment of coral communities.

Developing States host a large proportion of marine biodiversity in waters under their jurisdiction, particularly in tropical and semi-tropical regions. Without adequate international cooperation by wealthier States, many developing States are unable to support marine protection programs including restoration programs. While private support from non-governmental organizations is to be applauded, wealthy States should be underwriting marine scientific research expeditions in developing States designed not just to collect data but to strengthen domestic scientific communities in the countries where expeditions are taking place.

2. ACTIVE MARINE RESTORATION AND THE BLUE ECONOMY

Natural capital refers to those resources that form the basis of human life including soil, air, water, and biodiversity. This concept anchors efforts to reimagine business accounting to include environmental assets so that businesses will incorporate the environment into their corporate decision-making. In the marine sphere, there are numerous habitats including coral reefs, oyster reefs, seagrass, and coastal wetlands that contribute to natural capital particularly as breeding, spawning, and feeding grounds for marine species that humans rely upon for subsistence and livelihoods.

---

[20] «Four Decades of Funding of U.S. Marine Biology: Are We in Trouble?» (November 26, 2012) *http://www.deepseanews.com/2012/11/four-decades-of-funding-of-u-s-marine-biology-are-we-in-trouble/*.

There is some evidence that «active restoration» offers a cost-effective means of reviving abundance in certain ecosystems particularly when measured on a decadal timescale. For example, in a model based on seagrass meadows and catchment areas in Queensland, Australia, a group of researchers explored the trade-offs between restoration and protection actions across complex land-sea systems. They discovered «controversially» that active marine restoration was the most cost-effective approach to recovering certain ecological values even though it involved initially higher costs[21].

The challenge has been in linking active marine restoration to the current dynamics of a market-driven economy. Bridging the need for abundant fisheries resources and healthy marine habitats with the desire of consumers looking for cheap market deals has often resulted in a normative disconnect. The financial viability of investing in «active restoration» in an economy (blue, green, or otherwise) remains largely untested as entrepreneurs and policymakers invest in new approaches such as aquaculture to meet fisheries needs. In a number of corners of the globe, however, there are some fledgling business and community efforts to support active marine restoration to improve fisheries resources. For example, Reef Design Labs has placed 3-D-printed coral reefs into the Maldives in hopes of helping to rebuild damaged coral[22].

Both domestic and international legal systems can create law and policy frameworks to enabling conditions for active restoration. At the domestic level, governments might fund community capacity building efforts to ensure that restoration projects are properly implemented. For some States, active restoration projects such as reforestation and invasive species removal provide dual benefits of reducing poverty and facilitating ecological restoration outcomes. Governments might also regulate marine based industries to require these industries to engage in active restoration of renewable resources or habitat after extraction or construction activities.

Existing «blue economy» policies and law have largely not incorporated any explicit objectives to restore damaged ecosystems within a State's maritime jurisdiction. The focus of existing first-generation «blue economy» policies has primarily been on linking general concepts of sustainability and planning with either enhancing or creating economic sectors for coastal tourism, fisheries and aquaculture, energy production, mining production, transport, and carbon markets. Opportunities may exist for domestic States to consider how active marine restoration investments could generate appropriate livelihoods and economic growth. The state of Quintana Roo in Mexico that depends heavily on tourism is banking

---

[21] Saunders, M. I.; Bode, M.; Atkinson, S.; Klein, C. J.; Metaxas, A.; Beher, J., *et al.* (2017), «Simple rules can guide whether land- or ocean-based conservation will best benefit marine ecosystems», *PLoS Biol,* 15(9), 1-22(6), e2001886, *https://doi.org/10.1371/journal.pbio.2001886.*

[22] «A New Approach to Marine Restoration: 3-D Printing Coral Reefs with Ceramic», *Pacific Standard*, September 7, 2018, *https://psmag.com/environment/a-new-approach-to-marine-restoration-3-d-printing-coral-reefs-with-ceramic.*

on maintaining community livelihoods through active restoration investments. The model they have chosen is an indirect model using insurance products to provide funding to repair damages. In early 2018, the Quintana Roo government, the hotel owners association in Cancun and Puerto Morelos, and the Nature Conservancy purchased a parametric insurance policy for a portion of the Mesoamerican Reef to protect against coral loss due to storm damage[23].

Funding is available for marine restoration projects through the Global Environmental Facility but these funds are limited compared to other financial transfers[24]. International financial institutions can encourage coastal States seeking international loans or grants to develop poverty reduction strategy papers (PRSP) that consider the long-term value of investing in active marine restoration as a means of recovering ecosystem services. Protection of marine resources through community restoration has not been identified as a specific strategy for PRSP drafters. Within PRSP's collected by IMF[25], there are descriptions of environmental restoration objectives but these reference terrestrial restoration projects involving particularly reforestation and recovery of soil on agricultural lands. Active marine restoration (in the form of mostly habitat restoration) should be an investment targeted to both protect natural capital and enable new livelihoods.

«Blue economy» principles can be incorporated into restoration objectives as demonstrated by the Indonesian Pemuteran Bay Coral Protection Foundation. This organization has designed 75 artificial biorock reefs to restore fish stocks while also creating youth jobs for implementing biorock reef restoration technology[26]. Sufficient capital investment by the State could provide a boost to spreading the restoration technology as appropriate.

3. OCEAN GUARDIAN COUNCIL

In the last decade, there is an increasing understanding of the human impacts on ocean resources caused by fishing, cargo transport, land-based pollution, and fossil fuel combustion. We understand that marine abundance cannot be taken for granted. Yet, States continue to make governmental decisions that substitute short-term economic gains for long-term economic losses. There are few effective checks and balances on State domestic decision-making regarding coastal and marine resources under their jurisdiction that may have international implications.

---

[23] Tercek, M. (2018), «Business to the Rescue: Insurance for Reef Restoration» (March 8, 2018), *https://www.nature.org/en-us/about-us/who-we-are/our-people/mark-tercek/business-to-the-rescue--insurance-for-reef-restoration/.*

[24] UN Development Programme (2017), *Making Waves: Community Solutions, Sustainable Oceans*. (Describing a 850 hectare mangrove restoration project in Mexico that had created 60 direct jobs and benefited 170 individuals).

[25] Poverty Reduction Strategy Papers, *https://www.imf.org/external/np/prsp/prsp.aspx* (The subject of fisheries has been mainstreamed into a number of the Poverty Reduction Strategy Papers as a subject for development).

[26] *Supra* note 24 at p. 42.

The largely State-centric nature of existing ocean governance is reflected in Art. 193 of UNCLOS declaring that «States have the sovereign right to exploit their natural resources pursuant to their environmental policies and in accordance with their duty to protect and preserve the marine environment»[27]. The question of institutions has become a subject for debate among State delegation to the current negotiations to protect marine biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction (ABNJ). Some delegates and interest groups have raised the question of whether coordination with existing regional institutions is most appropriate or whether a new international agency should be created to address the administration of regions of ABNJ[28]. While there is no consensus around this meta-issue of having a sectoral, global, or hybrid approach, it is probably safe to predict that the institution, as a creature of an inter-state compromise will predominantly represent State interests associated with the ocean.

While the first two recommendations to improve implementation of «active marine restoration» efforts may be difficult to conceive of in terms of coordination and financial investment, the last recommendation calls for a re-imagination of how we do decision-making around restoration objectives. What if the «we the peoples of the United Nations»[29] were to acknowledge that the ocean as a living system has rights independent of the rights of States and independent of the rights of individual humans? A number of legal systems have recognized that nature has rights independent of other systems of rights and obligations[30]. One reason for recognizing inherent rights of the ocean as a system to be protected and restored is to protect our (*e. g.* «we the peoples of the United Nations») existing and future relationship with the ocean.

Under our current ocean governance system, there is an assumption that the ocean is an object to be managed by various institutions, sectoral or global. The ocean has not been considered by delegations to be a legal subject capable of sustaining legal personality. In part, this may be the product of the utilitarian nature of international negotiations where the need for State consent presupposes that the State is the only source of rights and authority. Yet, as New Zealand has demonstrated there are alternatives ways to conceptualize of governance. In response to settlement agreements under the Treaty of Waitangi, the New Zealand Parliament concluded the Te Awa Tupua Act of 2017, which grants legal personhood to the Whanganui River and the river basin[31]. Rights are vested in Te Awa Tupua and a guardian Te Pou Tupua, composed of two individuals, acts on behalf of the river's interests. The State of New Zealand has assigned NZ $30 million to support implementation of the Act.

---

[27] UNCLOS, *supra* note 7, Art. 193.

[28] Wahlen, C. (2018), «Conference Addresses Management Tools for Marine Biodiversity Areas Beyond National Jurisdiction», September 25, *http://sdg.iisd.org/news/conference-addresses-management-tools-for-marine-biodiversity-areas-beyond-national-jurisdiction/*.

[29] Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI, Preamble.

[30] Cano Pecharroman, L. (2018), «Rights of Nature: Rivers that Can Stand in Court», Resources, 1-14: doi:10.3990/resources7010013 (Noting recognition by India, Ecuador, Colombia, and New Zealand).

[31] New Zealand Parliament, Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement Act 2017, nº 7).

What if we could envision a similar system for the oceans. If an Ocean Guardian Council was to convene and be given powers by States to protect ocean interests independent of State interests, the priorities associated with ocean governance might be very different than those which exist today. There would be likely more emphasis on investing in restoration efforts and less on resource allocation and exploitation such as deep seabed mining. The political hurdles are obvious in creating any institution to support rights of the ocean as a subject of law, but this proposal offers the type of paradigm shift that might be needed to accelerate restoration efforts. If an Ocean Guardian Council could be created, then there would be another source of authority to manage our living relationships.

Accepting that this vision of a world where the ocean has rights may be too threatening to the existing sovereign world order, there may still be some opportunities in interstate negotiations to consider how to institutionalize ocean ecosystem needs. One of the topics in the ABNJ package negotiations is requiring environmental impact assessments (EIA) of certain ocean activities. While it is unclear what standards of thresholds might trigger an international EIA process, there is an opportunity to think about what kinds of stakeholder bodies could participate in the process. One possibility might be to have a UN Ombudsperson appointed to solely represent the interest of the oceans in an EIA process. In the context of proposed exploitation activities, this Ombudsperson would be expected to address not only impacts but also the financial and ecological viability of restoration to address specific impacts.

While any such office of an Ombudsperson would be limited in their powers to information-sharing, there are advantages in having such an office created. While many non-governmental organizations are committed to ocean protection, these organizations cannot be said to only represent the interests of the oceans because they have other parties involved directly and indirectly in how they do their representation including funders. The advantage of introducing an Ombudsperson would be to have one steady voice documenting the nature and extent of the human relationship to the oceans. Perhaps, reports from such an Ombudsperson might simply operate as a voice of conscience reminding us repeatedly of the interconnectivity of ocean ecosystems or such reports might slowly change the norms of ocean governance decision-making. Through the role of a person «who speaks for the oceans», the concept of «marine restoration» as a possibility for managing the human relationships with an already damaged ocean may gain political legitimacy.

4. CONCLUSION

While legal standards for marine restoration under existing treaties are generally limited to protecting the fisheries management target of maximum sustainable yield, there is an increasing awareness that conservation and regulatory enforcement efforts alone may not achieve this target and certainly will not recover historical levels of ocean resource abundance. States or groups delegated authority

by States will need to undertake active marine restoration efforts to protect the interests of human communities. Active marine restoration has not received much investment as a conservation and management measure because of questions about the success rate of restoration projects and the upfront costs associated with initiating a project. This paper offered three political proposals with legal implications for strategically and broadly implementing active marine restoration.

Can we return to abundance? It depends on the commitments that are possible to restrain exploitation but also revive resources through cooperative restoration efforts. Reflecting on the unravelling of the web of life in the oceans, author Callum Roberts comments: «[I[f you are wondering whether it matters that life in the sea has gone down, the answer is yes. In the long term, it is a matter of life and death to all of us [...] The oceans have colossal importance in keeping our planet habitable. If they fail so do we»[32].

These are not the words of a cynic, but words of warning that regrettably we have a limited window for action before we no longer hope to recover values that matter to us today and will probably matter to future generations. Seven billion people may need to reimagine our relationship with the oceans which will require more cooperation in understanding the possibilities of restoration ecology for marine ecosystems, more international and domestic investment in restoration activities, and more respect for the interests and possibly the rights of the ocean ecosystems to be protected and restored.

[32] Roberts, C. (2015), «Our Seas Are Being Degraded, Fishing Are Dying, But Humanity is Threatened Too», *The Guardian*, September 19 (Noting that over the course of 45 years we have half the wildlife left in the oceans than we had historically).

CHAPTER 12

THE EUROPEAN UNION AND THE CONSERVATION AND MANAGEMENT OF DEEP-SEA FISHERIES

Gabriela A. Oanta *

Associate professor of Public International Law and International Relations
Director of the «Salvador de Madariaga» University Institute for European Studies
at the same university and holder of the Jean Monnet Module «The European Union's
Integrated Maritime Policy» (574770-EPP-1-2016-1-ES-EPPJMO-MODULE)
University of A Coruña (Spain)

RÉSUMÉ: *Ce chapitre abordera la question de la contribution de l'Union européenne (UE) à la conservation et à la gestion des pêches en eaux profondes, tant dans ses eaux que dans les zones marines situées au-delà de la juridiction nationale (ABNJ). Les activités de pêche menées par l'UE au cours des dix dernières années et la portée juridique des divers documents adoptés par celle-ci dans ce domaine ont révélé l'existence de problèmes graves et complexes en matière de pêche hauturière. Actuellement, la conservation et la gestion des pêcheries hauturières sont des questions d'actualité dans les agendas de pêche de l'UE et de plusieurs organisations régionales de gestion des pêches. Ce chapitre sera divisé en deux parties afin d'examiner la question de la contribution de l'UE à la conservation et à la gestion de la pêche en eau profonde à la fois dans ses eaux et dans les ZAJN.*

Mots-clés: *Union européenne; pêche en haute mer; préservation; gestion; organisations régionales de gestion des pêches.*

---

* This chapter is the result of the author's collaboration on the research project «Proceso de negociación internacional para la conservación de la biodiversidad marina en las aguas más allá de la jurisdicción de los Estados» («International negotiation process for the conservation of marine biodiversity in waters beyond the jurisdiction of States») (ref. DER2016-78979-R), funded by the Spanish Ministry of Economy and Competitiveness for the period December 2016 to November 2019. ORCID ID: 0000-0002-1098-4758. E-mail address: *gabriela.oanta@udc.es*.

ABSTRACT: *This chapter will address the issue of the European Union's (EU's) contribution to the conservation and management of deep-sea fisheries both in its waters and in marine areas beyond national jurisdiction (ABNJs). The fishing activities performed by the EU in the last ten years and the legal scope of various documents adopted by it in this field have revealed the existence of serious and complex problems in deep-sea fisheries. Currently, the conservation and management of deep-sea fisheries are highly topical issues on the fishing agendas of both the EU and several regional fisheries management organizations. This chapter will be divided into two parts in order to address the issue of the EU's contribution to the conservation and management of deep-sea fisheries both in its waters and in ABNJs.*

Keywords: *european union; deep-sea fisheries; conservation; management; regional fisheries management organizations.*

1. INTRODUCTION

The European Union (EU) is a maritime peninsula surrounded by two oceans (the Atlantic and the Arctic) and four seas (the Baltic Sea, North Sea, Mediterranean Sea and Black Sea). Its coastline, which spans 68,000 km across 23 of its 28 Member States, is the longest on the planet[1]. European welfare and prosperity depend in large part on the state of these marine spaces and their natural resources.

The EU's fishing activity has significant biological, economic and social dimensions, which play a core role in many of its regions. A few figures may help to underscore the extent of its importance. The EU's fish market ranks first in the world; it is the largest consumer of fishing products of great economic value[2]. The EU also has one of the world's largest fishing fleets. More than 86,000 fishing vessels fly the flag of an EU Member State, of which 74% pertain to the EU's small-scale coastal fleet, 25% to its large-scale fleet, and 1% to its distant-water fleet[3]. Some 260,000 fishermen work on board these vessels[4].

Currently, approximately 25% of EU fishing catches are made in international waters or waters under the jurisdiction of third countries, approximately 8% are enabled by fisheries agreements with third countries, and approximately 20% are made in the high seas, basically in areas under the jurisdiction of regional fisheries management organizations or arrangements (RFMO/As). Some such organizations or arrangements refer to tuna stocks or mixed fish stocks, whilst others

[1] The EU's coastline is more than three times as long as that of the United States of America and almost twice as long as Russia's. See *http://www.eea.europa.eu/themes/coast_sea/intro* (accessed 1 October 2018).

[2] Assemblée Nationale (2013), «Rapport d'information déposé par la Commission des Affaires Européennes sur la réforme de la politique commune de la pêche, et présenté par Mme Annick Girardin et M. Didier Quentin», Paris, Assemblée Nationale.

[3] European Commission (2018), «The EU Fishing Fleet: Facts & Figures», Brussels.

[4] It is estimated that each fisherman generates between four and five jobs on land in different industries related to the fishing sector, such as: in the processing, packaging, transport and marketing industries, in shipyards, in the manufacture of fishing gear, in supply and maintenance companies of the fishing fleet, etc.

have certain competences in relation to demersal fish stocks. Unsurprisingly, the EU has a keen interest in participating in the conservation and management of fish stocks[5].

One of the main difficulties in analysing deep-sea fisheries is the lack of a unanimously accepted definition of their scope. Several international organizations such as the United Nations (UN), the Food and Agriculture Organization (FAO), various RFMOs and the EU itself have placed different limits on the depth at which this economic activity can be carried out based on specific criteria and the available scientific data[6]. For instance, some FAO documents define deep-sea fishing as fishing conducted at depths of 500 metres or more[7]. Some RFMOs such as the North East Atlantic Fisheries Commission (NEAFC) use a minimum depth of 200 metres, as affirmed by the International Council for the Exploration of the Sea (ICES)[8], and define a list of deep-sea species consisting of 27 fish species and 23 shark and ray species[9]. Still others, such as the Northwest Atlantic Fisheries Organization (NAFO), neither use nor define the concept of «deep-sea fisheries» at all[10]. The EU seems to have chosen to identify certain species[11] in order to define deep-sea fisheries activities based on a range of biological factors[12].

There are currently more than forty RFMO/As in the international arena[13]. The EU belongs to six tuna organizations and eleven non-tuna organiza-

---

[5] For an overview of these issues, see Antonova, A. (2015), «Reforming European Union Participation in Fisheries Management and Conservation on the High Seas», *Ocean Yearbook*, 29, 125-143; Churchill, R., and Owen, D. (2010), *The EC Common Fisheries Policy*, Oxford, Oxford University Press, especially 75-128 and 359-397.

[6] For a detailed analysis of the role played by different international organizations in relation to the international and regional regulation of deep-sea fisheries, see Oanta, G. A. (2018), «International Organizations and Deep-Sea Fisheries: Current Status and Future Prospects», *Marine Policy*, 87, 51-59.

[7] «FAO's Input to the UN Secretary-General's Comprehensive Report for the 2016 Resumed Review Conference on the UN Fish Stocks Agreement Food and Agriculture Organization of the United Nations» (2016), *http://www.un.org/*.

[8] Cooperativa de Armadores de Pesca del Puerto de Vigo (2016), «Report on Fisheries Management in International Deep Sea Waters and Its Biodiversity Conservation», 8-9.

[9] European Commission. Directorate-General for Internal Policies (2014), «Deep-sea Fishing. In-depth Analysis», Brussels (IP/B/PECH/IC/2013-182), 13.

[10] For example, cod and redfish are caught in the range between 200 and 600 metres, whilst Greenland halibut, which is considered the true deep-sea fishery in the NAFO, is caught at depths between 700 and 1,600 metres. In this regard, see «Deep-sea Fishing. In-depth Analysis», *doc. cit.*, 13.

[11] Such as, amongst others: alfonsinos, gulper sharks, black dogfish, mouse cats hark, velvet belly, deep-water red crab, large-eyed rabbit fish, round nose grenadier, orange roughly, blue ling, common mora, Greenland halibut, Arctic skate, greater eel pout, etc. See: Annex I of Regulation (EU) 2016/2336 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2016 establishing specific conditions for fishing for deep-sea stocks in the north-east Atlantic and provisions for fishing in international waters of the north-east Atlantic and repealing Council Regulation (EC) nº 2347/2002, OJ L 354/1, 23.12.2016.

[12] Namely, maturation at relatively old ages, slow growth, long life expectancies, low natural mortality rates, intermittent recruitment of successful year classes and spawning that may occur every year. See Article 3(1) of Regulation (EU) nº 2016/2336.

[13] There is currently no international legal text containing an internationally accepted definition of RFMO/A. However, an RFMO is considered to be an international intergovernmental organization or arrangement with a specific scope, created by means of an international treaty, and given powers to adopt measures for the conservation and management of certain areas of the high seas. For a more detailed analysis of the role of RFMO/As, see Hinojo Rojas, M. (2016), «El acceso de terceros Estados a las Organizaciones internacionales

tions [14]. However, only eight have competences in the field of the conservation and management of deep-sea fisheries, of which the EU is party to seven. The measures adopted by these RFMOs are binding on their members. Hence, the EU must implement similar measures in its secondary law. However, every area of the high seas for which an RFMO has been established has unique characteristics that differentiate it from the rest. Their actions regarding deep-sea fisheries can thus vary considerably.

Against this backdrop, this chapter will first focus on current EU law on deep-sea fisheries in the waters under the jurisdiction of its Member States (Section 1). It will then examine the work the EU has done to date in the framework of various RFMOs with competences in the field of deep-sea fisheries (Section 2).

2. CURRENT EUROPEAN LAW ON DEEP-SEA FISHERIES IN WATERS UNDER THE JURISDICTION OF ITS MEMBER STATES

The conservation and management of deep-sea fisheries in the marine areas of the two oceans and four seas surrounding the EU's coast are governed, first, by the general rules of the Common Fisheries Policy (CFP) and, second, by the specific legal framework applied to EU fishing vessels involved in deep-sea fisheries.

Regarding the general rules of the CFP that apply to deep-sea fisheries, Article 3(1)(d) of the Treaty on Functioning of the European Union (TFEU) provides that the EU has exclusive competence in the area of the conservation of fisheries resources. However, Article 4(2)(d) TFEU provides for shared competence between the EU and its Member States in the other areas of fisheries. This has al-

---

de pesca: una cuestión a revisar», in Sobrino Heredia, J. M. (ed.), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en la situación de las gentes del mar*, Ed. Bomarzo, 167-189; Rochette, J. *et al.* (2014), «The Regional Approach to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction», *Marine Policy*, 49, 109-117; Takei, Y. (2013), *Filling Regulatory Gaps in High Seas Fisheries. Discrete High Seas Fish Stocks, Deep-sea Fisheries and Vulnerable Marine Ecosystems*, Martinus Nijhoff Publishers, 136-198; Vázquez Gómez, E. M. (2002), *Las organizaciones internacionales de ordenación pesquera: la cooperación para la conservación y la gestión de los recursos vivos del alta mar*, Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía.

[14] The European Commission adopted two Communications regarding the EU's participation in RFMOs offering significant information on the EU's commitment to conservation and management of the high seas. See COM(2011) 424 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on External Dimension of the Common Fisheries Policy*¸ Brussels, 13.07.2011; COM(2009) 613, *Communication from the Commission to the European Parliament on the Community participation in Regional Fisheries Organisations (RFOs)*, Brussels, 8.12.1999. On the EU's participation in various RFMOs, see Churchill, R., and Owen, D., *op. cit.*, 359-368; Franckx, E., and van den Bossche, K. (2010), «The Role of the European Union in Regional Fisheries Organizations», in Russell, D. A., and van der Zwaag, D. L. (eds.) (2010), *Recasting Transboundary Fisheries Management Arrangements in Light of Sustainability Principles. Canadian and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, 419-448; Müller, S. (2012), «The Legal Framework Governing the EU's Fisheries Activities in Western Africa», in Czybulka, D. (Hrsg.) (2012), *Marine Nature Conservation and Management at the Borders of the European Union*, Nomos, 49-55; Penas Lado, E. (2016), *The Common Fisheries Policy. The Quest for Sustainability*, Wiley Blackwell, 152-161.

lowed it, internally, to equip itself with an extensive set of regulations under the umbrella of the CFP and, externally, to be present and defend its fisheries interests in all the international fora.

Under Article 1(2) of Regulation (EU) nº 1380/2013 [15], the current framework regulation for the CFP, the EU's competence in the area of the conservation of fisheries resources is not limited solely to the maritime waters under the sovereignty or jurisdiction of its Member States, but also includes the fisheries activities of EU fishermen and fishing vessels in the waters of third countries and in the high seas [16]. Regulation (EU) nº 1380/2013 is supplemented by Regulation (EC) nº 1224/2009 on the control system for ensuring compliance with the rules of the CFP [17], as well as by the provisions of the EU's system to combat IUU fishing in accordance with Regulation (EC) nº 1005/2008 [18]. In the last decade, this regulation was supplemented in particular by Regulation (EC) nº 1006/2008 concerning authorizations for fishing activities of Community fishing vessels outside Community waters and the access of third-country vessels to Community waters [19], which has since been repealed by Regulation (EU) 2017/2403 on the sustainable management of external fishing fleets [20].

It is worth mentioning that Regulation (EC) nº 1224/2009 contains a specific article dedicated to demersal catches subject to multiannual plans. Specifically, Article 44 provides that, in the case of EU fishing vessels of 12 metres' length or more, deep-sea fisheries catches subject to a multiannual plan have to be placed in boxes, compartments or containers separately for each such stock. This obligation is ultimately intended to ensure proper identification of such catches. The Article also prohibits the retaining on board of demersal stocks subject to a multiannual plan mixed with other fish products. In addition, it establishes a specific obligation for the masters of the EU's fishing vessels regarding the stowage plan setting out the location of the different species in the holds.

---

[15] Regulation (EU) nº 1380/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 on the Common Fisheries Policy, amending Council Regulations (EC) nº 1954/2003 and (EC) nº 1224/2009 and repealing Council Regulations (EC) nº 2371/2002 and (EC) nº 639/2004 and Council Decision 2004/585/EC, *OJ L 354/22, 28.12.2013. For a detailed presentation of this act, see* Oanta, G. A. (2016), «La Política Pesquera Común», in Ortega Gómez M. (ed.), *Las políticas de la Unión Europea en el siglo xxi,* Bosch Editor, 132-149.

[16] For a detailed analysis of the EU's competence in the field of the conservation and management of fisheries, see Sobrino Heredia, J. M. (2009), «La politique communautaire de conservation et gestion des ressources halieutiques et quelques problèmes concernant l'application du droit de l'Union européenne», in Casado Raigón, R., et Cataldi, G. (eds.) (2009), *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruylant, 865-885.

[17] OJ L 343/1, 22.1.2009. For an in-depth analysis of this regulation, see Rey Aneiros, A. (2011), «Compleja reforma integral del Sistema de control de la Política Pesquera Común», *Revista General de Derecho Europeo*, 23, 1-20.

[18] OJ L 286/1, 29.10.2008.

[19] OJ L 286/33, 29.10.2008.

[20] OJ L 347/81, 28.12.2017. For an overview of this act, see Teijo García, C. (2017), «La dimensión externa de la política de pesca común y la protección de los recursos marinos vivos en aguas extracomunitarias», en Pueyo Losa, J., y Jorge Urbina J. (coords.) (2017), *La reforma de la gobernanza pesquera internacional y europea*, Thomson Reuters-Aranzadi, 150-154.

Thus, the general legal framework applicable to the conservation and management of deep-sea fisheries is supplemented by specific, highly technical rules, which are applied to the fishing vessels for certain deep-sea species within the EU's waters. There are currently three main regulations in this field, namely: Council Regulation (EU) 2016/2285 of 12 December 2016 fixing for 2017 and 2018 the fishing opportunities for Union fishing vessels for certain deep-sea fish stocks and amending Council Regulation (EU) 2016/72[21]; Regulation (EU) 2016/2336 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2016 establishing specific conditions for fishing for deep-sea stocks in the north-east Atlantic and provisions for fishing in international waters of the north-east Atlantic and repealing Council Regulation (EC) nº 2347/2002[22]; and Council Regulation (EU) 2018/120 of 23 January 2018 fixing for 2018 the fishing opportunities for certain fish stocks and groups of fish stocks, applicable in Union waters and, for Union fishing vessels, in certain non-Union waters, and amending Regulation (EU) 2017/127[23].

Undoubtedly, the adoption of Regulation (EU) 2016/2336 establishing specific conditions for fishing for deep-sea stocks in the north-east Atlantic and provisions for fishing in international waters of the north-east Atlantic has been a very sensitive issue. Industry players maintain that there are currently not enough scientific data to support the legal innovations regarding deep-sea fisheries adopted by the EU, such as the prohibition of fishing activities with bottom trawls at a depth below 800 metres. Moreover, there are concerns that this ban on issuing authorizations for such fishing activities is merely a first step and that the EU will try to promote the new limit in other RFMOs to which it is party. Certainly, it seems unlikely that the EU wants to be seen as applying a double standard on this point. Special attention will be paid to this regulation in Section 2 of this chapter as it contains provisions that apply to those waters of the north-east Atlantic that are under the jurisdiction of the EU's Member States as well as to those waters from the north-east Atlantic, which are under NEAFC jurisdiction. Therefore, this paper will look at the most significant aspects of this secondary law when presenting the NEAFC's activity in relation to the conservation and management of deep-sea fisheries.

3. THE EUROPEAN UNION'S PARTICIPATION IN THE REGIONAL FISHERIES MANAGEMENT ORGANIZATIONS WITH COMPETENCES IN THE FIELD OF DEEP-SEA FISHERIES

The EU is currently party to seven RFMOs involved into the conservation and management of deep-sea fisheries, namely: the Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CCAMLR)[24], the General Fisheries Com-

[21] OJ L 344/32, 17.12.2016.
[22] Regulation (EU) 2016/2336, *doc. cit.*
[23] OJ L 27/1, 31.01.2018.
[24] Council Decision 81/691/EEC of 4 September 1981 on the conclusion of the Convention on the conservation of Antarctic marine living resources, OJ L 252/26, 5.09.1981.

mission for the Mediterranean (GFCM)[25], the NAFO[26], the NEAFC[27], the South East Atlantic Fisheries Organization (SEAFO)[28], the South Indian Ocean Fisheries Agreement (SIOFA)[29], and the South Pacific Regional Fisheries Management Organization (SPRFMO)[30]. The North Pacific Fisheries Commission (NPFC) is the eighth RFMO with competences in the field of conservation and management of deep-sea fisheries; however, the EU is not amongst its members.

These international organizations have specific features that differentiate them from each other, and their actions vary considerably. This can be seen, for instance, in the collection of statistics on fisheries resources and deep-sea fishing, the assessment of fisheries resources in each RFMO's convention area, the adoption of measures related to deep-sea fisheries resources and the protection of marine biodiversity, etc. Against this background, this part of the chapter will first examine several institutional aspects of the EU's participation in the operations of these seven RFMOs in the field of deep-sea fisheries (Subsection 3.1), so as then to focus on the work these RFMOs have done to date in relation to the conservation and management of deep-sea fisheries (Subsection 3.2).

3.1. Institutional aspects of the EU's participation in the RFMOs with competences in the field of conservation and management of deep-sea fisheries

Three aspects in particular of the EU's participation in the operations of the RFMOs with competences in the field of conservation and management of deep-sea fisheries are especially significant for the purposes of this chapter. First, several regulations laying down certain provisions for fishing in several RFMO convention areas have been agreed. Second, the European Commission has published various proposals for decisions on the position to be adopted, on behalf of the EU, in each RFMO in recent years. Third, numerous actions have been brought before the Court of Justice of the European Union (CJEU) concerning regulations adopted by the EU on its fishing activities in the marine areas under the jurisdiction of different RFMOs.

---

[25] Council Decision 98/416/EC of 16 June 1998 on the accession of the European Community to the General Fisheries Commission for the Mediterranean, OJ L 190/34, 4.07.1998.

[26] Council Regulation (EEC) nº 3179/78 of 28 December 1978 concerning the conclusion by the European Economic Community of the Convention on Future Multilateral Cooperation in the Northwest Atlantic Fisheries, OJ L 378/1, 30.12.1978.

[27] Council Decision 81/608/EEC of 13 July 1981 concerning the conclusion of the Convention on Future Multilateral Cooperation in the North-East Atlantic Fisheries, OJ L 227/21, 12.08.1981.

[28] Council Decision 2002/738/EC of 22 July 2002 on the conclusion by the European Community of the Convention on the Conservation and Management of Fishery Resources in the South-East Atlantic Ocean, OJ L 234/39, 31.08.2002.

[29] Council Decision 2008/780/EC of 20 September 2008 on the conclusion, on behalf of the European Community, of the Southern Indian Ocean Fisheries Agreement, OJ L 268/27, 9.10.2008.

[30] Council Decision 2012/130/EU of 3 October 2011 on the approval, on behalf of the European Union, of the Convention on the Conservation and Management of High Seas Fishery Resources in the South Pacific Ocean, OJ L 67/1, 6.03.2012.

With regard to the adoption of regulations laying down provisions for fishing in RFMO convention areas, the EU has adopted secondary laws concerning the GFCM, the NEAFC and the SPRFMO. On 13 December 2011, the European Parliament and the Council adopted Regulation (EU) nº 1343/2011 on certain provisions for fishing in the GFCM Agreement area[31], which amended Council Regulation (EC) nº 1967/2006 concerning management measures for the sustainable exploitation of fishery resources in the Mediterranean Sea[32]. Articles 10 and 11 of Regulation (EU) nº 1343/2011 contain specific provisions regarding the fishing activity and protection of deep-sea sensitive habitats. European lawmakers opted to prohibit fishing with towed dredges and bottom trawl nets in three deep-sea fisheries restricted areas, namely, «Lophelia reef off Capo Santa Maria di Leuca,» «The Nile delta area cold hydrocarbon seeps» and «The Eratosthenes Seamount» (Article 10). The regulation also establishes the obligation for the Union's Member States to ensure the protection of the deep-sea sensitive habitats in the aforementioned marine areas in particular from the impact of any activity that could jeopardize the conservation of any characteristic feature of those habitats (Article 11).

Additionally, in December 2016 the EU introduced a highly sensitive reform in relation to deep-sea fisheries in the north-east Atlantic waters, namely, Regulation (EU) 2016/2336, adopted by the European Parliament and the Council on 14 December 2016, which entered into force on 12 January 2017[33]. The regulation affects deep-sea fishing activities whether they are conducted in waters under the jurisdiction of EU Member States or in international waters of this part of the Atlantic Ocean, where the NEAFC was established some years ago. Although only a handful of EU Member States engage in deep-sea fishing primarily, Portugal, France and Spain and it accounts for just 1% of all landings from the North Atlantic, the economy of certain regions of the Union depends on it to some degree.

The legislative process for the adoption of this secondary law by the EU began on 19 July 2012 with the publication, by the Commission, of a proposal for a regulation on this subject[34], intended to replace Regulation (EC) nº 2347/2002[35]. Following long, arduous and intense negotiations, on 14 July 2016, the Commission, the Council and the European Parliament agreed the text of the Proposal for a regulation establishing specific conditions for fishing for deep-sea stocks in the North-East Atlantic and provisions for fishing in international waters of the North-

[31] OJ L 347/44, 30.12.2011.

[32] OJ L 409/11, 30.12.2006.

[33] Regulation (EU) nº 2016/2336, *doc. cit.* For a detailed analysis of this reform, see Oanta, G. A. (2017), «The European Union's Reform of Deep-Sea Fisheries in the North-East Atlantic», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 32, 589-600.

[34] COM(2012) 371 final, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing specific conditions to fishing for deep-sea stocks in the North-East Atlantic and provisions for fishing in international waters of the North-East Atlantic and repealing Regulation (EC) nº 2347/2002*, Brussels, 19.07.2012.

[35] Council Regulation (EC) nº 2347/2002 of 16 December 2002 establishing specific access requirements and associated conditions applicable to fishing for deep-sea stocks, OJ L 351/6, 28.12.2002.

East Atlantic and repealing Regulation (EC) nº 2347/2002. Shortly after, on 18 October 2016, the Council adopted its position and, one week later, the Commission sent the modified proposal for a regulation and communicated its opinion on the Council's position on the matter to the European Parliament.

The adoption of Regulation (EU) 2016/2336 was a watershed moment in the management of deep-sea fisheries in the north-east Atlantic. This is due not so much to the specific access requirements and conditions applicable to deep-sea fisheries (which were already provided for under Regulation (EC) nº 2347/2002) as to the fact that it provides that deep-sea fishing in the north-east Atlantic requires a specific authorization indicating the deep-sea fish species that each vessel is authorized to fish. The provision excludes vessels «for which the overall recording of deep-sea species in the calendar year concerned is less than 10 tonnes» (Article 5). Fishing vessels are deemed to target deep-sea species if their communications about their catches in a given calendar year contain «at least 8% of deep-sea species in any fishing trip» (Article 5). Furthermore, authorizations are not issued for «fishing with bottom trawls at a depth below 800 meters» [Article 8(4)]. Finally, Regulation (EU) 2016/2336 also requires vessels to report encounters with vulnerable marine ecosystems (VMEs) below a depth of 400 metres and to move to an alternative area at least five nautical miles away from the area of the encounter [Articles 9(1)-(3)]. In all, the regulation includes 21 articles and three annexes (regarding the list of deep-sea species, the specific data collection and reporting requirements, and the VME indicator species).

The introduction of two types of fishing authorizations is one of the most important innovations regarding the fishing of deep-sea stocks in the north-east Atlantic. This innovative legislation stemmed from a provision introduced by the Council and the European Parliament that differed from the Commission's proposal to phase out the use of bottom trawls targeting deep-sea fish[36]. As noted, the first type of fishing authorization applies to vessels that land more than 8% of deep-sea species in any fishing trip and at least 10 tonnes in the calendar year concerned; the second type applies to vessels that have by-catches of deep-sea species. Such by-catch vessels are subject to a margin of 15% beyond the 10-tonne threshold[37].

Article 8(4) of the regulation, according to which authorizations will not be issued for fishing with bottom trawls at a depth below 800 meters in Atlantic waters, is therefore one of the most contested measures. Additionally, under Article 9(1), vessels shall report encounters with VMEs below a depth of 400 metres and reach «an alternative area at least five nautical miles from the area in which the encounter occurred» [Article 9(2)]. These new requirements have caused considerable alarm in the fisheries industries of EU Member States whose fleets have traditionally engaged in deep-sea fishing in the North Atlantic.

---

[36] See: COM(2016) 667 final, 4.

[37] Regulation (EU), 2016/2336, *doc. cit.*, Article 6(1).

The EU fears that deep-sea fishing with bottom trawls more than 800 metres below the water surface adversely impacts sea bottoms and, moreover, considers that VMEs are relatively scarce in the areas of the north-east Atlantic in which this type of fishing is usually performed[38]. However, industry players argue that there are currently not enough scientific data to support these fears. They maintain that it would be more efficient to regulate deep-sea fishing in areas of the north-east Atlantic than to ban it outright at depths below 800 metres.

Since the publication of Regulation (EU) 2016/2336, various stakeholders have asked the European Commission to review it, arguing that it cannot use generalizations about bottom trawls and their impact on ecosystems and that such trawls actually had the smallest impact on deep-sea fisheries[39].

Interestingly, in the convention area of the NEAFC in which the Union does have Member status «deep-sea» is usually defined as depths of 400 metres or more. In contrast, the GFCM has banned bottom trawling activities at depths of over 1,000 metres, whilst, in 2015, the NAFO decided to ban all bottom fishing activities in areas with seamounts. Some fear that this regulation's ban on issuing authorizations for fishing activities with bottom trawls at depths of more than 800 metres is merely a first step and that the EU will try to promote the new limit in other RFMOs/As in which it has member status, too, as it seems unlikely to apply a double standard on this point[40].

These concerns have given rise to significant tension between those who advocate the regulation of deep-sea fisheries and those who support the ban on this type of fishing at depths of more than 800 metres. The main arguments advanced by the opponents of regulation are as follows: «The cure is worse than the disease», as banning this type of fishing at depths of more than 800 metres will simply lead to an increase in fishing at depths of between 200 and 800 metres, which is precisely where the VMEs are located; the adverse impacts of trawling have been exaggerated; there are contradictions between the EU's new position and those of the RFMOs in which it participates; there is no single solution for problems as complex as those related to the conservation and management of deep-sea fisheries; and there is a lack of alternative fishing gear. Meanwhile, the main arguments of the advocates of the new ban refer to: the vulnerability of the fish species; the risks posed by the use of bottom trawls; the existence of large by-catches of deep-sea species; the decline in profitability at depths of between 400 and 800 metres; the opportunity for the EU to change the rules of the game for deep-sea fisheries at the

---

[38] For more details on the divergent opinions on whether or not bottom trawling fishing is compatible with the protection of seabed, see R. Hilborn's interview (2016), *Pesca Internacional*, 174, 6-7.

[39] Cooperativa de Armadores de Pesca do Porto de Vigo (ARVI) (2017), «ARVI Celebrates Rigorous Scientific Research. Scientists Shed Light on the Effects of bottom Trawl», 25 August. See also Hiddink, J. G., Jennings, S. *et al.* (2017), «Global Analysis of Depletion and Recovery of Seabed Biota after Bottom Trawling Disturbance», *PNAS*, 114(31), 8301-8306, *http://www.pnas.org*.

[40] For an overview of the issue of bottom trawling in the high seas, see Tetzlaff, K. (2005), «Bottom Trawling on the High Seas Protection under International Law from Negative Effects?», *New Zealand Journal of Environmental Law*, 9, 239-285.

global level; and the fact that very few EU Member States (as noted, only Portugal, France and Spain) would be affected by the ban[41].

Finally, in July 2018, the EU published Regulation (EU) nº 2018/975 on the management, conservation and control measures applicable in the SPRFMO Convention Area. This regulation refers to both pelagic and demersal fish stocks and prohibits the use of deep-water gillnets throughout the area under the SPRFMO's jurisdiction. Moreover, Articles 24-26 of Regulation (EU) nº 2018/975 focus on the transhipment of demersal species. They contain specific provisions regarding the notification of the transhipment of such fishing species caught in the SPRFMO Convention Area, the monitoring of transhipments, and the information to be reported after the transhipment.

Second, the EU has adopted specific regulations for six of the seven RFMOs with competences in the field of deep-sea fisheries to which it is Party; the GFCM is the sole exception in this regard. Thus, in recent years, the European Commission has published proposals regarding the position to be adopted, on behalf of the EU, in each organization. Under Article 218(9) TFEU, the European Council has to adopt a decision on behalf of the EU in RFMOs when they are called upon to adopt binding acts. These proposals have sought to incorporate the principles and orientations of the most recent reform of the CFP[42], to take into account the objectives of the Commission Communication on the external dimension of the CFP[43], to adjust the EU's position to the Lisbon Treaty, and to align the EU with the specificities of the different RFMOs[44].

Third, numerous actions have been brought before the CJEU in relation to regulations adopted by the EU regarding its fishing activities carried out under the umbrella of various RFMOs with competences in the field of deep-sea fisheries. These actions have affected above all the CCAMLR, the NAFO and the NEAFC.

In relation to the CCAMLR, there are currently two pending actions for annulment before the CJEU (*European Commission v. Council of the EU*), which have

---

[41] «Regulación vs. prohibición. El Trílogo debate la prohibición del arrastre por debajo de los 800 metros en aguas de la UE y la industria reclama una regulación que haga compatible la pesca y la protección de los fondos» (2016), *Pesca Internacional*, 173, 6.

[42] By virtue of Regulation (EU) nº 1380/2013.

[43] COM(2011) 424, *doc. cit.*

[44] COM(2014) 137 final, *Proposal for a Council Decision on the position to be adopted, on behalf of the European Union, in the South East Atlantic Fisheries Organisation (SEAFO)*, Brussels, 10.03.2014; COM(2014) 129 final, *Proposal for a Council Decision on the position to be adopted, on behalf of the European Union, in the Northwest Atlantic Fisheries Organisation (NAFO)*, Brussels, 11.03.2014; COM(2014) 133 final, *Proposal for a Council Decision on the position to be adopted, on behalf of the European Union, in the Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CCAMLR)*, Brussels, 11.03.2014; COM(2014) 132 final, *Proposal for a Council Decision on the position to be adopted, on behalf of the European Union, in the North East Atlantic Fisheries Commission (NEAFC)*, Brussels, 11.03.2014; COM(2017) 214 final, *Proposal for a Council Decision establishing the position to be adopted, on behalf of the European Union, in the Meeting of the parties to the Southern Indian Ocean Fisheries Agreement (SIOFA) and repealing Decision 14404/12*, Brussels, 8.05.2017; and COM(2017) 216 final, *Proposal for a Council Decision establishing the position to be adopted, on behalf of the European Union, in the South Pacific Regional Fisheries Management Organisation (SPRFMO) and repealing Decision 14405/12*, Brussels, 8.05.2017.

been joined. On 31 May 2018, Advocate General Kokott published the Opinion[45]. These cases concern measures to protect the Weddell Sea and the Ross Sea in the Antarctic. In particular, they concern the creation of various marine protected areas (MPAs) that have been discussed at several annual meetings of the CCAMLR. In this case, the European Commission is specifically challenging two decisions taken within the Council on action by the EU at the 34th and 35th annual meetings of the CCAMLR in 2015 and 2016.

From a procedural point of view, the Council and the Member States hold that marine protection measures should be classified under environmental policy and thus fall under the area of shared competences [Article 4(2)(e) TFUE]. They also argue that it is necessary for the EU and its Member States to act together on the international stage in this field. On the other hand, the European Commission considers that such measures pertain to the conservation of marine biological resources under the CFP [Article 3(1)(d) TFEU], where the EU has exclusive competences and that they thus do not allow for any external action by the Member States alongside the EU institutions. There is also controversy regarding whether the EU has an implicit exclusive external competence in this area in accordance with the ERTA principle [Article 3(2) TFEU] and the extent to which research policy, which is one of the EU's supplementary competences [Article 4(3) TFEU], is relevant in these joined cases.

These two cases clearly exemplify the difficult coexistence and organization between the EU and its Member States following the entrance into force of the Treaty of Lisbon. It will be for the CJEU to clarify whether a shared competence between the EU and its Member States requires a mixed action by them in international bodies or whether the EU may or even must undertake such external actions alone.

So far, the Advocate General has proposed that the Court annul both decisions regarding the position of the EU to be submitted to the CCAMLR as it should have been adopted on behalf of the EU and its Member States rather than on behalf of the EU alone. This legal position is based on the core idea that the EU has a shared competence with its Member States in the field of the marine environment as it poses several different complex aspects that cannot be reduced solely to fisheries and the need for their conservation and protection.

As for the CJEU case law concerning the NEAFC, mention should be made of the *Spain v. Council* case (C-128/15). That case concerned an action for annulment of Council Regulation nº 1367/2014 fixing for 2015 and 2016 the fishing opportunities for the EU's fishing vessels for certain deep-sea fisheries (including the roundnose grenadier and the roughhead grenadier) in the NEAFC area. Spain argued that, when adopting this regulation, the Council failed to take into account the principles of relative stability of fishing activities, proportionality, and equal

[45] Joined cases C-626/15 and C-659/16, ECLI:EU:C:2018:362.

treatment in relation to the two deep-sea fisheries species in two of the NEAFC's management zones. In its judgment of 11 January 2017, the CJEU ultimately decided to dismiss the action; further, both Spain and the European Commission had to bear their own costs[46].

Attention should likewise be called to various actions recently undertaken by Portugal in the international waters of the north-east Atlantic. In early 2018, this country was identified by the European Commission as not respecting the EU's exclusive internal and external competence for the conservation of marine biological resources in the international waters under the NEAFC's jurisdiction. Portugal was considered to be acting in the NEAFC waters in the context of an on-going process at the RFMO, initiated with the full support of the EU, aimed at preventing significant impacts of bottom-fishing activities on VMEs[47]. The process is still on-going and the European Commission has not brought any action against Portugal to date before the CJEU in relation to this illegal situation.

The NAFO is, by far, the RFMO most often concerned by the cases brought before the CJEU. Most of the actions were brought by Spain against the Council, many years ago, in relation to several measures for the conservation of deep-sea fish stocks adopted by the NAFO that had to be introduced into EU secondary law. These measures concerned, for example, the scheme of joint international inspection of fishing vessels (*Spain v. Commission* case, C-179/97)[48] and the distribution of catch quotas amongst the Member States once Spain and/or Portugal joined the EU (*Spain v. Council* case, C-73/90[49]; *Spain v. Council* case, C-71/90[50]; *Spain v. Council* case, C-70/90[51]; *Portugal and Spain v. Council*, joined cases C-63/90 and C-67/90[52]). The *Area Cova and others v. Council and Commission* case (T-196/99)[53] was also the subject of great interest amongst the Galician fishery community. It was an action for annulment of the Council Regulation (EC) nº 1761/95 of 29 June 1995, amending, for the second time, Regulation (EC) nº 3366/94 laying down for 1995 certain conservation and management measures for fishery resources in the NAFO Regulatory Area, insofar as it established the quota for Greenland halibut for the Community fleet[54]. In both cases, the CJEU decided to dismiss the actions brought by States and fishing companies against the European Commission or/and the Council.

---

[46] ECLI:EU:C:2017:3.

[47] «Conservation of marine biological resources: Commission requests Portugal to respect the exclusive competence of the EU under the Common Fisheries Policy», 26.01.2018, *http://europa.eu*.

[48] Judgment of 2 March 1999, ECLI:EU:C:1999:109.

[49] Judgment of 13 October 1992, ECLI: EU:C:1992:384.

[50] Judgment of 13 October 1992, ECLI: EU:C:1992:383.

[51] Judgment of 13 October 1992, ECLI: EU:C:1992:382.

[52] Judgment of 13 October 1992, ECLI: EU:C:1992:381.

[53] Judgment of 6 December 2001, ECLI: EU:T:2001:281.

[54] OJ L 171/1, 21.07.1995.

3.2. The EU and the RFMOs' activities concerning the conservation and management of deep-sea fisheries

In recent decades, each of the seven RFMOs with competences in the field of conservation and management of deep-sea fisheries of which the EU is a member has adopted many diverse and complex measures in this field. These measures became more restrictive when these international organizations began to consider that greater conservation of deep-sea stocks required more limits on fishing activities.

A comprehensive in-depth analysis of the work done so far by the CCAMLR, GFCM, NAFO, NEAFC, SEAFO, SIOFA and SPRFMO regarding the conservation and management of deep-sea fisheries falls beyond the scope of this chapter. For the present purposes, it will suffice simply to mention some of them as an example. In this regard, a distinction could be made between the «old» RFMOs (the CCAMLR, the GFCM, the NAFO and the NEAFC), which have already done an outstanding job in this field over the last few decades, and the «new» RFMOs (*i. e.* those created in the 21st century, including the SEAFO, SIOFA and SPRFMO), which seek to align the fishing interests of their members to the need for conservation and management of deep-sea fisheries.

The CCAMLR has decided to close certain areas in its convention area to bottom fishing and hake trawling and has adopted special measures to protect VMEs. The creation of MPAs is another legal trend in the South Ocean, which is under the jurisdiction of this RFMO. For its part, the GFCM has established various criteria that fishing vessels' nets must meet to be authorized to fish in its convention area. It has also adopted specific measures to protect VMEs, prohibited the use of trawling nets at depths over 1000 metres, etc. The NAFO annually adopts total allowable catches for certain deep-sea fish species in many cases. It has also decided to create two deep-sea fisheries areas in which certain conservation and management measures are applied based on their characteristics, etc.[55]. The NEAFC has taken numerous actions to protect VMEs and put a control and enforcement scheme into place containing numerous duties for deep-sea fishing vessels, as well as serious infringement proceedings in case of inspections, etc.[56].

---

[55] In this regard, see Gianni, M. *et al.* (2016), «How Much Longer Will It Take? A Ten-Year Review of the Implementation of United Nations General Assembly Resolutions 61/105, 64/72 and 66/68 on the Management of Bottom Fisheries in Areas Beyond National Jurisdiction», Deep Sea Conservation Coalition; FAO (2009), «Worldwide Review of Bottom Fisheries in the High Seas».

[56] For a detailed overview of the activities of these RFMOs, see Harrison, J.; Lobach, T., and Morgera, E. (2017), *Review and Analysis of International Legal and Policy Instruments Related to Deep-Sea Fisheries and Biodiversity Conservation in Areas Beyond National Jurisdiction*, FAO, 37-52; Wright, G. *et al.* (2015), «Advancing Marine Biodiversity Protection Through Regional Fisheries Management: A Review of Bottom Fisheries Closures in Areas Beyond National Jurisdiction», *Marine Policy*, 61, 137-147. See also the official websites of the RFMOs, namely: *www.ccamlr.org* (CCAMLR), *www.fao.org/gfcm/en* (GFCM), *www.nafo.int* (NAFO), *www.neafc.org* (NEAFC), *www.seafo.org* (SEAFO), *www.apsoi.org* (SIOFA), and *www.sprfmo.int* (SPRFMO).

The fight against Illegal, Unreported and Unregulated (IUU) fishing is one common action undertaken by both the aforementioned RFMOs and the EU. The EU is currently one of the largest and most active international legal subjects involved in the fight against IUU fishing. Over the last fifteen years or so, it has adopted and developed a complex and efficient system against such illicit fishing. The lists of vessels that engage in IUU fishing published by each of these organizations may be the best illustration of the excellent collaboration between them in this area. Since the adoption of Commission Regulation (EU) nº 468/2010 in May 2010[57], each year the EU has adopted an updated list of vessels engaged in IUU fishing, following receipt of the RFMOs' lists of fishing vessels presumed or confirmed to be involved in IUU fishing. Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2178 of 22 November 2017 contains the EU's most recent list, with information provided by the CCAMLR, the GFCM, the NEAFC, the NAFO, the SEAFO and the SPRFMO[58].

The adoption, on 3 October 2018, of an international treaty to prevent unregulated high seas fisheries in the Central Arctic Ocean is an excellent example of the EU's commitment to tackling illicit fishing[59]. This legal instrument was signed in Ilulissat by representatives of nine countries (Canada, China, Denmark on behalf of the Faroe Islands and Greenland, Iceland, Japan, Korea, Norway, Russia and the United States) plus the EU[60] and refers to an area around 2.8 million square kilometres in size. According to the treaty's provisions, commercial fishing in the Central Arctic Ocean will not be possible for at least the next sixteen years. This period is expected to give scientists enough time to study the size and health of the region's fish stocks.

This new treaty is clearly important for deep-sea fisheries as well and is a new form of cooperation for the EU with regard to the conservation and management of deep-sea fisheries in marine areas beyond the national jurisdiction of its Member States. Despite the lack of a RFMO in the Central Arctic Ocean, the relevant

---

[57] Commission Regulation (EU) nº 468/2010 of 28 May 2010 establishing the EU list of vessels engaged in illegal, unreported and unregulated fishing, OJ L 131/22, 29.05.2010.

[58] Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2178 of 22 November 2017 amending Regulation (EU) nº 468/2010 establishing the EU list of vessels engaged in illegal, unreported and unregulated fishing OJ 307/14, 23.11.2017.

[59] «A new international deal protects the Central Arctic Ocean's fish stocks», *www.arctictoday.com*. For an overview of fisheries activity in the Central Arctic Ocean Fisheries, see Molenaar, E. J. (2013), «Arctic Fisheries Management», in Molenaar, E. J.; Oude Elferink, A. G., and Rothwell, D. R. (eds.) (2013), *The Law of the Sea and the Polar Regions. Interactions Between Global and Regional Regimes*, Martinus Nijhoff Publishers, 263-264; Molenaar, E. J. (2016), «International Regulation of Central Arctic Ocean Fisheries», in *Challenges of the Changing Arctic: Continental Shelf, Navigation, and Fisheries*, Brill Nijhoff, 429-463.

[60] Council Decision 2018/1257 of 18 September 2018 on the signing, on behalf of the European Union, of the Agreement to Prevent Unregulated High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean, OJ L 238/1, 21.09.2018. See also COM(2018) 453 final, *Proposal for a Council Decision on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Agreement to prevent unregulated high seas fisheries in the Central Arctic Ocean*, Brussels, 12.06.2018; COM(2018) 454 final, *Proposal for a Council Decision on the signing, on behalf of the European Union, of the Agreement to prevent unregulated high seas Fisheries in the Central Arctic Ocean*, Brussels, 12.06.2018.

players with interests in the area have managed to agree a general prohibition on commercial fishing in it.

4. FINAL REMARKS

The conservation and management of deep-sea fisheries are highly topical issues on the fishing agendas of both the EU and several RFMOs with competences in this field (CCAMLR, GFCM, NAFO, NEAFC, SEAFO, SIOFA and SPRFMO).

Today, these issues are at a crossroads, from both an international and a regional perspective. In the short term, the current legal regime will remain in force since the United Nations' Intergovernmental conference drafting a legally binding treaty under the United Nations Convention on the Law of the Sea governing marine biodiversity in ocean waters beyond national jurisdiction[61] which started its work in New York in September 2018 does not specifically address deep-sea fisheries. Indeed, fisheries are not on this intergovernmental conference's agenda, although it makes indirect references to them, especially when referring to fish stocks used for genetic properties[62]. However, fisheries understood as a commodity are not on the new conference's agenda, which suggests that the current international and regional governance of deep-sea fisheries in the high seas is unlikely to see major changes in the coming years.

[61] United Nations General Assembly (2017), «Resolution adopted on 24 December 2017 72/249. International legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction», A/RES/72/249.

[62] United Nations General Assembly (2018), «Intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction. First session. New York, 417 September 2018. President's aid to discussions», A/CONF.232/2018/3, para. 3.1 (c)(i).

CHAPTER 13

LES AIRES MARINES PROTÉGÉES EN HAUTE MER ET LA DIFFICILE CONCILIATION ENTRE DROIT DE LA MER ET DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Pascale Ricard
Docteur Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
Chercheur post-doc Université Angers

ABSTRACT : *Marine protected areas are in the heart of the transformation of the Law of the Sea by the requirement to protect and preserve the marine environment, which is occurring since the 1990's. This conservation tool participates to the implementation of an « ecosystemic approach », and is one of the most important issues discussed now between States in the context of the negotiations of a new legally binding instrument under the LOSC, on marine biodiversity conservation beyond areas of national jurisdiction. Nonetheless, the effective creation of high seas MPAs remains confronted to several obstacles, inherent to the difficult conciliation between the Law of the Sea and environmental law, reducing the potential efficiency of MPAs. The future implementing agreement could however mitigate those limitations to the conservation of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction, depending on the approach retained, and on the final outcome of the discussions, which remains uncertain.*

Keywords *: marine biodiversity ; UNCLOS ; MPAs ; sovereign rights ; BBNJ negotiation process.*

RÉSUMÉ : *Les aires marines protégées sont au cœur de la transformation du droit des océans par l'exigence de conservation de l'environnement marin, qui opère depuis les années 1990. Cet outil de conservation, participant d'une « approche écosystémique », constitue l'un des principaux éléments de discussion dans le*

cadre du futur accord de mise en œuvre de la CNUDM relatif à la biodiversité au-delà des limites de la juridiction nationale. Cependant, la création de réseaux effectifs d'AMP en haute mer reste confrontée à d'importants obstacles, inhérents à la difficile conciliation entre droit de la mer et droit de l'environnement, qui amèneront à relativiser, voire remettre en cause, son efficacité potentielle dans ces espaces. Le futur accord de mise en œuvre de la CNUDM pourrait néanmoins permettre d'atténuer ces différentes limites à la conservation de la biodiversité dans les zones maritimes internationales, selon l'approche retenue par celui-ci.

***Mots-clés** : biodiversité ; CNUDM ; aires protégées ; droits souverains ; négociations ; zones maritimes internationales.*

1. INTRODUCTION

La conciliation nécessaire entre droit de la mer et droit de l'environnement. Le droit de la mer et le droit de l'environnement forment deux « branches » distinctes du droit international, encore appelées domaines, « corps de règles »[1], ou « régimes spéciaux »[2]. Il s'agit d'ensembles de normes qui expriment un objet et un but uniques, tout en présentant des caractéristiques différentes. La mer, d'abord, est considérée comme un espace particulier dans lequel le droit a vocation à réglementer la réalisation des activités qui s'y déroulent : accès, circulation communications, à l'instar des fleuves internationaux ou de l'espace extra-atmosphérique. Le droit de la mer peut être défini comme l'« ensemble des règles de droit international relatives à la détermination et au statut des espaces maritimes et au régime des activités ayant pour cadre le milieu marin »[3]. Le droit de l'environnement, quant à lui, est constitué d'un ensemble de domaines réunis dans une même discipline du fait de leur finalité commune : la protection de l'environnement et de l'ensemble des éléments qui le composent. L'unité de cette « discipline » provient, en outre, des différents principes qui la sous-tendent, tel que le principe de prévention.

Si ces deux « branches » ont une substance et une finalité différentes, c'est aussi et surtout parce qu'elles ne partagent pas la même histoire. Les considérations liées à l'organisation des activités humaines en mer remontent à la fin du Moyen Âge, lorsque les grandes puissances maritimes ont cherché à étendre leur

---

[1] CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil 1996*, 226, § 29.

[2] La Commission du droit international (CDI) utilise, en effet, pour évoquer cette distinction entre différents domaines du droit international, la notion de « régime spécial » : « *Il peut arriver que toutes les règles et tous les principes qui régissent une certaine matière soient rassemblés pour former un " régime spécial ".* [...] *Aux fins d'interprétation, de tels régimes peuvent souvent être considérés comme un tout* ». *Rapport de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international*, Cinquante-huitième session, 2006, Assemblée générale, document A/61/10, § 251, § 12. Cette présentation donne une impression d'étanchéité entre ces « régimes » qui reste très discutable. Voir Viñuales, J. E. (2012), « Le concept de " régime spécial " dans les rapports entre droit humanitaire et droit de l'environnement », *Research Paper,* nº 12, The Graduate Institute, Geneva, Centre for international environmental studies, 20.

[3] Salmon, J. (dir.) (2001), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 375.

juridiction sur les espaces maritimes adjacents à leurs territoires, à des fins commerciales et stratégiques. Le droit de la mer est ainsi souvent considéré comme « l'une des matières les plus anciennement intégrées dans le droit des gens »[4]. Il a cependant fallu attendre le début du XXIe siècle pour que la cohérence dans ce domaine soit recherchée. Le « nouveau droit de la mer » apparaît comme un système « autonome »[5], la « Constitution des océans » explicitant à la fois les règles primaires et les règles secondaires relatives à sa mise en œuvre. Cet ordre juridique n'est cependant pas fermé sur lui-même : la CNUDM précise dans son préambule que « les questions qui ne sont pas réglementées par la Convention continueront d'être régies par les règles et principes du droit international général ».

Le droit de l'environnement est apparu bien plus récemment, avec la Conférence de Stockholm dans les années 1970. Celui-ci est toujours en construction. Patrick Dailler, Mathias Forteau et Alain Pellet évoquent un « corps de règles en voie de développement rapide [...] mal stabilisé »[6]. Sandrine Maljean-Dubois le qualifie de « matière incertaine et mouvante », notamment car il demeure « sous la dépendance de données techniques »[7]. L'apparition de cette branche en tant que « corps de règles » cohérent témoigne du « passage d'un droit international de bon voisinage plutôt bilatéral, territorial et fondé sur la réciprocité des droits et obligations, à un droit international plutôt multilatéral, global, dans le cadre duquel les obligations sont souscrites au nom de l'intérêt commun »[8] ou, selon l'expression de Georges Abi Saab, d'un droit de *coexistence* à un droit de *coopération*[9].

Le droit de l'environnement a néanmoins entraîné de profonds changements en droit international, de par ses caractéristiques. Par exemple, les acteurs non étatiques « jouent un rôle bien plus important que celui qui leur est habituellement dévolu »[10] : les opérateurs privés sont à la fois les principaux auteurs de pollutions et les détenteurs de technologies permettant la protection de l'environnement. Les ONG jouent également un rôle très important, notamment dans le processus de production de normes. Cette caractéristique s'oppose au droit de la mer qui est, traditionnellement, un droit exclusivement interétatique, accordant

---

[4] Daillier, P. ; Forteau, M., et Pellet, A. (2009), *Droit international public*, LGDJ, 8e éd., 1279.

[5] Selon D. Pulkowski, « [l]a notion de " *self-containment* " est essentiellement un fantasme conceptuel. A dire vrai, l'existence même de véritables régimes juridiques autonomes est douteuse. Un degré de dépendance de l'ordre juridique international subsistera en raison de la suite à la construction juridique du régime en question par le biais des traités internationaux ». Pulkowski, D. (2017), « *Leges speciales* et régimes autonomes », in SFDI, *La mise en œuvre de la* lex specialis *dans le droit international contemporain*, Journée d'études de Lille, Pedone, 73-79.

[6] Daillier, P. ; Forteau, M., et Pellet, A. (2009), *Droit international public*, précit., 1413.

[7] Maljean Dubois, S., « La fabrication du droit international au défi de la protection... », précit., 15.

[8] *Eod. Loc*., 17.

[9] Abi-Saab, G. (1984), « Cours général de droit international public », 9-464, in *RCADI*, vol. 207, Martinus Nijoff Publishers, 320. Voir aussi Simma, B. (1994), « From bilateralism to community interest in international law », in *RCADI*, vol. 250, Martinus Nijhoff Publishers, 217-384, et Friedman, W. (1970), « Droit de coexistence et droit de coopération. Observations sur la structure changeante du droit international », *RBDI*, 1-9.

[10] Daillier, P. ; Forteau, M., et Pellet, A. (2009), *Droit international public*, précit., 1417

peu de place aux personnes privées[11] ou autres entités non étatiques comme cela se reflète à travers la CNUDM. Malgré la réticence de certains États, cette dimension du droit international de l'environnement influence le droit de la mer. Par exemple, le processus actuel de discussions en vue de l'adoption d'un accord de mise en œuvre de la CNUDM tente d'associer des parties prenantes de la société civile aux discussions[12] et prévoit potentiellement la mise en place d'une Conférence des parties spécifique au futur accord, caractéristique institutionnelle des accords environnementaux.

L'étude des normes relatives à la création d'aires protégées dans les zones maritimes internationales constitue ainsi un point de rencontre inéluctable entre ces deux branches distinctes dont la conciliation ne s'avère pas toujours aisée. Il conviendra d'observer que la différence majeure entre les intérêts pris en compte par le droit de la mer et le droit de l'environnement permet d'expliquer, en grande partie, les réticences et difficultés des États à mettre en œuvre leurs obligations relatives à la conservation de la biodiversité.

Les aires marines protégées (AMP), outil privilégié de conservation de la biodiversité. Le paradigme de l'écosystème ou de l'« approche écosystémique », résultant de l'affirmation progressive du droit international de l'environnement, est au cœur de l'évolution ayant conduit, dès les années 1990, à concrétiser la conciliation entre droits de la mer et de l'environnement. Il s'agit de prendre en compte l'écosystème au sens large et les interactions avec celui-ci dans l'adoption de mesures relatives à la gestion des activités en mer. Le « zonage écologique », outil privilégié de conservation de la nature sur terre, va peu à peu devenir également un outil privilégié de conservation en mer, à travers la création d'AMP.

Si certaines dispositions de la CNUDM se réfèrent implicitement à la possibilité de mettre en place des « zones particulières et clairement définies », en vue de lutter contre la pollution par les navires dans la ZEE[13], elles ne prévoient pas explicitement la possibilité de créer de véritables zones de protection écologique, en application de l'article 192 selon lequel « les États ont l'obligation de protéger et préserver le milieu marin ». C'est la Convention sur la diversité biologique (CBD)[14] qui consacre, en 1992, le zonage écologique comme outil de protection privilégié. Elle prévoit dans son article 8 une obligation de créer, « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra », un « système de zones protégées ou de zones où des mesures spéciales doivent être prises pour conserver la diversité biologique », zones définies comme « toute zone géographiquement délimitée qui est désignée, ou réglementée, et gérée en vue d'atteindre des objectifs spécifiques de

[11] Voir par exemple sur la prise en compte des individus : Papanicolopulu, I. (2012), « The Law of the Sea Convention : No Place for Persons ? », *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 27, 867-874.

[12] Pancracio, J.-P. (2016), « La protection de la biodiversité au-delà des zones sous juridiction nationale », AFDI, 552.

[13] Article 211(6) de la CNUDM.

[14] Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992, en vigueur le 29 décembre 1993), 1760 *UNTS* 79.

conservation »[15]. La CDB généralise l'AMP comme outil de conservation adapté et adaptable à la diversité des situations. Dans les zones soumises à la souveraineté étatique, l'État côtier est seul compétent pour désigner une AMP. Les mesures qu'il édicte doivent respecter les droits des États tiers garantis par la CNUDM, comme le droit de passage inoffensif dans ses eaux territoriales[16]. Dans les zones maritimes internationales, la création d'AMP ne peut qu'être le fruit d'une coopération poussée entre États, au sein d'organisations internationales. Cette approche, très hétérogène dans sa mise en œuvre spatiale et substantielle, conduit à la construction d'« assemblages » de zones diverses.

Une pratique cependant limitée : le faible nombre d'aires protégées dans les zones maritimes internationales. Tout d'abord, les organisations internationales globales, c'est-à-dire celles dont la compétence spatiale, bien qu'elle soit souvent sectorielle, ne se limite pas à une zone géographique en particulier, sont compétentes pour adopter des mesures relatives à différents types de zones de protection, qui auront une dimension souvent quasi universelle. Les différentes organisations globales compétentes concernant certains aspects relatifs à la conservation de la biodiversité dans les zones maritimes internationales utilisent l'outil des zones désignées et protégées, dans les limites de leurs compétences sectorielles. Tel est le cas de l'Organisation maritime internationale (OMI), avec la désignation de zones spéciales MARPOL[17], dont la Méditerranée et l'Antarctique font parties, et de *zones maritimes particulièrement vulnérables* (ZMPV)[18], dont aucune n'a encore été désignée en haute mer ; de l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM), qui désigne des *zones d'intérêt écologique particulier* dans les grands fonds, protégées des activités de prospection et d'exploration[19], ainsi que des *zones témoins d'impact* et *zones témoins de préservation*, soustraites également à toute activité dans la Zone[20] ; ou encore de l'organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) qui prévoit, quant à elle, la désignation d'écosystèmes *marins vulnérables* (EMV)[21], en vue d'éviter les effets néfastes de la pêche profonde sur les écosys-

---

[15] CDB, article 2.

[16] Article 19 CNUDM. Le passage doit être continu et rapide, mais comprend l'arrêt et le mouillage. Il perd son caractère inoffensif si le navire étranger porte atteinte à « la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier ».

[17] La Convention MARPOL (340 UNTS 184) a été adoptée en 1973 et complétée par le Protocole de 1978. Elle permet la désignation de différentes « zones spéciales » qui requièrent une protection particulière du fait de la fragilité de leurs écosystèmes en matière de pollution, trafic maritime, cela en fonction des différentes annexes de la convention. Pour la Méditerranée et l'Antarctique il s'agit de l'Annexe I sur les règles relatives à la pollution par les hydrocarbures, ainsi que de l'Annexe V sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les ordures des navires.

[18] OMI, Résolution A.982(24) adoptée le 1er décembre 2005 et circulaire MEPC. 1/Circ 510.

[19] Commission juridique et technique de l'AIFM, ISBA/17/LTC/WP.1, *Projet de plan de gestion de l'environnement de la zone de Clarion-Clipperton*, 2011, 7.

[20] Voir la décision du Conseil de l'AIFM, ISBA/22/C/28, *Décision du Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins concernant le rapport de synthèse du Président de la Commission juridique et technique*, 19 juillet 2016, §10. Le projet de règlement relatif à l'exploitation des ressources minérales de la zone contient également des dispositions relatives à la préservation de « zones d'impact environnemental », par exemple.

[21] Voir FAO (2009), *Directives internationales sur la gestion de la pêche profonde en haute mer*, Rome, adoptées suites aux résolutions A/61/105 du 8 décembre 2006 et A/64/72, 4 décembre 2009 de l'AGNU.

tèmes les plus fragiles. Ce sont les organisations régionales de gestion des pêches (ORGP), créées sous l'égide de la FAO, qui sont chargées de les désigner et de les gérer.

Par ailleurs, les organisations de mers régionales, créées dans le cadre du PNUE[22], peuvent être compétentes pour adopter des AMP limitées spatialement au cadre régional de l'organisation. Trois systèmes régionaux ont mis en place de telles zones : le système régional de la Méditerranée, avec la création du sanctuaire baleinier Pelagos dans le cadre de la Convention de Barcelone[23] ; celui de l'Atlantique du Nord-Est, avec la désignation d'un réseau d'AMP en 2012 dans le cadre de la Commission OSPAR[24] ; et enfin celui de l'Antarctique, avec la création de deux AMP : l'AMP des îles Orcades du Sud[25] et l'AMP en mer de Ross[26], dans le cadre de la Commission pour la conservation des ressources vivantes de l'Antarctique (CCAMLR). Chacun de ces systèmes régionaux présente des spécificités, mais, dans chaque cas, la création d'aires protégées dans les zones maritimes internationales s'avère particulièrement complexe et s'expose à la forte réticence de certains États. Finalement, très peu d'AMP sont effectivement désignées dans ces espaces.

On constate donc une sorte de paradoxe : alors que les zones écologiques sont un outil de protection efficace et très utilisé près des côtes, et que les accords internationaux prônent leur création au-delà des zones sous juridiction nationale, pourquoi sont-elles si peu nombreuses dans ces espaces ? Il s'agit alors ici de s'intéresser d'abord aux principales limites à la création d'AMP dans les zones maritimes internationales, puis à la manière dont le futur accord de mise en œuvre de la CNUDM pourrait pallier ces insuffisances. La réponse à ces questions témoignera du fait que cette prolifération limitée des AMP au-delà des limites de la juridiction nationale peut, en grande partie, être expliquée par la difficile conciliation entre les

---

[22] Les conventions de mers régionales ont émergé à partir des années 1970, dans le cadre du « programme pour les mers régionales » initié par le PNUE. Elles sont le fruit de la coopération interétatique régionale relative à la protection de l'environnement, et sont principalement compétentes en matière de protection du milieu marin contre les pollutions.

[23] Article 2(1) de l'Accord relatif à la création en Méditerranée d'un sanctuaire pour les mammifères marins, adopté à Rome le 25 novembre 1999, et entré en vigueur le 21 février 2002.

[24] Les décisions concernent la désignation des AMP ainsi que leurs limites géographiques et sont juridiquement contraignantes, alors que les recommandations accompagnant ces décisions concernent leur gestion et ne sont pas contraignantes. Il s'agit des décisions : OSPAR 2010/1 sur la création de la zone marine protégée du Complexe du mont sous-marin Milne, OSPAR 2010/2 sur la création de la zone marine protégée Charlie Gibbs méridionale, OSPAR 2010/3 sur la création de la zone marine protégée du mont sous-marin Altair en haute mer, OSPAR 2010/4 sur la création de la zone marine protégée du mont sous-marin Antialtair en haute mer, OSPAR 2010/5 sur la création de la zone marine protégée du mont sous-marin Josephine en haute mer, OSPAR 2010/6 sur la création de la zone marine protégée de la dorsale médio-Atlantique au Nord des Açores en haute mer, et des recommandations OSPAR 2010/12 sur la gestion de la zone marine protégée du Complexe du mont sous-marin Milne, OSPAR 2010/13 sur Charlie Gibbs Sud, OSPAR 2010/14 sur le mont sous-marin Altair en haute mer, OSPAR 2010/15 sur le mont sous-marin Antialtair en haute mer, OSPAR 2010/16 sur le mont sous-marin Josephine en haute mer, OSPAR 2010/17 sur la dorsale médio-Atlantique au Nord des Açores en haute mer.

[25] Mesure de conservation 91-03 (2009), « Protection de la plateforme sud des Îles Orcades du Sud », adoptée sur proposition du Royaume-Uni.

[26] Mesure de conservation 91-05 (2016), « Aire marine protégée de la région de la mer de Ross ».

deux branches du droit que sont le droit de la mer et le droit international de l'environnement, et que cette conciliation délicate doit être prise en compte dans l'élaboration des normes relatives à la conservation de la biodiversité dans ces espaces.

2. LES PRINCIPALES LIMITES À LA CRÉATION DE RÉSEAUX D'AMP EN HAUTE MER

L'extension des AMP au-delà des limites de la juridiction nationale s'avère limitée, pour des raisons inhérentes à la nature internationale de ces espaces. Celle-ci implique en effet de contourner diverses contraintes, telles que l'effet relatif des conventions ou le principe de spécialité des organisations internationales, par une coopération particulièrement poussée entre États et entre organisations internationales (1). En outre, l'articulation de ce zonage écologique avec le zonage maritime préexistant engendre des difficultés, en particulier lorsque l'AMP se situe au-dessus du plateau continental étendu d'un État. Ces difficultés se traduisent à la fois en des termes juridiques, techniques, et politiques, les trois étant généralement entremêlés (2).

2.1. La difficile désignation d'AMP cohérentes et la cohabitation complexe entre zones écologiques

Nécessité de créer des réseaux complexes de zones écologiques afin de correspondre à la réalité des écosystèmes. La première difficulté provient de la complexité de la mise en œuvre concrète de l'approche écosystémique. En effet, pour réellement prendre en considération la complexité du vivant et les besoins de chaque espèce et écosystème, il est nécessaire de ne pas s'arrêter à la construction d'aires protégées individuelles, mais de construire de véritables réseaux, dans et entre les AMP. Plusieurs outils permettent d'appréhender la notion de « connectivité » : les zones tampons, prévues par certaines conventions (CDB article 8 et Convention de Carthagène article 8, voir aussi le plan de gestion de la zone Clarion Clipperton 2011), ou encore de corridors écologiques, qui sont des zones variables dans l'espace et dans le temps, permettant la protection des migrations. La traduction en termes juridiques des contraintes scientifiques ou biologiques s'avère ainsi généralement très complexe à mettre en œuvre. S'ajoute à cela la surveillance difficile de ces zones protégées en haute mer, du fait de leur distance aux côtes, malgré l'amélioration récente des moyens techniques comme la surveillance satellitaire[27].

Les compétences limitées des organisations internationales pertinentes et le besoin de coopération. L'approche de la conservation de la biodiversité par la

[27] Voir notamment Lebœuf, C. (2012), « Menaces et risques en mer. Implications juridiques de la surveillance satellitaire », ADMO, 137, et plus généralement Lebœuf, C. (2013), *De la surveillance des activités humaines en mer. Essai sur les rapports du droit et de la technique*, thèse de droit public soutenue le 25 novembre 2013, Université de Nantes, 255.

création d'AMP révèle par ailleurs le besoin d'« additionner » les compétences des différentes organisations, dans la mesure où l'on se place dans une logique de gestion « intégrée » ou du moins intersectorielle. En effet, les principales activités susceptibles de causer des effets néfastes à la biodiversité sont gérées par des organisations internationales distinctes et complémentaires, nécessitant une superposition lorsqu'un écosystème sensible à ces différentes menaces est identifié. On peut ainsi affirmer que « l'interdépendance des milieux naturels [...] rend [...] le domaine d'action d'une organisation internationale indissociable de champs connexes qui, formellement, relèvent de la compétence d'autres organisations internationales »[28]. Cependant, au sein des différents systèmes régionaux, tout comme au niveau global, aucune organisation ne regroupe exactement les mêmes États parties, ni exactement le même champ d'application spatial, ou le même domaine de spécialité[29] qui peut être sectoriel ou global, universel ou régional, ou encore politique ou technique. Ainsi, « les types sont relatifs et parfois si enchevêtrés » qu'il est impossible d'analyser ces relations entre organisations à partir d'une distinction systématique entre organisations[30]. Il existe donc un *patchwork* de zones spécifiques qui se superposent sans jamais correspondre exactement.

Différentes modalités de coopération existent entre organisations internationales : mémorandum d'entente, participation aux réunions réciproques, échange d'informations, organisation de réunions spécifiques, voire création d'un organe de coopération[31]. Afin de fournir un cadre favorisant et encourageant la coordination et la coopération multisectorielles dans la région Atlantique du Nord-Est, le Secrétariat de la Commission OSPAR est, par exemple, à l'origine d'un processus visant à établir un « arrangement collectif » avec les autorités compétentes, notamment en matière de pêche, de protection de l'environnement et de navigation[32]. Il s'agit ici de passer d'une coopération bilatérale à une coopération multilatérale. Ce processus, initié en 2010 à Madère, s'est concrétisé par deux rencontres des autorités compétentes dans la région (globales et régionales : AIFM, OMI, CBI, OSPAR, CPANE, OCSAN, NAMCO, CICTA), l'une à Madère en mars 2010[33] et

---

[28] Voir Lagrange, E. (2015), « Les relations entre organisations internationales », in *Il Futuro delle Organizzazioni internazionali, prospettive giuridiche. L'avenir des organisations internationales, perspectives juridiques*, *Actes du XIXe colloque de la Société italienne de droit international, Courmayeur, 26-28 Giognio 2014*, Editoriale Scientifica, 137.

[29] La formule d'E. Lagrange résume clairement ces difficultés : « [S]imultanément, les organisations internationales se heurtent, dans un contexte d'interdépendances, à la difficulté d'exercer seules et pleinement des compétences tronquées », *Eod. Loc*., 136.

[30] *Eod. Loc*., 133.

[31] Voir Tomkiewicz, V. (2013), « Concurrence, chevauchements de compétences et coordination entre organisations internationales », in Lagrange, E., et Sorel, J. M. (dirs.), *Traité de droit des organisations internationales,* LGDJ, 912 et suiv.

[32] *Collective arrangement between competent international organisations on cooperation and coordination regarding selected areas in areas beyond national jurisdiction in the North-East Atlantic* (OSPAR Agreement 2014-09).

[33] Les organisations présentes ou représentées étaient la Commission OSPAR, l'AIFM, la CBI et la CPANE. Elles étaient représentées par leur secrétariat. L'OMI, la CICTA, l'OCSAN et la NAMCO n'étaient pas présentes. Voir Document BDC 10/4/6 Add.1-E, *Report of the Informal Meeting with Key Stakeholders on Options for the Management of the proposed Charlie Gibbs Marine Protected Area.*

l'autre à Paris en janvier 2012[34]. La première rencontre a permis la rédaction d'un projet d'accord pour la gestion de zones sélectionnées dans la zone de compétence de la Convention OSPAR, adopté en 2011 par la Commission. Ce projet contient une liste de principes communs pour la gestion des AMP dans le cadre de la Commission OSPAR, ainsi qu'une liste des différents instruments de coopération existants dans la région[35]. Le *Collective arrangement between competent international organisations on cooperation and coordination regarding selected areas in areas beyond national jurisdiction in the North-East Atlantic*[36] a été adopté en 2014. La Commission OSPAR et la CPANE sont actuellement les deux seules organisations à avoir approuvé cet arrangement collectif. L'Accord est donc pour l'instant bilatéral, mais les efforts en vue de la participation d'autres organisations et en particulier de l'OMI et de l'AIFM[37] demeurent constants afin de mettre en œuvre un *Collective arrangement* réellement significatif puisqu'il représenterait les activités les plus emblématiques dans ces zones[38].

Les conséquences de l'effet relatif des traités. La troisième difficulté identifiée ici concerne le fait que les zones protégées désignées au niveau régional ne sont opposables, en toute logique, qu'aux États membres de l'organisation en question[39]. Or, ce type de mesure, pour être réellement efficace, doit pouvoir bénéficier de la coopération de tous les États : quelques navires pourraient à eux seuls réduire les efforts des États membres de l'organisation à néant, à travers des techniques de pêche particulièrement destructrices par exemple[40]. Des efforts non coordonnés de conservation au sein d'une région risquent, ainsi, d'avoir un effet limité[41]. Les ORGP ont ainsi imaginé un mécanisme permettant de contourner l'effet relatif des traités régionaux de pêche : le statut de « partie non-contractante coopérante »[42],

---

[34] Les organisations présentes ou représentées étaient la Commission OSPAR, la FAO, la CICTA, l'AIFM, l'UNESCO-CIO et la CPANE.

[35] OSPAR 11/10/1, Annex 15, *Collective arrangement between competent authorities on the management of selected areas in ABNJ in the North East Atlantic.*

[36] OSPAR Agreement 2014-09.

[37] Un mémorandum d'entente portant notamment sur les questions relatives à la conservation de la biodiversité avait cependant été signé entre la Commission OSPAR et l'AIFM dès 2010. OSPAR 10/23/1, Annex 12, Agreement 2010-9, et ISBA/16/A/INF/2.

[38] Asmundsson, S. (NEAFC), et Corcoran, E. (OSPAR) (2015), *Information paper. On the process of Forming a Cooperative Mechanism Between NEAFC and OSPAR, From the First Contact to a Formal Collective Arrangement*, UNEP Regional Seas Report and Studies nº 196, 19-25. Document disponible au lien suivant : *http://www.ospar.org/documents?v=35111*. Voir également l'*Aide memoire and key actions resulting from the first meeting under the collective arrangement*, NEAFC, OSPAR.

[39] Article 34 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités « [u]n traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement ».

[40] Cela fut le cas dans l'océan Indien, dans le cadre des *Benthic protected areas* désignées par la SIODFA.

[41] Voir notamment Gjerde, K., and Rulska-Domino, A. (2012), « Marine protected areas beyond national jurisdiction : some practical perspectives for moving ahead », *The international journal of Marine and Coastal Law,* vol. 27, nº 2, 351-373.

[42] Par exemple, la CICTA prévoit les « critères visant à l'octroi du statut de partie, entité ou entité de pêche non-contractante coopérant à l'ICCAT ». Recommandation 03-20 entrée en vigueur le 19 juin 2004. De même, la CCAMLR, afin de pouvoir lutter contre la pêche illicite, non règlementée et non déclarée (INN), a mis en place un « programme de renforcement de la coopération des Parties non contractantes » encourageant l'échange d'informations, la participation et incitant à ratifier la Convention.

fondé sur l'article 8(4) de l'accord de New York sur les stocks chevauchants et grands migrateurs selon lequel « [s]euls les États qui sont membres d'une telle organisation ou participants à un tel arrangement, ou qui acceptent d'appliquer les mesures de conservation et de gestion instituées par l'organisation ou arrangement, ont accès aux ressources halieutiques auxquelles s'appliquent ces mesures ». Les États tiers sont encouragés à respecter les dispositions prises par les ORGP[43] afin de les inciter à ne pas réduire les efforts fournis par les États membres et permettre à ces derniers de bénéficier de l'effet positif de ces mesures. Le statut de « partie non contractante coopérante » implique la possibilité pour les États tiers de coopérer avec l'ORGP en acceptant de mettre en œuvre les mesures adoptées, sans pour autant devenir Partie contractante à la convention. Un tel mécanisme de coopération renforcée, fondé sur un accord cadre global et permettant de contourner les effets du caractère relatif des conventions, pourrait être envisagé dans le cadre du futur accord relatif à la conservation et à l'utilisation durable de la biodiversité dans les zones maritimes internationales.

2.2. La superposition complexe entre zones écologiques et zones maritimes

En plus des questions liées à la coexistence d'AMP entre elles et à leur effectivité, leur coexistence avec des zones maritimes aux régimes juridiques distincts (plateau continental, Zone et haute mer) peut être source de blocages et de conflits d'usages, notamment lorsque l'AMP se trouve au-dessus du plateau continental étendu d'un État. La Commission OSPAR a été confrontée dès les années 2000 aux difficultés que cette coexistence est susceptible d'entraîner, et a pu expérimenter différentes méthodes quant à la conciliation des droits souverains de l'État côtier avec son mandat de protection de la biodiversité. Ces expériences témoignent, cependant, du rapport inégalitaire entre zones maritimes (y compris *potentielles*) et zones écologiques, illustrant une supériorité *de fait* des droits souverains de l'État côtier sur son plateau continental sur les droits des autres États à désigner une AMP en haute mer.

D'un côté, *l'État côtier possède des droits souverains sur son plateau continental*, « *aux fins de l'exploration et de l'exploitation de ses ressources naturelles* » (article 77 CNUDM), qui sont systématiquement rappelés et doivent être garantis. Mais qu'en est-il de la situation dans laquelle l'État côtier a fait une demande d'extension auprès de la Commission des limites du plateau continental (CLPC) de son plateau continental étendu, qui n'a pas encore abouti ? Possède-t-il des droits *ab initio* y compris sur son plateau continental étendu *potentiel*, comme c'est le cas sur son plateau continental de 200 milles marins ? Il possèderait alors des compétences sur cette zone avant même que ses limites ne soient définies et

[43] Kim, H. J. (2012), *Le principe de la liberté de la haute mer à l'époque actuelle,* thèse de doctorat soutenue le 13 février 2012, dirigée par G. Bastid Burdeau, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 550.

confirmées par la CLPC[44]. Ces compétences ont ainsi, inévitablement, un impact sur la zone haute mer surjacente. La Commission OSPAR, dans le cadre des décisions établissant des aires protégées en haute mer, précise bien que « la présente décision est sans préjudice des droits souverains et des obligations de l'État côtier sur le plateau continental conformément à la CNUDM. En particulier, elle n'empêche pas de quelque manière que ce soit l'État côtier d'exercer ses droits souverains sur le plateau continental conformément à la CNUDM, notamment l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles »[45]. En outre, bien que la CDB consacre une obligation de conserver la biodiversité *in situ*, son article 22 précise également que les parties mettent en œuvre la Convention *conformément au droit de la mer et aux droits et obligations des États en mer*.

D'un autre côté, *l'État côtier doit tout de même prendre en compte les droits des autres États dans la zone surjacente* : d'après l'article 78 de la CNUDM, « [l]'exercice par l'Etat côtier de ses droits sur le plateau continental ne doit pas porter atteinte à la navigation ou aux droits et libertés reconnus aux autres Etats par la Convention, ni en gêner l'exercice de manière injustifiable »[46]. Des solutions ont été adoptées au cas par cas dans la région OSPAR. D'abord, les mesures applicables aux quatre AMP se situant au-dessus du plateau continental étendu du Portugal, qui a soumis sa demande d'extension de ce plateau continental à la CLPC en 2009[47], se limitent à la colonne d'eau. Ces zones sont ainsi soumises à un double régime, celui du gouvernement portugais pour les grands fonds, et celui de la Commission OSPAR pour la colonne d'eau. Les décisions portant création de ces AMP précisent ainsi que la zone créée ne concerne que les eaux surjacentes au plateau continental étendu portugais. Cependant, le Portugal, afin de pallier les effets de la dualité de régime juridique entre la colonne d'eau et le plateau continental, s'est engagé à coopérer pour assurer la cohérence des zones concernées en protégeant les portions de son plateau continental étendu qui correspondent à celles des AMP désignées en haute mer. Les décisions de la Commission établissant les AMP prévoient ainsi que celles-ci sont créées *« in coordination with, and complementary to, protective measures taken by Portugal for the seabed »*.

La situation a cependant été plus conflictuelle en ce qui concerne l'AMP Charlie Gibbs Nord, septième AMP du réseau qui n'a été désignée qu'en 2012[48], alors

---

[44] « Selon le paragraphe 3 de l'article 77 de la Convention, les droits de l'État côtier sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective ou fictive et de toute proclamation expresse », Résolution A/RES/66/231, Assemblée générale des Nations Unies, § 50. Voir aussi Ribeiro, M. C. (2010), « The " Rainbow " : the first national marine protected area proposed under the high seas », *The international journal of marine and coastal law*, vol. 25, nº 2, 183-207, 192.

[45] Décision OSPAR 2012/1 et recommandation OSPAR 2012/1.

[46] « Les droits de l'État côtier sur le plateau continental n'affectent pas le régime juridique des eaux surjacentes ou de l'espace aérien situé au-dessus de ces eaux. L'exercice par l'État côtier de ses droits sur le plateau continental ne doit pas porter atteinte à la navigation ou aux droits et libertés reconnus aux autres États par la Convention, ni en gêner l'exercice de manière injustifiable ».

[47] Document CLCS.44.2009.LOS (Notification plateau continental), *Réception de la demande présentée par la République portugaise à la Commission des limites du plateau continental,* publié le 14 mai 2009. Les recommandations n'ont pas encore été adoptées par la CLPC.

[48] Décision OSPAR 2012/1 et Recommandation 2012/2, entrées en vigueur en janvier 2013.

que l'AMP Charlie Gibbs Sud a été désignée dès 2010. En effet, elle se situe au-dessus du plateau continental étendu de l'Islande, qui était réticente à une telle désignation[49]. Cela a donc posé de nouvelles questions juridiques concernant les droits de l'État sur son plateau continental étendu *potentiel* ainsi que la possibilité de coexistence entre ses droits souverains sur son plateau continental étendu et le régime de l'AMP désignée en haute mer[50]. La décision créant l'AMP Charlie Gibbs Nord précise certains éléments, relatifs à la cohabitation entre l'AMP et le plateau continental islandais : la Commission OSPAR rappelle d'abord que « les droits de l'État côtier sont indépendants de l'occupation effective ou fictive aussi bien que de toute proclamation expresse, c'est-à-dire qu'il s'agit de droits inhérents. [...L]es droits de l'État côtier sur le plateau continental n'affectent pas le régime juridique des eaux surjacentes ».

Ces exemples montrent bien les difficultés liées à la coexistence de régimes différents pour la colonne d'eau et les fonds marins, qui sont interdépendants. La construction d'un réseau « écologiquement cohérent » d'AMP dépend donc de la *compatibilité* entre les mesures de protection adoptées dans le cadre de la mise en place de l'AMP et les zones maritimes. L'exemple de la région Atlantique du Nord-Est semble, en outre, illustrer un rapport de supériorité, *de facto*, entre les droits souverains des États côtiers sur le plateau continental étendu, et les droits que possèdent les autres États de protéger l'environnement dans une zone de haute mer, lorsque celle-ci chevauche une zone dans laquelle des prétentions existent quant à l'extension du plateau continental. Ainsi, si les deux types de zonages, maritime et écologique, coexistent et cohabitent inéluctablement, il convient de se rappeler que le zonage écologique ne fait que se *superposer* au zonage maritime préexistant, instauré par la CNUDM. Néanmoins, malgré la supériorité constatée du zonage maritime, l'ampleur et le développement de l'approche écologique ne doivent pas être relativisés. Il semble en fait que la

---

[49] Ces difficultés sont notamment rapportées par B. C. O'Leary : *« Outstanding outer continental shelf submissions in other parts of the OSPAR maritime area have presented difficulties for MPA designations, where Contracting Parties to OSPAR were not yet willing to enter into such co-management discussions ».* O'Leary B. C. *et al.* (2012), « The first network of Marine Protected Areas (MPAs) in the high seas : the process, the challenges and where next », *Marine Policy,* vol. 36, 602. Voir aussi Johnson, D. E. (2016), « Conserving the Charlie-Gibbs Fracture Zone : one of the world's first High Seas Marine Protected Areas », in Mackelworth, P. (ed.) *Marine Transboundary Conservation and Protected Areas*, Earthscan Oceans, 271-285, 278.

[50] Comme le rapporte D. Johnson : *«* A political process was also agreed to take forward the northern part of the proposed Charlie-Gibbs MPA over a period until 2012. This was captured in § 27 of the OSPAR Bergen Statement as follows : *" Noting our commitment to establish an ecologically coherent network of MPAs by 2012, we recall that in 2008 a comprehensive scientific case was accepted and in 2009 conservation objectives were endorsed for the protection of the originally proposed Charlie-Gibbs Fracture Zone MPA, of which the seabed of the northern part has, since 2009, been subject to a submission to the Commission of the Limits of the Continental Shelf (CLCS). We reaffirm the value of the ecological features of the northern part of the area and, therefore, we are committed to continue working together within the framework of the OSPAR Commission to resolve by 2012 any outstanding issues with regard to the waters of the high seas of the northern part of the originally proposed Charlie-Gibbs Fracture Zone MPA. It is with great satisfaction that we adopt, at this meeting, significant and innovative measures to establish and manage the southern part of the originally proposed Charlie-Gibbs Fracture Zone MPA —' Charlie-Gibbs South MPA '—, for which the seabed and superjacent waters are situated in areas beyond national jurisdiction " ». Eod. Loc.*, 277.

question devrait être déplacée : il s'agirait plutôt de savoir si ces deux approches, aux fondements différents, peuvent s'avérer *compatibles*, et, lorsque cela n'est pas le cas, dans quelle mesure ces limites liées à la volonté politique des États et à la dualité du régime applicable au fond des mers et à la colonne d'eau, pourraient être « dépassées » par la coopération, dans un but de conservation de la biodiversité marine.

Finalement, l'ensemble des limites identifiées résulte du caractère singulier des zones maritimes internationales dans lesquelles les États sont obligés de passer par la coopération pour mettre en place des mesures de protection et de prendre en compte les limites des zones maritimes ainsi que la dualité des zones maritimes internationales.

3. COMMENT LE FUTUR ACCORD DE MISE EN ŒUVRE DE LA CNUDM PERMETTRA-T-IL DE DÉPASSER CES LIMITES ?

L'outil AMP, issu du droit international de l'environnement et confronté aux contraintes spécifiques aux zones maritimes internationales, nécessiterait donc d'être adapté à la nature spécifique de ces espaces. C'est ce constat qui a poussé les États membres des Nations Unies à initier un processus de discussions relatif à l'identification des « lacunes » du droit international concernant la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine, dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale, dans le cadre du groupe de travail officieux à composition non limitée qui avait pour mandat d'identifier les potentielles insuffisances du droit de la mer dans les zones maritimes internationales. Ces discussions ont engendré le développement de négociations informelles entre États au sein du Comité préparatoire créé en vue de l'« élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale »[51], en 2016 et 2017. Parmi les principes directeurs mis en avant par les participants dans le cadre de ces discussions figure la mise en place d'une approche écosystémique[52]. Depuis 2011, les AMP font ainsi partie intégrante du *« package deal »* négocié entre les États dans le cadre du groupe de travail constitué dès 2006, et, depuis septembre 2018, de la Conférence intergouvernementale permettant aux États de négocier les termes d'un accord juridiquement contraignant relatif à ces questions. Cependant, les modalités d'un tel mécanisme centralisé restent encore largement discutées et incertaines.

---

[51] Créé par la Résolution 69/292 adoptée par l'AGNU à sa 69e session le 19 juin 2015, Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale, document A/RES/69/292.

[52] Trouwborst, A. (2009), « The precautionary principle and the ecosystem approach in international law : differences, similarities and linkages », *RECIEL,* 18 (1), Oxford, 26-37, 36.

3.1. Les différentes propositions dans le cadre des discussions actuelles en vue de l'adoption d'un accord sur la biodiversité dans les zones maritimes internationales

De nombreuses incertitudes subsistent au sujet du régime applicable à la création et la gestion d'aires protégées dans le cadre du futur accord. Parmi d'autres, il convient de mentionner la création potentielle d'un comité scientifique, la possibilité d'aménagements dans le temps des aires protégées, avec l'élaboration de *« sunset clauses »*, la définition même des AMP ou encore les mécanismes de suivi et de surveillance des activités. Concernant le processus de désignation des AMP, des divergences subsistent quant au degré de centralisation du processus de décision. En effet, comme le souligne le résumé des discussions relatives à la dernière session du Comité préparatoire, *« [t]he issues on which there is a divergence of views (Section B) include : the most appropriate decision-making and institutional set up, with a view to enhancing cooperation and coordination, while avoiding undermining existing legal instruments and frameworks, and the mandates of regional and/or sectoral bodies »*[53]. Plusieurs options sont ainsi avancées, lesquelles conditionneront l'ensemble du processus de désignation des AMP, de la proposition à la prise de décision et sa mise en œuvre : une option « globale », une option « régionale », et enfin une option « hybride ».

L'approche globale par la création d'un mécanisme central unificateur. Selon cette approche, une protection efficace de la biodiversité nécessiterait la mise en place d'un mécanisme global qui aurait directement la compétence de désigner des AMP ou de décider de la mise en place d'« outils de gestion par zones » multisectoriels. Il s'agirait ainsi de créer un « réseau mondial d'aires protégées ». Les organisations régionales de gestion des pêches et les organisations de mers régionales qui sont actuellement à l'origine de la création de zones protégées ne couvrent en effet qu'une portion limitée de la haute mer et de ses ressources biologiques[54], et sont soumises au principe de l'effet relatif des traités. Un organe central de décision serait compétent pour désigner des AMP ou autres zones de protection dans les zones maritimes internationales, en fonction de critères d'identification prédéfinis et communs et des recommandations d'un organe technique ou scientifique. L'organe commun pourrait être une conférence des parties, compétente pour décider, sur les recommandations d'un comité scientifique, d'adopter ou non les AMP proposées par consensus[55]. Un processus

[53] IISD Reporting Services, « Summary of the fourth session of the preparatory committee on marine biodiversity beyond areas of national jurisdiction : 10-21 July 2017 », *Earth Negotiation Bulletin*, vol. 25, nº 141, 12.

[54] IISD Reporting Service, « Summary of the seventh meeting of the Working group on marine biodiversity beyond areas of national jurisdiction : 1-4 April 2014 », *Briefing Note on the WG on Marine Biodiversity*, 4-5.

[55] IISD Reporting Services, « Summary of the fourth session of the preparatory committee... », précit., 12. Il convient de noter que ce mode d'adoption des décisions ne faciliterait pas forcément la prise de décision au sein de l'organe principal, le consensus pouvant être source de blocages ou de décision « par défaut », entraînant un abaissement des standards que ces décisions ont vocation à poursuivre, et que les États pourraient envisager

de consultation, en amont de la création de la zone, devrait par ailleurs être mis en place et concerner l'ensemble des États parties à l'accord, les organisations compétentes, mais aussi, potentiellement, la société civile. Les organisations régionales ou globales compétentes seraient intégrées au processus de prise de décision, *a minima* en leur attribuant un rôle d'observateur au sein de l'organe global. Consécutivement à l'adoption d'une AMP par l'organe central de décision, les États auraient pour obligation de coopérer pour faire adopter au sein des organisations internationales, dans leur domaine de compétences, les mesures appropriées en vue de gérer, limiter ou interdire certaines activités humaines en lien avec les objectifs de l'AMP. Ils auraient également l'obligation d'adopter ces mesures dans leur droit interne afin de les rendre opposables aux navires sous leur juridiction et leur contrôle. L'approche globale permettrait la mise en place d'un système harmonisé pour la création d'AMP. Une liste de toutes les AMP existantes, y compris celles qui préexistaient à l'accord, serait tenue dans le cadre d'un système de groupement et de partage des données relatives à ces zones, relatives, par exemple, à leurs critères de désignation, leurs caractéristiques, ou encore les mesures de conservation adoptées. Cependant, elle risque de porter atteinte au mandat des organisations existantes parce que certaines ont déjà une compétence spatiale qui s'étend dans les zones maritimes internationales, et une compétence matérielle permettant l'adoption de décisions relatives à la création de zones protégées. Elles disposent parfois également, au niveau institutionnel, d'un organe scientifique ou technique chargé d'émettre des recommandations. Comment concilier, alors, l'ensemble de ces compétences avec un processus global de désignation d'AMP, sans porter atteinte à l'exigence de ne « pas porter préjudice aux instruments et cadres juridiques en vigueur sur la question, ni aux organes mondiaux, régionaux et sectoriels compétents »[56] *?*

L'approche régionale et sectorielle. Pour certains États, les organisations régionales, en particulier les organisations de mers régionales et les organisations régionales de gestion des pêches (bien que le thème de la pêche soit censé être exclu des discussions), restent les mieux placées pour prendre en charge, entièrement, le processus de désignation et de gestion des AMP[57]. Selon l'approche régionale et/ou sectorielle, le rôle des organisations existantes en matière d'élaboration d'outils de gestion par zones est suffisant, et doit prévaloir. Le nouvel instrument n'aurait dans ce cadre pour vocation que d'énoncer des critères communs et des

---

une prise de décision à la majorité. Voir notamment Devin, G., et Smouts, M. C. (2011), *Les organisations internationales*, A. Colin, 91, selon qui le consensus représenterait une « unanimité passive, propre aux situations d'indifférence ».

[56] Résolution 69/292 de l'AGNU, § 3. Voir aussi le *Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction,* 10, § 19 sur les relations avec les autres instruments.

[57] IISD Reporting Services, « Summary of the fourth session of the preparatory committee... », précit., 6. C'est notamment le cas de la Russie et du Canada, ou encore de l'Australie et de la Norvège. Le Japon et l'Islande ne prônent pas forcément une approche exclusivement régionale mais proposent une coopération poussée avec l'OMI et les ORGP, sans pour autant surcharger leur mandat.

lignes directrices pour la création d'AMP, et de favoriser une meilleure coopération entre ces organisations. C'est au sein des organisations compétentes qu'il reviendrait d'adopter les mesures nécessaires à la mise en œuvre d'une AMP. Dans les zones non couvertes par ces instruments, les *États parties à l'accord* de mise en œuvre de la CNUDM seraient simplement, potentiellement, incités à coopérer pour en créer. Après avoir adopté une AMP, l'organisation régionale concernée devrait coopérer avec les autres organisations compétentes pour qu'elles adoptent dans leurs secteurs de compétence les mesures appropriées. L'AMP adoptée et les mesures de conservation y *étant* relatives seraient directement opposables aux *États parties à l'accord*, à condition d'être conformes aux critères et aux lignes directrices de l'Accord. Cependant, une telle approche ne permet pas de sortir suffisamment du cadre actuel et de dépasser ses limites. En effet, la couverture géographique et matérielle des zones de protection ou de gestion des ressources est fortement limitée, et une simple incitation à créer des accords là où il n'en existe pas encore ne serait pas forcément suffisante pour améliorer les mécanismes existants. Toutefois, un telle approche accorderait un rôle prépondérant à la coopération entre États ainsi qu'avec et entre les organisations internationales[58]. Par ailleurs, il est proposé que les organisations existantes soient encouragées et incitées à s'adapter aux exigences de conservation de la biodiversité dans les zones maritimes internationales[59]. Une telle coopération interétatique et interinstitutionnelle serait-elle alors suffisante pour favoriser la mise en œuvre d'un système cohérent relatif à la création de zones protégées ?

L'approche hybride ou intermédiaire. À l'instar du premier modèle, l'AMP serait identifiée au niveau global, avec la possibilité pour l'organe centralisateur de déterminer précisément les mesures de conservation appropriées. Toutefois, comme pour l'approche régionale, l'adoption finale de ces mesures doit relever de la compétence des organisations internationales existantes afin de ne pas empiéter sur la compétence de celles-ci. Les mesures définitivement adoptées seraient ici encore directement opposables à l'ensemble des États parties à l'accord. Il pourrait être précisé que *« [t]he States Parties to the instrument and the relevant existing frameworks would cooperate as much as possible within the relevant frameworks to ensure these existing frameworks duly respect the decision of the Conference of the Parties and take appropriate conservation and management measures »*[60]. L'appréhension des espaces non couverts par des organisations sectorielles ou régionales pourra se faire selon différentes options, de l'incitation à créer des organisations dans ces espaces, à la possibilité pour l'accord de désigner des AMP là où aucune organisation n'existe. Les avantages et les limites du modèle empruntent aux deux autres approches : seule une coopération renforcée, avec des mécanismes spécifiques et novateurs, pourrait favoriser la cohérence du réseau d'aires protégées.

---

[58] *Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text*..., précit., 12, § 27.
[59] *Eod. Loc*., § 33.
[60] *Ibid*.

L'approche hybride pourrait constituer un compromis entre partisans et opposants des approches globale et régionale ou sectorielle. Certaines questions restent cependant entières, notamment en ce qui concerne les entités susceptibles de formuler des propositions concernant la création d'AMP. La proposition ne pourrait-elle émaner que des États, ou groupes d'États, ou pourrait-elle également être faite par le biais de l'organe scientifique et technique, voire de la société civile, par l'intermédiaire d'ONG agréées dans cet objectif ? Concernant les États compétents pour soumettre une proposition, le futur mécanisme pourrait s'appuyer sur le système mis en place en Méditerranée dans le cadre de la Convention de Barcelone et de son protocole relatif aux aires spécialement protégées et à la diversité biologique. Celui-ci prévoit à l'article 9(2)(b) que la proposition de création d'une aire protégée en haute mer peut émaner de « deux ou plusieurs Parties voisines concernées ». Cette proposition reste cependant tributaire de la définition attribuée à la notion de partie « voisine », ainsi que d'État « adjacent »[61] ou encore d'État « côtier ». Ces définitions doivent-elles être entendues au sens large, les États voisins représentant tous les États d'une même « région », ou au sens étroit, l'État côtier ou adjacent se limitant à celui dont les limites extérieures des zones maritimes sont directement contigües ? Il pourrait aussi être envisagé que la proposition puisse être faite par un ou plusieurs États, peu importe qu'ils appartiennent ou non à la région concernée.

3.2. La prise en compte des intérêts de l'État côtier dans le futur processus de désignation des AMP en haute mer

L'État « côtier » possède-t-il, du fait de sa proximité avec la zone désignée ou son « adjacence », des droits spécifiques dans la désignation et la gestion des AMP, tels que la consultation préalable ou la possibilité de s'opposer à la création de la zone si celle-ci chevauche une partie de son plateau continental étendu (« adjacence verticale ») ou sa ZEE (« adjacence horizontale ») ? Dans quelle mesure le processus de création d'aires protégées est-il compatible avec le respect des droits souverains de l'État côtier conformément à la CNUDM ? Il s'agirait de prendre en compte, et de ne pas « diminuer », les droits souverains de l'État « côtier » ou « adjacent »[62] dans la désignation et l'établissement de l'AMP, sans pour

[61] Terme utilisé par les délégations durant les différentes sessions du Comité préparatoire, et érigé par certains comme un véritable « principe ». Voir notamment IISD Reporting Services, « Summary of the fourth session of the preparatory committee on marine biodiversity... », précit., 8.

[62] Comme cela a systématiquement été rappelé au sein des différentes sessions du Comité préparatoire. *Eod. Loc*., 6. Voir, sur la notion d'adjacence et la prise en compte nécessaire des droits de l'État côtier, Oude Elferink, A. (2018), « Coastal States and MPAs in ABNJ : Ensuring Consistency with the LOSC », *The international journal of marine and coastal law,* 33, 437-466. Pour l'auteur, ce n'est pas la notion d'adjacence mais l'obligation présente dans la CNUDM de « tenir dûment compte de » qui devrait être retenue dans le cadre des discussions actuelles entre États sur cette question : « *Due regard should also be the main concept for regulating the relation-ships between coastal States and States carrying out activities in ABNJ under the ILBI* » (*ibid.,* 464).

autant vider de son sens l'article 192 et l'ensemble des droits et obligations de tous les États membres relatifs à la conservation de la biodiversité dans les zones maritimes internationales. Les États sont ainsi particulièrement soucieux qu'il ne soit porté atteinte à leurs droits souverains, et ont ainsi tenté de mettre en avant un critère « d'adjacence ». Il convient pourtant de rappeler que le futur accord de mise en œuvre n'a aucunement vocation à revenir sur ces droits consacrés par la CNUDM, mais bien de concilier ceux-ci avec les exigences de conservation en haute mer et dans la zone. Ces questions témoignent de la persistance des difficultés de cohabitation entre « zones écologiques » et « zones maritimes ».

La prise en compte des droits souverains de l'État côtier dans le processus de désignation et de gestion des AMP pourrait se matérialiser par une exigence de notification et de coopération avec celui-ci, ou encore par des dispositions s'inspirant de l'article 7 de l'Accord de New York sur les stocks de poissons chevauchants et grands migrateurs, relatif à la compatibilité entre les mesures de gestions adoptées par l'État côtier et celles adoptées au niveau international. Cette solution permettrait de mettre en avant la coopération et l'obligation de négociation entre les États, et de préserver les droits souverains de l'État côtier sans pour autant consacrer explicitement la supériorité de ce dernier sur les droits des autres États en haute mer. Mais, sans compter les réticences exprimées à propos de l'inclusion d'une obligation de compatibilité dans le futur accord[63], de telles dispositions seraient-elles suffisantes pour prévenir tout conflit d'usage ? Les bénéfices que l'État côtier pourrait retirer, indirectement, de l'établissement d'une AMP au-dessus de son plateau continental étendu pourraient par ailleurs être envisagés comme un moyen de « compenser » les restrictions potentielles à l'exercice de ses droits souverains, puisqu'il serait par exemple assurément le premier bénéficiaire de la reconstitution des stocks de poissons ou autres avantages écologiques résultant de la limitation des activités des autres États.

Les discussions actuelles relatives à l'adoption d'un futur accord de mise en œuvre de la CNUDM sur la biodiversité marine confirment que le respect des droits souverains de l'État côtier implique de considérer une certaine « priorité » de ces derniers sur les droits des autres États à la conservation de la biodiversité dans les zones maritimes internationales. En effet, il est très probable qu'une obligation de consultation et de coopération de l'État côtier soit *a minima* instaurée dans le processus de désignation d'une zone protégée. Le projet élaboré par le Comité préparatoire prévoit ainsi la possibilité que soit exigé *« [t]he agreement of States that are adjacent to areas beyond national jurisdiction where an ABMT could be created would be required when such an ABMT is under consideration »*[64]. Cela s'applique-t-il pour l'ensemble des États entourant la zone internationale, même s'ils sont situés loin de celle-ci ? Il semble, en outre, que tout refus de l'État côtier

[63] Telle est notamment la position du Japon. IISD Reporting Services, « Summary of the fourth session of the preparatory committee... », précit., 8.

[64] *Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text...*, précit., 23, § 106.

à l'établissement d'une AMP reviendrait finalement à l'utilisation d'un véritable « droit de veto ». Ces considérations confirment le fait que les négociations actuelles s'inscrivent toujours dans le mouvement d'extension des droits des États côtiers au-delà des limites de leur juridiction nationale. En outre, la proposition selon laquelle *« [a]djacent States would be given particular consideration so that measures taken do not undermine their sustainable development »*[65], fait clairement pencher la balance entre conservation et utilisation durable au profit des intérêts économiques de l'État.

En conclusion, les AMP en haute mer sont une illustration parfaite de la transformation du droit de la mer par l'exigence de protection du milieu marin : l'exigence de leur création découle bien de la prise en compte progressive, par le droit de la mer, des exigences pressantes du droit international de l'environnement par les États, par l'intermédiaire des organisations internationales et régionales. L'intégration du droit de l'environnement par le droit de la mer reste cependant parfois difficile, et apparaît comme une limite pour une conservation effective de la biodiversité. En effet, les différents types de zonages peinent à se superposer efficacement, et la fragmentation du système implique un certain manque de simplicité et de cohérence concernant la mise en place de mesures de conservations effectives, dans un espace qui recouvre plus de la moitié de la surface de la terre. Le futur accord de mise en œuvre de la CNUDM en cours de négociations pourrait, certes, atténuer les limites de cette superposition difficile entre zones maritimes et écologiques, selon l'approche choisie. Cependant, il sera difficile de surmonter totalement les limites engendrées par la rencontre entre deux branches aux fondements et à l'évolution historique distincts. Pour être effectif, l'Accord devra par ailleurs être lu à la lumière des autres obligations des États relatives à la protection du milieu marin, par exemple en matière de lutte contre les pollutions et en particulier la pollution tellurique, ou encore les changements climatiques puisque, dans la logique du *package deal* et selon la « Constitution des océans », « les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble ».

[65] *Eod. Loc.*, 24, § 116.

CHAPTER 14

LA RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Eirini Pantelodimou*

Docteur en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Avocate au barreau d'Athènes

ABSTRACT : *The Court of Justice of the European Union has had the opportunity, on several occasions, to deliver important judgments on environmental liability. This case-law has enabled it, in particular, to highlight the margin of flexibility of the Member States as regards proof of the causal link and the implementation of preventive and remedial measures.*

Keywords : *polluter payer principle; directive 2004/35; environmental liability; applicability ratione temporis et ratione materiæ; member states' room for flexibility.*

RÉSUMÉ : *La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de rendre des arrêts importants en matière de responsabilité environnementale. Cette jurisprudence lui a permis, notamment, de mettre en évidence la marge de manœuvre des États membres quant* à *la preuve du lien de causalité et quant* à *la mise en œuvre des mesures de prévention et de réparation.*

Mots-clés : *principe du pollueur-payeur ; directive 2004/35 ; responsabilité environnementale ; applicabilité ratione temporis et ratione materiæ ; marge de manœuvre des États membres.*

---

* Version écrite de la présentation faite au séminaire « Prospectives et défis océaniques —Biodiversité en haute mer— Responsabilité environnementale », le 28 mars 2018, à Nantes (France). Dernière mise à jour de la jurisprudence et des données statistiques faite le 15 octobre 2018.

Dans un contexte difficile, marqué par une profonde crise économique et migratoire sans précédent, les questions liées à la protection de l'environnement sont souvent négligées. En effet, au cours de l'année 2017, le nombre global d'affaires clôturées par la Cour de justice de l'Union européenne [1] s'élevait à 1.592 affaires [2]. Parmi celles-ci figurent seulement deux affaires en matière de responsabilité environnementale [3].

La directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (ci-après la « directive », « directive sur la responsabilité environnementale », « directive 2004/35 » ou « DRE ») [4] repose sur le principe du pollueur-payeur, consacré par l'article 191, paragraphe 2, TFUE (ancien article 172, paragraphe 2, CE) [5]. Le principe du pollueur-payeur est un des principes directeurs de la politique de l'Union en matière de l'environnement ayant vocation à inciter le pollueur à éviter toute pollution et à lui faire supporter les frais résultant des mesures de prévention ou de réparation nécessaires [6].

La directive 2004/35 concrétise le principe du pollueur-payeur en mettant la réparation à la charge de l'exploitant responsable, conformément à l'article 6, et en prévoyant, à l'article 8, paragraphe 1, que l'exploitant supporte les coûts des actions de prévention et de réparation entreprises en application de la directive.

---

[1] Il convient de préciser qu'on entend par « Cour de justice de l'Union européenne » l'autorité judiciaire de l'Union qui est composée de deux juridictions : la Cour de justice (ci-après la « Cour ») et le Tribunal de l'Union européenne.

[2] *Rapport annuel de la Cour de justice de l'Union européenne* – Panorama de l'année 2017, 14, disponible sur *https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/.*

[3] Arrêts du 1er juin 2017, Folk, C-529/15, EU:C:2017:419, et du 13 juillet 2017, Túrkevei Tejtermelő Kft., C-129/16, EU:C:2017:547.

[4] Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (JO 2004, L 143, 56), telle que modifiée par les directives 2006/21/CE, 2009/31/CE et 2013/30/UE. Sur la genèse de la DRE, voir Bergkamp, L., and Goldsmith, B. J. (ed.) (2013), *The EU Environmental Liability Directive : A commentary*, 10-12 et Bergkamp, L. (2002) « The Proposed EC Environmental Liability Regime and EC Law Principles », in Hamer, J. (2002), *Umwelthaftung in der EU = Environmental Liability in the EU*, coll. Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier = Series of publications by the Academy of European Law in Trier, t. 15, 16-18. Sur le difficile processus d'adoption de la directive, voir Fuchs, O. (ed.) (2003), *Pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale*, coll. Inter-national, 69 et suiv. et De Smedt, K. (2009), « Is Harmonisation Always Effective ? The Implementation of the Environmental Liability Directive », *European Energy and Environmental Law Review,* 1, 3-4. Pour un aperçu plus détaillé, voir Prieur, M. (2004), « La responsabilité environnementale en droit communautaire », *Revue européenne de droit de l'environnement,* 2, 129-141 ; Van Lang, A. (2005), « La directive " responsabilité environnementale " et le droit administratif : influences prévisibles et paradoxales », *Droit administratif,* 7, 7-12 ; Palme, C.; Schumacher, A., und J., Schlee, M. (2004), « Die europäische Umwelthaftungsrichtlinie », *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht,* 5, 204-211 et Lipton, J.; Özdemiroglu, E.; Chapman, D., und Peers, J. 2018 (ed.), *Equivalency Methods for Environmental Liability : Assessing Damage and Compensation Under the European Environmental Liability Directive*.

[5] Voir considérant 2 et 1er article de la directive. C'est la première fois qu'une législation de l'Union européenne a pour objectif l'application du principe pollueur-payeur.

[6] Sur la « double fonction » de ce principe, voir Leclerc, S. (2009), « Notice 4. Le principe pollueur-payeur », in Petit, Y. (2009), *Droit et politiques de l'environnement*, coll. Les Notices, 41.

Un régime civil ou administratif ?

Il faut tout d'abord préciser que, contrairement à l'impression que pourrait créer son titre prometteur[7], la directive n'établit pas un régime de responsabilité civile ou pénale, mais seulement un régime permettant la réparation des dommages environnementaux lorsqu'ils surviennent et leurs prévention lorsqu'ils sont imminents. Il s'agit d'un système *sui generis*, « *exclusif de toute idée de responsabilité civile*[8] ».

La directive introduit deux régimes distincts de responsabilité en fonction du type d'activité exercée par l'exploitant : un régime de responsabilité sans faute[9] pour les dommages causés par des activités professionnelles dangereuses énumérées à l'annexe III de la directive et un régime de responsabilité pour faute[10] pour toutes les autres activités professionnelles[11]. Il convient de préciser que le régime de responsabilité stricte vaut à l'égard des trois catégories de dommages environnementaux, à savoir les dommages affectant les eaux et les sols et ceux qui concernent les espèces et habitats naturels protégés, tandis que le régime de responsabilité par faute n'est ouvert que pour les dommages causés à la biodiversité[12], à l'exclusion des dommages aux sols et aux eaux.

Elle a été complétée par la directive 2008/99/CE, du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal[13].

La transposition tardive de la DRE en droit national

La directive 2004/35 est entrée en vigueur le 30 avril 2004[14]. À la date limite du 30 avril 2007, seuls quatre États membres (à savoir l'Italie, la Lituanie, la Lettonie et la Hongrie) l'avaient transposée dans leur droit national. De nombreux États membres n'ayant pas respecté le délai de transposition de la DRE en droit national, la Cour a condamné sept États membres en 2008 et 2009 pour retard de transposition de la DRE[15].

---

[7] The words « environmental liability » were inserted only for publicity reasons, selon Krämer, L. (2005), « Discussions on Directive 2004/35 Concerning Environmental Liability », *Journal for European Environmental & Planning Law,* 4, 250.

[8] Thieffry, P. (21 mai 2004), « La directive sur la responsabilité environnementale enfin adoptée », *Les Petites Affiches,* 102, 6.

[9] Article 3, paragraphe 1, sous a) de la directive.

[10] Article 3, paragraphe 1, sous b) de la directive.

[11] Cette dualité du système de responsabilité a été critiquée par la doctrine. Voir, notamment, Hermon, C. (2004), « La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004 », *Actualité Juridique Droit Administratif,* 1799.

[12] Voir Fehr, K. H.; Friedrich, B., and Scheil, S. (2007), « Liability Directive – a Useful Tool for nature Protection ? », *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2, 112-113.

[13] Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (JO 2008, L 328, 28).

[14] Article 20 de la directive.

[15] France (arrêt du 11 décembre 2008, Commission/France, C-330/08, non publié, EU:C:2008:720), Finlande (arrêt du 22 décembre 2008, Commission/Finlande, C-328/08, non publié, EU:C:2008:775), Slovénie

Le retard pris dans la transposition de la directive est dû, selon la Commission, au fait que a) les États membres qui disposaient déjà de règles bien établies en matière de responsabilité environnementale ont dû intégrer les nouvelles dispositions dans le cadre législatif existant ; b) la DRE établit des exigences techniques importantes, telles que l'évaluation économique des dommages environnementaux ; et c) la DRE laisse aux États membres une grande marge de manœuvre, avec des options à choisir au moment de la transposition[16].

Dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel, la Cour a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur l'interprétation de la directive 2004/35. Cette jurisprudence lui a permis, notamment, d'apporter des précisions sur le champ d'application de la DRE (1) et sur la marge d'appréciation des autorités nationales (2).

1. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 2004/35

Pour que la responsabilité environnementale puisse être invoquée, trois éléments doivent être réunis : un fait générateur de responsabilité, une relation causale et un dommage environnemental[17].

1.1. L'application *ratione temporis* de la directive 2004/35

L'article 17 détermine le champ d'application temporel de la directive 2004/35 dans l'objectif de protéger la sécurité juridique en empêchant une application rétroactive de ladite directive. Il ressort dudit article 17 que la directive 2004/35 ne s'applique pas aux dommages ayant leur cause, qu'il s'agisse d'une émission, d'un événement ou d'un incident, antérieure au 30 avril 2007 —date d'expiration du délai de sa transposition—, ni à ceux ayant leur cause postérieure à cette date lorsqu'ils résultent d'une activité spécifique qui a été exercée et menée à son terme avant ladite date.

Les deux arrêts ERG e.a., du 9 mars 2010, rendus respectivement dans l'affaire C-378/08 et dans les affaires jointes C-379/08 et C-380/08, ont mis en évidence le caractère restreint du champ d'application *ratione temporis* de la di-

---

(arrêt du 12 mars 2009, Commission/Slovénie, C-402/08, non publié, EU:C:2009:157), Luxembourg (arrêt du 24 mars 2009, Commission/Luxembourg, C-331/08, non publié, EU:C:2009:185), Grèce (arrêt du 19 mai 2009, Commission/Grèce, C-368/08, non publié, EU:C:2009:326), Royaume-Uni (arrêt du 18 juin 2009, Commission/Royaume-Uni, C-417/08, non publié, EU:C:2009:384) et (Autriche arrêt du 18 juin 2009, Commission/Autriche, C-422/08, non publié, EU:C:2009:385).

[16] *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions conformément à l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux* (COM/2010/0581 final).

[17] Selon le considérant 13 de la directive, pour que le régime de responsabilité, instauré par la DRE, fonctionne, il faut un ou plusieurs pollueurs identifiables, le dommage devrait être concret et quantifiable, et un lien de causalité devrait être établi entre le dommage et le ou les pollueurs identifiés.

rective. La Cour a plus particulièrement précisé que cette dernière s'applique uniquement aux dommages causés par une émission, un événement ou un incident survenus postérieurement au 30 avril 2007, lorsque ces dommages résultent soit d'activités exercées postérieurement à cette date, soit d'activités exercées antérieurement à cette date, mais qui n'ont pas été menées à leur terme avant celle-ci[18]. Autrement dit, la directive 2004/34 s'applique *ratione temporis* aux dommages environnementaux qui se sont produits postérieurement à son entrée en vigueur, même s'ils ont été causés par l'exploitation d'une installation autorisée avant cette date.

Dans l'arrêt Folk (C-529/15, EU:C:2017:419), la Cour a précisé que les fluctuations du niveau du cours d'eau causées par une centrale hydroélectrique constituent de telles émissions et qu'il est sans pertinence, à cet égard, que ces fluctuations aient déjà commencé avant le 30 avril dans la mesure où elles se produisent de nouveau après cette date[19].

La Cour renvoie à la juridiction nationale le soin d'apprécier si la situation en cause relève de l'une de ces situations[20].

1.2. L'application *rationae personae* de la directive 2004/35

Notion d'« exploitant »

Il ressort d'une lecture combinée de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/35 avec les considérants 2 et 18 ainsi qu'avec les articles 2, points 6 et 7, 5, 6, 8 et 11, paragraphe 2, de cette directive que l'une des conditions essentielles de l'application du régime de responsabilité instauré par ces dispositions est l'identification d'un exploitant[21] qui peut être qualifié de responsable. La directive sur la responsabilité environnementale traite ainsi des dommages dont un responsable peut être identifié et isolé.

Dans son arrêt Fipa Group e.a. (C-534/13, EU:C:2015:140), la Cour a précisé que les personnes autres que les exploitants, à savoir celles qui n'exercent pas

---

[18] Voir arrêts ERG e.a., C-378/08, EU:C:2010:126, points 40 et 41 ; ERG e.a., C-379/08 et C-380/08, EU:C:2010:127, point 34, ainsi qu'ordonnance Buzzi Unicem e.a., EU:C:2010:129, point 32.

[19] Arrêt du 1er juin 2017, Folk, C-529/15, EU:C:2017:419 : *Europe* 2017, comm. 326, obs. S. Roset.

[20] Arrêts ERG e.a., C-378/08, EU:C:2010:126, point 43 et du 4 mars 2015, Fipa Group e.a., C-534/13, EU:C:2015:140, point 45.

[21] L'exploitation est définie à l'article 2, point 6, de la directive comme « toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle ou, lorsque la législation nationale le prévoit, qui a reçu par délégation un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou notifiant une telle activité ». Sur la difficulté à définir l'« exploitant » en cas de pluralité de co-responsables ou de succession d'entreprises dans la même zone, voir Cassotta, S., and Verdure C. (2012), « Recent Developments Regarding the EU Environmental Liability for Entreprises : Lessons Learned from the Italian's Implementation of the " Raffinerie Mediterranee " Cases », *European Energy and Environmental Law Review,* 4, 161-162.

d'activité professionnelle, au sens de l'article 2, point 7, de cette directive, ne relèvent pas du champ d'application de ladite directive[22].

1.3. Le champ d'application matériel de la directive 2004/35

Selon l'article 3, paragraphe 1, la directive s'applique aux dommages causés à l'environnement[23] par une activité professionnelle[24].

Notion de « dommage environnemental » au sens de l'article 2, point 1, de la directive 2004/35

Aux termes de l'article 2, point 1, sous b), de la directive 2004/35/CE, l'expression « dommage environnemental » désigne les dommages affectant les eaux, à savoir tout dommage qui affecte de manière grave et négative l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux concernées, à l'exception des incidences négatives couvertes par l'article 4, paragraphe 7, de la directive 2000/60/CE[25]. Cette dernière disposition instaure —à de strictes conditions— une dérogation à l'obligation de prévenir la détérioration de l'état des masses d'eau[26].

Dans l'arrêt Folk, rendu le 1er juin 2017, la Cour a eu l'occasion d'apporter des précisions utiles au sujet de la notion de « dommage environnemental » au sens de la directive 2004/35, telle que modifiée par la directive 2009/31[27]. L'affaire au principal avait pour origine une requête introduite par un titulaire d'une autorisation de pêche dans la rivière de la Mürz en Autriche qui dénonçait de graves atteintes à l'environnement provoquées par l'activité d'une centrale hydroélectrique, lesquelles avaient compromis la reproduction naturelle des poissons. La juridiction de première instance a considéré que l'exploitation de la centrale hydroélectrique avait été autorisée par la réglementation nationale et que, partant, ce dommage ne saurait être qualifié de dommage environnemental au sens de la directive 2004/35.

La Cour a affirmé que la directive 2004/35 s'oppose à une disposition de droit national qui exclut, de manière générale et automatique, qu'un dommage affectant

---

[22] Arrêt du 4 mars 2015, Fipa Group e.a., C-534/13, EU:C:2015:140, point 52.

[23] Voir Martin, G. J. (1995), « Réflexions sur la définition du dommage à l'environnement : le dommage écologique " pur " », in Presses universitaires d'Aix-Marseille (1995), *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires pour un droit en construction*, coll. Laboratoire de Théorie Juridique, 115-130.

[24] La notion d'« activité professionnelle » est définie à l'article 2, point 7, de la directive comme toute « activité exercée dans le cadre d'une activité économique, d'une affaire ou d'une entreprise, indépendamment de son caractère privé ou public, lucratif ou non lucratif ».

[25] Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2000, établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (JO 2000, L 327, 1).

[26] Arrêt du 1er juillet 2015, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-461/13, EU:C:2015:433.

[27] Directive 2009/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, relative au stockage géologique du dioxyde de carbone et modifiant la directive 85/337/CEE du Conseil, les directives 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE et 2008/1/CE et le règlement (CE) nº 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil (JO 2006, L 140, 114).

de manière grave et négative l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux concernées soit qualifié de « dommage environnemental », en raison du seul fait qu'il résulte d'une activité autorisée par la réglementation nationale et que, par conséquent, le dommage est couvert par une autorisation délivrée en application du droit national[28]. Autrement dit, ce n'est pas parce que le dommage est causé par l'exploitation d'une installation couverte par une autorisation administrative, qu'il n'en constitue pas pour autant un dommage environnemental.

En outre, la Cour a précisé que, si l'autorité nationale compétente a délivré l'autorisation sans avoir examiné le respect des conditions énoncées à l'article 4, paragraphe 7, sous a) à d), de la directive 2000/60, le droit de l'Union n'oblige pas les juridictions nationales à se substituer à l'autorité compétente en examinant par elles-mêmes le respect de ces conditions[29].

La nécessité de l'existence d'un lien de causalité entre l'activité de l'exploitant et le dommage environnemental

Le régime de responsabilité environnementale requiert, pour qu'il fonctionne, qu'un lien de causalité soit établi par l'autorité compétente entre l'activité d'un ou de plusieurs exploitants et les dommages environnementaux aux fins de l'imposition de mesures de réparation à ce ou à ces exploitants, quel que soit le type de pollution en cause. Ainsi qu'il ressort des articles 4, paragraphe 5, et 11, paragraphe 2, de la directive 2004/35, lus en combinaison avec le considérant 13 de celle-ci, la directive s'applique uniquement aux dommages environnementaux causés par une pollution à caractère diffus lorsqu'il est possible d'établir un lien de causalité entre les dommages et les activités des différents exploitants. De telles pollutions ne constituent donc en principe pas un obstacle à l'application de la directive, dès lors que le lien de causalité nécessaire peut être constaté.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a. (C-378/08, EU:C:2010:126), la Cour a apporté des précisions sur le lien de causalité, en soulignant que l'établissement d'un tel lien de causalité par l'autorité compétente est nécessaire tant aux fins de l'imposition de mesures de réparation à des exploitants, quel que soit le type de pollution en cause, que comme « condition d'applicabilité » de la directive s'agissant des pollutions à caractère diffus et étendu[30].

Dans l'arrêt FIPA Group e.a., la Cour a précisé que le lien de causalité exige que soient établis des liens concrets et quantifiables aux fins de l'imposition de mesures de réparation à un ou des exploitants[31].

---

[28] Arrêt du 1er juin 2017, Folk, C-529/15, EU:C:2017:419, point 34 et disp. 2.

[29] Arrêt du 1er juin 2017, Folk, C-529/15, EU:C:2017:419, points 39, 40 et disp. 3.

[30] Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-378/08, EU:C:2010:126, point 53. Voir également ordonnance du 9 mars 2010, Buzzi Unicem e.a., C-478/08 et C-479/08, non publiée, EU:C:2010:129, point 39. Voir, à cet égard, Thieffry, P. (ed.) (2017), *Manuel de droit de l'environnement*, 2e ed., coll. Droit de l'Union européenne, 308.

[31] Arrêt Fipa Group e.a. (C-534/13, EU:C:2015:140), point 54.

Autrement dit, cette exigence de fond conditionne en outre l'applicabilité de la DRE pour les dommages diffus.

1.4. L'articulation entre la directive et le droit national

Lorsque, dans une situation de pollution environnementale, les conditions d'application *ratione temporis* et/ou *ratione materiæ* de la DRE ne sont pas remplies, une telle situation relèvera du droit national, dans le respect des règles du traité et sans préjudice d'autres actes de droit dérivé[32].

Dans l'arrêt Fipa Group e.a.[33], la Cour s'est penchée sur la question de savoir si les principes du droit de l'Union en matière d'environnement, tels que prévus à l'article 191, paragraphe 2, TFUE et dans la directive 2004/35, s'opposent à une réglementation nationale qui, en cas d'impossibilité d'identifier le responsable de la pollution d'un terrain ou d'obtenir de ce dernier la mise en œuvre des mesures de réparation requises, ne permet pas à l'autorité compétente d'imposer l'exécution des mesures de prévention et de réparation au propriétaire de ce terrain, non responsable de la pollution, celui-ci étant seulement tenu au remboursement des frais relatifs aux interventions effectuées par l'autorité compétente dans la limite de la valeur de marché du site, déterminée après l'exécution de ces interventions[34].

Le litige au principal s'inscrit dans le cadre d'un recours visant l'annulation des actes de l'administration par lesquels —face à la disparition ou à l'insolvabilité des exploitants— l'autorité étatique compétente avait imposé à trois sociétés propriétaires d'un terrain pollué des mesures spécifiques de sécurisation d'urgence. Ces trois sociétés ayant acheté des sites déjà pollués et n'étant pas les auteurs de la pollution constatée, elles saisissaient le *Tribunale administrativo regionale per la Toscana*, lequel, dans les trois affaires, a annulé lesdits actes administratifs au motif que, en vertu du principe du pollueur-payeur, l'administration ne pouvait pas imposer l'exécution des mesures de sécurisation d'urgence à des entreprises qui n'ont aucune responsabilité directe dans la réalisation du phénomène de contamination constaté sur le site. Le ministère de l'Environnement a interjeté appel contre lesdits jugements du tribunal administratif devant le *Consiglio di Stato* italien, juge de renvoi dans cette affaire.

La Cour a conclu que la DRE ne s'opposait pas à une telle réglementation nationale[35]. En l'espèce, le lien de causalité entre le dommage environnemental et

---

[32] Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-378/08, EU:C:2010:126, points 49 et 59.

[33] Arrêt du 4 mars 2015, Fipa Group e.a., C-534/13, EU:C:2015:140 ; note Delaforge, C. (2015), « Arrêt « Fippa Group » : quel champ d'application pour le principe du pollueur-payeur ? », Journal de droit européen, 221, 287-288.

[34] La réglementation en cause ne prévoyait à charge du propriétaire d'un terrain pollué, mais non responsable de la pollution, qu'une responsabilité patrimoniale limitée à la valeur du site après la mise en œuvre des mesures de réhabilitation.

[35] Arrêt du 4 mars 2015, Fipa Group e.a., C-534/13, EU:C:2015:140, point 62 et disp. Voir également, ordonnances du 6 octobre 2015, Ediltecnica, C-592/13, non publiée, EU:C:2015:679 et Tamoil Italia, C-156/14,

l'activité de l'exploitant était inexistant, puisque les propriétaires avaient acquis les parcelles postérieurement à la réalisation d'un dommage et qu'ils n'avaient pas contribué à la survenance des dommages environnementaux en cause[36]. Il s'ensuit que cette situation ne relève pas du droit de l'Union, mais du droit national.

2. LA MARGE DE MANŒUVRE DES AUTORITÉS NATIONALES DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA DIRECTIVE 2004/35

Les deux arrêts ERG e.a., du 9 mars 2010, rendus respectivement dans l'affaire C-378/08 et dans les affaires jointes C-379/08 et C-380/08, ont permis à la Cour de mettre en évidence la marge de manœuvre des États membres quant à la preuve du lien causal et à la mise en œuvre des mesures de prévention et de réparation[37].

En effet, l'article 16, paragraphe 1, de la directive sur la responsabilité environnementale confère une marge de manœuvre importante aux États membres lorsqu'il précise que la directive « *ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les États membres de dispositions plus strictes* [...], *notamment l'identification d'autres activités [...], ainsi que l'identification d'autres parties responsables*[38, 39] ». Ainsi, un État peut notamment décider que les exploitants d'activités autres que celles prévues à l'annexe III de la DRE pourront objectivement être tenus pour responsables de dommages environnementaux, c'est-à-dire non seulement de dommages causés aux espèces et aux habitats protégés, mais également de ceux affectant les eaux et les sols[40].

Par ailleurs, une réglementation nationale peut identifier, outre les exploitants des terrains sur lesquels une pollution illicite a été générée, une autre catégorie de personnes solidairement responsable d'un tel dommage environnemental, à savoir les propriétaires desdits terrains, sans qu'il soit requis d'établir l'existence d'un lien de causalité entre le comportement des propriétaires et le dommage constaté, à condition que cette réglementation soit conforme aux principes généraux du droit

---

non publiée, EU:C:2015:677 (Dans ces affaires ont été soulevées des questions identiques à celle posée dans l'affaire C-534/13).

[36] Voir, par analogie, arrêt du 29 avril 1999, Standley e.a., C-293/97, EU:C:1999:215, point 51.

[37] « Les États membres conservent l'importante marge de manœuvre inhérente à la base juridique retenue de l'ex-article 175, § 1, CE (devenu article 192, § 1, FUE) » ; Thieffry, P. (ed.) (2017), *Manuel de droit de l'environnement*, 2e ed., coll. Droit de l'Union européenne, 301. Voir, pour plus de détails, Cassotta, S., and Verdure, C. (2012), « Recent Developments Regarding the EU Environmental Liability for Entreprises : Lessons Learned from the Italian's Implementation of the " Raffinerie Mediterranee " Cases », *European Energy and Environmental Law Review,* 4, 156-164.

[38] Voir sur ce point les conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Fipa Group e.a., C-534/13, EU:C:2014:2393, point 54 : « La portée du principe du pollueur-payeur coïncide en substance avec les limites fixées par les objectifs de la directive sur la responsabilité environnementale aux fins de l'application de l'article 16. Les États membres ne sauraient compromettre ce principe en désignant, à côté des pollueurs ou à leur place, d'autres responsables. S'il y a d'autres responsables, cela ne peut être qu'à titre subsidiaire ».

[39] Voir aussi considérant 29 de la DRE.

[40] Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-378/08, EU:C:2010:126, point 68.

de l'Union ainsi qu'à toute disposition pertinente des traités UE et FUE et des actes de droit dérivé de l'Union[41].

La Cour a toutefois jugé qu'un État membre ne saurait invoquer l'article 16, paragraphe 1, de la directive 2004/35, dans une situation où il maintiendrait, adopterait des normes ou autoriserait une pratique permettant à l'autorité compétente de s'affranchir du respect du droit pour les exploitants d'être entendus et de l'obligation d'inviter les personnes sur le terrain desquelles des mesures de réparation doivent être appliquées à présenter leurs observations[42].

2.1. La preuve du lien causal par présomption

L'exigence d'un lien causal constitue une difficulté majeure dans le cadre de la réparation des dommages causés par une pollution à caractère étendu et diffus. L'apport essentiel de la jurisprudence de la CJUE réside dans l'appréciation du lien de causalité, notamment en cas de pluralité de pollueurs.

Dans l'affaire C-378/08, la Cour, après avoir constaté le silence de la directive sur les modalités d'établissement du lien de causalité, a conclu que les États membres sont en droit de le présumer**,** à condition de respecter le principe du pollueur-payeur. Elle a, plus précisément, reconnu que la directive sur la responsabilité environnementale ne s'oppose pas à une réglementation nationale permettant à l'autorité compétente de présumer l'existence d'un lien de causalité entre des exploitants et une pollution constatée et ce, en raison de la proximité de leurs installations avec la zone de pollution[43]. Cependant, dans la mesure où, conformément au principe du pollueur-payeur, l'obligation de réparation n'incombe aux exploitants qu'en raison de leur contribution à la génération de la pollution ou au risque de pollution[44], aux fins de présumer un tel lien de causalité, cette autorité doit disposer d'indices plausibles susceptibles de fonder sa présomption, tels que la proximité de l'installation de l'exploitant avec la pollution constatée et la correspondance entre les substances polluantes retrouvées et les composants utilisés par ledit exploitant dans le cadre de ses activités[45].

En outre, la Cour a précisé que l'autorité compétente n'est pas tenue d'établir une faute des exploitants, dont les activités sont à l'origine du dommage environnemental. En revanche, il incombe à cette autorité, d'une part, de rechercher préalablement l'origine de la pollution constatée, celle-ci disposant à cet égard d'une

---

[41] Arrêt du 12 juillet 2017, Túrkevei Tejtermelő Kft., C-129/16, EU:C:2017:547, point 63 et disp. 1.

[42] Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-379/08 et C-380/08, EU:C:2010:127, point 65.

[43] Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-378/08, EU:C:2010:126, point 56. Voir également, ordonnance du 9 mars 2010, Buzzi Unicem e.a., C-478/08 et C-479/08, non publiée, EU:C:2010:129, point 48, point 1. Dans ces affaires jointes C-478/08 et C-479/08, ont été soulevées des questions identiques à celles posées par la même juridiction nationale dans les deux arrêts ERG e.a., du 9 mars 2010. C'est la raison pour laquelle la Cour statue par voie d'ordonnance.

[44] Voir, par analogie, arrêt du 24 juin 2008, Commune de Mesquer, C-188/07, EU:C:2008:359, point 7.

[45] Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-378/08, EU:C:2010:126, point 57.

marge d'appréciation quant aux procédures, aux moyens devant être déployés et à la durée d'une telle recherche. D'autre part, cette autorité est tenue d'établir —selon les règles nationales régissant la preuve— un lien de causalité entre les activités des exploitants visés par les mesures de réparation et cette pollution.

2.2. Modification, par les autorités compétentes, des mesures de réparation antérieurement adoptées à l'issue d'une procédure contradictoire

Lorsqu'un dommage environnemental s'est produit, l'exploitant doit prendre des mesures conservatoires pratiques « afin de combattre, d'endiguer, d'éliminer ou de traiter immédiatement les contaminants concernés et tout autre facteur de dommage, en vue de limiter ou de prévenir de nouveaux dommages environnementaux et des incidences négatives sur la santé humaine ou la détérioration des services »[46]. Par ailleurs, il incombe à l'exploitant de déterminer les mesures de réparation possibles et de les soumettre à l'autorité compétente, à laquelle appartient la décision finale.

Définition des mesures de réparation

Le législateur de l'Union n'a pas défini de manière précise et détaillée la méthodologie exacte devant être suivie par l'autorité compétente dans la définition des mesures de réparation.

L'autorité compétente doit pouvoir disposer d'un pouvoir discrétionnaire approprié pour l'évaluation de l'importance des dommages et la détermination des mesures de réparation à prendre[47], sous réserve de la prise en compte prévue par la directive des éléments pertinents[48]. En outre, dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, ladite autorité reste tenue d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce[49].

Modification par l'autorité compétente des mesures de réparation qu'elle avait adoptées antérieurement

Dans les affaires jointes C-379/08 et C-380/08, la Cour a été amenée à examiner si les articles 7 et 11, paragraphe 4, de la directive 2004/35, lus en combinaison avec l'annexe II de celle-ci, habilitent l'autorité compétente à ordonner d'office

---

[46] Article 6, paragraphe 1, de la directive.

[47] Considérant 24 de la directive.

[48] Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-379/08 et C-380/08, EU:C:2010:127, pt. 59. Voir aussi THIEFFRY, P. (2011), « Droit européen de l'environnement 2010 – Année d'activité législative ciblée mais signifiante », *Revue trimestrielle de droit européen,* 2, 449-464.

[49] Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-379/08 et C-380/08, EU:C:2010:127, point 61. Voir, par analogie, arrêts du 21 novembre 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, point 14, et du 6 novembre 2008, Pays-Bas/Commission, C-405/07 P, EU:C:2008:613, point 56

une modification substantielle des mesures de réparation de dommages environnementaux qui ont été décidées à l'issue d'une procédure contradictoire conduite en collaboration avec les exploitants concernés et qui ont déjà été exécutées ou ont fait l'objet d'un commencement d'exécution. La Cour a répondu à cette question par l'affirmative. Toutefois, en vue d'adopter une telle décision, cette autorité doit :

— entendre les exploitants, sauf lorsque l'urgence de la situation environnementale commande une action immédiate de l'autorité compétente ;

— inviter notamment les personnes sur le terrain desquelles ces mesures doivent être appliquées à présenter leurs observations, dont elle tiendra compte, et ;

— indiquer dans sa décision les raisons qui motivent son choix ainsi que, le cas échéant, celles qui sont de nature à justifier qu'un examen circonstancié n'avait pas lieu d'être ou n'a pas pu être effectué en raison, par exemple, de l'urgence de la situation environnementale[50].

De même, la Cour a considéré que la DRE ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui permet à l'autorité compétente de subordonner l'exercice du droit des exploitants d'utiliser leurs terrains à la condition qu'ils réalisent les travaux de réparation environnementale exigés et ce, alors même que lesdits terrains ne seraient pas concernés par ces travaux en raison du fait qu'ils ont déjà fait l'objet de mesures antérieures de « bonification » ou qu'ils n'ont jamais été pollués. La suspension de certaines prérogatives afférentes au droit de propriété des exploitants sur leurs terrains se justifie par l'objectif d'empêcher l'aggravation de la situation environnementale ou, en application du principe de précaution, par l'objectif de prévenir l'apparition ou la résurgence d'autres dommages environnementaux dans les terrains des exploitants, adjacents à l'ensemble du bord de mer qui fait l'objet des mesures de réparation[51]. La solution retenue dans cet arrêt est subordonnée au contrôle, par le juge national, du caractère nécessaire et approprié de la disposition nationale au regard de l'objectif poursuivi.

[50] Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-379/08 et C-380/08, EU:C:2010:127, 67, disp. 1. Voir également, ordonnance du 9 mars 2010, Buzzi Unicem e.a., C-478/08 et C-479/08, non publiée, EU:C:2010:129, point 57, disp. 2.

[51] Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-379/08 et C-380/08, EU:C:2010:127, point 92, disp. 2.

CONSERVATION OF THE MARINE ENVIRONMENT AND EXPLOITATION OF THE SEABED

CONSERVATION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN ET EXPLOITATION DES FONDS MARINS

CHAPTER 15

THE PROTECTION OF THE COLLECTIVE INTERESTS AS A TOOL TO CHALLENGE THE OUTER LIMITS OF THE CONTINENTAL SHELF

Ángeles Jiménez García-Carriazo
Ph.D. in Law, The Nippon Foundation Lecturer on International Maritime Law
IMO International Maritime Law Institute, Malta

RÉSUMÉ: *L'extension du plateau continental au-delà de 200 milles marins non conforme aux dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (CNUDM) peut donner lieu à un différend. Des États tiers pourraient se plaindre de l'appropriation illégitime d'une partie de la zone internationale des fonds marins, qui restreint la portée spatiale d'une zone commune.*
La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ne prévoit pas de mécanisme de contrôle juridictionnel pour les recommandations de la Commission des limites du plateau continental. Le même problème se pose avec les délinéations exagérées ne respectant pas les exigences procédurales de l'article 76. Cela soulève la question de savoir si un organe juridictionnel compétent hypothétique pourrait appliquer un mécanisme de règlement des différends ouvert à des États tiers afin de protéger leurs intérêts collectifs.

Mots-clés: *plateau continental; zone; statut juridique; actio popularis.*

ABSTRACT: *The extension of the continental shelf beyond 200 nautical miles not complying with the relevant provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (UNCLOS) may result in a dispute. Third States might complain about the illegitimate appropriation of a portion of the international seabed area which narrows the spatial scope of a common area.*

UNCLOS does not foresee a judicial review mechanism for the recommendations from the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS). The same problem applies to exaggerated delineations disregarding the procedural requirements of Article 76. This brings into question whether a hypothetical competent jurisdictional body may deal with a dispute settlement mechanism open to third States legal action in order to protect collective interests.

Keywords: *continental shelf; area; legal standing; actio popularis.*

1. INTRODUCTION

The extension of the continental shelf beyond 200 nautical miles is carried on at the expense of the international seabed area (the Area). The natural resources located in the latter[1] become subject to the sovereign rights of the coastal State for the purposes of exploration and exploitation.

The coastal State is the only responsible for drawing the outer limits of the continental shelf on the basis of the recommendations issued by the CLCS and no competence is given to any other party thereon. Challenging the outer limits drawn by a coastal State is not foreseen in UNCLOS, which only predicts two alternatives: making a revised or a new submission to the CLCS.

The delineation of the limits of the continental shelf has not been expressly excluded from the dispute settlement mechanism provided for in Part XV of UNCLOS. Therefore, we proceed from the fact that a mechanism for reviewing the outer limits is tenable. The questions that arise are who can initiate the proceedings, on which grounds and against whom.

The fault may not lie solely with the offending States but with the CLCS if the recommendations are not in compliance with UNCLOS. By validating inaccurate limits, the interests of the international community are harmed.

UNCLOS negotiators missed the opportunity to create an international entity responsible for initiating proceedings on behalf of the international community. Therefore, we will argue why and how opening the dispute settlement mechanism to third States legal action is a necessary step in order to protect collective interests.

The competence of the States to take legal action to protect the marine space reserved for mankind is a logical step, otherwise collective interests become meaningless. Limiting the scope of the Area by the extension of the continental shelf results in a lower economic potential to be used by the States. On the basis of these insights, States could defend the common interest and act in their own interest at once.

[1] Especially, polymetallic and manganese nodules.

2. COLLECTIVE INTERESTS

Collective interests have always existed as an expression of the global commons and vested interests of the community of States. Their existence is beyond discussion and they are subjected to an international regime. However, and despite the rising awareness, their recognition has not resulted in the recognition of a true right to protection which any State could invoke in the general interest[2].

The extension of the continental shelf beyond national territorial jurisdiction limits the prevailing community interests[3] in the correct management and preservation of the oceans. There seems to be a need to give judicial protection to regimes, such as the deep seabed regime, which have been created for the benefit of mankind as a whole. One could therefore argue that States which are not directly affected by the outer continental shelf claims of other States may be accorded the right to take public action[4].

The better expression of collective interests in the Area is to be found in the common heritage of mankind. The concept was introduced in 1967 by Maltese Ambassador Arvid Pardo, who urged to consider the resources of the oceans beyond national jurisdiction as the common heritage of mankind[5]. He envisaged a future where the seabed and the ocean floor would be exploited under international auspices for the benefit of the entirety of mankind[6].

In this context, the two key questions are: (i) does a third State have *locus standi* to claim before a court or tribunal that its rights under Part XI have been infringed by the establishment by another State of the outer limits of its continental shelf in violation of Article 76? (ii) is there an *actio popularis* which allows third States to take measures against the delineation that harms collective interests?

3. LEGAL STANDING

The extension of the continental shelf beyond 200 nautical miles not only affects other neighbour States, but also the outer limits of the Area. The idea outlined

---

[2] Gowland-Debbas, V. (1997), «Judicial Insights into Fundamental Values and Interests of the International Community», in Muller, A. (1997), *The International Court of Justice*, Nijhoff, 327, 351; Benzing, M. (2006), «Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals», *The Law & Practice of the International Courts and Tribunals,* 369.

[3] In this contribution, «common interest», «collective interest» and «community interest» will be used interchangeably.

[4] Nelson, L. D. M. (2002), «The Continental Shelf: Interplay of Law and Science», in Andåo, N.; McWhinney, E., and Wolfrum, R. (eds.), (2002), *Judge Shigeru Oda: Liber Amicorum,* The Hague, Kluwer Law International, vol. 2, 1251.

[5] Note Verbale by Arvid Pardo to the Secretary-General, 22nd Sess., Annex, Mem., UN Doc. A/6695: «The seabed and ocean floor are a common heritage of mankind and should be used and exploited for peaceful purposes and for the exclusive benefit of mankind as a whole».

[6] Buttigieg, J. (2012), «The Common Heritage of Mankind. From the Law of the Sea to the Human Genome and Cyberspace», *SymMel*, vol. 8 (Special Issue).

does throw up a number of questions: Does a third State have the right to take legal action challenging another State's outer limits which are not based on the recommendations of the CLCS? Does a third State have a right to institute proceedings in order to protect the resources which form part of the common heritage of mankind? Could a State unable to argue that its rights/claims as neighbour have been infringed bring a case against a particular delineation claiming an unjustified infringement upon the Area?[7].

Reasonable doubts arise regarding States' competence to take legal action to vindicate international collective interests within the framework of the dispute settlement mechanism provided for in Part XV of UNCLOS.

A great number of academic writings agree that no entity has standing to initiate judicial proceedings against the delineation by a coastal State of the outer limit of its continental shelf[8]. In this sense, Smith and Taft agree that:

> «the Conference negotiators opted to create a Commission with recommendatory functions, and to exclude establishment of the outer limit of the continental shelf from compulsory and binding third-party dispute settlement procedures»[9].

Other observers consider that this position should be overcome since the recognition of the legal standing would reinforce the protection of the collective interest in the Area as long as it can be shown that States' interests have been harmed by exaggerated claims[10].

There is no explicit granting of the power to submit a dispute related to the delineation of the continental shelf to the dispute settlement mechanism in UNCLOS. The recognition of the legal standing by UNCLOS would have reinforced the protection of the collective interests in the Area. UNCLOS drafters did not give the International Seabed Authority (ISA) any right to participate in the determination of the common boundary between the Area and the outer limit of the continental shelf.

The ISA is just established to administer the resources of the Area, but it lacks effective supervisory mechanisms in terms of compliance monitoring, sanctions or incentives. It cannot take legal action against the outer limits of the continental

---

[7] Nelson, L. D. M. (2002), *op. cit.,* 1251; International Law Association (ILA) (2006), *Legal Issues of the Outer Continental Shelf*, Toronto Conference, 9.

[8] Matz-Lück, N. (2009), «Planting the flag in Arctic Waters: Russia's claim to the North Pole», *Goettingen J. Intl.*, 235, 254-255; Karagiannis, S. (1994), «Observations sur la Commission des Limites du Plateau Continental», *Espaces et Ressources Maritimes*, vol. 163, 189; Brown, E. D. (1984), *Sea-Bed Energy and Mineral Resources and the Law of the Sea: the Areas Within National Jurisdiction,* Bath, Graham & Trotman, 15-16.

[9] Smith , R., and Taft, G. (2000), «Legal Aspects of the Continental Shelf», in Cook, P., and Carleton, C., *Continental Shelf Limits: the Scientific and Legal Interface*, Oxford University Press, 17-20.

[10] Busch, S. V. (2016), *Establishing Continental Shelf Limits Beyond 200 Nautical Miles by the Coastal State. A Right of Involvement for Other States?*, Brill-Nijhoff, 321; Eiriksson, G. (2004), «The Case of Disagreement Between a Coastal State and the Commission on the Limits of the Continental Shelf», in Nordquist, M.; Moore, J., and Heidar, T. (eds.), (2004), *Legal and Scientific Aspects of Continental Shelf Limits*, Martinus Nijhoff, 251, 258.

shelf established by a coastal State[11]. Conceiving an entity which could take legal action against the delineations that are detrimental to its territory and initiate proceedings on behalf of the international community would have been a reasonable measure[12].

Likewise, it is not for the CLCS to challenge the outer limits before international jurisdiction since this body is not an international organisation which may become a party to an international dispute[13]. With regard to the coastal State receiving the recommendations, a revised or a new submission are the only options in case of divergence[14].

Third States enjoy an implicit right to expect outer limits established by any other State party to be effected in conformity with Article 76 UNCLOS. These States have a right to initiate legal action against the delineation of the outer limit of the continental shelf that undermines their rights[15]. Consequently, they have legal standing and may have recourse to the dispute settlement mechanisms provided for in Part XV[16].

A distinction might be made between third States with overlapping rights over the area in dispute, and third States, not directly affected by the extension, which reject the inaccurate delineation of the continental shelf that encroaches the Area. The first group of States has an undeniable right to challenge the outer limits inasmuch as they are claiming a violation of their rights. The right of the second group is more controversial, but tenable to the extent that the establishment of the outer limits of the continental shelf in conformity with Article 76 UNCLOS can be seen as a right corresponding to an obligation *erga omnes*[17].

Additionally, granting individual States the competence to defend collective interests may fall within Article 48(1)(b) of the Articles on the Responsibility of

---

[11] Nelson, L. D. M. (2002), *op. cit.*, 1251; ILA (2006), *Legal Issues of the outer continental shelf*, Toronto Conference, *op. cit.,* 9.

[12] Lauterpacht, E. (1991), *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge University Press, 62. The «logical choice» according to Wolfrum. Wolfrum, R. (2006), «The Role of International Dispute Settlement Institutions in the Delimitation of the Outer Continental Shelf», in Lagoni, R., and Vignes, D., (2006), *Maritime Delimitation*, Leiden, Boston, Brill-Nijhoff, 28.

Furthermore, the jurisdiction of the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea is confined to disputes with respect to activities in the area. It will be beyond its competence to give an advisory opinion on matters relating the establishment of the limits of the outer continental shelf.

[13] Wolfrum, R. (2009), «The Delimitation of the Outer Continental Shelf: Procedural Considerations», in *Liber amicorum Jean-Pierre Cot: Le procès international*, Bruylant, 363.

[14] Ultimate responsibility for delimitation lies with the coastal State itself, subject to safeguards against exaggerated claims. United States: President's Transmittal of the UNCLOS and the Agreement relating to the Implementation of Part XI to the US Senate with Commentary, 7 October 1994, ILM 34 (1995), 1393 et seq. 1427.

[15] Grote Stoutenburg, J. (2015), *Disappearing Island States in International Law*, Leiden, Boston, Brill-Nijhoff, 107.

[16] Wolfrum, R. (2011), «Enforcing Community Interest through International Dispute Settlement», in Fastenrath, U.; Geiger, R.; Khan, D-E.; Paulus, A.; von Schorlemer, S., and Vedder, C. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University, Press, 1142.

[17] Treves, T. (2011), «Judicial Action for the Common Heritage», in Hestermeyer, H.; Matz-Lück, N.; Seibert-Fohr, A., and Vökeny, S. (2011), *Law of the Sea in Dialogue*, Springer, 127.

States for Internationally Wrongful Acts[18], according to which the State may invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to the international community as a whole. This idea shares features with an *actio popularis*.

The concept of obligation *erga omnes* and *actio popularis* are both intended to protect collective interests. Obligations *erga omnes* have a normative character while the *actio popularis* is a judicial instrument. However, from the legal interest (*erga omnes*) to the legal action (*actio popularis*) there is a blurred line[19].

4. *ACTIO POPULARIS*

States have not been awarded the taking of a popular action to challenge an excessive extension. However, progressively, there is a more flexible interpretation in the legal opinion. In this sense, Wolfrum states[20]:

> «it is not but a logical step the States may take action to protect established interests of the international community otherwise such community interests would be —legally speaking— nothing but empty shells [...]. According to Article 48(1)(b) of the Articles on State Responsibility, the State may invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to the international community as a whole. If such words are not meaningless this includes the initiation of proceedings for a judicial settlement».

4.1. *Actio popularis* in case law

The competence to initiate judicial proceedings in order to protect a common interest has been discussed in different fora. Judicial practice of claims by third-parties is rather limited.

In 1923, in its very first case *SS Wimbledon*[21], the Permanent Court of International Justice allowed for a claim to be brought by Italy and Japan, even if they were not individually injured[22]. The Court concluded that States enjoy freedom of

---

[18] In 2001, the International Law Commission attempted to codify the concept of State responsibility by adopting the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

[19] Voeffray, F. (2004), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Genève, Graduate Institute Publications.

[20] Wolfrum, R. (2006), *op. cit.,* 30. The ICJ has stated that «the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things», *East Timor (Portugal v. Australia),* ICJ, Reports 1995, para. 29, and that «the mere fact that rights and obligations *erga omnes* may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute», *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda),* Jurisdiction and admissibility, ICJ, 2006, para. 64.

[21] *SS Wimbledon (Great Britain and others v. Germany),* Judgment of the Permanent Court of International Justice of 17 August 1923, PCIJ Rep Series A, nº 1, 15, 33.

[22] *Ibid.,* 20: «Each of the four Applicant Powers has a clear interest in the execution of the provisions relating to the Kiel Canal, since they all possess fleets and merchant vessels flying their respective flags».

navigation in the Kiel Canal, as «it has been permanently dedicated to the use of the whole world»[23]. The Court opted for a broad standing, involving States which were not directly affected by the breaches in question but nevertheless had a recognized interest in ensuring compliance with the international regime[24].

Despite this result, the popular action was initially rejected by the International Court of Justice (ICJ). In in the *South-West Africa* cases[25], the ICJ rejected:

> «an *actio popularis*, or a right resident in any member of the community to take legal action in vindication of a public interest. But although a right of this kind may be known to certain municipal systems of law, it is not known to international law as it stands at present: nor is the Court able to regard it as imported by the "general principles of law" referred to in Article 38, paragraph 1 (c), of its Statute»[26].

A few years later, the dissenting opinions in the *Nuclear Tests* cases held that:

> «Although [...] the existence of a so-called *actio popularis* is a matter of controversy [...] the question is one that may be considered as capable of rational legal argument and a proper subject of litigation before this Court»[27].

Notwithstanding these attitudes, the ICJ has progressively recognized the right of non-injured States to invoke responsibility. In the *Questions relating to the Obligations to Prosecute or Extradite*[28] and in the *Whaling in the Antarctic*[29] cases, Belgium and Australia brought their respective claims with regards to a breach of an obligation *erga omnes*.

These judgements provide good grounds for an *actio popularis* application in order to bring claims for the protection of community interests. If any member of the international community is entitled to bring a claim, the likelihood of obtaining a legal response to a particular breach raises[30].

4.2. *Actio popularis* and the extended continental shelf

Regarding the delineation of the outer continental shelf, case law has ruled against the standing to protect collective interests. In the *Delimitation of maritime*

---

[23] *Ibid.,* 28.

[24] Crawford, J. (2011), «Responsibilities for Breaches of Communitarian Norms», in Fastenrath, U. *et al., op. cit.,* 228.

[25] *South-West Africa Cases South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, First phase, 1962, ICJ; *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Second phase, 1966, ICJ.

[26] *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Second phase, 1966, ICJ Rep. 6, para. 88.

[27] *Nuclear Tests (Australia v. France).* Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Waldock [1974] ICJ Rep 312, para. 117.

[28] ICJ, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal),* judgement of July 20, 2012, ICJ Reports 2012.

[29] ICJ, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, judgement of March 31, 2014.

[30] Broks, E. (2014), *Protection of Interests of the International Community in the Law of the State Responsibility,* PhD thesis, Letonia, University of Riga, 118.

areas between Canada and France (Saint Pierre et Miquelon) case[31], the Court of Arbitration declined to address the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles. The Court considered that the case concerned both States and the international community as a whole, and that the latter was not represented in the proceedings:

> «Any decision by this Court recognizing or rejecting any rights of the Parties over the continental shelf beyond 200 nautical miles would constitute a pronouncement involving a delimitation not "between the parties" but between each one and the international community, represented by organs entrusted with the administration and protection of the international seabed Area (the seabed beyond national jurisdiction) that has been declared to be the common heritage of mankind [...]. This Court is not competent to carry out a delimitation which affects the rights of a Party which is not before it»[32].

Nevertheless, the arbitral tribunal which ruled on the delimitation dispute between *Barbados and Trinidad and Tobago*[33] did not align with the position of the arbitrators in the *Saint-Pierre et Miquelon* award, and stated that its jurisdiction «includes the delimitation of the maritime boundary in relation to that part of the continental shelf extending beyond 200 nm»[34]. Arbitrators made no reference to the points raised by Barbados regarding the common heritage of mankind. According to Treves[35], the tribunal felt it unwise and unnecessary to disagree openly with the view underlying *Saint Pierre et Miquelon* decision, that there must be a way to protect the interests of the international community when extensions of the continental shelf are effected beyond the limits permitted by Article 76 UNCLOS.

Bearing the above mentioned in mind, it is clear that limiting the scope of the Area may hamper the proper marine management, and hence a collective interest. The preservation of the common heritage regime could be regarded as an obligation *erga omnes*[36], which implies the right of any State to bring a judicial claim[37], or even constitute a ground for an *actio popularis*. Accordingly, the Institut de Droit International stated that[38]:

> «In the event of there being a jurisdictional link between a State alleged to have committed a breach of an obligation *erga omnes* and a State to which the obligation

---

[31] *Delimitation of maritime areas between Canada and France*, Award of 10 June 1992, 31 International Legal Materials 1145.

[32] *Ibid.,* para. 79.

[33] Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, decision of 11 April 2006.

[34] *Ibid.,* para. 384.

[35] Treves, T. (2011), *op. cit.,* 126.

[36] At least, according to the Institut de Droit International's definition: «An obligation under a multilateral treaty that a State party to the treaty owes in any given case to all the other States parties to the same treaty, in view of their common values and concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all these States to take action». Institut de Droit International, (2005), Resolution Obligations *Erga Omnes* in International Law, Krakow session, 5th Commission, Article 1(b).

[37] Noyes, J. E. (2009), «Judicial and Arbitral Proceedings and the Outer Continental Shelf», *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* 42, 1248.

[38] Institut de Droit International, (2005), *op. cit.,* Art. 3.

> is owed, the latter State has standing to bring a claim to the International Court of Justice or other international judicial institution in relation to a dispute concerning compliance with that obligation».

Conversely, the equitable sharing of any benefits derived from economic activities in the Area in conformity with Article 140(2) UNCLOS, the impact on the State's rights to conduct scientific research on the Area under Article 143 UNCLOS or to undertake deep seabed mining activities in accordance with Article 153(2) UNCLOS, or the conflict with the claims of other States with adjacent or opposite coasts whose access to the maximum extension of their respective continental shelves is hindered, are grounds containing elements of an *actio popularis.* Based on these grounds, States could defend the common interest while acting in their own interest, but they would still have a definitive legal interest.

5. ENFORCEMENT MECHANISM

The obligation to extend the continental shelf in accordance with Article 76 UNCLOS is owed to State parties to the Convention. A tribunal may be requested to pronounce on the interpretation or the application of Article 76 in connection with the outer limits of the continental shelf which have not been established in accordance with the recommendations of the CLCS[39]. Likewise, the ILA Committee asserts the ability of the courts to rule on whether the CLCS has acted within the limits of its jurisdiction[40]:

> «A court or tribunal is competent to exercise jurisdiction in a contentious case between two States in which there is a dispute concerning the interpretation or application of the provisions of the Convention relating to the outer limits of the continental shelf by a coastal State, which also involves acts of the CLCS. A court or tribunal is competent to establish whether the Commission has acted within the limits of its competence or not».

The claim of a State with adjacent or opposite coasts against such infringement would not amount to an *actio popularis*[41].

What is at stake is the possibility of third States, not directly affected, to act on behalf of the international community and file a claim against an unjustified encroachment upon a regime created for the benefit of mankind. International law does not provide for an *actio popularis*, but, ultimately, possibilities exist to protect some community interests by invoking international dispute settlement mechanisms[42].

---

[39] De Marffy Mantuano, A. (2003), «La Fixation des Dernières Limites Maritimes: Le rôle de la Commission des Limites du Plateau Continental», in Anderson, D.; Bastid-Burdeau, G.; Bedjaoui, M., and Beer-Gabel, J. (eds.), (2003), *La Mer et son Droit; Mélanges Offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec,* Paris, Pedone, 413.

[40] ILA (2006), *Legal Issues of the Outer Continental Shelf*, Toronto Conference, *op. cit.,* 27.

[41] Wolfrum, R. (2011), *op. cit.,* 1142.

[42] Wolfrum, R. (2011), «Enforcing Community Interests Through International Dispute Settlement: Reality or Utopia?», in Fastenrath, U., *et al., op. cit.,* 1132.

Articles of the International Law Commission on State Responsibility are carrying the enforcement of mechanisms for community interests one step further[43]:

> «Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole»[44].

A State may be considered an injured State if it is «specially affected» by the violation of a collective right[45]. The sole requirement for an invocation of State responsibility is an internationally wrongful act, in other words, a State act in nonconformity with an obligation binding upon it at the time of the alleged breach[46].

In this sense, Nelson considers that[47]

> «States Parties which are not directly affected by the outer continental shelf claims of other States parties may be accorded the right to take public action to protect the integrity of the international seabed area».

The ILA states that «States individually have an interest in the exploration for and exploitation of the resources of the Area. In addition, States can exercise certain high seas freedoms in the seabed and subsoil beyond the limits of national jurisdiction»[48]. Accordingly, the legal basis for establishing sufficient interest may be found in UNCLOS rather than employing the concept of obligation *erga omnes* or *actio popularis*[49].

The ILA continues that «the existence of this interest in the resources of the Area and these high seas freedoms can be considered to give individual States a legal interest in the definition of the outer limits of the continental shelf. A State may consider that these limits have not been established in accordance with the substantive or procedural requirements of article 76. This would constitute a dispute for the purposes of article 279 of the Convention»[50]. Subsequently, an individual legal interest in the Area constitutes sufficient legal interest for a State to be party to a dispute against an excessive claim[51].

While most arguments presumed that an *actio popularis* to challenge an exaggerated extension of the continental shelf would be excluded under the dispute settlement system under UNCLOS, this traditional view could be reconsidered in the light of a community approach[52]. Article 288 UNCLOS establishes a broad

---

[43] *Ibid.,* 1144.
[44] Art. 48 (1) Articles of the International Law Commission on State Responsibility.
[45] Art. 42 (b)(1) Articles of the International Law Commission on State Responsibility.
[46] Art. 12 and 13 Articles of the International Law Commission on State Responsibility.
[47] Nelson, L. D. M. (2002), *op. cit.,* 1252.
[48] ILA (2006), *Legal Issues of the Outer Continental Shelf*, Toronto Conference, *op. cit.,* 26.
[49] Busch, S. V. (2016), *op. cit.,* 213.
[50] ILA (2006), *Legal Issues of the Outer Continental Shelf*, Toronto Conference, *op. cit.,* 26.
[51] Busch, S. V. (2016), *op. cit.,* 213.
[52] Wolfrum, R. (2011), *op. cit.,* 1144.

jurisdiction «over any dispute concerning the interpretation and application of this Convention». The sole requirement is a disagreement on the interpretation or application of UNCLOS, no explicit reference is made to the defence of an individual interests.

According to Wolfrum, requiring evidence of prior interest is no longer tenable, at least not in the context of UNCLOS[53]:

> «An interpretation of Article 288 UNCLOS allowing a case to be filed without the necessity to prove that individual interests of the applicant State are at stake would be in line with a literal interpretation as well as with the general community orientation of the Convention».

6. CONCLUSIONS

The situation we have analysed stems from dispute arising out of a claim that a State has proclaimed a continental shelf extending beyond 200 nautical miles not complying with the relevant rules of Article 76 UNCLOS, thus appropriating a portion of the Area, and narrowing the spatial scope of the common heritage regime[54].

In those cases, States should be entitled to protect established interests of the international community. Even though the protection of the common heritage of mankind seems a promising ground, it might not be successful if it does not count on the socio-political will of the international community. States should be strongly encouraged to submit to international courts and tribunals claims for the protection of their *erga omnes* rights based on rules protecting the interest of mankind and in overcoming the obstacles which may hamper a decision in favour of such submission[55]. The Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts point into that direction.

States defending the scope of the Area in the interest of the international community may also act in their own interest. This aspect should ameliorate the concerns of those who hesitate to open the international dispute settlement system to what is considered the equivalent of an *actio popularis*[56].

Perhaps we are not yet ready for the recognition of the *actio popularis* by international jurisdiction, but it is an idea which is getting stronger support in academic environments. Rather than speaking of *actio popularis* we could discuss about the flexibility of the jurisdiction, it is, after all, a matter of terminology. In any case, a particular interest of a legal nature in the Area constitutes sufficient legal interest to bring proceedings on behalf of the international community.

---

[53] *Ibid.,* 1145.
[54] Treves, T. (2011), *op. cit.,* 116.
[55] *Ibid.,* 132-133.
[56] Wolfrum, R. (2006), *op. cit.,* 30.

CHAPTER 16

LA LOI APPLICABLE AUX ACTIVITÉS MENÉES DANS LES FONDS MARINS

Erik RØSÆG
UiO PluriCourts - Centre pour l'étude des rôles légitimes du Judiciaire dans l'ordre mondial
Faculté de Droit
Université d'Oslo, Norvège

ABSTRACT : *When commercial activities, such as mining, are carried out in the Area, a framework of commercial law is as helpful on sea as on land. For example, workers should be protected against unfair contract terms, and entrepreneurs should be able to mortgage their equipment to ease financing. However, there is no State to provide this legal framework by general legislation. Could it be established in other ways ? The International Seabed Authority (ISA) possesses considerable power in granting licenses with conditions and revoking them if necessary. However, not all kinds of rules can be implemented in this way. For example, conditions for licenses cannot be used to alter the position of third parties to their detriment. An example of framework legislation that cannot be simulated by setting conditions for licenses is arrangements for mortgaging seabed installations. Because of these limitations, there may be a need for regulation that is more comprehensive than what can be achieved by adding conditions to licenses. This paper focuses on rules of this kind. How is the possible need for such legislation taken care of in the Area ? How can the necessary commercial framework legislation be implemented ?*

Keywords : *law ; activities ; seabed.*

RÉSUMÉ : *Lorsque des activités commerciales, telles que l'exploitation minière, sont exercées dans la Zone, un cadre de droit commercial est aussi utile en mer*

qu'à terre. Par exemple, les travailleurs devraient être protégés contre les clauses contractuelles abusives et les entrepreneurs devraient pouvoir hypothéquer leur équipement pour faciliter le financement. Cependant, aucun État n'est en mesure de fournir ce cadre juridique à travers une législation générale. Pourrait-il être établi d'une autre manière ? L'Autorité internationale des fonds marins (AIFM-ISA) dispose d'un pouvoir considérable pour octroyer des licences soumises à conditions et pour les révoquer le cas échéant. Cependant, toutes sortes de règles ne peuvent pas être mises en œuvre de cette manière. Par exemple, les conditions de licence ne peuvent pas être utilisées pour modifier la position de tiers à leur détriment. Un exemple de législation-cadre qui ne peut pas être simulé en fixant des conditions pour les licences est constitué par les dispositions prises pour hypothéquer des installations de fonds marins. En raison de ces limitations, il peut s'avérer nécessaire de disposer d'une réglementation plus complète que ce que l'on peut obtenir en ajoutant des conditions aux licences. Cet article se concentre sur les règles de ce type. Comment répondre au besoin éventuel d'une telle législation dans la Zone ? Comment la législation-cadre commerciale nécessaire peut-elle être mise en œuvre ?

Mots-clés : *loi ; activités ; fonds marins.*

1. PROBLÉMATIQUE

Lorsque des activités commerciales, telles que l'exploitation minière, sont exercées dans la Zone[1], il est tout autant utile de disposer d'un cadre législatif commercial pour les activités en mer que pour les activités sur terre. À titre d'exemple, le personnel doit être protégé contre les conditions contractuelles inéquitables, et les entrepreneurs doivent pouvoir hypothéquer leurs équipements afin d'en faciliter le financement. Toutefois, aucun État ne fournit un tel cadre législatif dans sa législation générale. Existe-t-il d'autres moyens d'établir un tel cadre ?

L'Autorité internationale des fonds marins (AIFM)[2] est mandatée pour délivrer des licences d'exploitation des ressources des fonds marins dans la Zone, y compris pour définir les conditions permettant de garantir, par exemple, la protection et la sécurité environnementales[3]. Ce mandat pourrait constituer un bon moyen d'établir en partie le cadre légal désiré, au minimum dans la mesure où les États sont membres de la CNUDM ou reconnaissent l'Autorité[4].

L'AIFM détient des pouvoirs considérables pour la délivrance des licences, assorties de conditions, et pour leur révocation le cas échéant[5]. En outre, le risque de ne pas se voir octroyer de licences à l'avenir peut jouer un rôle disciplinaire.

---

[1] UNCLOS, Art. 1(1)(1).

[2] This is the « Authority » referred to in UNCLOS ; see Art. 1(1)(2).

[3] See below in part 2.1.

[4] Notably, the USA is not a party to UNCLOS. However, US firms apparently register subsidiaries in States Parties if they wish to participate in industrial exploitation in the Area.

[5] See below in part 2.1.

Cependant, il n'est pas possible d'utiliser cette méthode pour mettre en œuvre tous les types de règlements[6]. Par exemple, les conditions applicables aux licences ne peuvent être utilisées dans le but de modifier la position de tiers à leur propre détriment. Autre exemple, il n'est pas possible de simuler une législation-cadre par l'instauration de dispositions permettant d'hypothéquer les installations d'exploitation des fonds marins.

En raison de ces limites, il peut être nécessaire d'élaborer des réglementations plus complètes que ce qui peut être réalisé simplement en ajoutant des conditions aux licences. La présente publication se concentre sur ce type de règles. Comment le besoin potentiel d'une telle législation est-il couvert dans la Zone ? Comment est-il possible de mettre en œuvre la législation-cadre commerciale nécessaire ?

2. FONDEMENTS JURIDIQUES GÉNÉRAUX

2.1. Pouvoirs de l'AIFM

Alors que les États côtiers disposent de « droits souverains » applicables, par exemple, à la juridiction du plateau continental[7], l'Autorité internationale des fonds marins dispose de pouvoirs plus limités. En ce qui concerne la délivrance de licences, plusieurs règles sont édictées par la CNUDM[8], et il existe une liste de conditions (quoique non exhaustive) présentée dans son Annexe[9].

Bien que l'AIFM se soit principalement concentrée sur la délivrance de licences et sur la définition des conditions qui y sont rattachées, elle dispose d'un mandat plus vaste qui peut être utilisé afin de créer la législation-cadre nécessaire en matière commerciale. Le mandat de l'AIFM stipule :

> « Article 157. *Nature de l'Autorité et principes fondamentaux régissant son fonctionnement.*
>
> 1. L'Autorité est l'organisation par l'intermédiaire de laquelle les États Parties organisent et contrôlent les activités menées dans la Zone, notamment aux fins de l'administration des ressources de celle-ci, conformément à la présente partie.
>
> 2. L'Autorité détient les pouvoirs et exerce les fonctions qui lui sont expressément conférés par la Convention. Elle est investie des pouvoirs subsidiaires, compatibles avec la Convention, qu'implique nécessairement l'exercice de ces pouvoirs et fonctions quant aux activités menées dans la Zone ».

---

[6] *Ibid.,*

[7] UNCLOS, Art. 77.

[8] UNCLOS, Art. 150 ff.

[9] UNCLOS, Annex III, in particular Art. 17. The conditions are set out in the so-called Mining Code, consisting of a number of regulations. To date, the Authority has issued Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (ISBA 19/C/17, adopted 13 July 2000) which was later updated and adopted 25 July 2013 (ISBA 19/A/9) ; the Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides in the Area (ISBA /16/A/12 Rev.1, adopted 7 May 2010) and the Regulations on Prospecting and Exploration for Cobalt-Rich Crusts (ISBA 18/A/11, adopted 27 July 2012). The work is ongoing and, in the following, draft revisions and consolidations will also be referred to.

La première partie du paragraphe 2 semble exclure les pouvoirs implicites[10], alors que la seconde phrase étend les pouvoirs aux « pouvoirs subsidiaires ». Cette contradiction apparente reflète la lutte de pouvoir qui s'est jouée au cours des négociations, les nations industrialisées s'étant opposées à l'attribution de pouvoirs élargis et implicites à l'AIFM[11]. Le texte a été repris sans clarification dans l'accord de mise en œuvre de 1994[12].

Il est difficile de rapprocher le texte d'une interdiction absolue qui porterait sur les pouvoirs implicites et subsidiaires liés à l'organisation et au contrôle des activités dans la Zone. Ces pouvoirs subsidiaires pourraient donc être utilisés pour adopter une législation-cadre dans le domaine commercial si cela s'avérait absolument nécessaire.

Cette interprétation large serait conforme aux résultats des travaux du Tribunal international du droit de la mer (ITLOS)[13] indiquant que des pouvoirs similaires, détenus par un État côtier, aux fins de réglementer les activités de pêche dans sa zone économique exclusive, incluent la réglementation des activités de soutage[14] :

> « 217. Le Tribunal a estimé que la réglementation par l'État côtier du soutage des navires étrangers qui pêchent dans sa zone économique exclusive fait partie des mesures que l'État côtier peut prendre dans sa zone économique exclusive aux fins de la conservation et de la gestion de ses ressources biologiques, en application de l'article 56 de la Convention, lu avec l'article 62, paragraphe 4, de la Convention. Cet avis est confirmé par la pratique des États qui s'est développée après l'adoption de la Convention ».

La pertinence de cette interprétation n'est pas une évidence. L'article 157 relatif aux pouvoirs de l'AIFM ne fait pas référence aux « droits souverains » cités à l'article 56 relatif à la ZEE. En outre, il n'existe à ce jour aucune pratique —et, de surcroît, aucune pratique étatique— établissant l'une ou l'autre des options concernant la Zone. Cependant, il est probable qu'une lecture similaire, au sens large, des pouvoirs de l'AIFM serait permise si un besoin pratique devait émerger

---

[10] Without such exclusion, additional powers would be implied. See for example ICJ, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962, ICJ Reports (1962), 151, 168.

[11] Scatz, V., Art. 157, mn. 7 in Preulss, UNCLOS, 1st ed 2017, Brown, E. D. (2001), *Sea-bed energy and minerals : the international legal regime,* vol. 2 : Sea-bed mining, 193; Mahmoudi, S. (1987), *The law of deep sea-bed mining : a study of the progressive development of international law concerning the management of the polymetallic nodules of the deep sea-bed,* 281; Nandan, S. N. *et al.* (2002), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : a commentary : vol. 6 : Articles 133 to 191, Annexes III and IV, Final act, Annex I, Resolution II, Agreement relating to the implementation of part XI, Documentary annexes*, Art. 157 para 157.13(b); Paolillo, F. H. (1984), *The institutional arrangements for the international sea-bed and their impact on the evolution of international organizations,* Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume : 188, 273; Oxman, B. H. (1980), « The Third United Nations Conference on the Law of the Sea : The Eighth Session (1979) », *The American Journal of International Law,* vol. 74, nº 1, 1, 15.

[12] Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, Annex to UN Document A/RES/48/263, Annex, s. 1 (1).

[13] The Seabed Dispute Chamber International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) settles disputes between a state party and the ISA regarding the competence of ISA, UNCLOS Art. 187.

[14] ITLOS Case nº 19 The M/V « Virginia G » Case (Panama/Guinea-Bissau).

en ce sens. Cela vaut d'autant que la question d'une autorité rampante, qui serait imposée par l'AIFM aux dépens des États, ne se pose aucunement.

Cependant, s'il existait une solution de contournement du problème lié au manque de législation-cadre en matière commerciale, l'AIFM n'aurait pas à intervenir, et il n'existerait pas de pouvoirs subsidiaires. Le texte ci-dessous présente plusieurs de ces solutions de contournement.

Si l'AIFM est compétente pour légiférer, les décisions de justice sont exécutoires dans l'ensemble des États parties de la CNUDM[15]. L'AIFM peut également retirer des licences[16] et tenir compte des performances passées pour la délivrance de nouvelles licences[17].

L'AIFM n'a pas encore promulgué de législation de ce type. Il existe une raison à cette réticence. Le secrétariat ainsi que les organes décisionnaires disposent de ressources limitées et ne sont pas en capacité de traiter les complexités du droit privé et procédural. En outre, l'AIFM est handicapée du fait qu'il n'existe aucun régime sur lequel elle pourrait s'appuyer, et chaque État participant serait susceptible d'insister pour préserver ses traditions. Que l'AIFM ait ou non la compétence juridique pour traiter des sujets abordés ici est donc probablement un débat stérile étant donné qu'elle pourrait ne pas avoir la capacité de mettre en œuvre de changement quoiqu'il arrive.

2.2. Juridiction de l'État du pavillon

La colonne d'eau située au-dessus de la Zone fait partie de la haute mer[18]. En haute mer, la juridiction de l'État du pavillon prévaut[19]. Ainsi, la juridiction des États de pavillon s'applique aux navires menant des activités sur les fonds marins dans la Zone. Il n'est nullement indiqué que les pouvoirs de l'AIFM seraient exclusifs dans tous les domaines, ainsi la juridiction de l'État du pavillon pourrait constituer une bonne alternative à la compétence de l'AIFM en droit privé et concernant les autres sujets non liés aux licences.

S'agissant de la protection de la vie humaine, la CNUDM présuppose que la compétence de l'AIFM serait subsidiaire des autres dispositions internationales, qui sont généralement fondées sur la législation de l'État du pavillon en ce qui concerne les navires :

> « Article 146. *Protection de la vie humaine.*
>
> En ce qui concerne les activités menées dans la Zone, les mesures nécessaires doivent être prises en vue d'assurer une protection efficace de la vie humaine. L'Au-

[15] UNCLOS, Annex III, Art. 21(2).
[16] UNCLOS, Annex III, Art. 18.
[17] UNCLOS, Annex III, Art. 10. This article was modified by the 1994 implementing agreement (fn. 12) Annex, s. 1(13).
[18] UNCLOS, Art. 86.
[19] UNCLOS, Art. 87 and 92.

torité adopte à cette fin des règles, règlements et procédures appropriés pour compléter le droit international existant tel qu'il est contenu dans les traités en la matière ».

De manière similaire, la juridiction de l'État du pavillon complète la compétence de l'AIFM en ce qui concerne la pollution :

« Article 209. *Pollution résultant d'activités menées dans la Zone.*

1. Les règles, règlements et procédures internationaux sont adoptés conformément à la partie XI pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin résultat d'activités menées dans la Zone. Ces règles, règlements et procédures seront réexaminés de temps à autres, selon qu'il est nécessaire.

2. Sous réserve des dispositions pertinentes de la présente section, les États adoptent des lois et règlements pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin résultant d'activités menées dans la Zone par des navires ou à partir d'installations, ouvrages ou autres engins, battant leurs pavillons, immatriculés sur leur territoire ou relevant de leur autorité, selon le cas. Ces lois et règlements ne doivent pas être moins efficaces que les règles, règlements et procédures internationaux visés au paragraphe 1.

Les États côtiers ne jouent aucun rôle particulier dans la mise en application de ces dispositions, alors que la mise en application par les États du pavillon semble être retenue :

« Article 215. *Mise en application de la réglementation internationale relative à la pollution résultant d'activités menées dans la Zone.*

La mise en application des règles, règlements et procédures internationaux établis conformément à la partie XI pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin résultant d'activités menées dans la Zone est régie par cette partie ».

Au titre de la juridiction de l'État du pavillon, les États du pavillon mettent en œuvre plusieurs dispositions de la convention ayant un impact sur les cas relevant du droit privé. Outre les conventions de type SOLAS[20] et MARPOL[21], la plupart des État du pavillon sont parties à plusieurs conventions couvrant des sujets autres que la sécurité et la pollution tels que la saisie des navires[22], le droit du travail[23], les privilèges et les hypothèques[24], et les mesures anti-terrorisme[25]. De même, la CNUDM définit la responsabilité des États du pavillon en ce qui concerne leurs navires[26]. Par le biais de ces dispositions, la juridiction de l'État du pavillon comble un vide législatif important concernant les activités menées dans la Zone.

---

[20] International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974, as amended.

[21] International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973, as modified by the Protocol of 1978 relating thereto and by the Protocol of 1997 (MARPOL).

[22] International Convention Relating to the Arrest of Sea-Going Ships, 1952.

[23] Maritime Labour Convention, 2006.

[24] International Convention on Maritime Liens and Mortgages, 1993.

[25] Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (SUA), 1988, as amended.

[26] UNCLOS, Art. 94.

Tous les États du pavillon ne sont pas parties à toutes les conventions, et les armateurs sont libres de choisir quasiment n'importe quel État du pavillon pour leurs navires. Cependant, les États disposant de pavillons de complaisance ont tendance à ratifier des conventions de droit privé, et les armateurs n'évitent pas ces États de pavillon étant donné que l'ordre et la prévisibilité sont plus importants que la dérégulation en droit privé. Les Conventions constituent souvent des compromis entre les parties intéressées et sont donc acceptables.

Les conventions ne sont pas des codes complets, malgré leurs vastes périmètres. Ainsi, elles doivent être complétées par la législation nationale. Ces législations peuvent varier plus ou moins fortement. Elles peuvent ne pas réguler les activités menées en mer, soit volontairement, soit en raison d'erreurs rédactionnelles ou simplement parce que personne n'a envisagé le besoin de réglementer les activités industrielles menées en haute mer, contrairement à l'usage de la haute mer pour de simples activités de navigation. Ainsi, une juridiction d'État du pavillon qui se fonde uniquement sur les conventions internationales peut laisser des vides juridiques en termes de régulation des activités menées par les navires dans la Zone.

La régulation des navires par l'État du pavillon est une pratique répandue et généralement reconnue par les autres États. Même si la préférence peut être accordée à une législation dans le cadre des règles de conflits de lois, la législation de l'État du pavillon permet de prévenir les vides juridiques. La sanction ultime appliquée par l'État du pavillon à l'encontre d'un navire ne respectant pas sa législation consiste à lui retirer le droit de battre son pavillon, laissant le navire soumis à la juridiction de n'importe quel État. Dans la plupart des cas, une telle sanction serait considérée comme trop dure.

Parfois, un navire peut être régi par la législation de deux États coopérants. La propriété du navire est enregistrée dans un État, alors que le navire bat le pavillon d'un autre État[27]. Dans le cadre de notre analyse, cette situation n'est pas pertinente ; la somme des juridictions des deux États n'est ni plus, ni moins importante que la juridiction d'un seul État du pavillon.

Différents navires impliqués dans les mêmes activités peuvent battre différents pavillons. Ainsi, différents corpus de règles peuvent s'appliquer à chaque navire. Toutefois, l'expérience en matière d'exploitation en mer montre qu'il ne s'agit pas d'un problème en pratique. Si les différences de réglementations revêtent une dimension de sécurité, l'AIFM dispose assurément des compétences nécessaires pour promulguer des règles complémentaires[28].

Le principal problème lié à la juridiction de l'État du pavillon est lié au fait que toutes les unités présentes dans la Zone ne sont pas des navires ; par exemple, il peut s'agir de plateformes et d'excavateurs exploitant le fonds marin. Cette situation pose problème à deux titres.

---

[27] This is often referred to as bare boat registration or temporary change of flag.

[28] See above in section 3.1.

Premièrement, l'*acquis* des conventions relatives aux navires ne s'applique pas toujours. Il est nécessaire de combler ce vide à l'aide de nouvelles règles et normes.

Deuxièmement, le rôle traditionnel de régulateur exercé par l'État du pavillon peut être remis en question, et il n'est pas forcément évident de savoir quel État est l'État du pavillon. Un État peut imposer sa juridiction personnelle aux propriétaires, mais peut se trouver remis en question, par exemple, par l'État d'origine de l'opérateur.

Qu'il s'agisse de la juridiction de l'État du pavillon des navires ou des juridictions similaires relatives à d'autres unités, l'Annexe 3 établissant les dispositions de base régissant la prospection, l'exploration et l'exploitation, restreint le recours aux juridictions de type État de pavillon, etc. :

> « Article 21. *Droit applicable.*
>
> 3. Un État Partie ne peut imposer à un contractant des conditions incompatibles avec la Partie XI. Toutefois, l'application par un État Partie aux contractants patronnés par lui ou aux navires battant son pavillon des lois et règlements relatifs à la protection du milieu marin ou d'autres, plus strictes que les règles, règlements et procédures adoptés par l'Autorité en application de l'article 17 paragraphe 2 lettre f) de la présente Annexe, n'est pas considérée comme incompatible avec la Partie XI ».

Cette disposition s'applique uniquement dans la mesure où les règles impactent négativement le détenteur de licence. Les lois de protection des travailleurs peuvent tomber dans cette catégorie, alors que cette règle n'aura probablement pas d'impact sur les législations relatives aux infrastructures juridiques permettant d'opter pour l'hypothèque des unités exploitées dans la Zone. Si le détenteur de licence est impacté, les États Parties de la CNUDM ne peuvent légiférer, même s'il existe une compétence au titre des principes généraux du droit international.

Toutefois, même lorsque le détenteur de licence est impacté négativement, la réglementation par l'État du pavillon des navires au regard de la protection du milieu marin[29] est expressément autorisée, de même que les réglementations similaires établies par les États qui les patronnent. Les États patronnant les navires sont, d'une certaine manière, les « États de pavillon » des détenteurs de licences[30].

L'article 21 relatif à la législation du cadre commercial permet aux États du pavillon et à leurs homologues de disposer d'une marge de manœuvre relativement importante pour compléter les réglementations de l'AIFM et de la CNUDM s'ils disposent d'une compétence reposant sur d'autres fondements.

---

[29] This follows from the reference to UNCLOS Annex III, Art. 17(2)(f).

[30] See below in section 3.3.

2.3. Juridiction relative aux entreprises

Afin d'obtenir une licence, toute entreprise privée doit être patronnée par un État :

> « Article 153. *Système d'exploration et d'exploitation*
>
> 2. Les activités menées dans la Zone le sont conformément au paragraphe 3 :
>
> (b) en association avec l'Autorité, par des États Parties ou des entreprises d'État ou par des personnes physiques ou morales possédant la nationalité d'États Parties ou effectivement contrôlées par eux ou leurs ressortissants, lorsqu'elles sont patronnées par ces États ou par tout groupe des catégories précitées qui satisfait aux conditions stipulées dans la présente partie et à l'Annexe III ».

Le détenteur de licence doit posséder la nationalité d'un État Partie ou être effectivement contrôlé par un État qui le patronne, y compris dans la mesure où ledit État pourrait être considéré responsable de tout défaut de respect de cet article de la CNUDM[31].

Si un État peut contrôler une entité privée dans une telle mesure, le même mécanisme pourrait éventuellement être utilisé afin d'élaborer une législation complémentaire visant à créer une loi-cadre sur le commerce, sous réserve des limites présentées ci-dessus[32]. Mais quelle serait l'efficacité d'une telle juridiction vis-à-vis d'un détenteur de licence ou d'une autre entreprise dans la Zone ?

Le fait que la juridiction applicable à une entreprise se limite à cette entreprise pourrait poser problème. Ainsi, elle ne pourrait régir les relations entre les différentes parties dans la Zone telles que les relations entre deux sous-traitants. Les dispositions relatives aux accords à l'amiable[33] et les imputations de responsabilité[34] sont deux exemples de ces relations. De même, l'État ayant autorité sur l'entreprise ne pourrait réglementer les hypothèques et les relations avec d'autres tierces parties lorsque ces dernières sont les créanciers de l'entreprise. Toutefois, l'État qui patronne peut exercer sa compétence sur le détenteur de licence ou sur d'autres entreprises contrôlées par celui-ci afin de garantir la mise en œuvre de certaines dispositions dans le cadre des contrats de sous-traitance.

Même lorsque cela est utilisable en tant que technique réglementaire, la législation de l'État qui patronne n'est pas toujours aisément applicable. Si une entreprise est enregistrée dans l'État qui la patronne, et que cet État exerce de ce fait une compétence, l'État qui la patronne ne dispose pas d'un contrôle intégral. En particulier si les actifs et les directeurs de l'entreprise se trouvent à l'étranger et

---

[31] UNCLOS, Art. 139 and Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, 10.

[32] UNCLOS Annex III, Art. 21 ; see above in section 3.2.

[33] Knock-for-knock means that liability is waived in advance on a reciprocal basis in order to benefit from simpler and more inexpensive insurance arrangements made possible in this way.

[34] Channeling of liability means that only one of several potential liability subjects shall be held liable in order to simplify claims handling.

peuvent de ce fait échapper à la mise en application directe et à des poursuites à titre personnel. Si une action est engagée contre un détenteur de licence, jusqu'à la déclaration de la faillite, cette situation peut ne pas se produire dans le pays d'enregistrement et ne pas être soumise aux lois de cet État[35]. Toutefois, il est possible d'utiliser la liquidation comme sanction[36], ainsi que le retrait du patronage du détenteur de licence[37]. Ces sanctions seraient, dans de nombreux cas, considérées comme trop sévères.

En synthèse, l'État qui patronne peut contribuer à l'établissement d'une législation-cadre concernant les activités commerciales dans la Zone. Toutefois, il existe des limites —tant au niveau du périmètre que de la mise en application— telles que ce type de législation ne constituerait probablement pas une alternative faisable.

3. EXEMPLES

3.1. Introduction

Il ne fait aucun doute que les litiges commerciaux peuvent être liés à un site de la Zone. Dans la plupart des cas, il est possible de traiter les litiges efficacement, par exemple dans l'État où les dommages se sont produits (dans le cadre d'une action en responsabilité civile) ou dans l'État d'origine du débiteur (pour les litiges contractuels). Cependant, il existe à ces égards des problématiques spécifiques à la Zone.

Premièrement, il existe un problème de vide juridique : la législation que nous prenons pour acquise sur terre ou dans les eaux territoriales peut ne pas s'étendre à la Zone. Existe-t-il une règle nationale de responsabilité absolue pour délit de pollution s'appliquant à la Zone ou seulement dans les eaux territoriales de l'État en question ? Les règlements nationaux relatifs à l'enregistrement des hypothèques sur les plateformes de forage s'appliquent-ils dans la Zone ou uniquement sur le plateau continental de l'État en question ? Si les règles ne s'appliquent pas[38], et que l'AIFM n'a pas édicté ces règles, il existe un problème de vide juridique.

Ce vide juridique peut entraver les activités commerciales ou laisser sans protection des intérêts vitaux.

Deuxièmement, il existe un problème de redondance. Il pourrait arriver que plusieurs États aient rendu leur législation ou d'autres règles juridiques appli-

---

[35] See, *e. g.,* Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), Art. 3, which locates insolvency proceedings to the center of main interest of the debtor (COMI), which may be a state other than the state of registration. This is also the rule in UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation (2014), see para 31.

[36] In Regulation (EU) 2015/848 (fn. 35), the compulsory winding-up of companies for reasons other than insolvency are not subject to the regulation, and then not necessarily this choice of forum to the COMI [Art. 1(1) of the Regulation].

[37] ISA Document ISBA/23/LTC/CRP.3*, 8 August 2017, Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area, Art. 14.

[38] Or the rules that one state has made applicable are not recognized by the court hearing the case.

cables partout dans le monde, ou spécifiquement dans la Zone. Quel corpus de règles devrait alors prévaloir ? Traditionnellement, ce sont les règles de conflit de lois qui s'appliquent, mais elles peuvent varier d'une juridiction à l'autre. Le problème de redondance se posera probablement dans la Zone étant donné qu'il n'existe aucune présomption naturelle en faveur de la législation d'un État ou d'un autre ; toutes les situations donneront uniquement lieu à des liens faibles avec les États, et il existe généralement des liens avec de nombreux États.

La redondance peut induire un problème de course aux tribunaux - à savoir une action en justice portée devant la juridiction appliquant les règles qui seront les plus favorables à la partie initiant l'action. De manière générale, il est reconnu qu'il s'agit d'un système qui n'est pas désirable, à la fois parce qu'il encourage les parties à être les premières à initier une action en justice et aussi parce que la prévisibilité pour les parties commerciales est très limitée.

En outre, certains des choix les plus répandus en termes de législation sont difficiles à appliquer dans la Zone. Le choix général du principe législatif à appliquer porte, par exemple, sur le droit de propriété selon lequel la loi de l'État où le bien est situé devrait s'appliquer (*lex rei sitae*). Ceci est pertinent si, par exemple, il existe un litige de propriété concernant un équipement situé dans la Zone. Autre exemple : la règle qui préside à la forme d'un document dépend de la loi de l'État dans lequel ledit document est établi (*locus regit actum*, pertinente si le connaissement est émis en mer au-dessus de la Zone). De nouvelles situations appellent à l'établissement d'une nouvelle législation internationale privée.

Les chapitres suivants abordent certaines situations pour lesquelles l'application du droit privé ou du droit international privé peut poser des problèmes dans la Zone, en lien avec différents types de législations relatives au cadre commercial.

3.2. Brevets

Un brevet est un droit exclusif de fabrication, d'utilisation ou de vente d'une invention, valable un certain nombre d'années. Il existe déjà un grand nombre de brevets portant sur les activités d'exploitation minière des grands fonds marins et sur d'autres activités dans la Zone, et il est probable que de nombreux brevets génériques soient également utilisés dans la Zone. Existe-t-il, et pourrait-il exister, une protection contre les violations de brevets dans la Zone similaire aux protections en vigueur sur terre ?

Il n'existe aucun brevet accordant des droits exclusifs à l'échelle mondiale. Les lois sur les brevets sont nationales, donc chaque État doit délivrer un brevet. Un « brevet mondial » est en fait le cumul de brevets nationaux. Toutefois, dans une certaine mesure, les États coopèrent et reconnaissent mutuellement leurs brevets.

Au regard de cette reconnaissance, les États ont tendance à limiter le périmètre des brevets (droits exclusifs) qu'ils délivrent à leur territoire, y compris à leurs

eaux territoriales[39]. Certains États étendent le périmètre de leurs brevets à leur propre plateau continental[40]. Toutefois, à ma connaissance, aucun État n'étend ses brevets au-delà de ces limites, et jusqu'à la Zone.

L'AIFM n'a édicté aucune règle en matière de brevets. Ainsi, il existe un problème de vide juridique. Il n'existe aucune loi applicable portant sur les brevets dans la Zone. C'est une situation regrettable car les brevets seraient certainement aussi bénéfiques pour la vie commerciale dans la Zone que partout ailleurs.

Un dispositif breveté peut se trouver à bord d'un navire, ou en faire partie, ou être intégré à une machine d'exploitation dans la Zone. Si le navire ou la machine entre dans un port, il n'existe toujours pas de situation de violation de brevet telle que traitée par une règle spécifique de la Convention de Paris[41] :

> « Article 5 ter Brevets : *Introduction libre d'objets brevetés faisant partie de moyens de locomotion.*
>
> Dans chacun des pays de l'Union ne seront pas considérés comme portant atteinte aux droits du breveté :
>
> (i) L'emploi, à bord des navires des autres pays de l'Union, des moyens faisant l'objet de son brevet dans le corps du navire, dans les machines, agrès, apparaux et autres accessoires, lorsque ces navires pénètreront temporairement ou accidentellement dans les eaux du pays, sous réserve que ces moyens y soient employés exclusivement pour les besoins du navire ;
>
> (ii) L'emploi des moyens faisant l'objet du brevet dans la construction ou le fonctionnement des engins de locomotion aérienne ou terrestre des autres pays de l'Union, ou des accessoires de ces engins, lorsque ceux-ci pénètreront temporairement ou accidentellement dans ce pays ».

Ces exceptions sont larges et rendent difficile la mise en œuvre du respect des brevets lorsqu'ils sont utilisés dans la Zone.

Lorsque cette exception ne s'applique pas, plusieurs activités sont définies comme des violations des brevets. La loi de l'UE en est un exemple[42] :

> « Article 25. *Interdiction de l'exploitation directe de l'invention.*
>
> Le brevet communautaire confère le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet :
>
> (a) la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet ;
>
> (b) l'utilisation d'un procédé objet du brevet... ;
>
> (c) l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet ».

---

[39] Are Stenvik, Patentrett (3rd ed. 2013) 282 ff and MCA Kant, Cross-Border Patent Infringement Litigation within the European Union (2015) 41 ff.

[40] See, for example, Norwegian Petroleum Act, 1996, s. 1-5.

[41] Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 1883, as amended.

[42] Convention for the European Patent for the Common Market, annexed to Council Agreement relating to Community Patents, 1989 (89/695/EEC).

Dans certains États, les actions telles que l'offre du brevet peuvent être considérées comme une violation du brevet sur le territoire, même si l'objet breveté se situe en dehors dudit territoire, par exemple dans la Zone[43].

Malgré ces règles, les brevets ne sont pas correctement protégés dans la Zone. Les États pourraient aisément étendre leur législation sur les brevets afin de remédier à cette situation (ce qui pourrait faire émerger le besoin de règles de conflit de lois). Il n'est pas nécessaire que l'AIFM intervienne, et les conditions de recours à ses pouvoirs subsidiaires ne sont pas remplies[44].

3.3. Hypothèques

Une activité telle que l'exploitation minière des grands fonds marins requiert un capital important pour investir dans les navires, plateformes et autres équipements. Afin d'obtenir ce capital, les entreprises voulant démarrer ces activités se financent généralement par l'emprunt si elles parviennent à offrir à l'établissement bancaire une position privilégiée en cas de faillite, par le biais d'une hypothèque. Ainsi, la banque est en mesure de saisir les navires, plateformes et autres équipements pour se rembourser le cas échéant. Une banque pourra trouver une entreprise attractive si ses droits garantis sur les équipements sont juridiquement reconnus et protégés par un système juridique.

Ces systèmes de reconnaissance et de protection des banques hypothécaires peuvent reposer soit sur un registre similaire aux cadastres, soit sur tout autre engagement alternatif. Les systèmes peuvent varier en fonction des actifs proposés en contrepartie. Dans l'un et l'autre de ces cas, la question consiste à savoir si ces systèmes existent déjà ou pourraient être établis dans la Zone.

3.3.1. Éléments enregistrables

L'enregistrement des hypothèques dans un registre est un système bien connu pour les navires, et il s'applique tout aussi bien aux navires utilisés pour l'exploitation de la Zone. Bien que ces registres ne soient ni uniformes, ni universels, les systèmes existants dans les différentes juridictions sont suffisamment similaires pour constituer un système unique fonctionnel. La propriété et les hypothèques sont reconnues sur la base de l'enregistrement du navire dans un État de pavillon[45]. Il est possible de procéder à une vente forcée si un navire est présent dans la juridiction, bien que de telles ventes ne soient pas forcément reconnues par tous les États[46]. Certains États ont mis en place des systèmes leur permettant de forcer les

[43] Stenvik (fn. 39) 292-293.
[44] See above in section 3.1.
[45] See, for example, International Convention on Maritime Liens and Mortgages (fn. 24), Art. 1.
[46] *Ibid.,* Art. 12.

navires battant leur pavillon à se rendre dans une juridiction appropriée pour une vente forcée[47].

Certains équipements de valeur, situés sur le navire, peuvent être considérés comme une dépendance, même s'ils ne sont pas nécessaires à la navigation[48]. Ce statut juridique apporte de la clarté, mais peut être surprenant si le propriétaire ou le créancier hypothécaire de l'équipement n'est pas le propriétaire ou le créancier hypothécaire du navire. En particulier, dans le cadre de l'exploitation en mer, la valeur des dépendances ne peut excéder la valeur du navire.

Le même type de règles s'applique souvent aux plateformes flottantes. Qu'elles soient reconnues comme des navires par convention ou au titre du droit public coutumier international, ces plateformes battent habituellement le pavillon d'un État et sont enregistrées dans un État spécifique, de manière similaire aux navires[49]. Ici encore, la juridiction de l'État de pavillon sauve les meubles en ce qui concerne les hypothèques, et la juridiction de l'État également en ce qui concerne les saisies et l'application des mesures.

Les installations fixes pourraient être soumises à un système similaire. Alors que l'enregistrement des hypothèques est organisé par un État lorsque la plateforme est située sur son plateau continental[50] et sans fondement juridique particulier au titre de la législation internationale[51], l'AIFM n'a pas organisé de registre similaire pour la Zone. Tant que cette situation perdure, les plateformes pourraient être enregistrées par un État pavillon volontaire dans un registre similaire aux registres d'immatriculation des navires. Il est probable que le pavillon et les droits enregistrés seraient reconnus au même titre que les navires et les plateformes flottantes. Pour des raisons pratiques, une vente forcée doit être réalisée alors que l'installation demeure sur site, mais une telle vente pourrait être organisée et reconnue par l'État du registre. Cependant, il est moins certain que les autres États reconnaissent la vente. Quoiqu'il arrive, l'installation fixe n'aura peut-être pas de valeur importante si le projet auquel elle est associée n'est pas florissant.

Dans tous ces cas (navires, dépendances, plateformes flottantes et installations fixes), les créanciers non sécurisés pourraient garantir leurs droits par le biais du

---

[47] See, for example, the Norwegian Enforcement of Claims Act, 1992, Ch. 11 IV and s. 11-3.

[48] See to this RØSÆG, E. (2017), « Liens and Mortgages on the Ship - Their Relation to the Charterer's Equipment on Board », in BASURKO, O., and OSANTE, J. M. M., *New Trends in Maritime Law : Maritime Liens, Arrest of Ships, Mortgages and Forced Sale*, 339 ff., and REINERTSEN KONOW, B.-E. (2006), *Løsørepant over landegrenser,* 176 ff.

[49] See, for example, Norwegian Maritime Code, 1994, s. 507.

[50] See, for example, Norwegian Petroleum Act, 1996, ch. 6, and ROELVINK, H. L. J. (1996), « Het continentaal plat als IPR-aanknopingspunt », in KORTMANN, S. C. J. J. *et al.* (ed.), *Op recht : bundel opstellen, aangeboden aan prof. mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*.

[51] UNCLOS Art. 77 : « The coastal State exercises over the continental shelf sovereign rights for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources ». There are examples of express powers in this respect, for example Abkommen zwischen Norwegen und Deutschland über den Transport von Gas durch eine Rohrleitung vom norwegischen Festlandsockel und von anderen Gebieten in Deutschland (1993), Art. 3.

système juridique de l'État d'enregistrement. Les dispositions concernant les installations fixes ne seraient pas nécessairement largement reconnues et il serait potentiellement nécessaire de prévoir des alternatives[52].

3.3.2. Éléments non enregistrables

Outre les éléments enregistrables et leurs dépendances, il est probable que d'autres équipements de valeur soient utilisés sur un site, par exemple les véhicules télécommandés (ROV). Ceux-ci peuvent-ils être efficacement proposés en tant que contreparties pour le financement, par exemple, d'un projet d'exploitation minière ?

Habituellement, les nantissements sont régis par les lois de l'État dans lequel l'équipement se trouve (*lex rei sitae*)[53]. Toutefois, dans notre cas, l'équipement n'est pas situé dans un État, il n'existe donc aucune loi pertinente. Ainsi, les créanciers ne peuvent obtenir la certitude d'être des créanciers garantis.

Il a été suggéré que la loi de la première juridiction où l'équipement arrive devrait être la loi applicable[54]. Cependant, cela ne permettra pas de créer la prévisibilité nécessaire au créancier nanti. Le recours à la loi de l'État du propriétaire ou à la loi du dernier État où l'équipement a séjourné avant d'être déployé dans la Zone pourrait constituer une meilleure alternative. Toutefois, ces règles ne sont pas largement acceptées, et il n'est pas possible de s'appuyer sur elles pour créer de la prévisibilité.

Quel que soit l'enregistrement, la propriété sera probablement reconnue par tous les tribunaux au titre de règles contractuelles de ce fait très similaires. Il serait donc possible d'obtenir un nantissement efficace des équipements en nantissant les actions de l'entreprise qui en est propriétaire, celle-ci pouvant être enregistrée dans n'importe quel État. Le nantissement serait donc ensuite traité à terre et d'une manière permettant de créer de la prévisibilité, sans souffrir des difficultés juridiques liées aux grands fonds marins.

Les problèmes peuvent surgir si l'entreprise propriétaire des équipements fait faillite. Ainsi que mentionné précédemment, les procédures de faillite peuvent se dérouler dans un État autre que l'État dans lequel se situe l'entreprise propriétaire des équipements[55]. Habituellement, ces procédures se déroulent dans

---

[52] See below.

[53] See, for example, Wendehorst, C., « Art 43 mn. 83 », in Sonnenberger, H. J., *et al., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : Bd. 11 : Internationales Privatrecht : Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25-248)* (5. Ed. 2010), and Borner, A.-R. (2009), « Comment on the Private Law Aspects of the Nord Stream Pipeline », 52 *German Y.B. Int'l L.,* 355, 360.

[54] *Ibid.,* mn. 106. The Uniform Commercial Code of the United States Art. 9-301 points to the location of the debtor or the « local law of the jurisdiction in which the wellhead or minehead is located » in these cases.

[55] See above in fn. 35.

l'État dans lequel se situe le centre des intérêts principaux du débiteur mais cet État peut ne pas reconnaître les sûretés réelles détenues sur les équipements ou les actions.

En raison de cette situation, les entreprises propriétaires d'équipements doivent avoir un centre d'intérêts principaux dans les États où ces entreprises ont été constituées. Étant donné que certains tribunaux des faillites peuvent rechercher un centre d'intérêts principaux commun à un groupe d'entreprises, il serait également recommandé de garantir que ce centre d'intérêts principaux du groupe soit situé dans l'État dans lequel les procédures sont mises en œuvre.

En ayant pris les précautions nécessaires relatives au lieu de faillite, le nantissement d'actifs non enregistrables dans la Zone pourrait être efficacement organisé par le nantissement des actions de l'entreprise propriétaire.

3.3.3. La licence

La valeur d'une licence d'exploitation peut être utilisée en tant que contrepartie. Le nantissement ou l'hypothèque sur une licence ne comprend pas la valeur des équipements sur site.

Le projet de règlement prévoit qu'il est nécessaire d'obtenir l'aval de l'AIFM pour établir ces sûretés réelles[56], et une sûreté réelle peut être enregistrée dans un registre d'exploitation minière d'un fonds marin géré par l'AIFM[57].

Le projet de règlement vise à sauvegarder la position de l'AIFM. Il n'existe aucune disposition de reconnaissance ou de mise en application des sûretés collatérales portant sur les licences. Les licences ne sont pas régies par quelque loi nationale spécifique telle que la loi de l'État patron[58]. Un doute subsiste de ce fait concernant la valeur d'une sûreté collatérale portant sur la licence en cas de faillite du détenteur de licence. Il s'agit d'un point crucial étant donné que l'objectif principal de la sûreté collatérale est de garantir, en cas de faillite, les intérêts du créancier nanti ou hypothécaire.

3.3.4. Conclusion

En synthèse, il semble possible de surmonter la plupart des problèmes liés aux sûretés réelles et aux saisies de biens dans la Zone. L'intervention de l'AIFM n'est donc pas garantie au-delà de ce qui a été proposé, peut-être à l'exception de la création d'un registre des installations fixes.

---

[56] Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area (fn. 37), art 15. This is in line with UNCLOS, Annex III, Art. 20.

[57] *Ibid.,* Art. 78.

[58] *Ibid.,* Art. 18.

3.4. Droit du travail

L'exploitation minière des fonds marins impliquera probablement le recrutement d'un certain nombre de salariés qui travailleront en mer. Pour l'exploitation minière à terre, les contrats de travail sont soumis à une législation obligatoire dans de nombreux États (ainsi qu'à une législation concernant l'hygiène et sécurité au travail et le droit à s'organiser syndicalement). Comment une législation similaire pourrait-elle être introduite dans la Zone ?

Actuellement, l'AIFM a rédigé une disposition qui rendrait applicable la législation idoine de l'État qui patronne[59] :

> « Chapitre 16. *Normes d'hygiène et de sécurité au travail.*
>
> 16.3. En particulier, les entreprises devront :
>
> (a) Utiliser uniquement des navires battant pavillon d'un État du registre ayant signé et mettant en œuvre dans sa législation nationale les [Conventions principales de l'OMI : à lister] ;
>
> (b) Se conformer aux législations nationales idoines relatives aux normes portant sur les navires et la sécurité des équipages dans leurs États de pavillon, dans le cas des navires, ou dans les États qui les patronnent, dans le cas des installations ; et
>
> (c) Se conformer aux lois nationales de l'État qui les patronne concernant tout sujet n'étant pas couvert par la juridiction de l'État du pavillon, tel que les droits des travailleurs pour le personnel non membre des équipages, et l'hygiène et sécurité relatives au processus d'exploitation minière plutôt qu'à l'exploitation du navire ».

Cette disposition permettrait, en une seule fois, de rendre une série de règlements pertinents applicables. Un État patron diligent pourrait même élaborer des règlements spécifiques pour cette activité, le cas échéant. Toutefois, le détenteur de licence pourrait choisir d'être patronné par un État appliquant une législation souple en matière de protection des travailleurs. La technique réglementaire rend difficile, voire impossible, le traitement de ce problème étant donné que l'AIFM n'aurait pas la capacité à élaborer une législation complète dans ce domaine et ne pourrait décider des États patrons qui devraient, ou non, être habilités.

L'État qui patronne peut être tenu de respecter des règlements internationaux en ce qui concerne sa législation de protection des travailleurs. L'OMI prépare actuellement une réglementation portant sur le transport des équipages[60], ce qui est très pertinent pour l'exploitation minière en mer.

En promulguant son projet de dispositions relatif aux normes d'hygiène et sécurité au travail, l'AIFM a efficacement résolu le problème de la législation relative à la protection des travailleurs.

---

[59] Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploiting in the Area. Report to Members of the Authority and all stakeholders (ISA 2016), Annex VII (to Annex I) Standard Clauses for Exploitation Contract.

[60] IMO Document SC 97/22/Add.1, Annex 11, Resolution MSC.418(97) (2016) Interim Recommendations on the Safe Carriage of More Than 12 Industrial Personnel on Board Vessels Engaged on International Voyages.

3.5. Responsabilité

Il est probable que les activités d'exploitation minière en mer provoquent des dommages de temps à autres. Le détenteur de licence est responsable de ces dommages[61] :

> « Article 22. *Responsabilité.*
>
> Tout dommage causé par un acte illicite du contractant dans la conduite des opérations engage sa responsabilité, compte tenu de la part de responsabilité imputable à l'Autorité à raison de ses actes ou omissions [...]. Dans tous les cas, la réparation doit correspondre au dommage effectif ».

Le fondement de la responsabilité n'est pas exhaustif[62], et le détenteur de licence peut également être tenu pour responsable au titre de la législation nationale, par exemple du pays où les dommages ont été causés.

La responsabilité pourra être étayée par une assurance[63] et les règles de responsabilité seront détaillées dans une certaine mesure[64]. Toutefois, la réglementation est encore loin d'aboutir à une responsabilité civile complète[65]. Dans la plupart des États, cela prend des années pour élaborer une loi qui soit adaptée aux conditions et législations locales. Cependant, ce niveau est probablement le meilleur qui puisse être atteint en ce qui concerne l'élaboration d'un droit de responsabilité civile pour la Zone.

4. CONCLUSION

Il n'est pas aisé d'établir un nouvel ordre juridique, même lorsqu'il s'agit uniquement des besoins de la Zone. L'approche la plus sûre à adopter consiste à utiliser les systèmes juridiques des États existants et, en particulier, des États qui patronnent et des États de pavillon. Cette approche peut générer des problèmes en matière de règles de conflits de loi étant donné que la législation de nombreux États peut être pertinente. S'il n'est pas possible de recourir à la législation locale, et seulement dans ce cas, l'AIFM pourra élaborer de nouvelles règles au titre de sa juridiction inhérente, règles qui seront disponibles uniquement lorsqu'elles s'avèreront nécessaires. L'élaboration d'une telle nouvelle législation est un défi, et il n'est pas évident, de prime abord, que les États la reconnaissent et la mettent en œuvre.

---

[61] UNCLOS, Annex III.

[62] UNCLOS Art. 304 and 235. Also the ISA and the sponsoring states may incur liability.

[63] Standard Clauses for Exploitation Contract (fn. 59) s. 8. ITLOS has suggested that a trust fund be established to cover unpaid liabilities, see Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area (fn. 31) para 205.

[64] *Ibid.,* s. 21.

[65] See, for example, the issues listed in ISA Discussion Paper nº 4 Enforcement and Liability Challenges for Environmental Regulation of Deep Seabed Mining (1996) 24.

CHAPTER 17

THE ADOPTION OF RULES, REGULATIONS AND PROCEDURES TO PROTECT THE MARINE ENVIRONMENT BY THE INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY: LIMITATIONS AND REINFORCEMENT MEASURES

Marta Abegón Novella *

Assistant Lecturer in International Law
Department of International Law and International Relations
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

RÉSUMÉ: *La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 a retenu le concept de zone internationale des fonds marins comme espace d'intérêt international, en désignant la zone et ses ressources comme patrimoine commun de l'humanité. Dans la partie XI de la Convention, son régime juridique met spécifiquement l'accent sur la nécessité de réglementer les activités menées dans la Zone et de partager les ressources de manière équitable, mais il protège également l'intérêt général de conserver cet espace et le milieu marin dans son ensemble en pensant aux générations futures. Le but de cette étude est d'examiner dans quelle mesure l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM-ISA) remplit ou peut remplir ce mandat environnemental. Ce document part de l'hypothèse selon laquelle l'ISA doit faire face à des obstacles qui réduisent son potentiel de réglementation en matière de protection de l'environnement marin. Certaines de ces difficultés découlent du*

* This contribution is part of the author's research in the framework of the Research Project «The construction of global norms at stake: the transforming effect of cosmopolitist pushes and the resurgence of Westphalia» —«La construcción de normas globales a examen: el impacto transformador del avance del cosmopolitismo y el resurgir de Westfalia»— (REF: DER2017-85800-P).

scénario complexe dans lequel l'AIFM opère. D'autres limitations découlent de la conception structurelle de l'Autorité et de ses pouvoirs législatif et d'exécution. Après avoir identifié ces limitations, cette étude décrit brièvement certaines mesures structurelles qui pourraient être adoptées ainsi que certaines actions stratégiques qui devraient être priorisées pour renforcer le rôle de leadership normatif de l'AIFM.

Mots-clés: *zone internationale des fonds marins; Autorité internationale des fonds marins (AIFM); environnement marin; intérêts généraux; pouvoirs législatifs.*

ABSTRACT: *Assuming the concept of the International Seabed Area as a space of international interest, the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 designated the Area and its resources as the common heritage of mankind. In Part XI of the Convention, its legal regime specifically focuses on the need to regulate the activities carried out in the Area and to share resources equitably, but it also protects the general interest in the conservation of that space and the marine environment as a whole, having future generations in mind. The aim of this study is to examine the extent to which the International Seabed Authority (ISA) fulfills or can fulfill this environmental mandate. This paper is based on the hypothesis that the ISA must face obstacles that are reducing its potential regulatory role in the protection of the marine environment. Some of these difficulties arise from the complex scenario in which the ISA operates. Other limitations originate in the structural design of the Authority and its legislative and enforcement powers. After identifying these limitations, this study briefly outlines some structural measures that could be adopted, as well as some strategic actions that should be prioritized to reinforce the ISA's normative leadership role.*

Keywords: *international seabed area; international seabed authority (ISA); marine environment; general interests; law-making powers.*

1. INTRODUCTION

Conserving and sustainably using oceans, seas and marine resources is one of the seventeen Sustainable Development Goals (SDGs) set out in 2015 as part of the new *2030 Agenda for Sustainable Development*[1]. Due to growing interest in the exploration and exploitation of the seabed and its more than probable environmental impacts[2], in order to achieve this goal, special attention must be paid to the International Seabed Area (the Area), which covers more than fifty percent of the global seabed[3].

---

[1] Adopted by the UN General Assembly Resolution (A/RES/70/1) of 21 October of 2015.

[2] Some recent scientific studies conclude that due to the «vulnerable nature of deep-sea environments to mining impacts, currently limited technological capacity to minimize harm, significant gaps in ecological knowledge, and uncertainties of recovery potential of deep-sea ecosystems», «deep-sea mining is likely to result in biodiversity loss», but «the industry cannot at present deliver an outcome of no net loss», Niner, H. J. *et al.* (2018), «Deep-Sea Mining With No Net Loss of Biodiversity - An Impossible Aim», *Frontiers in Marine Science*, available at: *https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fmars.2018.00053/full* (all websites herein were last visited on 31/10/2018).

[3] UN Chronicle, «The international Seabed Authority and Deep seabed mining», vol. LIV, n°s 1 and 2 2017, May 2017.

This space of international interest was classified by the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) as *common heritage of mankind* (CHM)[4]. According to Part XI of the Convention, its legal regime specifically focuses on the need to regulate the activities in the Area and to share resources equitably, but it also protects the *general interest in the conservation of that space and the marine ecosystem as a whole*, having in mind the future generations[5]. For this reason, Art. 145 UNCLOS establishes the obligation to take all the necessary measures to ensure effective protection of the marine environment from harmful effects which may arise from activities carried out in the Area.

To that end, the International Seabed Authority (ISA), the organization created to manage the activities of the Area *on behalf of mankind as a whole*[6], is required to adopt appropriate rules, regulations and procedures (RRP) for the prevention, reduction and control of pollution and other hazards to the marine environment, as well as for the protection and conservation of the natural resources of the Area and the prevention of damage to the flora and fauna of the marine environment. Likewise, the 1994 Agreement on the application of Part XI (the 1994 Agreement) stipulates that the adoption of RRP incorporating applicable standards for the protection and preservation of the marine environment is one of the issues the Authority shall concentrate on between the entry into force of the Convention and the approval of the first plan of work for exploitation[7].

When exercising its normative competences, the ISA has to date adopted three regulations on prospecting and exploration of different mineral resources and four recommendations, all of which are included in the «Mining Code»[8]. As the exploration contracts will soon start to expire[9] and the next phase will begin, it has been working on Draft Regulations on exploitation of mining resources in the

---

[4] United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, *UNTS* 1994, vol. 1833, Art. 136.

[5] Van Doorn, E. (2016), «Environmental aspects of the Mining Code: Preserving humankind's common heritage while opening Pardo's Box?», *Marine Policy*, 70, 192-197, at 196. As the doctrine has warned, «To fail in the protection, conservation, preservation and prudential management of the region and its resources would breach the trust and legal obligation implicit in responsibly supervising the earth's heritage for mankind in the future», Joyner, Ch. (1986), «Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind», *International and Comparative Quarterly*, 35, 190-199, at 105. Similarly, South Africa spoke at the session of the General Assembly in 2009: «[T]he common heritage of mankind principle is not solely about benefit sharing. [It] is just as much about conservation and preservation», Statement by South Africa to the UN General Assembly on Oceans and the Law of the Sea (4 December 2009).

[6] UNCLOS, Art. 137.2.

[7] Agreement relating to the implementation of Part XI of the Convention on the Law of the Sea of 1982, *UNTS* 1994, vol. 1836, Annex, Section 1, 5 (g).

[8] See in particular the Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (ISBA/19/C/17) of 2000, and its amendments (ISBA/19/A/9); the Regulations on prospecting and exploration for polymetallic sulphides in the Area (ISBA/16/A/12 Rev.1) of 2010; and the Regulations on Prospecting and Exploration for Cobalt-rich Ferromanganese Crusts in the Area (ISBA/18/A/11) of 2012. The ISA has also approved four recommendations on aspects related to the annual reports of contractors and on guidelines regarding the evaluation of the environmental impacts caused by the exploration of polymetallic nodules. All are available at: *https://www.ISA.org.jm/es/mining-code*.

[9] The first contracts for 15 years were about to expire and have been extended for 5 more years. See: *https://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors*.

Area since 2014[10]. All these instruments contain environmental provisions regarding the protection of the Area, its resources, and the marine environment in general. However, the recently approved Strategy Plan for the period 2019-2023[11] has generated a great deal of criticism. In particular, environmental NGOs have claimed that the Authority's commitment to the protection of the marine environment could be much more intense.

This paper argues that there are some obstacles preventing the Authority's potential role in the protection of the general interest in safeguarding the marine environment. Some of these obstacles are due to the complex scenario in which the Authority has to operate (2). However, other limitations originate in the structural design of the organization and in its law-making and enforcement powers (3). After identifying these limitations, this study briefly outlines some structural measures that could be adopted, as well as some strategic actions that should be prioritized to reinforce the ISA's normative leadership role (4). The paper concludes with some final remarks (5).

2. AN ENVIRONMENTAL MANDATE IN A DIFFICULT SCENARIO

The context in which the Authority must exercise its mandate to ensure the effective protection of the marine environment is complex: first, because the boundaries of the Area have not been fully delimited to date; second, because mining activities in the Area must be regulated while exploration and exploration activities are already underway, and the start of the exploitation phase is imminent; and finally, because the Authority's normative jurisdiction has been progressively questioned.

2.1. The lack of delimitation of the boundaries of the Area

One of the main obstacles to protection of the Area originates in the lack of a precise delimitation of the spatial boundaries of the marine space, in both a horizontal and vertical sense. This applies in a *horizontal sense* because, as is well known, the Area begins where the limits of the continental shelves of the States end. To the extent that the outer limits of the extended continental shelves of the States are not yet precisely known, the boundaries of the Area are not determined. The lack of delimitation between the Area and the continental shelves of the States therefore leaves areas of the seabed in a legal limbo, between subjection to the sovereign rights of States over their resources and the protection conferred by the CHM statute. As a consequence, a phenomenon of creeping jurisdiction of coastal States in these areas has arisen.

---

[10] Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area (ISBA/24/LTC/WP.1/Rev.1), 9 July 2018. Available at: *https://www.isa.org.jm/document/isba24ltcwp1rev1*.

[11] Decision of the Assembly of the International Seabed Authority relating to the strategic plan of the Authority for the period 2019-2023 (ISA/24/A/10), 27 July 2018.

The role of the ISA in this sphere is not an easy one, since despite its mandate and jurisdiction over the Area, UNCLOS did not grant it a right to participate in the determination of its boundaries, or of those of the continental shelves beyond 200 nm. Furthermore, at least in practice, there is no clearly defined term for the States to inform the Commission on the Limits of the Continental Shelf of their desires to expand their continental shelves [12]. States can therefore continue to explore resources (and exploit them soon afterwards) for what may be a considerable period of time, which increases the likelihood of affecting the marine environment [13].

The lack of delimitation of the Area also has a *vertical projection*, since there is a legal debate about whether the marine genetic resources in proximity to the ocean floor belong to the Area or not. Indeed, while the mineral resources on the seabed and ocean floor are clearly part of the Area, there is some controversy as to whether this also includes the sedentary living species that live in the water column next to that space. If so, these genetic resources would be part of the CHM that the ISA is called upon to protect, and this statute would govern access to them, their use and the way they are shared. While some mainly developing States interpret it in this way, other developed States argue that the legal regime of the Area must be interpreted restrictively, and that these resources are therefore subject to the freedom applicable to the high seas [14].

2.2. The urgent need to regulate seabed mining activities while they are already taking place

Another difficulty in the protection of the marine environment by the Authority is related to the urgent need to regulate mining activities in the Area while around thirty exploration contracts of seabed are in force [15] and the start of the exploitation phase is imminent.

In its regulation of activities in the Area, the ISA must strike the right balance between the various interests involved (developed and developing States, mining

---

[12] Franckx, E. (2010), «The International Seabed Authority and the Common Heritage of Mankind: The Need for States to Establish the Outer Limits of their Continental Shelf», *The International Journal of Marine and Coastal Law,* 25, 543-567, 554-556.

[13] Without prejudice to Art. 82 UNCLOS. However, it is important to note that the implementation of article 82 is a pending issue. See Lodge, M. (2014), «The International Seabed Authority and the Exploration and Exploitation of the Deep Seabed», *Revue Belge de Droit International*, 1, 129-136, at 136.

[14] See: Tladi, D. (2015), «The Common Heritage of Mankind and the Proposed Treaty on Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction: The Choice between Pragmatism and Sustainability», *Yearbook of International Environmental Law*, 25 (1), 113-132; Jaeckel, A. L. (2017), *The International Seabed Authority and the Precautionary Principle. Balancing Deep Seabed Mineral Mining and Marine Environmental Protectio*n, Brill Nijhoff, 125-126; Wood, M. C. (1999), «International Seabed Authority: The First Four Years», Max Planck UNYB, 3, 173-241, at 185; Hartley, D. (2012), «Guarding the Final Frontier: The Future Regulations of the International Seabed Authority», *Temp. Int'l and Comp. L. J.*, 26, 335-366, at 363. The latter work points out that preserving the Area and its resources for future generations implies an obligation to preserve both mineral and non-mineral resources.

[15] 29 exploration contracts have been concluded to date: See: *https://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors*.

companies, civil society, etc.) and evaluate all the «relevant factors including assessments of the environmental implications of activities in the Area»[16]. This must be a measured scientific debate. However, the fact that mining, prospecting and exploration activities are already underway may precipitate or affect some of the Authority's decisions. While the number of exploration contracts is increasing, numerous environmental NGOs continue to call for the concession of contracts to be suspended, on the grounds of their impact on the marine environment as well as the existence of alternative mineral sources[17].

The factor of time also has other implications. In a field like mining activities in the Area, in which there is great scientific, technical and commercial uncertainty[18], the precautionary principle is essential. The legal regime should therefore be sufficiently adaptable and flexible to allow modulations or increases in the environmental obligations of those operating in the Area. This flexibility is reflected in the ability to amend the normative instruments adopted by the ISA. However, the same does not apply to mining contracts. Thus, at present it is complex to find a way to compel States or companies that hold exploration contracts in force to assume new environmental obligations beyond those stipulated when they signed the contract. This leads to a fragmentation of the obligations of the contractors depending on when they signed the contract, which breaks down the uniformity of the legal regime.

2.3. The questioning of the Authority's normative jurisdiction

Finally, another hindrance to the ISA's protection of the Area and its resources by the ISA is related to the gradual erosion of its normative jurisdiction, partly as a result of the circumstances mentioned above. The adoption of rules by the ISA is being questioned due to ambiguity in some of the provisions of the UNCLOS itself. For example, the normative jurisdiction of the ISA regarding marine research activities has been questioned, reducing the organization's jurisdiction to the regulation of applied scientific research, and not including pure scientific research[19]. Furthermore, as discussed previously, the Authority's jurisdiction over the genetic resources of the Area is also being questioned.

As a consequence of this questioning, some aspects related to the Area and its resources are being negotiated through other channels. This is the case, for example, in the future adoption of a convention on the protection of biological diversity of areas beyond national jurisdiction[20]. The negotiation of aspects that affect the

---

[16] UNCLOS, Art. 165.2.f.

[17] Among others, see Greenpeace *et al.* (2018), «Submission on the ISA's Draft Strategic Plan, Protect the Marine Environment from Harm», 27 April. Available at: *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/SPlan/Subs/Joint.pdf*.

[18] Strategic plan of the Authority for the period 2019-2023 (ISA/24/A/10), 7, para. 14.

[19] See Casado Raigón, R. (2016), «La investigación científica en los espacios marinos reconocidos por el Derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2), 183-206.

[20] In 2015, the General Assembly of the United Nations adopted a Resolution calling for the negotiation of a binding instrument, which has led to the States directly negotiating a convention, UN General Assembly

protection of the Area and the use of its resources outside the ISA may affect the coherence of the legal regime as well as its governance[21].

3. SOME LIMITATIONS ON THE ISA'S STRUCTURAL DESIGN AND LAW-MAKING POWERS

In this complex scenario, the ISA's main tool to exercise its mandate to protect the environment is the adoption of RRP. The ISA has incorporated them into two types of legal instruments: *regulations* and *recommendations*. The regulations are binding on the ISA itself, the Member States and the contractors, and they are binding without requiring express consent (States give their consent when ratifying the UNCLOS) and without *op-out formulas*[22]. However, the recommendations usually have technical content and although they lack legally binding effects, they develop administrative or technical aspects regulated in the UNCLOS and in the regulations.

Both the regulations and the recommendations of the ISA regulate different interests in the Area. These include those provisions including measures for the protection of the marine environment in compliance with the mandate contained in Art. 145 UNCLOS, which are provisions aimed at regulating a *general interest*. The international practice when these interests are protected by treaties shows that they are usually negotiated by consensus in collective forums that foster rational deliberation between States and other international actors, and a better identification, interpretation and delimitation of these interests. Likewise, they are frequently adopted according to majority or qualified majority rules, which prevents the private interest of one or several States from vetoing the adoption of a good collective measure[23]. The general features of this procedure (collective debate, involvement of various actors, negotiation by consensus and adoption by majorities) can be exported to other normative instruments, such as resolutions by international organizations, and could benefit collective interests.

This is not the model of the ISA. On the contrary, the adoption of RRP for the protection of the marine environment by the Authority is subject to some limitations arising from the structural design of the Authority itself and its regulatory powers. These include an underdeveloped institutional structure; an imbalance of

---

(2015), «Resolution on Oceans and the Law of the Sea on the Development of an International Legally-Binding *Instrument under the United Nations Conventions on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdictionral*», 9 June, A/RES/69/292, par. 1.

[21] About these risks, see the ISA (2018), «Statement to the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument Under the United Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction (General Assembly resolution 72/249)», 5th September. Available at: *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/DSGStats/BBN-09-2018.pdf.*

[22] Jaeckel A. L. (2017), *op. cit.,* 144 et seq.

[23] See Rodrigo, Á. J., and Abegón, M. (2017), «El concepto y efectos de los tratados de protección de intereses generales de la Comunidad internacional», *Revista Española de Derecho Internacional,* 69 (1), 167-193, at 183.

normative power between its organs; very limited opportunities for participation by other actors in the adoption of RRP; and very limited powers to implement and monitor compliance with those RRP. These limitations are formal, but affect the potential to effectively protect the marine environment by the ISA since, in short, they diminish the role of the Assembly as a plenary and democratic body, and empower the Council, which due to its membership and decision-making rules, seems to be more inclined to prioritize the protection of other individual interests in the Area.

3.1. The institutional structure of the ISA is underdeveloped

The ISA is composed of three main organs (the Assembly, the Council and the Secretariat), two subsidiary bodies (the Legal and Technical Commission and the Finance Committee), and two bodies that are as yet not operational (the Enterprise and the Economic and Planning Commission). Of these, the Assembly, the Council and the Legal and Technical Commission are the organs participating in the normative function of the organization. The Assembly is the supreme organ and is plenary in nature (160.1 UNCLOS). It establishes the Authority's general policy, and it is the organ that considers and approves, upon the recommendation of the Council, the RRP on prospecting, exploration and exploitation in the Area (160.2.f.).

The Council is the main executive body and its composition is restricted. It is composed of thirty-six Member States elected for four years with possible re-election (161.3 and 4), which are divided into four groups or chambers representing special interests (161.1)[24]. As an executive body, the Council establishes the specific policies to be pursued by the Authority (162.1). Among its important normative functions, it recommends to the Assembly the adoption of RRP on the equitable sharing of financial and other economic benefits derived from activities in the Area, and adopts and provisionally applies the RRP, and any amendments thereto, taking into account into the recommendations of the Legal and Technical Commission, which remain in force provisionally until they are approved by the Assembly or amended by the Council (162.2.o.ii).

Finally, the Legal and Technical Commission (LTC) is the organization's technical advisory body and is composed of experts in various scientific fields related to ocean mining (165). Its main tasks are to make recommendations regarding the exercise of the Authority's competences, if requested by the Council (165.2.a); upon the Council's request, to supervise activities in the Area (165.2.c); to make recommendations on the protection of the marine environment (165.2.e), and to prepare assessments of the environmental implications of activities in the Area (165.2.d); and to make recommendations to the Council regarding the establish-

[24] As Aline Jaeckel points out, this implies that Russia and Japan have had a seat on the Council since its creation and that the United States, if it ratifies UNCLOS, will also have one, JAECKEL, A. L. (2017), *op. cit.,* 94.

ment of a monitoring program to observe, measure, evaluate and analyze, on a regular basis, the risks or effects of pollution of the marine environment resulting from activities in the Area (165.2.h). As regards its normative function, it formulates the RRP, submits them to the Council (165.2.f); and keeps them under review and recommends amendments to them to the Council from time to time (165.2.g).

Despite the strong environmental content of its mandate, the institutional structure of the ISA is still underdeveloped, and *does not include any committee or technical advisory body whose main function is the protection of the marine environment*.

3.2. There is a normative power imbalance between the ISA's organs

According to the UNCLOS, the Assembly adopts the RRP (160.2.fi), but approval always depends on the previous recommendation of the Council, in relation to a draft instrument prepared by the LTC (162.2.i) considering «all relevant factors including assessments of the environmental implications of activities in the Area» (165.2.f).

There is therefore *a marked imbalance of power between the organs of the ISA that participate in the adoption of RRP.* This power imbalance is detrimental to the Assembly, the plenary and democratic body. Although the Assembly is the body which formally adopts the RRP, its influence on the content is therefore very limited because it is always subject to the recommendation of the Council[25]. Once an RRP has been approved by the Council, it is applied provisionally before it is examined by the Assembly (Art. 162.2.o.ii) and until this occurs, the regulation remains in force and creates binding legal effects. Furthermore, even if the Assembly rejects its adoption, the instrument remains in force provisionally until the Council reviews it, and it may have legal effects that could have significant implications for contracts.

The restricted body is therefore the one with the greatest decision-making power. This means that its Member States it (some of which are permanent) hold the key to the regulation of this marine space.

The LTC lacks decision-making power. However, in practice, this body can also have an important influence because the rules finally adopted by the Assembly originate in the drafts it prepares. Given that the regulations of the ISA can sometimes include value judgments, *e. g.*, on the choice between different alternative management models, in those cases the individual opinion of the experts

[25] See the 1994 Agreement, Annex, Section 3, para. 1. As James Harrison points out, «Despite being the most democratic of the organs of the Authority, its powers have been somewhat diminished by the Part XI Agreement, which provides that the Assembly must act in collaboration with the Council on all issues», Harrison, J. (2011), *Making the Law of the Sea: A Study in the Development of International Law*, Cambridge University Press, 118.

of the LTC can have a significant influence on the final decision[26]. The members of the LTC must act independently and there are rules prohibiting conflicts of interest[27]. However, they are chosen by the Council from the experts proposed by the States, and they can be influenced in their decisions[28]. In addition, the private nature of its sessions[29] provides a framework in which this risk is increased.

The decision-making rules of these organs reinforce the power imbalance mentioned above

The 1994 Agreement establishes as a general rule that the «decision-making in the organs of the Authority should be by consensus»[30]. Only in the event that «all efforts to reach a decision by consensus have been exhausted», will the Assembly decide upon questions of procedure by a majority of the members present and voting and by a two-thirds majority for the questions of substance[31]. In the Council, the rule is the same, provided that such decisions are not opposed by a majority in any one of its chambers[32]. Finally, if it does not reach a consensus, the LTC will decide by a majority of the members present and voting[33]. As a result, the consensus rule may lead to a delay in the adoption of regulatory instruments, and although the 1994 Agreement provides for a subsidiary majority rule, this in practice gives each of the Council chambers a right of veto[34].

3.3. The scope for participation by other actors in the adoption of RRP is insufficient

According to its Operational Rules, other actors with interests in the management of the Area can participate as observers in the Assembly[35] and in the Council[36]. This allows environmental NGOs (such as Greenpeace or the Deep Sea Con-

---

[26] *Ibid.*

[27] *Rules of procedure of the Legal and Technical Commission,* Rules 11 and 13.

[28] As Henry G. Schermers and Niels M. Blokker point out: «Many individually elected experts are, in fact, not independent from their governments. They may hold an office under the supervision of their government, or they may depend on their governments in other ways. Even when they are independent, experts may be greatly involved in national policy. They may at the same time be advisors to their own governments. In that capacity, they may have shaped national policy [...] Although a person may feel independent, he still may be influenced by the public opinion which is dominant in his state», Schermers, H. G., and Blokker, N. M. (2011), *International Institutional Law*, *pub.* Martinus Nijhoff, Fifth Revised Edition, 218-219.

[29] *Rules of procedure of the Legal and Technical Commission,* Rule 6.

[30] 1994 Agreement, Annex Section 3, Decision-making, 2. In practice, almost all of the decisions are made by consensus.

[31] *Ibid.,* 3.

[32] *Ibid.,* 5, in relation to 9.

[33] *Ibid.,* 13.

[34] As Yoshifumi Tanaka points out: «The practical effect is that three of the four members of each chamber can block substantive decisions which do not require consensus. It is to be noted that Russia and the United States are permanently to be elected as members of the chamber provided for in paragraph 15(a) of section 3», Tanaka, Y. (2015), *The International Law of the Sea*, Cambridge, Cambridge University Press, second edition, 190-191.

[35] *Rules of procedure of the Assembly of the International Seabed Authority,* Rule 82, especially para. 1.e).

[36] *Rules of procedure of the Council of the International Seabed Authority,* Rule 75.

servation Coalition) to participate in the procedure. However, *the potential for real participation is insufficient*. On one hand, because that participation is not allowed in the deliberations by the Legal and Technical Commission. On the other, because many of the Authority's working documents (mining contracts, annual reports) are confidential, this prevents NGOs from examining them, making observations and in general, establishing their opinions on the RRP adopted by the Authority. The confidential nature of the data and information submitted or transferred to the Authority basically depends on its consideration as such by the contractor. Although the Regulations stipulate circumstances that remove this confidentiality, including «data and information that is necessary for the formulation by the Authority of rules, regulations and procedures concerning the protection and preservation of the marine environment and its security», when the documents contain equipment design data and are protected by intellectual property rights, its confidentiality prevails[37]. This is common practice in this field, since States and Companies have invested heavily to develop equipment capable of carrying out exploration and exploitation activities in such a hostile environment.

3.4. The ISA's enforcement and control powers have a limited approach

Once the RRP included in an ISA Regulation have been adopted, they become binding. The key to their effectiveness is then transferred to their implementation and oversight of compliance. According to UNCLOS, the ISA «shall exercise such control over activities in the Area as is necessary for the purpose of securing compliance with the relevant provisions of this Part and the Annexes relating thereto, and the rules, regulations and procedures of the Authority, and the plans of work approved» (153.4). As mentioned above, the LTC has the competence to make recommendations to the Council on the protection of the marine environment; on the establishment of monitoring programs to observe, measure, evaluate and analyze the risks or consequences of activities in the Area; and on the possibility of suspending or adjusting operations, or even excluding areas from exploitation, to prevent serious environmental damage.

The measures for oversight and supervision of the application envisaged in both the UNCLOS and the regulations include carrying out *inspections* (153.5/ 162.2.z/ 165.2.m, 165.3); supervision of the *reports* sent by the contractors, and in the event of non-compliance, *the institution of proceedings on behalf of the Seabed Disputes Chamber* (162.2.u), which may entail the imposition of fines or sanctions, including termination of the contract.

It can be concluded that, *to date, the approach envisaged to ensure compliance with the RRP is limited and primarily focused on control and the requirement of liability in case of non-compliance*. However, measures to encourage voluntary

[37] All the adopted Regulations contain similar stipulations, *e. g.*, the Cobalt-rich Ferromanganese Crusts Regulations (ISBA/18/A/11), Art. 38.

compliance[38], such as economic incentive systems, are not included in the regulations on prospecting and exploration. This weakness seems to be reversed in the Draft Regulation on exploitation of mining resources, which provides for the development of «incentive structures, including market-based instruments that support and enhance the environmental performance of Contractors, including technology development and innovation»[39].

4. TOWARDS REINFORCEMENT OF THE ISA'S NORMATIVE LEADERSHIP ROLE TO PROTECT THE ENVIRONMENT

Despite the normative instruments adopted to date, the complex scenario in which the ISA operates, together with its internal limitations, has limited the role that it can play in protecting the marine environment. For its President, however, the organization can exercise a leadership role:

> «As the only organization with a regulatory mandate over the seabed and ocean floor beyond national jurisdiction, the ISA is ideally placed to play a leadership role in the implementation of the goals and commitments relevant to the protection of biodiversity that have been endorsed by its member States in other fora. A proactive approach by the ISA would not only help to establish the credibility of the organization as a responsible manager of the largest portion of the seabed but would also help to dispel growing concerns as to the environmental sustainability of proposed seabed mining activities»[40].

We believe that this leadership is linked to the necessity to fully comply with its mandate to effectively protect the marine environment - an obligation that according to the Convention, is not subject to the needs of the market, or the commercial viability of mining in the Area.

Some of the limitations that have been mentioned above are contextual and therefore difficult to resolve by the organization. Nevertheless, it is able to adopt some structural and operational measures, as well as to prioritize some actions, in order to be better able to comply with its environmental mandate. In fact, this is the idea contained in the 2019-2023 Strategic Plan, in which the ISA acknowledges that it «must adapt, enhance and increase its structural and functional capacities at a rate that keeps pace with progress in deep sea mining»[41] to become an «Authority with the institutional capacity, *public acceptance, credibility* and state of readiness to act as 'fit-for-purpose' regulator of activities in the Area»[42].

---

[38] About these techniques, see Rodrigo Hernández, Á. J. (2001), «Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales de Medio Ambiente», *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz,* vol. 1, 155-244.

[39] Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area (ISBA/24/LTC/WP.1/Rev.1), Draft regulation 46.e). See also Draft regulation 61.

[40] Lodge, M. (2011), «International Seabed Authority», 26 *Int'l J. Marine & Coastal L*, 463-480, 470-1.

[41] Strategic plan of the Authority for the period 2019-2023 (ISA/24/A/10), 10, para. 24.

[42] *Ibid.,* 13, para. 35.e). Italics added.

4.1. Some structural measures

To that end, it should be a priority for the ISA to implement short-term structural measures aimed at:

(a) The *creation of an environmental Committee* or similar scientific-technical body, in accordance with the provisions of Art. 160.2.d and 162.2.d, with advisory and monitoring functions. This possibility has already been considered and has the support of some Member States[43].

(b) The *urgent improvement of transparency* in the process of adoption of RRP, especially within the LTC[44]. As some observations pointed out in the 2019-2023 Draft Strategic Plan[45], as a guiding principle of good governance, transparency in the ISA must not only refer to the access to information, but also, in accordance with the Aarhus Convention, it is necessary to promote public participation in decision-making processes, and in accountability processes[46]. It is encouraging that the Draft Regulation on exploitation of mining resources provides for improvement of transparency[47].

(c) The *promotion of the participation in the adoption of RRP of non-state actors that defend the general interest in the protection of the environment* (NGOs, activist groups), guaranteeing calm dialogue and increased possibilities of influencing the normative instruments. Achieving this participation should be a primary objective in order to contribute to improve the perception of the ISA as a forum that is more permeable to environmental concerns.

4.2. Some strategic measures

Given that the exploration phase is about to end, it is also essential to identify and prioritize strategic measures that will reinforce the normative leadership of the ISA in the protection of the marine environment. As a non-exhaustive list, the ISA should focus the exercise of its competences on:

---

[43] ISA (2018), *Earth Negotiations Bulletin* (ENB-IISD PART I FINAL BULLETIN), Friday 9 March, 11. Its demand has been reiterated by the observers who made observations on the ISA's 2019-2023 Strategic Plan. In particular, see the observations made by the DeepSea Conservation Coalition, 12 April 2018. Available at: *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/SPlan/Subs/Comments.pdf*.

[44] On the need and way to improve transparency in the ISA, see Ardron, J. A.; Ruhl, H. A., and Jones, D. O. B. (2018), «Incorporating transparency into the governance of deep-seabed mining in the Area beyond national jurisdiction», *Marine Policy*, 89, 58-66.

[45] For example, see the observations made by the Deep Sea Conservation Coalition, 12 April 2018, especially the Appendix; and Greenpeace et al., 27 April 2018; as well as those by the Institute for Advanced Sustainability Studies (IASS), 12 April 2018. All are available at: *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/SPlan/Subs/Comments.pdf*.

[46] Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (1998), Aarhus, Denmark, 25 June, *UNTS* 2001, vol. 2161.

[47] Exploitation Draft Regulations (ISBA/24/LTC/WP.1/Rev.1), Draft Regulation 46.d).

(a) *Being proactive in regulating uncovered issues, e. g.*, promoting the adoption of a legal regime related to the environmental sustainability of mining in the Area, or about environmental protection of the Area related to the installation of submarine cables. If the ISA manages to effectively address these issues, it can lead to both coherence and expansion of the regime's environmental rules.

(b) *Promoting compliance with legal instruments*, especially those that are already in force, by improving the design of exploration and exploitation contracts in the Area. Clauses must be included to make them more flexible to adapt to new environmental needs. To that end, and in line with the provisions of the Draft Regulation on exploitation of mining resources, the ISA must incorporate mechanisms such as economic incentives to encourage contractors' voluntary compliance with obligations. These incentives could be also used to reward compliance with the Authority's recommendations.

(c) *Increasing collaboration with other regional and global organizations, agencies, committees or programs, whose competences may affect the protection of the Area and its resources*, such as the United Nations Environmental Programme and the International Cable Protection Committee. As reflected in the Memorandums of Understanding that the ISA has concluded to date[48], collaboration between the ISA and organizations with a complementary mandate must be increased. Coordinated action would help to strengthen the effectiveness of environmental protection measures.

(d) *Starting the Environmental Liability Trust Fund planned in the Draft Regulation on exploitation of mining resources*[49]. This fund appears to include the proposal by the Seabed Disputes Chamber in its Advisory Opinion of 2011 to create a special fund to cover damages resulting from acts not prohibited under international law[50]. Beginning the fund now, in the exploration phase, would be desirable, since pre-exploitation activities can also have an impact on the marine ecosystem.

(e) *Reinforcing its commitment to the precautionary principle*. Given the often-irreversible nature of environmental damages, as well as the uncertainty surrounding this marine space, respect for the precautionary principle is particularly

---

[48] See the *Memorandum of understanding between the International Cable Protection Committee and the International Seabed Authority*, 15 December 2009-25 February 2010, which states: «Both the ICPC and the Authority have a strong interest in the protection of the marine environment from harmful effects arising from their respective activities; Increased cooperation between the ICPC and the Authority would help to avoid potential conflicts between the laying and maintaining of submarine cables and current and future activities in the Area». In 2010, the ISBA concluded a similar agreement with the OSPAR Commission, *Memorandum of understanding between the OSPAR Commission and the International Seabed Authority*. Both are available at: *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/MOU-ICPC.pdf*.

[49] Exploitation Draft Regulations (ISBA/24/LTC/WP.1/Rev.1), Section 4.

[50] Seabed Disputes Chamber (2011), Advisory Opinion of 1 February on the *Responsibilities and obligations of states with respect to activities in the area*, para. 209.

applicable here[51]. As a result, neither the inclusion of soft obligations in some of the clauses of the exploitation contracts («as far as reasonably possible»)[52], nor the mention to «commercial viability» in the Draft Strategy Plan appears to be aimed in this direction.

5. FINAL REMARKS

Many of the challenges that humanity faces today are related to sustainable development, or the urgent need to meet the needs of present generations without compromising the ability of future generations to meet their own needs. The seabed, and the seabed beyond the limits of national jurisdiction in particular, is a scenario in which this challenge is going to be especially evident in the coming years, and in fact it is already becoming apparent.

Nevertheless, two factors that distinguish this fight from others that are going to take place in other spheres of international interest are on the one hand, its status as CHM; and on the other, the existence of an international organization that is responsible for implementing it on behalf of humanity.

Although the general obligations arising from the common heritage of mankind statute are clear, the challenge is their practical implementation in the management of the Area and its resources[53]. To that end, it is necessary to place the protection of the marine environment at the very center of the concerns of the ISA, particularly now that it is addressing the legal regime that will allow the resources of the seabed to be exploited[54]. As has been proposed, it is therefore advisable to implement some internal measures and prioritize some external actions. Only then will the Authority be able to play a crucial role in attaining the SDGs, as it has claimed[55].

Finally, it must be remembered that States also have the responsibility to ensure that activities carried out in the Area comply with the legal regime of Part XI, including regulations[56]. Collaboration between States and the Authority is therefore necessary to ensure the defense of the general interest in order to protect the marine environment.

---

[51] This is established by the Regulations approved by the Authority, which contain similar stipulations. For example, see the Cobalt-rich Ferromanganese Crusts Regulations (ISBA/18/A/11), Regulation 33, para. 2.

[52] As contained, for example, in *ibid.,* Regulations 5 and 33, para. 5.

[53] See, among others, Franckx, E. (2010), *op. cit.,* 552.

[54] In this sense, the participants in the recent session of the ISA of March 2018 reiterated the urgency to pay attention to «the need to strengthen the draft regulations with regard to the implementation of the common heritage of humankind and the protection of the marine environment». ISA (2018), *Earth Negotiations Bulletin* (ENB-IISD PART I FINAL BULLETIN), 9 March, 1.

[55] In its Appendix, the ISA's 2019-2023 Strategic plan includes a list of what may be the Authority's main contributions to achievement of the ODSs. In particular, and in relation to Goal 14, it points out that within the framework of its competences, the Authority can have an influence on «increasing scientific knowledge, developing research capacity, transferring marine technology and advancing a common and uniform approach, consistent with the Convention and international law, to the sustainable use of ocean resources», Strategic plan of the Authority for the period 2019-2023 (ISA/24/A/10), 20, Appendix I.

[56] UNCLOS, Arts. 139.1 and 153.4.

CHAPTER 18

THE LEGITIMACY OF THE INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY AND THE WAY IT ACCEPTS THE INVOLVEMENT OF NON-STATE ACTORS IN GOVERNING THE AREA

Makoto Seta

Associate Professor of International Law
Yokohama City University, Japan

RÉSUMÉ: *En 2019, un quart de siècle se sera écoulé depuis la création de l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM-ISA). Compte tenu de son fort pouvoir sur les activités minières dans la Zone, il est nécessaire ou, du moins, hautement souhaitable que l'AIFM-ISA soit perçue comme légitime. En particulier, du fait que les activités de l'AIFM-ISA au cours des dix dernières années ont été très agressives, il semble important de revoir sa légitimité en examinant ses pratiques. En particulier, étant donné l'incertitude scientifique et le caractère éventuellement irrécupérable des environnements marins de la Zone après certaines activités, il semble important que l'AIFM-ISA décide de manière transparente, à la lumière de ces préoccupations, d'accepter la participation d'acteurs non-étatiques. En examinant les pratiques à l'œuvre au cours de la dernière décennie, il a été conclu que les acteurs non-étatiques (ANE) participant aux activités de l'AIFM-ISA avaient contribué à la prise de décisions et à l'élaboration de réglementations. Bien que des problèmes subsistent, l'AIFM-ISA semble aller dans une direction efficace. L'AIFM-ISA, comme toute organisation humaine, n'est pas parfaite, mais, 25 ans après sa création, et compte tenu de l'incertitude scientifique qui règne dans la Zone, son développement positif et graduel en ce qui concerne l'AIFM-ISA devrait être hautement valorisé.*

Mots-clés: *autorité internationale des fonds marins; acteurs non-étatiques; légitimité; droit de la mer; ressources minérales.*

ABSTRACT: *In 2019, one-quarter of a century has passed since the establishment of the International Seabed Authority (ISA). Given its strong power over mining activities in the Area, it is necessary or, at least, highly desirable that the ISA is perceived as legitimate. Especially, because the ISA's activities during the past ten years have been very aggressive, it seems important to review its legitimacy by examining its practices. In particular, given the scientific uncertainty and possibly irrecoverable nature of the Area's marine environments after the certain activities, it seems important that the ISA decides transparently in light of these concerns, to accept the involvement of non-state actors (NSAs). By examining the practices, it is concluded that NSAs involved with the ISA's activities and have contributed to decision-making and the development of regulations. Although challenges remain, the ISA seems to be moving in an effective direction. The ISA, like all human organization, is not perfect, but, after only 25 years since its inception, and considering the extent of scientific uncertainty of the Area, its gradual positive development of ISA should be highly evaluated.*

Keywords: *international seabed authority; non-state actors; legitimacy; law of the sea; mineral resources.*

1. INTRODUCTION

In 2019, one-quarter of a century has passed since the establishment of the International Seabed Authority (ISA). The ISA's mandate is to develop mineral resources in the seabed and ocean floors and subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction (the Area), to foster economic development. Although the ISA initially was expected to focus on developing resources immediately after the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) went into effect, it has become clear that it will take some time before some of the resources can be exploited because of technological reasons. Despite the delay in exploitation, the ISA has established many regulations for future exploitative activities to date[1]. Given its strong power over activities in the Area[2], it is necessary or, at least, highly desirable that the ISA is perceived as legitimate[3]. Rüdiger Wolfrum's interpretation of the relevant UNCLOS provisions perceives the ISA as an international administration, with legitimacy based on State Parties' consent and the elaborate dispute settlement procedure[4].

---

[1] Pancracio argued that the seabed mining will probably be one of the major phenomena in the twentieth century; PANCRACIO, J. P. (2010), *Droit de la mer*, Dalloz, 371.

[2] Combacau regards the ISA's competence as similar to the territorial jurisdiction of States; COMBACAU, J. (1985), *Le drot international de la mer*, Que Sais-Je, 88.

[3] Bodansky argued: «As international institutions gain greater authority, however, and their consensual underpinnings erode, questions about their legitimacy are beginning to be voiced». BODANSKY, D. (1999), «The legitimacy of International Governance, A Coming Challenge for International Environmental Law», *American Journal of International Law,* vol. 93, 597.

[4] WOLFRUM, R. (2008), «Legitimacy of International Law and the Exercise of Administrative Functions: The Example of the International Seabed Authority, the International Maritime Organization (IMO) and International Fisheries Organizations», *German Law Journal*, vol. 9, 2054.

Perhaps the ISA is legitimate from the perspective of its structure provided in the constituent instrument. However, because the ISA's activities during the past ten years have been very aggressive, it seems important to review its legitimacy by examining its practices. In particular, given the scientific uncertainty and possibly irrecoverable nature of the Area's marine environments after the certain activities[5], it seems important that the ISA decides transparently in light of these concerns, by accepting the involvement of non-state actors (NSAs).

Three kinds of NSAs are involved with the ISA's activities: (1) contractors, (2) environmental non-governmental organizations (ENGOs), and (3) researchers (or research institutions). Current contractors can be divided into three categories: (1) state government, (2) semi-public organization, and (3) private company[6]. Contractors and ENGOs often work with researchers. Generally, contractors tend to emphasize developing mineral resources and ENGOs perform environmental protection activities. Therefore, it is necessary that the ISA considers the balance and tension between their activities.

This study analyses the ISA's legitimacy by examining its recent activities, particularly its relationship to the NSAs with which it is involved. The following section describes the ISA's provisions under the UNCLOS system. The third section explains the ISA's recent activities. An elaboration of the ways that NSAs are involved in the ISA's activities is presented in the fourth section, and the paper closes with conclusions drawn from the analysis.

2. THE ISA UNDER THE UNCLOS SYSTEM

Part XI of UNCLOS provides most of the rules relevant to the Area, and Annex III covers the basic conditions for prospecting, exploration and exploitation in the Area. However, some of developed States' dissatisfaction with some Part XI provisions, such as compulsory transfers of technology (Article 5 of Annex III), led them to refuse to ratify it. Then, in 1994, the Implementing Agreement on Part XI (IA) was adopted, after which UNCLOS entered into force. Therefore, the current constituent instruments of the Area are both UNCLOS and IA.

Under Article 136 of UNCLOS, the Area and its resources are labeled as a «common heritage of mankind (CHM)», and a so-called «parallel system» is elaborated in Article 153 of UNCLOS. According to Article 153, both Enterprises subject to the ISA and Contractors supported by member States may develop mineral resources in the Area.

---

[5] Miller, K. A. *et al.* (2018), «An Overview of Seabed Mining Including the Current State of Development, Environmental Impacts, and Knowledge Gaps», *Frontiers in Marine Science*, vol. 4, Art. 418, 1-24.

[6] Webpage of the ISA, available at *https://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors* (last visited 30th Oct. 2018).

2.1. The ISA's competence

The ISA is an organization as powerful as a sovereign State in some sense. Its competence is similar to a legislative and enforcement jurisdiction[7]. Regarding its legislative jurisdiction, Article 17 of Annex III provides the following:

> «1. The Authority shall adopt and uniformly apply rules, regulations and procedures in accordance with article 160, paragraph 2(f)(ii), and article 162, paragraph 2(o)(ii), for the exercise of its functions as set forth in Part XI on, inter alia, the following matters».

Those matters are things related to administrative procedures for prospection, exploration and exploitation in the Area. Moreover, the ISA is expected to adopt appropriate rules, regulations, and procedures to protect marine environment and human life[8]. This obligation is predicated on the ISA's competence to fulfill it.

Regarding enforcement, the ISA's most important power under UNCLOS is its decision-making power to grant exploration and future exploitation contracts after evaluating a plan of work submitted by the contractor candidates. According to Article 153(3) of UNCLOS, the ISA decides whether to authorize and any conditions for authorization of activities in the Area. The ISA is given the authority to sanction contractors that violate their authorized contracts under Article 18(1) of Annex III, which gives the ISA authority to suspend or terminate contracts seriously violated by contractors. Further, Article 18(2) authorizes the ISA to impose monetary penalties proportionate to the seriousness of a violation.

2.2. Structure and procedures of the ISA

Article 158(1) indicates three principal organs: Assembly, Council and Secretariat. The Assembly consists of all ISA member States and has the supreme power. The Council shall consist of 36 members elected by the Assembly in accordance with IA, Annex section 3(15) which takes into account various matters, such as the balance between developed and developing States, as well as geographical distribution. The Secretariat is led by the Secretary General.

Aside from these three main organs, Article 163 establishes two subsidiary organs of the Council: the Economic Planning Commission (EPC) and the Legal and Technical Commission (LTC). The EPC is mandated to handle the ISA's financial activities and the LTC controls legal and technical matters, including supervising the exploratory and mining activities. However, pursuant to IA, Annex section 1(4), the EPC's functions currently are being performed by the LTC. The LTC's function are provided for in Article 165, which grants it wide discre-

---

[7] See Tanaka, Y. (2015), *The International Law of the Sea*, CUP, 2nd ed., 182-183.
[8] UNCLOS, Art. 145 and 146.

tion. Therefore, the LTC's activities are important to prospecting, exploration and exploitation in the Area.

As described above, the ISA has the legislative jurisdiction over the Area to establish a mining code. In this process, the LTC, Council and Assembly work together to establish codes. First, the LTC is tasked with developing and drafting the relevant regulations. The LTC usually adopts its products by consensus, although a majority vote is acceptable[9]. Then, the Council scrutinizes the LTC's drafts, and, when accepted, the decisions are reached by consensus[10]. Last, the Assembly decides whether to approve the Council's drafts, and if not, returns them to the Council for review. The Assembly is expected to adopt mining codes by consensus, but, when that is not achieved, adoption may occur by a two-thirds vote[11]. However, the drafts adopted by the Council are provisionally effective without the Assembly's approval, and there is no timeframe for the Council's reconsideration if they are rejected; therefore, the Council could indefinitely apply the provisional form of the regulations[12].

In this context, it must be noted that the composition of members of the LTC and the Council indicates that they may find more interest in developing mineral resources in the Area than protecting the marine environment. This is because most of the sponsoring States are members of the Council as of 2018[13], and some members of the LTC concurrently work for sponsoring States or contractors[14]. Nevertheless, considering a limited number of experts in this field and scarce financial support for the LTC members, the additional post of an LTC member seems inevitable or even desirable from the practical perspective at the current stage.

2.3. Obligation of the ISA

As described above, the ISA is obliged to protect marine environments and human life from being harmed by the activities it approves. Regarding protection of the marine environment, it is particularly required to pay attention to «the need for protection from harmful effects of such activities as drilling, dredging, excavation, disposal of waste, construction and operation or maintenance of installations, pipelines and other devices related to such activities» as well as «the prevention

---

[9] Rule 44 of Rules of Procedure of the Legal and Technical Commission.

[10] IA, Annex sections 3(2) and 3(6).

[11] IA, Annex section 3(3).

[12] Harrison, J. (2011), *Making the Law of the Sea: A Study in the Development of International Law*, CUP, 126.

[13] Thirteen twentieths of sponsoring Sates, namely, Brazil, People's Republic of China (PRC), United Kingdom, Singapore, Tonga, Germany, India, France, Japan, Republic of Korea, Russian Federation, Czech Republic, and Poland are members of the Council in 2018; Webpage of the ISA, available at *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Council/Council1996-2020.pdf* (last visited 30th Oct. 2018).

[14] For example, Rena Lee is a staff of Singapore government and Nobuyuki Okamoto is a staff of Japan Oil, Gas and Metals National Corporation, one of Contractors sponsored by Japan; Webpage of the ISA, available at *https://www.isa.org.jm/la-autoridad/legal-and-technical-commission* (last visited 30th Oct. 2018).

of damage to the flora and fauna of the marine environment»[15]. In addition, Article 17(2)(f) of Annex III expands the scope of this obligation to include prevention of harmful effects from «shipboard processing immediately above a mine site of minerals derived from that mine site».

This obligation of the ISA to protect and conserve marine environments seemed strengthened in 2011 by the Advisory Opinion of the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS). Unlike UNCLOS and IA, ITLOS's advisory opinions are not legally binding. However, because a function of the Seabed Dispute Chamber is in its jurisdiction over the dispute with respect to activities in the Area, its opinions are authoritative. Actually, ITLOS's opinions was required in order to confirm the scope of responsibilities and obligations of sponsoring State. Therefore, the implication for the ISA's obligations is limited. However, the ITLOS pointed out that ISA regulations take a precautionary approach, and, therefore, the ISA is expected either to repeat or further develop that approach in its future regulatory efforts[16].

3. RECENT ISA ACTIVITIES

To date, the ISA has made many decisions, including three mining codes, namely, *Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area* (adopted in 2000 and amended in 2013) (RPEPN), *Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides in the Area* (2010) (RPEPS) and *Regulations on Prospecting and Exploration for Cobalt-rich Ferromanganese Crusts in the Area* (2012) (RPECFC).

These three regulations define the concepts of «exploitation», «exploration» and «prospecting», although these three terms are already employed in UNCLOS and Annex III. Regulation 1.3(a), (b) and (e) of RPEPN, Regulation 1.3(a), (b) and (e) of RPEPS and Regulation 1.3(b), (c) and (e) of RPECFC identically define the three concepts. «Exploitation» refers to recovery for commercial purposes of targeted mineral resources in the Area and the extraction of minerals therefrom, «exploration» means searching for deposits of targeted mineral resources in the Area and «prospecting» is defined as the search for deposits of targeted mineral resource in the Area without exclusive rights.

Mining activities can be examined based on the distinctions among the three activities. Based on the distinctions, the process of achieving the following two regulations are analysed, namely: (1) *Environmental Management Plan for the Clarion-Clipperton Zone* (CCZ-EMP) and (2) *Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area*, because their influences are significant.

---

[15] UNCLOS, Art. 145(1)(a) and (b).

[16] ITLOS (2011), *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011,* ITLOS Reports, para. 130.

3.1. CCZ-EMP

The CCZ-EMP originated in a workshop at University of Hawaii, Manoa, in 2007. Supported by Pew Charitable Trust, the workshop was titled Design of Marine Protected Areas for Seamounts and the Abyssal Nodule Province in Pacific High Seas [17]. Its purpose was to design preservation reference areas (PRAs) where no test mining is allowed. It relied on the results of the ISA/Kaplan Project, which was jointly funded by the J. M. Kaplan Fund and the ISA. Led by Craig Smith, the project aimed to assess the biodiversity and geographical ranges of three key faunal groups in the abyssal Pacific nodule province [18]. Although the workshop and the ISA had no formal relationship, the workshop's outcomes were incorporated into the LTC document, *Rationale and Recommendations for the Establishment of Preservation Reference Areas for Nodule Mining in the CCZ* [ISBA/14/LTC/2] [19].

Consequently, the workshop functioned to trigger the LTC's consideration and planning of environmental management in the CCZ. In 2008, the LTC decided not to proceed with the CCZ-EMP and required the Secretary General of the ISA to convene a workshop, involving many stakeholders, to further study CCZ-EMP proposal [20]. The outcome of that workshop was the LTC's adoption of a CCZ-EMP in 2011 [21]. The following year, the Council approved it to be implemented over an initial three-year period and also required the future review conducted by the LTC [22]. Because 16 of the contracts are about exploration for polymetallic nodules in the CCZ, the management plan in this zone might be a useful model for the future activities in the Area [23].

The concept of «Areas of Particular Environmental Interest» (APEIs) was introduced in the CCZ-EMP. Although similar in meaning to «PRAs», there are

---

[17] *Proceedings of Pew Workshop on Design of Marine Protected Areas for Seamounts and the Abyssal Nodule Province in Pacific High Seas (Proceedings of Pew Workshop),* available at *www.soest.hawaii.edu/oceanography/faculty/csmith/MPA_webpage/documents/Proceedings_PEW_Workshop_MPAs_October_2007.pdf* (last visited 30th Oct. 2018).

[18] See the final report of this ISA/Kaplan Project; *Biodiversity, Species Ranges, and Gene Flow in the Abyssal Pacific Nodule Province: Predicting and Managing the Impacts of Deep Seabed Mining* (ISA Technical Study nº 3), available at *https://www.isa.org.jm/sites/default/files/files/documents/techstudy3.pdf* (last visited 30th Oct. 2018).

[19] One of the organizers of the workshop, Smith argued that he has an intention to sell his method to design PRA to the LTC, and it is realized; *Proceedings of Pew Workshop*, *op. cit.,* 51.

[20] Lodge, M. (2011), «Some Legal and Policy Considerations Relating to the Establishment of a Representative Network of Protected Areas in the Clarion-Clipperton Zone», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 26, 464;

[21] Odunton, N. A. (2011), «Statement by H. E. Nii Allotey Odunton, Secretary-General, International Seabed Authority», 4, available at *https://www.isa.org.jm/sites/default/files/documents/EN/SG-Stats/sg-adhocwg.pdf* (last visited 30th Oct. 2018); *Environmental Management Plan for the Clarion-Clipperton Zone (Environmental Management Plan)* [ISBA/17/LTC/7].

[22] *Decision of the Council relating to an Environmental Management Plan for the Clarion-Clipperton Zone* [ISBA/18/C/22], paras. 2, 4 and 6.

[23] James, H. (2017), *Saving the Oceans through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marne Environment*, OUP, 239; See also *Report of the Chair of the Legal and Technical Commission on the work of the Commission during the twenty-first session of the International Seabed Authority* [ISBA/21/C/16], 5, para. 21.

several differences between APIEs and PRAs as defined by the Pew Workshop in 2007[24]. APEIs are specifically established to avoid overlaps between current distributions of claimants and reserve areas[25]. However, as for their dimensions (a 200 × 200 km core area surrounded by a 100 km buffer zone) and the ways of locating, PRAs determined at the workshop and the APEIs adopted by the ISA are identical.

Pursuant to the Council decision, the LTC must conduct a review within an appropriate time-frame. To facilitate the LTC, the Secretariat provided the *Review of Implementation of the Environmental Management Plan for the Clarion-Clipperton Zone*, submitted by Seascape Consultant Ltd., which stated there is no data demonstrated that the existing CCZ-EMP needed adjusted. It emphasized that no new data on the APEI's biology has been obtained since the establishment of the CCZ-EMP, and therefore, the Contractors and sponsoring States are asked to collect those data[26]. The lack of APEI's biological data also was pointed out at a joint workshop hosted by the Japan Agency for Marine-Earth Science and Technology (JAMSTEC) and the ISA[27].

Finally, it must be noted that the ISA's authority to establish APEIs is not unobvious. Article 162 of UNCLOS obligates the ISA Council to «disapprove areas for exploitation by Contractors or by the Enterprises in cases where substantial evidence indicates the risk of serious harm to the marine environment». In other words, without providing evidence of risks, the Council is not obliged to disapprove areas[28]. However, the CCZ-EMP was introduced without such evidence, which might be interpreted as an instance when the ISA abused its power. However, because the ISA has an obligation to protect marine environments in the Area and its approach is mostly precautionary, the Council's decision should be accepted.

3.2. Regulations on exploitation of mineral resources in the Area

To draft the Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area, the ISA first conducted a Stakeholder Survey Questionnaire in February 2014. In the Questionnaire (in which submission of a comment is accepted by May 2014), the ISA tried to expand the scope of stakeholders as much as possible[29].

---

[24] *Rationale and Recommendations for the Establishment of Preservation Reference Areas for Nodule Mining in the CCZ* [ISBA/14/LTC/2] 5.

[25] Environmental Management Plan, *op. cit.,* 11, para. 39(c).

[26] Seascape Consultant Ltd (2014), *Review of Implementation of the Environmental Management Plan for the Clarion-Clipperton Zone*, 18.

[27] EcoDeep-SIP Workshop (2015), *The Crafting of Seabed Mining Ecosystem-Based Management: Assessing Deep Sea Ecosystems in the Pacific Ocean*, 26.

[28] Lodge, M., *op. cit.,* 465-466; Jaeckel, A. L. (2017), *The International Seabed Authority and the Precautionary Principle: Balancing Deep Seabed Mineral Mining and Marine Environmental Protection*, Brill, 171.

[29] The ISA (2014), *Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area: Stakeholder Engagement*, 5, available at *https://www.isa.org.jm/sites/default/files/isa-ssurvey.pdf* (last visited 30th Oct. 2018).

Determining the appropriate stakeholders for the Area was difficult, compared to the maritime area within national jurisdictions, so the ISA's approach should be highly evaluated from the perspective of legitimate governance including the participation of numerous stakeholders. Since then, the ISA's approach to expand the scope of stakeholders and exchange views with them has consistently been applied.

Then, in March 2015, the ISA issued two consultative documents to members of the Authority and to all of the stakeholders: *Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area: Report to Members of the Authority and All Stakeholders* and *Discussion Paper on the Development and Implementation of a Payment Mechanism in the Area*. The former document was a draft framework that included the draft action plan for further development of the regulations and reflected the comments from the 2014 Stakeholder Survey[30]. The framework's action plan was quickly modified in July 2015, four months after the original version was issued. The other document dealt with the payment mechanism for exploitation activities in the Area[31]. In other words, this document focused on financial issues, one of the three issues for regulations on exploitation (other two issues are environmental and administrative). Both documents required all of the stakeholders to submit comments.

In February 2016, the ISA issued *First Working Draft of the Regulations and Standard Contract Terms on Exploitation for Mineral Resources in the Area*. Then, in January 2017, it issued a *Discussion Paper on the Development and Drafting of Regulations on Exploitation for Mineral Resources in the Area (Environmental Matters)*. These two documents concerned the rest of three issues, namely, administrative and environmental issues.

However, in August 2017, the ISA integrated the three issues into the one document, *Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area*. Because it integrated the three functional areas, the report simplified matters, and made it easier to modify regulations. As is the same manner as comments to other documents, many comments to this draft regulation[32]. Before the ISA analysed these comments, they were studied at a workshop jointly hosted by the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom and The Royal Society in London on 12 and 13 February 2018. A result of the workshop was the ISA's issue of

---

[30] The ISA (2015), *Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area: Report to Members of the Authority and All Stakeholders*, 39 and 45, available at *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Survey/Report-2015.pdf* (last visited 30th Oct. 2018).

[31] The ISA (2015), *Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area: A Discussion Paper on the Development and Implementation of a Payment Mechanism in the Area for Consideration by Members of the Authority and All Stakeholders*, available at *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/WorkingPapers/DiscussionPaper-FinMech.pdf* (last visited 30th Oct. 2018).

[32] *Briefing Note to the Council on the Submissions to the Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area* [ISBA/24/C/CRP.1] para. 4.

Briefing Note on the Submissions to the Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area [ISBA/24/C/CRP.1] on 21 February 2018.

After discussion in the LTC in March 2018, the Secretariat prepared two documents for the July session: (1) *Revised Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area* [ISBA/24/LTC/WP.1] and (2) *Draft Environmental Impact Statement Template* [ISBA/24/LTC/WP.1/Add.1]. By integrating these two documents and modifying several minor points of the former document, the LTC developed a revised text of the *Revised Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area* [ISBA/24/LTC/WP.1/Rev.1] at its July session. One significant difference from the previous version was the insertions of Regulations 46 bis. Environmental Impact Statement, 46 ter. Environmental Management and Monitoring Plan, and Annex IV which provides Template for Environmental Impact Statement. As of October 2018, this was the most recent information available about the Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area.

4. INVOLVEMENT OF NON-STATE ACTORS WITH THE ISA

The previous section explained the ISA's efforts to protect marine environments and prepare for future exploitation of mineral resources in the Area. Achieving the balance between protection and development is expected of the ISA into the future. Although it is not an easy task, NSAs may have a key influence on the ISA's mission.

4.1. The ISA's need for NSAs

The ISA needs to involve NSAs in its activities because of the Area's scientific uncertainty and the ISA's lack of a scientific institution, such as the scientific committee in Regional Fisheries Management Organizations. It has been pointed out that some species in the deep seabed are fragile, and that the deep seabed's recovery time is excessively long, because sun-light does not penetrate to that depth[33]. Furthermore, the precautionary approach has recently been emphasized not only by the ISA, but also generally regarding the oceans[34]. Given this fact, the ISA and other actors are expected to refrain from any activity that might have adverse effects on the marine environment, even though such effects are scientifically not proven.

The ISA would be most effective and accurate regarding that if it had access to the best scientific data. The LTC might somewhat fill that role because some LTC

[33] Wedding, L. M. *et al.* (2013), «From Principles to Practice: a Spatial Approach to Systematic Conservation Planning in the Deep Sea», *Proceedings of the Royal Society B (Biological)*, 5.

[34] For example, it was agreed in the preparatory committee for establishing the new implementing agreement on marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (BBNJ), that the precautionary approach should be applied: See *Report of the Preparatory Committee Established by General Assembly Resolution 69/292* [A/AC.287/2017/PC.4/2], 9.

staff member are experts in marine science[35]. However, compared to the research capacities of the involved developed States, LTC's abilities are limited in both human and financial resources. The Secretariat's professional staff totals fewer than 20 people[36], and the proposed budget for 2019-2020 is about USD 18 million[37]. In contrast, the Institut Français de Recherche pour l'Exploitation de la Mer (IFREMER) has an annual budget of EUR 210 million (not including internal operations) with 1,464 staff members that include 595 engineers and researchers[38]. JAMSTEC's annual budget is JPY 980 million, and it has 987 staff members, including 227 engineers and 319 researchers[39]. It is unlikely that all of IFREMER's and JAMSTEC's resources are used for research on the seabed; however, the ISA's resources simply do not allow it to work at the level of these national scientific institutions[40].

On this point, it must be noted that the national scientific institutions might tend to take a close position to sponsoring States and contractors, namely, the position to stress development, rather than protection of marine environments. This is because they share the interest in advancing exploration which leads to exploitation, and it seems difficult for national scientific institutions of sponsoring States to take the opposing position. Moreover, sometimes a national scientific institution becomes a contractor, and the institution itself has an advantage for development. For example, IFREMER is the contractor sponsored by the French government. Therefore, it is essential for the ISA to have collaborative work not only with the national research institutions but also more independent NSAs to take the balance between development and environmental protection.

4.2. The way to involve ISA activities

NSAs have contributed and will continue to contribute to the ISA's activities in two basic ways. First, they sponsor and participate in workshops and, second, they submit comments on relevant matters.

4.2.1. Workshop

Establishing the CCZ-EMP is a typical example of NSAs' workshop activities and the contributions they make to the ISA. One type of workshop is the indepen-

[35] The background on members of the LTC comprises two categories: legal and technological. Regarding members from 2017 to 2021, 10 members, such as Rena Lee and Elie Jarmache, seem to be law-oriented members, and the other 20 members, such as Nobuyuki Okamoto and Carlos Roberto Leite, are associated with technology.

[36] Johnson, D. *et al.* (2016), *Periodic Review of the International Seabed Authority pursuant to UNCLOS Article 154: Interim report*, 53.

[37] *Report of the Finance Committee* [ISBA/24/A/6-ISBA/24/C/19], para. 28.

[38] Webpage of IFREMER, available at *https://wwz.ifremer.fr/en/The-Institute* (last visited 30th Oct. 2018).

[39] Webpage of JAMSTEC, available at *http://www.jamstec.go.jp/j/about/suii/* (last visited 30th Oct. 2018).

[40] In this paper, national scientific institutions are categorized into NSAs, because in most States its legal personality and decision making are independent of the government.

dent workshop unrelated to a larger effort. The second type is a supplement to a larger meeting or diplomatic negotiation, such as the ISA Annual Conference or a conference on BBNJ[41]. The first type has a clear and specific purpose for specialists, whereas the second type casts a wider net. These workshops are conducted by ENGOs, and other relevant NSAs, such as governments, contractors, and research institutions, usually as collaborative engagement. The 2007 workshop that triggered the CCZ-EMP was hosted by researchers, but the Pew Charitable Trusts supported it, as explained above.

Eight workshops have been held since 2015 regarding draft regulations on exploitation[42]. Sometimes, workshops are organized as a series, such as the Payment Regime Workshops (PRW) jointly organized by the ISA, RESOLVE[43] and Global Sea Mineral Resources[44], which have been held three times to date. These workshops have involved both researchers and governments, and future possible payment regimes have been developed. However, most workshops are independent and *ad hoc*, so their records are not unified and data availability to non-participants varies by workshop[45].

The workshop's value should be assessed based on the extents of participation by the numerous multi-stakeholders in the ISA's activities, particularly when legislation is at stake. Two aspects are important to note. First, transparency must be guaranteed. Workshops are useful ways for stakeholders to directly exchange opinions and viewpoints, but obtaining records of the workshops' contents depends on the organizers' willingness to provide them. Certainly, it seems difficult for the ISA to require the organizers to submit records, but, because some workshops are strongly influential, such as the Pew workshop in 2007 described above, ISA-established formats for records from ISA-related workshops are highly desirable so that the ISA can provide electronic access to them via the internet. For example, to evaluate the extent of transparency, the following information should be clarified: the names of the participants, whether the workshop was closed or open to the public and how the participants were invited.

Second, the financial differences among the stakeholders are important to know because sponsoring and conducting workshops are expensive endeavors. Moreover, participants often have high travel and accommodations expenses. Thus, under certain circumstances, all of a workshop's participants could be citizens of developed States because only they could afford to pay for the trip. Future

---

[41] For example, the International Organization for Standardization and JAMSTEC jointly held a workshop with the ISA; See List of Side Events at the Third Session of the BBNJ Preparatory Committee, available at *http://www.un.org/Depts/los/biodiversity/prepcom_files/BBNJ_PrepComIII_side_events_schedule_website%20-%20rev%2029%20March%202017%20-%20rev.pdf* (last visited 30th Oct. 2018).

[42] Webpage of the ISA, available at *https://www.isa.org.jm/legal-instruments/ongoing-development-regulations-exploitation-mineral-resources-area* (last visited 30th Oct. 2018).

[43] See Webpage of the RESOLVE, available at *http://www.resolv.org/about* (last visited 30th Oct. 2018).

[44] See Webpage of the Global Sea Mineral Resources, available at *https://www.deme-group.com/gsr/about-gsr* (last visited 30th Oct. 2018).

[45] Probably because of differences among host organizations, the reports of PRWs are different in format.

workshops involving the ISA's activities must consider these two aspects before proceeding.

4.2.2. Comments

Establishing regulations on exploitation is an on-going process in which stakeholders can occasionally submit comments via the internet. Three unresolved questions relate to this question. First, it is not clear how to handle comments submitted by individuals who belong to the organizations or States which submit a comment. For example, on *Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area* [ISBA/24/LTC/6], Stefan Bräger, an ISA scientific affairs officer submitted a comment[46]. His comment emphasized that the opinion expressed therein was his personal opinion and did not represent the ISA. However, whether the ISA's employees should be permitted to submit comments is not clear, because whereas they should be allowed to do so as individuals, it might be desirable that decision-making members, such as the members of the LTC, should not have that right.

As another example, Yuwei Li, a former member of the LTC and currently working for PRC's government as a consulting expert for the PRC's contractor, China Ocean Mineral Resource R&D Association (COMRA), submitted a comment[47]. His comment should be accepted as an individual statement, and not as a reflection of COMRA's position on any matter. However, if his comment diverged from his affiliation or focused on matters outside the scope of his affiliation, it would be a cause of confusion. From the perspective of cost effectiveness by avoiding that confusion, it seems better to avoid the submission of such an individual.

The second unresolved question regarding comments is the extent to which and how to accept submissions. As explained above, the scope of stakeholders has broadened, and anyone can submit an opinion without verifying that they have an official stake in the matter. This aspect should be highly evaluated, from the perspective of accepting a wide variety of opinions. To submit comment requires nothing more than computer and internet access, but, considering the current need for scientific knowledge, it is not clear that this extent of openness is useful and should be maintained.

Third, it is not clear how comments might best be used. Obviously, the ISA would expand a great deal of time scrutinizing every comment in situations where hundreds of comments are submitted. Some comments are important to the drafting process of regulations on exploitation. For example, comments from some

---

[46] Bräger, S., «Individual Submission in Response to the Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area (ISBA/23/LTC/CRP.3*) as Part of a Stakeholder Consultation Process», available at *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/2017/Private/SBrager.pdf* (last visited 30th Oct. 2018).

[47] Li, Y., «Feedback on Enaction of the Seabed Mineral Exploitation Regulations», available at *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/2017/Private/LYuwei-En.pdf* (last visited 30th Oct. 2018).

member States, such as PRC, Germany and Japan[48], helped the LTC to streamline Part XII of *Draft Regulations on the Exploitation of Mineral Resources in the Area* [ISBA/24/LTC/6] regarding pacific dispute settlement[49]. However, it must be pointed out that the modification might be conducted because the comments were from powerful Member States. There should be rules to clarify the reasons for accepting and using some, but not other, comments to avoid arbitrary decisions and biased outcomes.

5. CONCLUSION

NSAs involved with the ISA's activities and have contributed to decision-making and the development of regulations. Although challenges remain, the ISA seems to be moving in an effective direction. By comparing the process of establishing the CCZ-EM to the regulations on exploitation, the progress of the ISA was clarified. The process of drafting regulations on exploitation, namely, inviting comments whenever the ISA submits documents and holding workshops with numerous multi-stakeholders, seems to be a more transparent approach than the way the CCZ-EMP was established, in which decided most matters were decided in one workshop with a few participants.

Moreover, NSAs' involvement is expected to increase and be formalized. According to *Consideration, with a View to Adoption, of the Draft Strategic Plan of the International Seabed Authority for the Period 2019-2023* [ISBA/24/A/4], adopted in 2018, the ISA included «Commit to transparency» as one of the eight strategies, and increased the transparency by involving NSAs[50]. In particular, regarding protection of the marine environment, it provides: «(t)he process for developing the framework and its implementation must be transparent and allow for stakeholder input»[51]. The ISA, like all human organization, is not perfect, but, after only 25 years since its inception, and considering the extent of scientific uncertainty of the Area, its gradual positive development of ISA should be highly evaluated.

This work was supported by JSPS KAKENHI Grant Number 17K13619, the Council for Science, Technology and Innovation (CSTI), Cross-ministerial Strategic Innovation Promotion Program (SIP), «Next-generation technology for ocean resources exploration» (Lead agency: JAMSTEC) and the Inamori Foundation Research Grants.

---

[48] Comments of three Sates are respectively available at the following link: PRC, *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/2017/MS/ChinaEN.pdf*; Germany, *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/2017/MS/Germany.pdf*; Japan, *https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/2017/MS/Japan.pdf* (last visited 30th Oct. 2018).

[49] *Draft Regulations on the Exploitation of Mineral Resources in the Area* [ISBA/24/LTC/6], para. 13.

[50] *Consideration, with a View to Adoption, of the Draft Strategic Plan of the International Seabed Authority for the Period 2019-2023* [ISBA/24/A/4], para. 33.

[51] *Ibid.,* para. 14.

CHAPTER 19

LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS DANS LES ESPACES INTERNATIONAUX : LE CAS DE LA ZONE INTERNATIONALE DES FONDS MARINS

Kokougan Messiga
Doctorant à l'Institut de recherche juridique interdisciplinaire François Rabelais (IRJI)
Université de Tours
Chercheur associé au Centre de droit International (CDI-EDIEC)
Université Jean-Moulin Lyon 3

ABSTRACT : *International responsibility of States in the Area appears both as a question of analysis and prospective. From the first point of view, the study of this regime of responsibility allows to examine the rules applicable to this space. Although complemented by the jurisprudence of ITLOS, in order to specify the nature, content and scope of the obligations of the sponsoring States, this liability regime suffers from a lack of effectiveness. This means that a prospective approach seems necessary to apprehend this responsibility, even in the absence of a concrete case, which makes the analysis all the more difficult.*

Keywords : *international responsibility ; states ; international spaces ; the international area of marine funds.*

RÉSUMÉ : *La responsabilité internationale des États dans la Zone apparaît, à la fois, comme une question d'analyse et de prospective. Du premier point de vue, l'étude de ce régime de responsabilité permet d'examiner les règles applicables à cet espace. Bien que complété par la jurisprudence du TIDM aux fins de préciser la nature, le contenu et la portée des obligations des États qui patronnent, ce régime de responsabilité souffre d'un manque d'effectivité. C'est dire qu'une approche prospective paraît nécessaire afin d'appréhender cette res-*

ponsabilité, même en l'absence de cas concret, ce qui rend l'analyse d'autant plus difficile.

Mots-clés : *responsabilité internationale ; États ; espaces internationaux ; Zone internationale des fonds marins.*

1. INTRODUCTION

Les espaces internationaux, qu'ils soient maritimes ou non, se définissent généralement par le fait qu'ils ont échappé au mouvement de territorialisation qui a marqué le XXe siècle[1] ; de ce fait, leurs régimes juridiques ne tolèrent « aucune revendication, aucun exercice de souveraineté ou de droits souverains, ou aucun acte d'appropriation »[2]. Du fait de leur particularisme, ces espaces sont diversement appréhendés par le droit international qui confère à chacun un régime juridique spécifique notamment en matière de responsabilité. C'est ainsi par exemple que, pour ce qui est des espaces maritimes, le régime juridique de la Zone internationale des fonds marins diffère de celui de la haute mer.

La mer est un espace immense[3] et souvent objet de convoitise, dont le régime juridique a beaucoup évolué depuis les années 1960. Face aux défis que pose l'espace marin, notamment la sécurité et la sûreté en mer, la transformation du droit de l'océan, la préservation du milieu marin et de sa biodiversité, le nouveau droit de la mer incarné par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) du 10 décembre 1982 et le droit coutumier tentent de tempérer les « ardeurs » étatiques, afin de pallier les différents problèmes liés à la navigation dans les eaux surjacentes, à la pollution résultant de l'exploitation du sol et du sous-sol en ce qui concerne le plateau continental[4], ou encore, à la protection de la Zone internationale des fonds marins et de ses ressources.

Historiquement en effet, « [l]es questions touchant au régime du fond de la mer revêtaient un caractère théorique, faute de possibilités techniques d'en tirer quelque utilisation économique importante »[5]. Aujourd'hui, elles font partie des grandes problématiques que suscite la pratique des États en mer et ce, depuis le 1er novembre 1967 avec la déclaration d'Arvid Pardo, ambassadeur maltais auprès des Nations Unies, devant l'Assemblée générale où il demandait que les fonds des mers au-delà des juridictions nationales soient consacrés « patrimoine commun de l'humanité ». Cette initiative fut à la base de la révolution juridique que connut

---

[1] Combacau, J. (2016), *Droit international public*, 12e édition, 409.

[2] CNUDM, article 137, § 2.

[3] Pancracio, J. P. (2010), *Droit de la mer*, 1re édition, 2.

[4] Voir notamment sur ces questions, Ros, N. (2018), « La pollution résultant de l'exploitation du sol et du sous-sol : le cas du plateau continental » in Labelle, F., et Thierry, D. (dirs.) (2018), *Droits des sites et des sols pollués, bilans et perspectives*, L'Harmattan, 286; Treves, T. (1978), « La pollution résultant de l'exploration et de l'exploitation des fonds marins en Droit international », *AFDI*, vol. 24, 827-850.

[5] Dupuy, R. J. (1979), *L'océan partagé*, 15.

tout le droit de la mer, notamment avec un régime juridique pour le fond des mers au-delà de la juridiction nationale, consacrée par la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, laquelle est complétée par l'accord du 28 juillet 1994[6] conclu à New York et relatif à son application.

La Zone internationale des fonds marins est définie comme étant « l'ensemble constitué des fonds marins et de leur sous sol au-delà des limites de la juridiction nationale »[7]. Cependant, cette limite reste en pratique difficile à déterminer pour les États[8]. Cette définition est complétée par l'article 136 de la Convention qui stipule que « la Zone et ses ressources appartiennent au patrimoine commun de l'humanité » ; de ce fait, elles ont une importance capitale pour l'humanité au profit de laquelle elles sont gérées grâce à une technique de représentation institutionnelle incarnée par l'Autorité[9]. Dans le cadre de la gestion opérationnelle de la Zone, l'Autorité octroie des permis à des contractants. Ces derniers mènent leurs activités en suivant un « plan de travail formel et écrit, établi [...] et approuvé par le Conseil après examen par la Commission juridique et technique »[10].

En ce qui concerne les questions de responsabilité dans la Zone, le régime conventionnel offre un certain nombre d'éléments d'analyse. D'une part, la responsabilité du contractant et de l'Autorité mentionnée à l'article 22 de l'annexe III à la Convention de Montego Bay qui stipule que « [t]out dommage causé par un acte illicite du contractant dans la conduite des opérations engage sa responsabilité, compte tenu de la part de responsabilité imputable à l'Autorité », et d'autre part, les articles 139, § 2, de la Convention, et 4 §, 4 de l'annexe III à la Convention qui traitent non seulement de l'État partie, mais aussi et surtout de l'État partie qui patronne. En effet, « [i]l incombe aux États Parties qui patronnent une demande, de veiller, en application de l'article 139 et au regard de leurs systèmes juridiques, à ce que les activités menées dans la Zone par un contractant

---

[6] Cet accord conclu le 28 juillet 1994 a été adopté par la résolution nº A/48/263 du 14 août 1994 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

[7] CNUDM, article 1er, § 1.1).

[8] Voir notamment Colliard, C. A. (1971), « L'exploitation des ressources minérales », in Dupuy, R. J.; Pelvêche, J., et Vaissière, R. (1971), *Le fond des mers*, 65-99. Avant la Convention de 1982, ni la coutume internationale ni la convention du 29 avril 1958 sur le plateau continental ne pouvaient fournir d'éléments déterminants sur les limites de la zone sur laquelle un État riverain exerçait ses droits souverains en vue d'explorer et d'exploiter les ressources naturelles. D'ailleurs, la proposition maltaise à l'origine de la prise de conscience d'une gestion organisée de la Zone internationale ne définissait pas les espaces sous-marins qu'elle visait, se contentant d'une logique exclusive —« au-*delà des eaux territoriales actuelles et du (ou du) plateau* continental »—. Aujourd'hui, cette limite est plafonnée à 200 milles marins avec une possibilité d'extension à 350 milles marins sur présentation d'un dossier à la commission des limites du plateau continental.

[9] Dans le cadre de cette gestion objectivée, l'Autorité a déjà accordé 29 permis d'exploration pour des nodules et sulfures polymétalliques ainsi que pour les agrégats ferromanganèses riches en cobalt dans les grands fonds marins, même si les exploitations ne sont pas encore à l'ordre du jour. Notons que 17 de ces contrats sont pour l'exploration des nodules polymétalliques, 16 dans la zone de fracture Clarion-Clipperton et un dans le bassin central de l'océan Indien. De même, Il y a 7 contrats pour l'exploration des sulfures polymétalliques dans la dorsale sud-ouest indienne, la dorsale centrale indienne, et la dorsale médio-atlantique 5 contrats pour l'exploration des encroûtements riches en cobalt dans l'océan Pacifique : (*https://www.isa.org.jm/fr/contractants-des-fonds-marins?qt-contractors_tabs_alt=0#qt-contractors_tabs_alt*) (Consulté le 3/7/2018).

[10] CNUDM, article 153, § 3.

que cet État ou ces États patronnent le soient conformément aux obligations qui lui incombent en vertu du contrat et à la Convention »[11]. Il apparaît de l'analyse combinée de ses articles, qu'il existe à la fois une responsabilité contractuelle du contractant en cas de dommage causé à la Zone et une responsabilité imputable à l'Autorité, mais aussi une responsabilité internationale de l'État partie, et surtout celle de l'État ou des États qui patronnent. En ce qui concerne le contractant, il peut s'agir d'une responsabilité civile, vis-à-vis de l'État qui a patronné, pour dommages du fait des activités d'exploration et d'exploitation des fonds marins ; ces cas sont généralement réglés par des droits (civils) nationaux[12]. De même, le contractant patronné peut engager sa responsabilité sur le plan international, pour violation du plan de travail convenu avec l'Autorité. Un tel cas peut être connu par la Chambre spéciale des fonds marins du Tribunal international pour le droit de la mer. L'Autorité étant une organisation internationale, les règles de responsabilité seront celles contenues dans le projet d'articles de 2011 sur la responsabilité internationale des organisations internationales. S'agissant de l'État partie, l'analyse de son régime de responsabilité n'a d'intérêt dans la présente étude que lorsqu'il patronne une entité dans la Zone et, de ce point de vue, la question de la responsabilité internationale des États dans cet espace reste sujette à discussion, et mérite qu'on s'y intéresse au travers d'une analyse juridique approfondie. En effet, entre la responsabilité objective, dite sans faute, et la responsabilité subjective engagée pour faute, apparaît désormais la possibilité d'une responsabilité intermédiaire, due au manquement à une obligation de diligence due. L'étude de la question de la responsabilité internationale des États dans la Zone nécessite à la fois une analyse de son régime mais aussi un essai de prospective juridique. D'un côté, le manque de clarté du régime de la responsabilité des États dans la Zone est patent, ce qui a d'ailleurs conduit le Tribunal international pour le droit de la mer (TIDM) à en préciser quelques aspects dans son tout premier avis de 2011. De l'autre, un exercice de prospective juridique est nécessaire à l'appréhension d'une situation assez originale du fait qu'elle ne s'est encore jamais produite. L'étude de la question de la responsabilité internationale des États dans la Zone permet ainsi de préciser son régime juridique (1) et d'en analyser les modalités prospectives de mise œuvre (2).

2. LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS

Le régime de la responsabilité internationale des États dans la Zone est consacré par la CNUDM aux articles 139, § 2 de la Convention et 4, § 4 de l'annexe

[11] CNUDM, annexe III, article 4, § 4.

[12] Voir notamment l'analyse de Treves, T., dans son article : « La pollution résultant de l'exploration et de l'exploitation des fonds marins en Droit international », in *AFDI,* vol. 24, 1978, 844. Il se fonde dans son analyse sur les conséquences juridiques en termes de responsabilité pour les particuliers en cas d'exploration et d'exploitation des fonds marins, notamment en cas de pollution du fait de l'exploitation ou du propriétaire du navire.

à la Convention. L'intérêt de l'analyse de ce régime conventionnel réside dans sa singularité, du fait des spécificités de la Zone. Bien que renvoyant aux règles générales (2.1), ce régime conventionnel a été complété par la jurisprudence du TIDM (2.2).

2.1. Un régime conventionnel spécifique renvoyant aux règles générales

La singularité du régime conventionnel (2.1.1) s'explique par la spécificité de la Zone. Ce régime est également caractérisé par une application alternative des règles (2.1.2).

2.1.1. La singularité du régime conventionnel

La Zone dispose d'une série d'éléments spécifiques qui en font « un espace juridique spécial »[13]. Il s'agit en premier lieu du statut de « [l]a Zone et ses ressources [qui] sont le patrimoine commun de l'humanité » aux termes de l'article 136 de la CNUDM. Cela implique l'interdiction de toute revendication, de tout exercice de souveraineté ou d'appropriation, mais aussi l'exclusion d'acquisition ou d'exercice de droits sur les minéraux extraits dans cet espace. Ensuite, la spécificité de la Zone réside dans la technique du patronage, un procédé distinct de celui de l'immatriculation réalisé dans les autres espaces maritimes. En effet, aux termes du paragraphe 2 de l'article 153[14] de la Convention, le patronage permet aux entités qui en bénéficient de pouvoir mener des activités dans la Zone et ce conformément aux conditions stipulées. Il concerne aussi bien des entreprises d'État que des personnes physiques ou morales privées, et incarne finalement le double lien que « la Convention requiert entre les États Parties et les contractants [...], à savoir celui de nationalité et celui du contrôle effectif »[15]. Il s'agit en troisième lieu de l'existence d'une Chambre spéciale pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins ; celle-ci est dotée d'une compétence exclusive[16] et peut être saisie aussi bien par une entité privée, un État partie ou encore par l'Autorité[17]. Aux termes de l'article 188 de la Convention, la Chambre dispose d'une compétence obligatoire pour tous les différends relatifs aux fonds marins, et c'est en cela qu'« elle jouit d'une stature différente de celle du TIDM dont la compé-

---

[13] Robert-Cuendet, S. (2011), « TIDM : Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (avis consultatif 1er février 2011) », *AFDI,* 57, 439-476.

[14] CNUDM, art 153, § 2 : « Les activités menées dans la Zone le sont conformément au paragraphe 3 : *a)* par l'Entreprise et *b)* en association avec l'Autorité, par des États Parties ou des entreprises d'État ou par des personnes physiques ou morales possédant la nationalité d'États Parties ou effectivement contrôlées par eux ou leurs ressortissants, lorsqu'elles sont patronnées par ces États ou par tout groupe des catégories précitées qui satisfait aux conditions stipulées dans la présente partie et à l'annexe III ».

[15] TIDM, avis consultatif, « Responsabilités et obligations des États qui patronnent les personnes et les entités dans le cadre des activités dans la Zone », 1er février 2011, Recueil 2012, Paragraphe 77.

[16] Robert-Cuendet, *op. cit*., 445.

[17] *Ibid*.

tence est concurrente à celles d'autres juridictions »[18]. En quatrième lieu enfin, la Zone est dotée d'un organe de gestion et de représentation incarnée par l'Autorité. Aux termes de l'article 157 § 1er, l'Autorité « est l'organisation par l'intermédiaire de laquelle les États Parties organisent et contrôlent les activités menées dans la Zone », ce qui suppose qu'aucune activité n'est envisageable en dehors du cadre défini par l'Autorité internationale des fonds marins. Elle joue un véritable rôle de représentation de la Zone, au-delà de la gestion qu'elle assure. Cette institutionnalisation de la Zone participe ainsi à la cohérence de la politique de gestion qui y est menée au regard des nouveaux enjeux que sont la protection de l'espace marin de la Zone ainsi que la préservation de sa biodiversité.

L'analyse des règles juridiques qui gouvernent la Zone permet d'appréhender chacune de ses spécificités au travers du droit de la mer, constitué de règles conventionnelles et coutumières, mettant ainsi en lumière des règles concurrentes.

Cette concurrence de règles favorise une application alternative entre les règles conventionnelles spécifiques à la Zone et des règles générales de la responsabilité internationale des États.

2.1.2. L'application alternative des règles

Il est vrai que « [l]e droit international ne connaît pas de hiérarchie entre ses sources, à la seule réserve du *jus cogens* »[19]. Toutefois, en présence de deux règles portant sur une même question, qui plus est cruciale compte tenu de l'enjeu de protection du milieu marin —en l'occurrence la question de la responsabilité internationale des États dans la Zone—, il convient d'utiliser les techniques qu'offre le droit international afin de départager les deux règles concurrentes, ou même parfois, de les concilier. De ce fait, le principe de la *lex specialis* permet d'accorder la priorité aux règles conventionnelles ou spéciales qui sont généralement caractérisées par un affinement de l'objet étudié, offrant ainsi une solution précise à un problème particulier. En effet, « la qualification d'une règle en *lex specialis* relève d'un jugement contextuel »[20]. C'est ainsi par exemple que dans son avis du 1er février 2011, le TIDM évoqua d'abord la source conventionnelle relative à l'évaluation de l'impact potentiel sur l'environnement en jugeant que « l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact potentiel sur l'environnement constitue une obligation directe en vertu de la Convention et une obligation générale en vertu du droit international coutumier »[21]. L'ordre d'analyse suivi par le juge est loin d'être anodin, car il démontre en effet que, s'agissant d'une telle obligation, il convient d'abord d'identifier la règle conventionnelle, quitte à la renforcer par le droit coutumier.

---

[18] *Ibid*.

[19] PELLET, A. (Préface) (2017), *La mise en œuvre de la* lex specialis *dans le droit international contemporain*, *SFDI*, Journée de Lille, 3-6.

[20] *Ibid*.

[21] Paragraphe 145 de l'avis du 1er février 2011 du TIDM.

Au-delà de la question de la primauté des règles conventionnelles sur les règles générales, deux situations peuvent ici être analysées.

Il s'agit tout d'abord de l'aspect supplétif des normes à caractère général. En effet, en cas de difficulté, due à diverses raisons, de recourir à une norme spéciale pour trancher un différend, le juge peut interroger le corps de règles coutumières et, lorsqu'elles offrent des solutions, les utiliser dans le double souci d'une bonne administration de la justice internationale et d'éviter un déni de justice. De ce point de vue, il apparaît clairement que « [l]es normes générales pallient les lacunes des régimes spéciaux »[22]. C'est ainsi par exemple que, face au vide laissé par la Convention de Montego Bay s'agissant de l'obligation de réparation intégrale qui incombe à l'État, le TIDM a pallié ce manque en affirmant au paragraphe 194 de son avis précité que « [l]'obligation qu'a l'État de fournir une réparation intégrale ou *restitutio in integrum* fait partie du droit international coutumier », avant d'ajouter que cette « règle a été réaffirmée par la Commission du droit international ». De même, dans son avis consultatif demandé par la commission sous-régionale des pêches rendu le 2 avril 2015, le TIDM n'a pas hésité à recourir aux « règles du droit international pertinentes pour l'examen de la deuxième question » qui lui avait été posée relativement à la responsabilité de l'État du pavillon.

Il s'agit ensuite de l'aspect cumulatif des règles spéciales et générales. En effet, afin de renforcer les motivations qui président à sa décision, le juge n'hésite pas parfois à utiliser cumulativement les règles spéciales et générales lorsqu'elles sont en accord. Au paragraphe 182 de son avis de 2011, le TIDM précise que « les règles relatives à la responsabilité des États qui patronnent, énoncées à l'article 139, paragraphe 2, de la Convention et dans les instruments qui s'y rapportent, sont en accord avec les règles du droit international coutumier sur cette question ».

Une analyse approfondie du régime juridique de la responsabilité internationale des États dans la Zone révèle que les normes du droit international coutumier consacrées par la commission du droit international à travers le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité des États sont souvent sollicitées pour régler ces questions. En effet, dit le Tribunal, « l'article 304 de la Convention se réfère non seulement aux règles de droit international existantes en matière de responsabilité » ; il ouvre aussi la voie au développement progressif du « régime de la responsabilité applicable aux activités minières relatives aux grands fonds marins »[23]. L'application alternative ou cumulative de règles conventionnelles et générales illustrée par la jurisprudence démontre par ailleurs que le régime conventionnel de la responsabilité internationale des États dans la Zone bénéficie d'un complément jurisprudentiel de la part du TIDM.

---

[22] Pellet, A. (Préface) (2017), *op. cit.,* 5.

[23] Paragraphe 211 de l'avis TIDM du 1er février 2011.

2.2. Un régime conventionnel complété par la jurisprudence du TIDM

Dans son avis de 2011, le TIDM a apporté des précisions sur les obligations des États dans la Zone. Il s'agit d'une part des obligations directes (2.2.1) et d'autre part des obligations de diligence due (2.2.2). Même si ces précisions témoignent du caractère inachevé du régime de la responsabilité de l'État dans la Zone[24], elles révèlent un régime en pleine construction.

2.2.1. Les obligations directes

Les questions au sujet desquelles la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a été saisie pour avis font suite à un patronage effectué par la république du Nauru en 2008 aux fins d'exploitation de nodules polymétalliques dans la Zone. La première question portait sur l'étendue des obligations des États qui patronnent des activités menées dans la Zone. Au paragraphe 121 de son avis, le Tribunal affirme que ces États ont des obligations auxquelles ils doivent se conformer aux termes de la Convention et des instruments qui s'y rapportent : ce sont des « obligations directes ». Il s'agit, en effet, d'obligations positives qui exigent de leur auteur la réalisation d'une action précise, dont le manquement est constitutif d'une illicéité. Face à l'étendue de ces obligations, la Chambre précise les plus « importantes »[25]. Il s'agit, en premier lieu, tant de « l'obligation d'aider l'Autorité dans l'exercice de son contrôle sur les activités menées dans la Zone » telle que stipulée à l'article 153, § 4 de la Convention, que de l'adoption d'une approche de précaution. Consacrées par la déclaration de Rio sur l'environnement de 1992 en son principe 15, les mesures de précaution sont également contenues dans les règlements relatifs aux nodules (article 31, § 2) et aux sulfures (article 33, § 2). Cette obligation d'approche de précaution est complétée par celle qui incombe à l'État qui patronne appliquer les meilleures pratiques écologiques. En second lieu, l'État qui patronne doit prendre des dispositions afin que le contractant fournisse une garantie de son aptitude financière et technique à l'Autorité. Cette obligation trouve son fondement dans les articles 32, § 7 du Règlement sur les nodules et 35, § 8 du Règlement sur les sulfures. La Chambre précise dans son paragraphe 138 que « [c]ette obligation survient lorsque le contractant n'a pas fourni au Conseil une garantie de son aptitude financière et technique à se conformer rapidement aux ordres donnés en cas d'urgence ou à faire en sorte que le Conseil puisse prendre des mesures d'urgence ». Il s'agit enfin des obligations procédurales relatives, d'une part, à la garantie des voies de recours aux fins d'indemnisation des dommages causés par la pollution et, d'autre part, aux évaluations de l'impact sur le milieu marin[26]. S'agissant de cette dernière obligation directe, elle incombe à la

[24] Robert-Cuendet, S., *op. cit.,* 468.
[25] Paragraphe 122 de l'avis TIDM du 1er février 2011.
[26] *Ibid.*

fois au contractant et à l'État. Ces obligations directes permettent de compléter le régime juridique de la responsabilité internationale de l'État dans la Zone ; il va de soi que le manquement à leurs obligations pourrait conduire à la mise en jeu de sa responsabilité internationale. Elles constituent des exigences à la charge des États indifféremment de leur niveau de développement, sauf si les textes applicables en disposent autrement. C'est le cas notamment de l'approche de précaution que les États sont invités à appliquer, « *selon leurs capacités* », conformément au principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992. La Chambre précise d'ailleurs que « les dispositions de la Convention qui prennent en compte des intérêts et des besoins spécifiques des pays en développement devraient être appliqués effectivement afin que les États en développement soient en mesure de participer aux activités minières relatives aux grands fonds marins sur un pied d'égalité avec les pays développés »[27]. On assiste ainsi à une application à géométrie variable des obligations directes des États, mais aussi des obligations de diligence due.

2.2.2. Les obligations de diligence due

Définie comme la « qualité d'attention et d'application attendue d'une personne, appréciée par rapport à une norme, compte tenu des circonstances et des impératifs qui en découlent »[28], la *due diligence* est une notion protéiforme qui varie en fonction des circonstances de chaque situation, ce qui fait, par ailleurs, son intérêt. De ce point de vue, elle est une espèce particulière de règle de droit, en même temps qu'elle fait partie des obligations primaires de l'État. À cet égard, des obligations de diligence sont consacrées par la Convention de Montego Bay mais de façon implicite, comme c'est le cas d'ailleurs en matière environnementale où elle est souvent consacrée sous divers vocables, notamment à travers l'exigence des mesures de précaution ou de prévention. S'agissant de la Zone internationale des fonds marins, il existe de nombreuses obligations dans la Convention qui demandent aux États « de veiller » au respect des normes dans le cadre de leurs missions en tant qu'États parties. D'un côté, l'obligation de diligence due astreint l'État qui patronne à une surveillance accrue des entités qui mettent en œuvre au plan national les obligations étatiques ; de l'autre, elle lui permet, grâce à ses pouvoirs d'édiction de normes et de leur contrôle, d'assurer la bonne mise en œuvre des obligations qui lui incombent. Cette articulation entre les obligations directes et les obligations de diligence due participe de la définition du régime juridique de la responsabilité internationale des États dans la Zone.

À travers les obligations de « veiller à », la Convention affirme implicitement l'existence à la charge des États parties d'une obligation de diligence

---

[27] *Ibid.,* 75, § 4.

[28] Ouédraogo, S. (2012), « La due diligence en droit international : de la neutralité au principe général », *Revue générale de droit,* vol. 42, 2, 641-683.

requise dont il faudra attendre de la Chambre plus de précision quant à son contenu, à travers l'« obligation de veiller à », consacrée à l'article 139, paragraphe 1, de la Convention et à l'article 4, paragraphe 4, de l'annexe III de la Convention[29]. Dans cet exercice de précision, la Chambre explique dans le paragraphe 108 de son avis que l'expression selon laquelle « il incombe aux États parties de veiller à », suppose l'existence d'une obligation incombant à l'État qui patronne conformément au droit international. De ce fait, ajoute-t-elle dans le paragraphe suivant, sa violation entraîne la mise en jeu de la responsabilité internationale.

Dans le paragraphe 110, elle expose les éléments d'appréciation de l'obligation de diligence due dans la Zone. En effet, affirme-t-elle, l'obligation de l'État qui patronne de veiller « n'est pas une obligation d'obtenir dans chaque cas le résultat que le contractant patronné respecte les obligations précitées. Il s'agit plutôt d'une obligation de mettre en place les moyens appropriés, de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum pour obtenir ce résultat ». La Chambre énumère un faisceau d'indices quant au contenu tout en reconnaissant les difficultés liées à leur identification[30] compte tenu de la variabilité de la notion elle-même. En effet, poursuit-elle, l'obligation de diligence due « peut changer dans le temps lorsque les mesures réputées suffisamment diligentes à un moment donné peuvent ne plus l'être en fonction, par exemple, des nouvelles connaissances scientifiques ou technologiques. Cette notion peut également changer en fonction des risques encourus par l'activité »[31]. De ce point de vue, *« [d]ue diligence is one of the most ambiguous terms in the contemporary discours on international liability and responsibility »*[32]. Son ambiguïté est renforcée par l'absence de discours approfondi dans la littérature juridique[33].Cependant, le juge joue parfois de cette imprécision et l'exploite à bon escient, au travers de la mise en jeu, lorsqu'il est sollicité dans un différend, d'une forme de responsabilité intermédiaire entre la responsabilité objective, dite sans faute, et la responsabilité subjective et donc pour faute, afin de condamner un État pour son manquement à une obligation.

Certes, le recours à la technique de l'obligation de diligence due a souvent été réalisé dans le domaine environnemental, même si « [*t*]*he idea that States are required to exercise regulatory diligence to ensure private actors meet a certain level of behaviour is neither new nor certainly not unique to this area of the law* »[34]. S'agissant de la Zone, la mise en œuvre de cette obligation consiste,

---

[29] Paragraphe 107 de l'avis du 1er février 2011.

[30] Paragraphe 117 de l'avis du 1er février 2011.

[31] *Ibid*.

[32] Kulesza, J. (2016), *Due diligence in international Law*, Brill Nijhoff, 2016, Series Queen Mary Studies in international Law, vol. 26, 1.

[33] *Ibid*.

[34] French, D. (2011), « From the Depths : Rich Pickings of Principles of Sustainable Development and General International Law on the Ocean Floor - the Seabed Disputes Chamber's 2011 Advisory Opinion », *The International Journal of Marine and Coastal Law,* 26, 525-568, 539.

comme le rappelle la Chambre, en « l'adoption de mesures appropriées et celles-ci doivent être prises dans le cadre du système juridique de l'État qui patronne »[35]. À cet égard, elle « comprend de manière intrinsèque l'obligation pour l'État qui patronne de veiller à ce que les obligations du contractant patronné soient rendues exécutoires »[36].

Par ailleurs, le principe de diligence due peut être perçu comme un élément de la responsabilité objective[37]. À cet égard, certains auteurs avaient regretté que la Chambre n'ait pas pris position en affirmant que les États qui patronnent seraient directement responsables de leurs entités, en cas de manquement par celles-ci des obligations conventionnelles[38], sans qu'ils aient commis une illicéité par leur propre fait ou celui de leurs organes.

Au demeurant, à la différence des obligations directes, les obligations de diligence due requièrent de la part de l'État un ensemble de comportements lui permettant de prévenir la survenance d'un dommage dans la Zone à travers l'adoption de mesures nationales. La mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour manquement à une obligation de diligence due exige une analyse approfondie des comportements de celui-ci, ce qui n'est pas simple à mettre en œuvre. C'est pourquoi, il convient de noter que : « *As a question of fact, whether the level of regulatory behaviour undertaken by any sponsoring State meets the due diligence obligation is inherently difficult to assess and prone to subjective interpretation. Nevertheless, due diligence is also a legal issue and the Chamber has set a reasonably clear benchmark of what it expects of sponsoring States* »[39].

Par conséquent, la réalisation des moyens préventifs par l'État est potentiellement source d'exonération de sa responsabilité internationale, même en cas de manquement du contractant à ses obligations, la responsabilité de l'État qui patronne ne pourra pas être mise en œuvre.

3. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS

La mise en œuvre de la responsabilité internationale des États dans la Zone présente des difficultés (3.1) liées notamment à son caractère théorique actuel, ainsi qu'à sa complexité. L'analyse de ces difficultés offre néanmoins d'intéressantes perspectives (3.2).

---

[35] Paragraphe 118 de l'avis du 1er février 2011.

[36] Paragraphe 239 de l'avis du 1er février 2011.

[37] Kulesza, J., *op. cit.,* 2.

[38] Freestone, D. (2011), « Responsability and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area », 105 *Am. J. Int' L.,*759.

[39] French, D., *op. cit.,* 542.

3.1. Les difficultés de mise en œuvre de la responsabilité internationale dans la Zone

Elles sont de deux ordres et résident dans le caractère théorique de la responsabilité internationale (3.1.1), mais aussi dans la complexité même de toute mise en œuvre d'une telle responsabilité (3.1.2).

3.1.1. Le caractère théorique de la responsabilité internationale dans la Zone

L'étude de la responsabilité internationale des États implique à la fois l'analyse de règles « secondaires », et celle des règles primaires. Plusieurs auteurs, dont Roberto Ago, ont tenté de distinguer la « responsabilité, norme secondaire par excellence, des normes posant des obligations de " de faire " ou " de ne pas faire " qui sont des obligations primaires »[40]. De cette distinction, il apparaît que les normes secondaires ne créent aucune obligation[41], mais constituent l'ensemble des conséquences relatives à la commission d'un fait internationalement illicite[42].

Le fait internationalement illicite, qui est cœur du dispositif de la responsabilité internationale des États tel qu'issu du projet d'articles de 2001, est constitué de deux éléments, à la fois objectif et subjectif[43]. S'agissant du premier, il se rapporte à la violation d'une obligation internationale, alors que le second concerne l'imputabilité de cette violation à un sujet de droit international[44]. Depuis l'avènement du nouveau droit de la mer incarné par la Convention de Montego Bay et la mise en place d'un régime juridique relatif aux fonds des mers, les activités menées dans la Zone se sont limitées jusqu'ici aux explorations, à travers l'octroi de permis, aucune exploitation n'étant encore réalisée. Ces permis d'exploration permettent aux personnes patronnées par les États parties de mener des activités dans le respect du contrat signé avec l'Autorité. À cet égard, aucune juridiction internationale n'a encore été saisie pour une affaire relative à la Zone, si ce n'est l'avis précité de 2011. Cette absence de différends qui s'explique *rationae temporis* rend difficile l'analyse de la mise en œuvre du régime de la responsabilité internationale des États dans la Zone.

De façon plus générale, le caractère théorique de la responsabilité des États dans la Zone s'explique par la rareté des différends relatifs à la responsabilité internationale en mer. Certes, il existe des affaires qui ont parfois des incidences sur des questions de responsabilité. Toutefois, même lorsque ces cas surviennent, la légitimité du juge sur ces questions de responsabilité internationale semble parfois mise en doute. Ce fut le cas en 2017 devant le TIDM où, malgré les accusations de

---

[40] Dupuy, P. M., et Kerbrat, Y. (2018), *Droit international public*, Dalloz, 14e édition, 74.
[41] *Ibid*.
[42] Alland, D. (2018), *Manuel de droit international public*, 5e édition, 235.
[43] *Ibid.*
[44] *Ibid*., 237.

violations d'obligations soutenues par la Côte d'Ivoire contre le Ghana dans l'arrêt rendu le 23 septembre 2017, les juges se sont d'abord demandé si « l'expression différend portant sur la délimitation de leur frontière maritime dans l'océan Atlantique recouvre également un différend sur la responsabilité internationale liée aux activités relatives aux hydrocarbures menées dans la zone contestée ». C'était dire que leur compétence sur cette question n'était pas évidente. Après avoir admis à l'unanimité sa « compétence pour statuer sur la prétention de la Côte d'Ivoire relative à la responsabilité internationale du Ghana », le TIDM a conclu néanmoins que « le Ghana n'a pas violé les droits souverains de la Côte d'Ivoire »[45]. Cela témoigne de la difficulté à traiter des questions de responsabilité internationale en mer, surtout lorsque les juges sont saisis au principal d'une tout autre question telle que celle liée à la délimitation maritime par exemple. Cette absence d'effectivité est doublée de la complexité de toute mise en œuvre de la responsabilité internationale des États en mer, et spécialement dans la Zone.

3.1.2. La complexité de toute mise en œuvre effective

Elle s'explique par des difficultés liées, d'abord à l'existence d'un fait internationalement illicite, ensuite, à l'engagement d'une responsabilité et enfin à la réparation.

— En ce qui concerne le premier élément, l'article 2 du Projet d'articles sur la responsabilité des États de 2001 stipule qu'« il y a fait internationalement illicite de l'État lorsque : *a)* un comportement consistant en une action ou une omission est attribuable, d'après le droit international, à l'État ; *b)* que ce comportement constitue une violation internationale ». Appliquée à la Zone, cette définition suppose qu'il y ait une violation d'une obligation internationale, par action (obligation directe) ou par omission (obligation de diligence due), de la part de l'État lui-même à travers ses agents ou organes. Or, aujourd'hui, les permis attribués par l'Autorité aux contractants concernent essentiellement des opérations d'exploration moins susceptibles de provoquer des dommages que les exploitations, même si elles peuvent aussi être source de dangers préjudiciables à l'environnement. Ces opérations d'explorations consistent pour l'essentiel à faire « [l]e recensement des ressources »[46], c'est-à-dire « une phase de recherche scientifique, d'exploration et de cartographie des fonds »[47]. À ce propos, les concessions d'explorations signées l'ont été « sur la base de plans de travail qui définissent les zones à explorer et la nature de l'activité à y exercer »[48]. De ce point de vue, les violations pourraient concerner le non-respect du plan de travail entre l'Autorité et le contractant, ce qui relèverait moins d'un régime de responsabilité internationale de l'État que de

---

[45] TIDM (arrêt), *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan atlantique* (Côte d'Ivoire c. Ghana), 23 septembre 2017.

[46] Pancracio, J. P. (2010), *Droit de la mer*, 1re édition, 340.

[47] *Ibid.,* 341.

[48] *Ibid*.

celui de responsabilité contractuelle entre deux entités non-étatiques. Par ailleurs, il convient de noter que la méconnaissance des fonds marins et la disponibilité des ressources terrestres justifient le retard dans l'exploitation desdits fonds marins[49], mais elle interviendra certainement dans un futur assez proche.

S'agissant de l'attribution, en l'absence de régime de responsabilité objective permettant de mettre directement en jeu la responsabilité internationale de l'État qui patronne en cas de dommages survenus à la suite du comportement d'une entité, qu'elle soit publique ou privée, la violation est attribuée à l'État qui patronne du fait de l'entité patronnée, sauf s'il démontre avoir pris toutes dispositions qui lui incombent. Cette absence de responsabilité objective complexifie la mise en œuvre de l'État qui patronne dans la Zone.

— En ce qui concerne l'engagement, la Zone étant consacrée patrimoine commun de l'humanité, se pose la question de savoir qui pourrait engager la responsabilité de l'État qui patronne ? En effet, l'article 137 paragraphe 1 de la Convention suggère le choix de l'Autorité pour agir au nom de l'humanité ; à cet égard, elle serait habilitée à engager la responsabilité internationale de l'État responsable La difficulté est liée au problème de moyens auquel l'Autorité risque d'être rapidement confrontée, si elle doit dans chaque cas engager la responsabilité internationale de l'État qui patronne.

— En ce qui concerne la réparation, la Chambre propose également une solution très osée dans son avis en affirmant que « tout État Partie pourrait également prétendre à réparation au vu du caractère *erga omnes* des obligations ayant trait à la préservation de l'environnement en haute mer et dans la Zone »[50]. Ce faisant, elle s'inspire de l'article 48, paragraphe 1, a et b, du projet d'article de la commission du droit international relatif à la défense d'intérêt collectif. De ce point de vue, les obligations à la charge des États dans la Zone sont des obligations *erga omnes,* ce qui renforce théoriquement la protection juridique de cet espace grâce à cette possibilité offerte à tous les États de pouvoir défendre les intérêts de la Zone en agissant auprès de la justice internationale en cas de manquement de la part d'un État à ses obligations. Toutefois, dans la pratique, la mise en œuvre de la responsabilité internationale des États pour violations d'obligations *erga omnes* est complexe : d'une part, en raison de la crainte qu'inspire aux États la possibilité d'une mise en œuvre inversée de leur responsabilité et, d'autre part, du fait des moyens financiers et humains que mobilise la saisine des juridictions internationales. Il s'agit là, en effet, des obstacles pratiques auxquels s'ajoutent des obstacles théoriques relevés plus haut. Même si la référence aux obligations *erga omnes* suppose la possibilité qu'ont les États d'agir auprès de la justice internationale afin de défendre la Zone, cette possibilité demeure distincte de *l'actio popularis*. Il s'agit en réalité de deux étapes différentes dans le système juridique international et son développement.

---

[49] *Ibid.*

[50] Paragraphe 180 de l'avis du 1er février 2011.

La mise en œuvre des obligations *erga omnes* est intrinsèquement liée à l'utilisation de l'action populaire. Malgré les difficultés et sans doute la complexité de la mise en œuvre de l'*actio popularis* au nom de la violation d'obligations *erga omnes*, cette procédure ne serait possible que grâce à la volonté affichée des États de préserver et de sauvegarder le bien commun en danger, en agissant par eux-mêmes ou par le biais d'un organe de représentation et en l'état, cela suppose une évolution jurisprudentielle puisque le juge ne l'a encore jamais clairement accepté.

L'analyse de ces différents éléments montre la difficulté de toute mise en œuvre effective de la responsabilité des États dans la Zone.

3.2. Un régime de responsabilité internationale offrant des perspectives intéressantes

L'analyse du régime juridique de la responsabilité internationale des États dans la Zone offre deux perspectives intéressantes pour le droit de la mer en particulier et, plus généralement, pour le droit international. Il s'agit d'un régime prospectif fondé, d'une part, sur la logique des obligations *erga omnes* (3.2.1) et, d'autre part, sur d'autres techniques (3.2.2).

3.2.1. Un régime prospectif basé sur la logique des obligations erga omnes

Certes, la mise en œuvre des obligations *erga omnes* dans la Zone constitue en réalité l'une des difficultés de l'effectivité de la responsabilité des États dans cet espace, cependant la logique des obligations *erga omnes* peut être mise en avant dans le cadre d'une démarche prospective.

Les obligations *erga omnes* ont été consacrées par la Cour internationale de justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1970[51]. Si l'expression avait déjà été utilisée dans les années 1956 par Henri Rolin[52], ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est à la CIJ que l'on doit sa vulgarisation[53] permettant de susciter un approfondissement théorique par la doctrine. En effet, le concept d'obligation *erga omnes* constitue « l'une des pièces maîtresses de l'arsenal conceptuel du droit international »[54]. Ce sont des obligations instituées

[51] CIJ (arrêt), *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, 5 février 1970 (*Belgique c. Espagne*), Rec. 170, 3.

[52] Rolin, H. (1956), « Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Convention européenne des droits de l'homme », *RHDI,* vol. 9, 8. Selon l'auteur : « Si on désire à toute force rechercher l'intérêt dont s'inspireront les requêtes gouvernementales, on constatera qu'il ne sera parfois pas autre que celui que leurs auteurs prétendront avoir à ce que les engagements soient respectés [...] erga omnes ; en d'autres mots, il se confondra en pareil cas avec l'intérêt général », *RHDI,* vol. 9, 1956, 8.

[53] Voeffray, F. (2004), « Chapitre II. Obligations *erga omnes*, *jus cogens* et *actio popularis* », in *L'action popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*. Nouvelle édition [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications (généré le 27 septembre 2018). Disponible sur Internet : (*http://books.openedition.org/iheid/1185*, ISBN : 9782940549153. DOI : 10.4000/books.iheid.1185), 239-262.

[54] Weil, P. (1992), « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, 287.

pour « la protection d'intérêts collectifs et dont le respect est dû simultanément à l'égard de l'ensemble des membres de la collectivité »[55] ; elles sont indivisibles avec une multiplicité des créanciers[56]. Le concept d'obligations *erga omnes* peut changer de dénomination selon les domaines[57]. Contrairement à leur existence qui ne fait aucun doute, leurs conséquences pour le droit de la responsabilité internationale « demeurent en parties incertaines ou contestées »[58]. De ce point de vue, même si l'appel de la Chambre spéciale aux États —consistant à demander des comptes à l'État responsable qui a manqué à ses obligations primaires en cas de dommage causé à la Zone— renforce au plan théorique la protection de la Zone, il n'en demeure pas moins problématique, compte tenu surtout de l'exercice difficile de l'*actio popularis* qui en découle logiquement, et comme énoncé précédemment.

Malgré son aspect théorique, cette technique que le TIDM propose dans le cadre de la protection de la Zone et de la haute mer dans son avis de 2011, peut servir de prospective juridique aux fins de renforcer la protection de ces deux espaces internationaux. Peut-être existera-il un jour un cas de mise en jeu de la responsabilité internationale d'un État dans la Zone lorsque commenceront les activités d'exploitation susceptibles de causer un dommage important, contrairement aux explorations, à l'environnement marin de la Zone. Il reste à espérer, comme nous avons pu le constater à l'égard des normes du *jus cogens*, que l'avènement d'une mise en jeu de la responsabilité internationale sur le fondement de la violation des obligations *erga omnes* permette de renforcer la protection du milieu marin, et de renouveler ainsi l'actuel ordre public en mer.

Les obligations *erga omnes* ne constituent néanmoins pas le seul « outil » offrant de nouvelles pistes d'analyse et de réflexion.

3.2.2. Une prospective fondée sur d'autres techniques juridiques

Deux techniques peuvent ici faire l'objet d'analyse compte tenu de la possibilité de leur transposition dans d'autres secteurs du droit de la mer.

Il s'agit en premier lieu de la technique de représentation par l'Autorité. En effet, « [l]'idée de créer cette Autorité est particulièrement audacieuse par ce qu'elle implique »[59]. Non seulement elle favorise la mise en valeur des ressources de la Zone à travers une gestion « méthodique, sûre et rationnelle [...] en évitant tout gaspillage »[60], mais elle peut également être un rempart contre l'absence de solution pour une mise en œuvre efficace de la responsabilité internationale des États

---

[55] Voeffray, F. (2004), *loc. cit*.

[56] *Ibid.*

[57] *Ibid.* Selon l'auteur, on parle fréquemment d'obligations « objectives » ou « absolues » dans le domaine des droits de l'homme alors que le terme d'obligations « intégrales », popularisé par Sir Gerald Fitzmaurice sera utilisé en droit des traités.

[58] *Ibid*., § 2.

[59] Pancracio, J. P. *op. cit.,* 337.

[60] CNUDM, art. 150 *a)* et *b)*.

dans la Zone. La fonction de l'Autorité n'est en effet pas limitée à la représentation et, à travers son apport, elle se révèle « compétente pour ce qui concerne la réglementation de l'exploitation minière des grands fonds marins et la protection du milieu marin »[61]. Au-delà de la responsabilité internationale des États dans la Zone, la technique juridique incarnée par l'Autorité pourrait être dupliquée en haute mer, où la question de l'exigence de la conservation de la biodiversité est pressante et fait actuellement l'objet d'une négociation onusienne. Certes, contrairement à la Zone, la haute mer et ses ressources ne sont, à l'heure actuelle, pas déclarées « patrimoine commun de l'humanité », mais la préservation de ce milieu et de sa biodiversité constitue aujourd'hui un défi mondial pour l'humanité. Cette représentation permettrait de pallier l'absence de statut particulier de la haute mer, et pourrait même incarner ce nouveau statut que certains appellent de leurs vœux dans la mesure où l'institution créée aurait pour mission de représenter la haute mer et, de ce fait, pourrait agir en son nom en cas de dommage causé à son environnement marin.

En second lieu, l'exigence de la diligence due dans la Zone peut être étendue aux autres espaces, dans la mesure où elle fait partie du droit international général et, de ce fait, pourrait s'appliquer à tous les espaces maritimes au moins théoriquement. En effet, dans son avis du 1er février 2011, la Chambre précise les obligations à la charge des États dans la Zone. À côté des obligations directes qu'ils doivent respecter, les États sont obligés de faire preuve de diligence vis-à-vis des personnes qu'ils patronnent. « Cette obligation implique la nécessité non seulement d'adopter les normes et mesures appropriées, mais encore d'exercer un certain degré de vigilance dans leur mise en œuvre ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs, et ce, afin de préserver les droits de l'autre partie »[62]. Cependant, il existe des difficultés de précision quant au contenu de ces obligations qui peut varier, même s'il est indispensable que le niveau de diligence requise soit plus rigoureux pour les activités les plus dangereuses[63]. Mais ces difficultés peuvent être nuancées car ces obligations sont susceptibles de constituer de véritables atouts pour le juge : face au vide juridique, elles permettraient à celui-ci d'établir une règle de droit ou une obligation internationale. De ce point de vue, la technique de la diligence due, telle qu'elle est exigée par la Chambre spéciale pour les fonds marins, pourrait être transposée dans d'autres espaces maritimes —qu'ils soient internationaux ou sous juridiction nationale telle la zone économique exclusive—[64] susceptibles de connaître des dommages graves du fait de

[61] Ros, N. (2017), « La gouvernance des mers et des océans, entre mythes et réalités juridiques », *JDI*, 804.

[62] CIJ, arrêt, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), Recueil 2010, 79-80, par. 197.

[63] Paragraphe 117 de l'avis du TIDM du 1er février 2011 TIDM.

[64] En ce qui concerne la transposition de cette technique précisément dans un espace sous juridiction nationale et son rôle protecteur, l'on peut noter l'exemple de la zone économique exclusive à propos de laquelle le juge du TIDM, au paragraphe 146 de son avis du 2 avril 2015, a affirmé que : « La responsabilité de l'État

leur exploitation. En effet, cette exigence permettrait de renforcer la protection de l'environnement marin ainsi que la conservation de la biodiversité marine.

La question de la responsabilité internationale des États dans la Zone apparaît finalement comme un mélange du droit positif et d'une prospective juridique nécessaire. Ainsi, comme cela fut le cas pour l'espace extra-atmosphérique, il serait peut-être utile de réfléchir à la consécration d'une responsabilité objective qui obligerait l'État à répondre devant les juridictions internationales en cas de dommage causé à la Zone et à ses ressources, « patrimoine commun de l'humanité », du fait du comportement illicite des entités patronnées.

---

du pavillon résulte d'un manquement à son obligation de " diligence due " concernant les activités de pêche INN menées par les navires battant son pavillon dans les zones économiques exclusives des États membres de la CSRP ».

CHAPTER 20

L'UTILISATION PACIFIQUE DE LA ZONE ET L'EXPLOITATION DE SES RESSOURCES

Alix Roellinger
*Doctorante en droit public - Laboratoire IODE - Université de Rennes I**

ABSTRACT : *The term of « peaceful » has evolved in the international law. At first, it was the privilege of the States in their relationships. Then it has been used in order to protect particular spaces on Earth, like the Antarctic, the Moon and the celestial bodies. Finally, it was integrated the 10th December 1982 in the Montego Bay Convention, which wants to enforce an exploitation of the Area only for peaceful purposes. From then on, placing side by side the « peaceful » adjective (with dull legal consequences) to a commercial exploitation of international resources —which means mining extraction— asks many questions. The first one consists of the practical implications that this term embodies, and the consequences on deep seabed mining « activities in the Area ».*
Futhermore, this is a real issue for the International Seabed Authority (ISA). This international organization manages the Area. It has to integrate this notion into the « Mining Code » currently in a redaction process. Indeed, it released in 2018 a Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area, which proposes a unique exploitation regime in international law. The questions related to the environmental responsibility and liability and the Authority's powers in terms of control seem to emerge as concrete tools that can guarantee the management of the Area, in the respect of the Montego Bay Convention.

Keywords : *peaceful use ; area ; exploitation ; resources.*

* Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leur auteure et ne sauraient refléter la position de son service d'affectation.

RÉSUMÉ : *La notion d'utilisation pacifique a connu des évolutions en droit international. Apanage des relations entre États, elle a ensuite été employée afin de protéger des espaces particuliers sur Terre, comme l'Antarctique, la Lune ou encore les corps célestes. Elle s'est ensuite illustrée dans le droit de la mer, où la convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 impose une exploitation de la Zone à des fins exclusivement pacifiques. Dès lors, l'emploi de cet adjectif, aux conséquences juridiques floues, accolé aux « activités menées dans la Zone » —soit des activités d'extraction minière et d'exploitation commerciale de ses ressources— pose la question de ses implications concrètes.*
Cela constitue un défi pour l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM), entité gestionnaire de la Zone, qui va devoir intégrer ce principe dans le « code d'exploitation minière » qu'elle est en train de rédiger. En effet, la publication en 2018 d'un Projet de règlement relatif à l'exploitation des ressources minérales dans la Zone, propose un régime d'exploitation unique en droit international. La question de la responsabilité environnementale et des pouvoirs de contrôle de l'Autorité sur les activités menées dans la Zone semblent s'imposer comme des outils garants de la bonne gestion de celle-ci dans le respect de la convention de Montego Bay.

Mots-clés : *utilisation pacifique ; zone ; exploitation ; ressources.*

Les notions de paix et de relations pacifiques ne sont pas inconnues en droit international. Elles sont largement montées en puissance à la suite des deux conflits mondiaux. Le traumatisme engendré par ceux-ci a conduit les États à mettre en place un système qui éviterait de nouveaux affrontements aussi meurtriers. Le développement du droit international a permis en ce sens de réguler les relations entre eux, en cherchant notamment à encadrer le mode de règlement des différends. L'illustration la plus frappante est probablement la signature de la charte des Nations Unies du 26 juin 1945[1]. Elle a largement contribué à pacifier les relations entre les États, en cherchant à instaurer un « esprit de bon voisinage », en évitant le recours « à l'usage de la force des armes »[2] et, enfin, en assurant le règlement des différends devant des institutions internationales[3]. Le droit a ainsi contribué à l'étoffement des définitions des notions de « paix » et de « pacifique » entre les États, sujets principaux du droit international.

L'adjectif « pacifique » s'est ensuite peu à peu étendu à d'autres terrains que celui des conflits armés. Avec l'entrée en Guerre froide, les États ont cherché à protéger des espaces internationaux, uniques et fragiles, de toutes revendications territoriales, mais aussi de toute utilisation à des fins belliqueuses. Ainsi, plusieurs traités ont été signés comme celui sur l'Antarctique en 1959[4], en 1967[5] le traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps

[1] *www.un.org/fr/charter-united-nations.*
[2] Préambule charte des Nations Unies.
[3] Le chapitre XIV de la Charte est dédié au statut de la Cour internationale de justice.
[4] Signé le 1er décembre 1959.
[5] Signé le 27 janvier 1967.

célestes. Ils furent suivis en 1979 par le traité régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes[6]. Les parties prenantes aux différents traités affirment leur engagement à ne mener que des activités pacifiques sur ces espaces. Les dispositions concernant leur utilisation sont assez similaires. Elles fournissent globalement des listes exhaustives d'actions interdites, comme les manœuvres militaires, l'emploi d'armes, l'installation de bases ou encore des activités nucléaires. L'utilisation « pacifique » est donc encore à ce moment largement rattachée au droit des conflits armés, ce qui est répresentatif de cette époque.

La mer ne va pas être oubliée dans cette recherche de protection. C'est également au cours de cette période qu'Arvid Pardo va prononcer à l'Assemblée des Nations Unies son fameux discours le 1er novembre 1967[7]. Cette prise de parole est souvent présentée comme la source du progressisme dont fait preuve la Convention de Montego Bay. Le discours met l'accent sur *« the truly incalculable dangers for mankind as a whole were the sea-bed and ocean floor beyond national jurisdiction to be progressively used for military purposes »*[8]. Cet engouement sera suivi le 12 décembre 1970 par l'adoption de deux résolutions majeures. Elles instituent que les fonds marins doivent être utilisés à des fins exclusivement pacifiques[9] et préservés de la course aux armements[10]. C'est enfin dans ce contexte que s'est déroulée la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer en 1973. Ce cycle de conférences aboutira à la convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 (ci-après dénommée « la Convention »). Cette « constitution pour les océans »[11] permettra entre autres de refonder en une les quatre conventions de Genève de 1958, qui jusque-là régissaient à elles seules les activités des États en mer[12].

Dans la partie XI de la Convention, un espace a été sanctuarisé dans une démarche similaire à la Lune et à l'Antarctique : il s'agit de la Zone. Ce sont les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale des États côtiers[13]. En effet, les États exercent des droits souverains (spécialisés) sur le sol et le sous-sol marin, jusqu'aux rebords externes de la marge de leur plateau continental[14]. En plus des

---

[6] Accord du 5 décembre 1979, jamais ratifié par de grandes puissances comme la France, les États-Unis ou encore le Japon, la Russie et la Chine.

[7] United Nations, Official Records, Agenda item 92: examination of the question of the reservation exclusively for peaceful purposes of the seabed and the ocean floor, and the subsoil thereof, underlying the high seas beyond the limits of present national jurisdiction, and the use of their resources in the interests of mankind.

[8] Point 5 du discours.

[9] Résolution du 17 décembre 1970, Affectation à des fins exclusivement pacifiques du fond des mers et des océans ainsi que de leur sous-sol, en haute mer, au-delà des limites de la juridiction nationale actuelle et exploitation de leurs ressources dans l'intérêt de l'humanité, et convocation d'une conférence sur le droit de la mer, A/RES/2750(XXV).

[10] Résolution du 17 décembre 1970, Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale, A/RES/2749(XXV), point 5.

[11] Expression utilisée par T.B. KOH, président de la troisième conférence.

[12] Il s'agit des conventions de Genève sur la mer territoriale, le plateau continental, la haute mer et l'exploitation des stocks chevauchants.

[13] Article 1, convention de Montego Bay.

[14] Article 76, convention de Montego Bay, aussi appelé plateau continental « étendu » pouvant s'étendre jusqu'à 350 milles ou à 100 milles de l'isobathe 2 500 mètres.

limites géographiques de cet espace, la Convention précise les ressources qui lui sont attribuées. Il s'agit des « ressources minérales solides, liquides ou gazeuses in situ qui, dans la Zone, se trouvent sur les fonds marins ou dans leur sous-sol, y compris les nodules polymétalliques ». Cet espace est enfin qualifié de « patrimoine commun de l'humanité »[15]. Une qualification qui est rare en droit international[16]. Elle se différencie de celle de patrimoine mondial. Il s'agit d'un qualificatif de l'UNESCO[17]. La notion de patrimoine commun de l'humanité dans la Convention se distingue par plusieurs caractéristiques. Premièrement, il a une dimension patrimoniale et quasiment d'usufruit[18]. D'après l'article 137 de la Convention, la Zone est inaliénable et inappropriable et son exploitation doit se faire au profit de l'humanité tout entière « investie de tous les droits sur les ressources de la Zone »[19]. La deuxième spécificité est que l'exploitation doit être effectuée sous l'autorité d'une instance gestionnaire, instituée par la convention de Montego Bay : l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM)[20]. Mais la valorisation des ressources doit surtout respecter un principe éminemment contraignant qui est celui d'une « utilisation à des fins exclusivement pacifiques » de la Zone[21]. Car la Convention envisage dès 1982 la possibilité d'exploiter ces gisements miniers sous-marins[22], dont les composants actuels mieux connus, sont à forte valeur ajoutée[23]. Il s'agit majoritairement des nodules polymétalliques, des sulfures polymétalliques et des encroûtements cobaltifères[24].

La Convention accole donc deux termes qui peuvent sembler antinomiques, à savoir « l'utilisation à des fins exclusivement pacifiques » et l'exploitation commerciale de la Zone, l'ensemble au profit de l'humanité tout entière comme le précise l'article 140 de la Convention. La notion d'utilisation à des fins exclusivement pacifique est un principe fort, marqué idéologiquement. Il est d'autant plus intéressant qu'il n'apparaît plus dans la résolution de 1994[25] sur l'application de la partie XI de la Convention. Cet accord, entré en vigueur quelques jours avant la Convention, a été négocié afin de ré-agencer les pouvoirs de l'Autorité et rendre sa composition et son fonctionnement plus acceptable pour un certain nombre d'États[26] qui, sans cela, n'auraient pas ratifié la Convention. Dès lors, le problème juridique est l'emploi du terme « pacifique » avec une activité d'exploi-

---

[15] Article 136, convention de Montego Bay.

[16] Elle est reprise dans le traité sur la Lune, mais seulement 18 pays l'ont ratifiée contre 168 pour la convention de Montego Bay.

[17] Convention concernant la protection du patrimoine mondial et culturel du 16 novembre 1972.

[18] Dupuy, P. M., et Kerbrat, Y. (2018), *Droit international public*, 14e édition, Dalloz, 809.

[19] Article 137 (2), convention de Montego Bay.

[20] Partie XI, Section 4 de la convention de Montego Bay.

[21] Article 141, convention de Montego Bay.

[22] L'annexe III de la convention de Montego Bay est intitulée « Dispositions de base régissant la prospection, l'exploration et l'exploitation ».

[23] Commission européenne, *Report on critical raw materials for the EU*, May 2014, notamment l'annexe I fournissant une liste des matériaux critiques retenus par la Commission européenne.

[24] *www.isa.org.jm.*

[25] Accord relatif à l'application de la partie XI de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, du 17 août 1994, A/RES/48/263.

[26] Forteau M., Thouvenin J.M. (2017), *Traité de droit international de la mer*, éditions Pedone, 443.

tation commerciale de ressources internationales. L'enjeu est donc de voir quelles sont les implications concrètes de la notion « d'utilisation à des fins exclusivement pacifiques » en droit international et, surtout, comment ressortent-elles dans les règlements sur l'exploration et le Projet de règlements relatif à l'exploitation[27] des ressources de la Zone produite par l'AIFM. Celle-ci s'est en effet lancée dans un vaste programme afin d'élaborer le « code d'exploitation minière »[28], régissant l'exploitation des ressources minières de la Zone. C'est donc le défi de donner une substance, avec des implications et des contraintes concrètes pour les États et entités privées qui agiraient dans la Zone, à la notion d'utilisation pacifique. Un enjeu auquel l'AIFM a la capacité de répondre, puisque la Convention la dote de notamment d'un pouvoir normatif afin d'administrer la Zone. Elle peut également se doter d'outils de contrôle, comme elle l'a déjà fait dans la gestion de la phase d'exploration[29]. Ainsi, ce sont actuellement 29 contrats qui sont en vigueur pour explorer les fonds marins internationaux[30]. Ils sont passés entre l'AIFM et des entités patronnées par des États parties à la Convention[31].

L'exploitation à des fins exclusivement pacifiques de la Zone passe donc nécessairement par la mise en œuvre d'outils de gestion propres à l'AIFM, permettant d'administrer et de contrôler les activités menées par les entités patronnées et les États. Il est donc essentiel de se pencher sur les dernières productions du droit international spécifiques aux questions relatives à la Zone pour en apprécier les avancées, mais aussi les lacunes. Dans un premier temps, il semble nécessaire de voir quels sont les progrès du droit international dans la qualification et la spécification de la notion « d'utilisation à des fins pacifiques » et des « activités menées dans la Zone » (1), avant d'analyser les nouveaux outils définissant un cadre juridique opérationnel garantissant une exploitation de la Zone conformément aux principes de la convention de Montego Bay (2).

1. LA NOTION D'UTILISATION À DES FINS PACIFIQUES EN DROIT INTERNATIONAL APPLIQUÉE AUX ACTIVITÉS D'EXPLOITATION MINIÈRE DANS LA ZONE

Le droit international ne fournit que peu d'éléments détaillant ce que recoupe concrètement la notion « d'utilisation à des fins pacifiques ». L'emploi de ce terme se caractérise par une approche sectorielle : chaque espace concerné —l'Antarc-

[27] Projet de règlement relatif à l'exploitation des ressources minérales dans la Zone, ISBA/24/LTC, 9 juillet 2018.

[28] *www.isa.org.jm.*

[29] L'Autorité a en effet pris trois règlements concernant l'exploration des nodules et sulfures polymétalliques ainsi que sur les encroûtements cobaltifères et quatre séries de recommandations relatives aux contrats et aux dispositions environnementales relatives à l'exploration.

[30] Autorité internationale des fonds marins, *Contractors for Seabed Exploration*.

[31] La France a ainsi deux contrats d'exploration entre l'IFREMER et l'Autorité, l'un pour les nodules polymétalliques dans la zone Clairon Clipperton renouvelé en 2017 pour une durée de 5 ans, et l'autre pour les sulfures polymétalliques dans la zone Mid Atlantic Ridge.

tique, l'espace extra-atmosphérique ou la Lune— fait l'objet d'un traité spécifique. Ils ne proposent pas une définition qui s'appliquerait à des activités industrielles comme l'extraction minière. Si la notion d'utilisation à des fins pacifiques demeure encore un concept flou en droit international (1.1), ce que recoupe « les activités menées dans la Zone », en revanche, a récemment fait l'objet d'une définition juridique plus claire (1.2).

1.1. La notion d'utilisation à des fins exclusivement pacifiques en droit international, « règle de droit ou rite conjuratoire » ?

L'expression employée par le juge T. Treves dans un article publié en 1980 dans l'Annuaire français de droit international[32] résume bien l'ambiguïté qui plane sur l'emploi de cet adjectif en droit international. Le balayage de différents traités permet de déceler des points communs constitutifs de ce que revêt juridiquement la notion « d'utilisation à des fins pacifiques », bien que ses implications concrètes ne puissent que peu s'appliquer à des activités minières.

Comme évoqué en amont, des grands traités ont précédé la convention de Montego Bay de 1982, sanctuarisant des espaces particuliers en droit international. Il s'agit de celui sur l'Antarctique[33], de celui sur l'espace extra-atmosphérique, les corps célestes[34], et de celui sur la Lune[35]. Ils reconnaissent tous en premier lieu que la préservation de ces espaces de tout conflit armé est au profit de l'humanité, et que leur exploration devra se faire via la coopération internationale pour le bien des peuples. Ils détaillent ce qui revêt un caractère « pacifique ». Cette notion se définit, d'ailleurs, en creux d'une liste d'actions exhaustives, interdites dans ces espaces. Le traité sur l'Antarctique dit ainsi que sont « interdites entre autres, toutes mesures de caractère militaire telles que l'établissement de bases, la construction de fortifications, les manœuvres, ainsi que les essais d'armes de toutes sortes »[36]. Il est également exclu de pratiquer « toute explosion nucléaire ainsi que l'élimination dans cette région des déchets radioactifs »[37]. Dans la même lignée, le traité sur les corps célestes impose aux États de « ne mettre sur orbite autour de la Terre aucun objet porteur d'armes nucléaires ou de tout autre type d'armes de destruction massive »[38]. De manière générale, les installations d'armes sur les corps célestes et sur la Lune sont prohibées. Enfin, cet article IV reprend la terminologie du traité sur l'Antarctique en interdisant « l'aménagement de bases et installations militaires et de fortifications, les essais d'armes de tous types et

[32] Treves, T. (1980), « La notion d'utilisation des espaces marins à des fins pacifiques dans le nouveau droit de la mer », in *Annuaire Français du Droit International,* vol. 26, 698.

[33] Traité sur l'Antarctique du 1er décembre 1959.

[34] Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique y compris la Lune et les autres corps célestes du 27 janvier 1967.

[35] Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes du 5 décembre 1979.

[36] Article 1 du traité sur l'Antarctique.

[37] Article 5 du traité sur l'Antarctique.

[38] Article IV du traité sur les corps célestes.

l'exécution de manœuvres militaires ». En revanche, il est à noter que l'utilisation de personnel militaire pour remplir des missions à visée scientifique n'est pas interdite. Enfin, il semblerait que s'ajoute un dernier qualificatif à la définition juridique de l'adjectif « pacifique » dans le sens de ces traités : celui de l'impossibilité d'effectuer des revendications territoriales sur ces espaces. Ainsi le traité sur les corps céleste précise dans son article II que « l'espace atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes ne peut faire l'objet d'appropriation nationale par proclamation de souveraineté, ni par voie d'utilisation ou d'occupation, ni par aucun autre moyen ». Le traité sur l'Antarctique a une définition similaire, il indique qu'« aucun acte ou activité intervenant pendant la durée du présent traité ne constituera une base permettant de faire valoir, de soutenir ou de contester une revendication de souveraineté territoriale dans l'Antarctique, ni ne créera des droits de souveraineté dans cette région. Aucune revendication nouvelle aucune extension d'une revendication de souveraineté territoriale précédemment affirmée ne devra être présentée pendant la durée du traité ». Les trois premiers vecteurs identifiables servant à qualifier juridiquement la notion d'utilisation pacifique sont donc : l'absence d'activité nucléaire, l'absence d'installations matérielles militaires ou d'exécution de manœuvres et enfin l'impossibilité d'appropriation par les États de nouveaux territoires. L'ensemble des actions doivent être menées de manière générale dans le respect de la charte des Nations Unies et dans un souci de coopération internationale. Pour autant, l'exploitation de ces espaces n'est pas encore réalisée. Elle n'a donc pas d'empreinte concrète pour le moment, même si les États-Unis[39] et le Luxembourg[40] ont édicté des lois sur ces exploitations.

Le droit international de la mer n'est pas en reste dans cet exercice de qualification, mais apporte lui aussi peu de réponses sur les conséquences concrètes de l'emploi d'un tel adjectif. Afin d'essayer de comprendre ce que recoupe cette notion, il convient de remonter aux textes fondateurs qui ont inspiré les rédacteurs de la future convention de Montego Bay lors de la Troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer.

Comme évoqué précédemment, le discours d'Arvid Pardo du 1er novembre 1967 est régulièrement présenté comme le point de départ de cette réflexion sur une utilisation pacifique du fond des mers au-delà de la juridiction nationale[41]. Au cours de ce discours, le concept d'utilisation pacifique est rattaché à de nombreux autres grands principes, comme la non-appropriation, ou encore le partage équitable des ressources. Pour autant, rien n'est dit sur comment doivent se dé-

---

[39] Il s'agit de la loi *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act* du 25 novembre 2015.

[40] *Le Monde,* 31 juillet 2017, « Le Luxembourg promulgue la première loi européenne sur l'exploitation des ressources spatiales ». Il s'agit de la *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*, publiée le 28 juillet 2017 au journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg. Elle fournit à des entreprises un cadre légal dans le droit interne pour exploiter les ressources dans l'espace. Les États se projettent de plus en plus, et de manière unilatérale, vers des exploitations moins « traditionnelles » que terrestres, d'où la nécessité de proposer un cadre normatif pour les fonds marins.

[41] Forteau, M., et Thouvenin, J. M. (2017), *Traité de droit international de la mer*, édition Pedone, 55.

rouler concrètement les phases d'exploitation. Deux résolutions vont être adoptées dans la foulée par l'Assemblée des Nations Unies le 17 décembre 1970. La résolution 2749(XXV)[42] rappelle « que la Zone sera affectée à des fins exclusivement pacifiques » dans son préambule. Le point 8 précise que cette utilisation pacifique se fait « sans préjudice de toutes mesures dont il a été ou dont il serait convenu dans le contexte des négociations internationales entreprises dans le domaine du désarmement et qui pourraient être applicables à une zone plus large ». Il conclut par le fait que le fond des mers doit être protégé par voie d'accord « vers l'exclusion du fond des mers et des océans, ainsi que de leur sous-sol, de la course aux armements ». Le point 9 préconise l'établissement d'un régime « international s'appliquant à la zone et à ses ressources et assorti d'un mécanisme international approprié destiné à donner effet à ses dispositions sera établi par un traité international d'un caractère universel ». Celui-ci doit garantir « la mise en valeur méthodique et sûre et la gestion rationnelle de la zone et de ses ressources, ainsi que le développement de leurs possibilités d'utilisation, et assurera le partage équitable par les États des avantages qui en seront retirés ». Le point 10 s'intéresse à la recherche scientifique menée à des fins exclusivement pacifiques dont certaines caractéristiques ressortent telles que la « participation à des programmes internationaux et encourageant la coopération » ou encore la publication des « programmes de recherche [...] en diffusant les résultats de ces recherches par des voies internationales » et enfin la coopération afin de « renforcer la capacité des pays en voie de développement dans le domaine de la recherche, notamment par la participation de leurs ressortissants à des programmes de recherche ». Mais ces dispositions concernent la recherche. Pour ce qui est des activités d'exploitation, le point 11 s'en remet « au régime international à établir ». Il est également fait mention aux points 12 et 13 des droits des États côtiers qui sont à respecter, notamment en cas de « danger grave et imminent pour leurs côtes et intérêts connexes imputables à une pollution ». Dans cette lignée, la résolution 2750(XXV)[43] n'amène pas forcément plus de détails sur ce que sous-tend une exploitation pacifique de la Zone. Elle se contente de réaffirmer le rôle central du Comité des utilisations pacifiques du fond de mers et des océans au-delà des limites de la juridiction nationale. La présente résolution réaffirme ainsi son mandat en le dotant de 44 nouveaux membres et insiste sur son rôle nécessaire de proposition en vue de la prochaine conférence des Nations Unies sur le droit de la mer qui doit se tenir en 1973 (point 2). Cette résolution est tout de même intéressante car elle inscrit résolument la démarche d'exploitation de la Zone dans une logique commerciale avec la prise en compte dans l'exploitation de celle-ci des « répercussions sur le bien-être économique des pays en voie de développement en particulier sur les minéraux exportés sur le marché mondial » et sur « les problèmes en fonction de l'importance de

[42] A/RES/2749(XXV) du 17 décembre 1970.
[43] A/RES/2750(XXV) du 10 décembre 1970.

l'exploitation possible [...] compte tenu de la demande mondiale de matières premières » [point 1 (a) et (b)].

Enfin, l'une des dispositions les plus récentes relève de la Convention elle-même, dans laquelle l'article 141, intitulé « Utilisation de la Zone à des fins exclusivement pacifiques », précise que la Zone est « ouverte à l'utilisation à des fins exclusivement pacifiques par tous les États, qu'il s'agisse d'États côtiers ou sans littoral, sans discrimination et sans préjudice des autres dispositions de la présente partie ». Mais comme pour les autres textes cela ne fournit pas d'indications précises sur la manière dont devraient se dérouler les activités d'extraction minière. L'article 138 précise bien également que les États doivent respecter les « principes énoncés dans la charte des Nations Unies et aux autres règles du droit international, avec le souci de maintenir la paix et la sécurité et de promouvoir la coopération internationale et la compréhension mutuelle ».

Le concept d'utilisation pacifique peut donc être entendu comme un principe-cadre général du droit international, qui depuis 1945 cherche à encadrer de manière pacifique les relations les États, en instituant notamment un mécanisme de règlement des différends autre que celui du recours à la force. Les traités ne fournissent que peu d'implications concrètes sur l'emploi de cet adjectif, tout repose donc sur le cadre juridique qui est en cours d'élaboration par l'Autorité internationale des fonds marins.

1.2. L'avancée du droit international dans la qualification juridique des activités menées dans la Zone

L'Autorité internationale des fonds marins a d'ores et déjà commencé à produire un arsenal juridique dans le domaine de l'exploration de la Zone. Elle a ainsi pris plusieurs règlements, ainsi que des recommandations, notamment dans le domaine environnemental[44]. Cela étant, la Convention reste très évasive dans la définition des activités qui peuvent être menées dans la Zone et l'avis consultatif de 2011 du Tribunal international du droit de la mer a permis de clarifier cette définition.

Les notions d'exploration et d'exploitation ne sont en effet pas clairement définies dans le texte de 1982. L'article premier définit ainsi les activités menées dans la Zone comme « toutes les activités d'exploration et d'exploitation des ressources ». L'article 153 précise que les « activités, dans la Zone sont organisées, menées et contrôlées par l'Autorité ». Elles sont réalisées dans le cadre d'un plan de travail[45] entre une entité patronnée par un État et l'Autorité. Elles ont été quelque peu

[44] Autorité internationale des fonds marins, *Recommandations à l'intention des contractants en vue de l'évaluation d'éventuels impacts sur l'environnement liés à l'exploration des minéraux marins dans la Zone*, 1er mars 2013, ISBA/19/LTC/8.

[45] Article 153 (3), convention de Montego Bay.

étoffées dans les règlements sur les nodules[46] et sur les sulfures polymétalliques[47], mais ces règlements n'ont de valeur juridique que par le contrat qui lie l'Autorité à une entité patronnée. Dès lors, avant de chercher à encadrer des activités, il convenait d'en fixer les définitions et le périmètre. Il faut, en effet, garder à l'esprit la réalité de ce que représentent les extractions minières. La Zone est un secteur riche en ressources et donc intéressante à exploiter. L'Autorité internationale des fonds marins estime ainsi par exemple que l'océan pacifique « contiendrait environ 50.000 monts sous-marins » d'encroûtements riches en cobalt[48]. De même, une estimation datant de 1980 porterait les quantités de nodules polymétalliques à environ 500 milliards de tonnes[49]. Les activités de dragage des fonds marins, la remontée des minéraux et leur traitement à bord de navire peuvent engendrer de graves conséquences sur l'environnement marin par exemple. Ces actions peuvent par exemple engendrer des panaches qui propagent les sédiments sous l'eau. Une étude financée par l'Union européenne sur ce sujet a ainsi démontré qu'une année de collecte de minéraux sur un secteur de 12 kilomètres carrés peut générer des dépôts jusqu'à deux centimètres d'épaisseur[50]. Il existe également un risque inhérent à toute activité de forage en mer, dont les récents accidents laissent entrevoir les conséquences désastreuses que cela pourrait créer sur une faune et une flore encore plus fragile qu'à la surface. Les chercheurs ont notamment été impressionnés par la quantité d'espèces peuplant les fonds abyssaux. En effet, « sur une surface équivalente à celle d'une feuille A4, on compte plus de 1.000 espèces d'invertébrés de petite taille »[51]. Or la situation actuelle est délicate. Une chercheuse de l'IFREMER, L. Menot, précisait que « dans les zones où le fond océanique et les premiers centimètres de sédiments ont été raclés pour récupérer les nodules, la faune a été profondément affaiblie et n'a pas recolonisé les lieux, un constat qui s'applique autant pour les zones récemment sinistrées que celles qui ont été draguées il y a plus de 30 ans »[52]. Une pollution majeure ne serait donc pas sans conséquence en termes de responsabilité.

C'est dans ce contexte que la République de Nauru a souhaité avoir en 2008 des éclaircissements sur la manière dont un État patronnant une entité[53] dans la Zone, pouvait voir sa responsabilité engagée dans le cadre d'une exploitation et

---

[46] Autorité internationale des fonds marins, *Décision du Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins concernant les modifications à apporter au Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone et des questions connexes*, 22 juillet 2013, ISBA/19/C/17.

[47] Autorité internationale des fonds marins, *Décision de l'Assemblée concernant le règlement relatif à la prospection et à l'exploration des sulfures polymétalliques dans la Zone*, 4 mai 2010, ISBA/16/1/12.

[48] *www.isa.org.*

[49] *www.isa.org.*

[50] The MIDAS Consortium, *Managing Impacts of Deep Sea Resource Exploitation* (MIDAS), European Union's Seventh Programme for Research, technological development and demonstration, Grant Agreement nº 603418.

[51] *https://wwz.ifremer.fr/Espace-Presse/Communiques-de-presse/Les-champs-de-nodules-polymetalliques.*

[52] *https://wwz.ifremer.fr/Espace-Presse/Communiques-de-presse/Les-champs-de-nodules-polymetalliques.*

[53] Article 153(b), convention de Montego Bay.

surtout en cas de dommage. L'enjeu de cette question était de taille. En effet la question de la République de Nauru pouvait amener l'Autorité à prendre un parti pris entre deux options : soit elle décidait d'appliquer les mêmes règles pour tous, au risque de fermer la porte aux États en voie de développement pour l'exploitation de la Zone, car les standards imposables aux États développés ne sont pas forcément envisageables pour des États en voie de développement ; soit elle décidait de mettre en œuvre un régime différentiel selon les États, mais avec le risque de voir se créer un phénomène déjà bien connu en droit international, celui des pavillon (ici des États) de complaisance[54]. C'est donc pour la première fois, que le Tribunal international du droit de la mer, et plus précisément la chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, va être saisie dans sa compétence consultative[55]. Trois questions vont ainsi être soumises à l'expertise de la Chambre : « 1. quelles sont les responsabilités et obligations juridiques des États parties à la Convention qui patronnent des activités menées dans la Zone en application de la Convention ; 2. dans quelle mesure la responsabilité d'un État partie est-elle engagée à raison de tout manquement aux dispositions de la Convention ; 3. quelles sont les mesures nécessaires et appropriées qu'un État qui patronne la demande doit prendre pour s'acquitter de la responsabilité qui lui incombe en application de la Convention »[56].

C'est dans sa réponse à la première question que le Tribunal va chercher à qualifier et définir ce que recoupe l'expression « activités menées dans la Zone ». Force est de constater de ce qui précède que les activités menées dans la Zone n'avaient effectivement pas de définition claire et précise jusqu'en 2011. En effet comme le précise le Tribunal au point 82, l'article premier de la Convention fait référence à l'exploration et à l'exploitation, mais « ces deux définitions ne précisent pas ce que l'on entend par exploration et exploitation ». Il va alors se livrer à une analyse des différentes définitions qu'il va trouver dans les textes de droit international. Il va ainsi s'appuyer sur l'article premier de l'annexe IV de la Convention concernant les activités menées par l'Entreprise, l'article 153 sur le système d'exploration et d'exploitation, l'article 145 relatif à la protection de l'environnement, l'article 17 de l'annexe III et enfin sur les dispositions des règlements relatifs aux sulfures et aux nodules polymétalliques. Ce travail fait ressortir un spectre plus ou moins large de définitions possibles pour une seule et même expression, donnant de fait à l'Autorité un pouvoir plus ou moins large d'intervention en fonction de celle retenue. En effet, si les différentes étapes relatives à l'exploitation minière devaient être séquencées, il serait possible de dire qu'elles suivraient ce sens : exploration, collecte des ressources, remontée des minerais, traitement, transport et enfin commercialisation. C'est une vision large qui est,

---

[54] Cudenec, A., et de Cet Bertin, C. (2009), *Mer et responsabilité*, Actes du colloque de Brest 16 et 17 octobre 2008, Paris, Édition Pedone, 32.

[55] Article 191, convention de Montego Bay.

[56] Tribunal international du droit de la mer, Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, Affaire n° 17, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1er février 2011, TIDM Recueil 2011, 10, paragraphe 1.

par exemple, retenue dans les règlements produits par l'Autorité internationale des fonds marins sur l'exploration des sulfures et des nodules polymétalliques. En effet, l'exploitation concerne « la collecte à des fins commerciales de sulfures polymétalliques dans la Zone et l'extraction des minéraux qu'ils contiennent, notamment la construction et l'exploitation de systèmes d'extraction minière, de traitement et de transport pour la production et la vente de minéraux »[57]. Il est clair dans cette acception que c'est le spectre le plus large qui a été retenu, le règlement voulant englober l'ensemble du processus d'exploitation, de l'extraction à la commercialisation.

Cela étant, le Tribunal ne va pas retenir cette approche. Il va en effet opter, de manière pragmatique, ou « restrictive »[58], pour une définition qui permette de maintenir une forme de « cohérence »[59] entre la Convention et les textes normatifs produits par l'Autorité internationale des fonds marins. Il va ainsi retenir au point 94 pour définition des « activités menées dans la Zone », « en premier lieu la collecte des minéraux sur le fond des océans et leur remontée en surface ». Concernant les autres opérations à suivre dans le processus d'exploitation, à savoir le traitement et le transport, leur rattachement à la définition de ce que sont les activités menées dans la Zone dépend de ce qu'elles soient « directement liées à celles mentionnées au paragraphe précédent » du moment que cela n'est pas fait dans un « intérêt commercial ». Contrairement à la vision du règlement évoqué en amont, la commercialisation est donc sortie du périmètre d'intervention de l'Autorité. Un point qui est dommage puisque cela peut empiéter sur la notion d'utilisation « à des fins » pacifiques, en posant la question de la destination finale de l'utilisation du produit sur le marché. Un point d'autant plus préjudiciable que la charte des Nations Unies dans son article 26 pose comme principe qu'afin « de favoriser l'établissement et le maintien de la paix et de la sécurité internationale », il convient de ne détourner vers les armements « que le minimum des ressources humaines et économiques du monde ».

Le Tribunal retient donc une « utilisation à des fins pacifiques » seulement de l'espace que constitue la Zone et non pas de la finalité commerciale des minéraux qui en sont issus, ce qui prévalait dans la définition fournie par les deux règlements sur les nodules et les sulfures polymétalliques mentionnés en amont. La position du Tribunal est donc contestable ; cela étant, elle a au moins le mérite de clarifier le périmètre d'action sur lequel peut agir l'Autorité internationale des fonds marins, en excluant les activités de commercialisation de son champ d'action.

---

[57] Autorité internationale des fonds marins, *Décision de l'Assemblée concernant le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des sulfures polymétalliques dans la Zone*, 4 mai 2010, Article 1(a), ISBA/16/A/12.

[58] Robert-Cuendet, S. (2011), « TIDM : responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la zone, avis consultatif 1er février 2011 », in *Annuaire Français du Droit International,* vol. 57, 450.

[59] TIDM avis consultatif 1er février 2011, point 93.

2. L'ÉMERGENCE D'UN MODÈLE DE GESTION À PART, GARANTISSANT UNE EXPLOITATION PACIFIQUE DE LA ZONE

La garantie d'une utilisation à des fins pacifiques de la Zone passe par la mise en œuvre d'outils d'administration dédiés à cet espace particulier. L'Autorité internationale des fonds marins construit en ce sens un modèle de gestion à part. Si, dans ce modèle, la responsabilité des États en cas de dommages causés à l'environnement ne peut être enclenchée que sous certaines conditions et peut apparaître comme peu innovante (2.1), la possibilité de mener des contrôles sur les activités des entités patronnées ressort comme un véritable outil novateur en droit international (2.2).

2.1. Le mécanisme de responsabilité environnementale, un outil contraignant garant de la protection de l'environnement

Une autre avancée majeure de l'avis consultatif du Tribunal international du droit de la mer du 1er février 2011 est le mécanisme d'enclenchement de la responsabilité environnementale. Celui-ci a plutôt été critiqué, notamment parce qu'il manque d'audace vis-à-vis des États qui patronnent des entités dans la Zone et fait largement reposer le risque sur l'entité patronnée.

Le TIDM répond à l'Autorité sur la responsabilité des États en cas de dommage causé à l'environnement. Il se révèle assez peu engageant pour les États patronnant des entités. C'est ce qui est explicité dans la deuxième question soumise au Tribunal : « Dans quelle mesure la responsabilité d'un État partie est-elle engagée à raison de tout manquement aux dispositions de la Convention » ?[60]. Le Tribunal pose deux conditions à l'enclenchement de la responsabilité de l'État qui patronne. Il faut qu'il n'ait pas « pris toutes les mesures nécessaires et appropriées pour assurer le respect effectif de la présente partie et des annexes qui s'y rapportent »[61]. Il faut, en plus, qu'il y ait un dommage afin d'enclencher sa responsabilité. Comme le précise le point 178, « tout manquement d'un État qui patronne aux obligations qui lui incombent entraîne sa responsabilité uniquement en cas de dommage. Cette disposition ne couvre ni la situation où l'État qui patronne a manqué à ses obligations mais où aucun dommage n'a été causé, ni la situation où un dommage a été causé mais où l'État qui patronne a rempli ses obligations ». Une prise de position qui, comme le précise le Tribunal, « constitue une exception au droit international coutumier en matière de responsabilité car, [...] un État peut être tenu responsable en vertu du droit international coutumier, même si le manquement de cet État à ses obligations internationales n'a entraîné aucun dommage ». En effet, le traité sur les corps célestes du 27 janvier 1967 prévoit par exemple un engagement de la

[60] TIDM, Avis consultatif, 1er février 2011, *Responsabilités et obligations des États patronnant des personnes et entités menant des activités dans la Zone*, affaire n° 17, 15, paragraphe 2.

[61] TIDM, *op. cit.,* paragraphe 166.

responsabilité internationale de l'État, que les activités soient menées par lui ou par des entités non gouvernementales[62]. Donc, en cas de dommage causé par une entité qui a conclu un plan de travail avec l'Autorité qui commet une pollution mineure, mais que la responsabilité de l'État ne peut pas être engagée, il va falloir nécessairement que l'Autorité internationale des fonds marins mène une action afin de réclamer la réparation du dommage.

Cela étant, à défaut de pouvoir enclencher de manière systématique la responsabilité de l'État en cas de dommage, il n'en demeure pas moins qu'il existe un lien contractuel créé entre l'entité patronnée et l'AIFM. L'engagement de cette responsabilité en droit international peut alors suivre deux principales voies. Premièrement, la plus classique, repose sur l'enclenchement des mécanismes de droit internes propres à l'État patronnant, afin de prendre des sanctions concrètes contre l'entité patronnée qui n'aurait pas respecté les obligations du plan de travail conclu avec l'Autorité. Comme en haute mer, ou dans la zone de compétence d'une organisation régionale de pêche, c'est le droit de l'État du pavillon qui s'applique. Cela signifie que l'organisation internationale ne sera jamais en prise directe avec le contrevenant, mais devra bien passer par l'État du pavillon pour réclamer des sanctions et la prise de mesures[63]. Au niveau de l'Union européenne, le constat est d'ailleurs identique[64]. Si la politique commune des pêches a permis de mutualiser les pouvoirs des inspecteurs communautaires[65], il n'en demeure pas moins que les sanctions administratives sont appliquées à l'échelle nationale, dans le droit interne, par les services de l'État membre. Cette première voie d'enclenchement de la responsabilité environnementale n'est donc pas entièrement satisfaisante, dans la mesure où « on constate que tout le système repose sur le droit interne de l'État patronnant et qu'en somme l'AIFM se trouve en retrait [...] l'AIFM n'a pas vraiment de rôle face au juge puisque le contentieux est canalisé vers les juridictions de l'État patronnant »[66]. Un schéma peu satisfaisant au regard de la spécificité du régime juridique de la Zone où il est possible d'aller jusqu'à dire que ce mécanisme revient « à replacer la Zone sous l'emprise des États, par le jeu de l'extraterritorialité des règlementations que ces derniers doivent adopter »[67].

Mais une autre voie d'engagement de la responsabilité environnementale reste possible dans un deuxième temps : que l'Autorité internationale des fonds marins puisse engager plusieurs types de mesures directement à l'encontre de l'entité pa-

---

[62] Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique y compris la Lune et les autres corps célestes, articles VI et VII.

[63] Vallon, F. (2009), *La mer et son droit, entre liberté et consensualisme, la difficile protection des espaces naturels fragiles*, Publibook, Collection droit et sciences politiques, 41.

[64] Règlement (CE) nº 1224/2009 du Conseil du 20 novembre 2009, instituant un régime communautaire de contrôle, articles 90(2) et 93.

[65] Règlement (CE) nº 1224/2009 du Conseil du 20 novembre 2009, article 79.

[66] Beurier, J. P. (2015), « L'AIFM, l'environnement et le juge », in *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement,* Hors-série 22, La représentation de la nature devant le juge : approches comparatives et prospectives, 14.

[67] Robert-Cuendet, S., *op. cit.,* 464.

tronnée. Cela serait un cas unique en droit international. Cette voie se justifie pour plusieurs raisons. L'Autorité est avant tout dotée de la personnalité juridique. Ainsi, « pourquoi ne pourrait-elle pas intervenir devant le juge international en cas de manquement d'un acteur économique aux règles qu'elle a imposes en matière d'environnement » ?[68]. De plus, l'avis rendu par le Tribunal international du droit de la mer impose de fait de prendre en compte cette possibilité, puisqu'il exclut l'enclenchement systématique de la responsabilité des États en cas de dommages causés par une entité patronnée par eux. Or, si un dommage est causé, l'Autorité pourrait difficilement seulement prendre acte de celui-ci, sans chercher à demander des réparations. D'autant plus qu'au titre de l'article 137 de la Convention il est précisé que l'Autorité agit « pour le compte de l'humanité » et qu'elle est dotée de la personnalité juridique pour pouvoir le faire. Dans cette perspective, les entreprises privées auraient « une responsabilité internationale bien réelle quoiqu'encore inexplorée »[69] et il serait possible « d'imaginer un rôle actif de l'Autorité dans la défense de l'environnement en tant que représentant de la zone internationale »[70]. Une perspective qui n'est pas neutre au regard par exemple de la tenue d'un tribunal fictif sur la responsabilité internationale de l'entreprise Monsanto sur les dommages sanitaires et environnementaux causés par celle-ci[71], ou encore de la difficulté lors des procès par des pollutions par hydrocarbures de trouver un responsable « du fait d'un démembrement toujours plus important » des fonctions de chacun « dans la chaîne de transport maritime »[72].

Une possibilité qui ne serait pas non plus neutre en termes d'évolutions des mécanismes de contentieux du droit international de l'environnement. Cette branche du droit monte en puissance depuis plusieurs années, elle conserve des faiblesses perceptibles lors de contentieux internationaux. La jurisprudence relative à la question de l'exploitation des ressources en droit international et de surcroît dans des espaces internationalisés a fait son entrée « dans l'évolution contemporaine du droit de la mer [...] avec le jugement de la Cour internationale de justice en 1974 »[73]. Il s'agit donc d'une jurisprudence jeune et encore en cours de construction. D'autres affaires plus récentes concernant la gestion de pêcheries —comme celle relative à l'arbitrage sur le thon à nageoire bleue[74], sur l'avis du Tribunal international du droit de la mer de 2009[75] concernant les pêcheries d'espadon dans l'océan pacifique entre le Chili et l'Union européenne et, enfin, celle de 2014 sur

---

[68] Beurier, J. P., *op. cit.,* 15.

[69] Grandaubert, V. (2018), « La responsabilité internationale de l'entreprise privée patronnée pour ses activités menées dans le cadre de la partie XI de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer », in *Société française pour le droit international*, entreprise multinationales et responsabilité(s).

[70] Beurier, J. P., *op. cit.,* 14.

[71] *www.monsantotribunal.org.*

[72] Le Courviour, K. (2007), *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, tome I, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 22.

[73] Forteau, M., et Thouvenin, J. M., *op. cit.,* 85.

[74] Tribunal international du droit de la mer, Affaires nº 3 et 4, Thon à nageoire bleue (*Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie v. Japon*), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, 280.

[75] Tribunal international du droit de la mer, Affaire nº 7, *Conservation et exploitation durable des stocks d'espadon (Chili/Union européenne)*, ordonnance du 16 décembre 2009, ITLOS Reports 2008-2010, 13.

la chasse à la baleine[76]— tendent à composer des premières bases de réflexion[77], mais qui ne permettent pas de définir une tendance générale dans la manière dont sont traitées ces questions. La manière dont la responsabilité des États est mise en œuvre dans ces affaires relatives à la gestion et à la conservation de ressources n'est pas encore clairement établie. La plus récente de 2014 relative à la pêche à la baleine est, par exemple, très instructive. Ce différend oppose l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Japon. L'Australie prétend que le Japon se livre à des activités de pêche à la baleine à des fins commerciales et non pas à des fins scientifiques, comme l'autorise la convention sur la chasse à la baleine de 1946. L'enjeu de cet arrêt est que la Cour a demandé au Japon de produire des preuves que la pêche à la baleine qu'il pratique se déroule bien dans un cadre scientifique. Elle demande alors de « renverser la charge de la preuve »[78]. Ce fait est non seulement rare, mais il illustre aussi la difficulté pour une instance juridictionnelle internationale à assurer la protection de « biens d'intérêt commun »[79] lorsqu'il n'existe pas de mécanisme de règlement des différends clairement établi.

Via ce moyen de règlement des différends, marqueur majeur d'une gestion pacifique, l'Autorité s'assure de pouvoir identifier tout contrevenant à ses contrats et règlements, ce qui constitue un progrès de taille en droit international en termes de responsabilité environnementale.

2.2. La nécessaire création d'outils de contrôle pour les activités menées dans la Zone

L'Autorité a le pouvoir d'élaborer un cadre normatif afin d'encadrer les activités menées dans la Zone, ce qui constitue un cas à part en droit international. Comme le précise l'article 153(4), l'Autorité « exerce sur les activités menées dans la Zone le contrôle nécessaire pour assurer le respect des dispositions pertinentes de la présente partie et des annexes qui s'y rapportent, des règles, règlements et procédures de l'Autorité ainsi que des plans de travail approuvés ». Comme évoqué précédemment, elle a déjà commencé son travail de codification pour ce qui concerne la phase d'exploration de la Zone et semble vouloir aller plus loin dans le contrôle des activités des entités.

Depuis mars 2014, elle s'est lancée dans la constitution du « code d'exploitation minière » afin de proposer un cadre juridique pour l'exploitation de la Zone. Après la soumission d'enquête, de consultation et la réalisation de plusieurs groupes de travail, l'Autorité est parvenue à la publication d'un premier projet

---

[76] Cour internationale de justice, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)],* arrêt, CIJ Recueil 2014, 226.

[77] Forteau, M., et Thouvenin, J. M., *op. cit.,* 87.

[78] Martin-Bidou, P. (2015), « L'affaire de la chasse à la baleine dans l'Antarctique, droits des traités ou protection des espèces ? », in *Revue Générale du Droit International Public,* tome 2, 416.

[79] Martin-Bidou, P., *op. cit.,* 410.

de règlement en février 2018[80]. Dans ce projet de règlement relatif à l'exploitation de la Zone[81], elle fait des propositions novatrices en termes de déploiement d'outils de contrôle sur les activités des entités patronnées par les États. Ainsi, la partie XI du projet de règlement est intitulée « Inspection, respect des obligations, mesures d'exécution ». Elle propose de déployer un nouvel arsenal permettant de mener des inspections auprès des contractants « à bord des navires et installations, au large ou à terre [...] ainsi qu'à entrer dans ses bureaux, où qu'ils se trouvent »[82]. Le pouvoir des inspecteurs mentionnés à l'article 94 est conséquent. Ils peuvent ainsi « interroger toute personne menant des activités d'exploitation, [...] exiger de toute personne qu'elle lui remette immédiatement ou à tout autre moment [...] tout document pertinent qu'elle aurait sous sa garde ». Les inspecteurs ainsi mentionnés peuvent enfin donner des instructions[83], s'ils ont la preuve qu'« un fait, une pratique ou une situation nuit ou peut nuire à la santé ou à la sécurité d'une personne » ou encore « risque de causer un dommage grave pour le milieu marin, ou enfreint d'une autre manière les clauses du contrat d'exploitation ». L'Autorité propose également de mettre en place un système de surveillance électronique à l'article 100. Le but est d'enregistrer « la date, l'heure et la position de toutes les activités d'extraction ». Cela fournit donc à l'Autorité des pouvoirs conséquents et uniques en droit international afin d'assurer la bonne gestion de la Zone.

E. Jarmache considérait d'ailleurs que l'Autorité internationale des fonds marins était une « institution hybride », à mi-chemin entre « une structure intergouvernementale classique regroupant des États parties à la Convention [...] d'une part, et opérateur minier qui contracte avec d'autres opérateurs miniers, et donc avec des concurrents potentiels »[84]. Cette hybridité se voit également lorsque le fonctionnement de l'Autorité est comparé à celui des organisations régionales des pêches (ORGP)[85] ou de l'Union européenne dans la gestion de ressources communes. En effet, l'Autorité internationale des fonds marins n'est ni définie par une zone libre d'accès dans laquelle les États peuvent extraire des ressources de la mer[86] selon des « normes minimales » fixées par les organisations régionales de pêche[87]. Contrairement à ce type d'organisation l'autorisation d'exploiter passe nécessairement par un contrat et par la reconnaissance des moyens de contrôle. Cela permet de dire que d'entrée de jeu l'Autorité aura un pouvoir plus étendu sur le contrôle de la ressource. En effet, l'efficacité de gestion est souvent remise

---

[80] *www.isa.org.jm.*

[81] Autorité internationale des fonds marins, *Projet de règlement relatif à l'exploitation des ressources minérales dans la Zone*, 9 juillet 2018, ISBA/24/LTC.

[82] Projet de règlement relatif à l'exploitation des ressources minérales de la Zone, article 94.

[83] Projet de règlement relatif à l'exploitation de la Zone, article 97.

[84] Jarmache, E. (2013), « La Zone, un concept révolutionnaire, ou un rêve idéaliste ? », in *Annales des mines, Responsabilité et environnement,* nº 70, 72.

[85] Article 118, convention de Montego Bay.

[86] Article 116, convention de Montego Bay.

[87] Article 119, convention de Montego Bay.

en question[88] au niveau des organisations régionales de pêche[89], notamment du fait du manque de moyen d'action sur les États. D'autre part, l'Autorité n'est pas non plus un système encadré par une politique commune contraignante[90] avec une délégation de souveraineté[91] pour les États ; depuis le matériel de pêche utilisé à la commercialisation des produits[92].

Ces propositions relatives au système de contrôle sont donc novatrices et ambitieuses, mais elles demeurent encore lacunaires. Concernant le statut des inspecteurs, le projet de règlement ne fournit par exemple aucune indication sur la provenance de ces dits inspecteurs. Constituent-ils un corps à part entière[93] dédié au sein de l'Autorité, ce qui sous-entendrait de créer un nouvel organe, tout en respectant le principe de coûts maîtrisés[94] qui doit guider les actions de l'Autorité. Ou alors les inspecteurs sont-ils des personnels des États parties ? De plus, les commentaires de la contribution du gouvernement français sur le projet de règlement posent la question du « fondement juridique » des pouvoirs des inspecteurs, leur permettant notamment de réaliser des inspections sur les territoires nationaux[95]. Il en va de même en ce qui concerne les modalités du contrôle par télésurveillance. Le projet de règlement ne fournit pas d'éléments sur qui exercera le contrôle des positions où les entités ont effectué des activités d'exploitation. Il ne dit pas non plus quel type de modèle de surveillance doit être adopté. Il peut s'agir de l'AIS[96], mais dont certaines informations sont modifiables par le personnel à bord du navire. Il peut encore s'agir du VMS[97], avec des émissions automatiques de positions GPS, mais qui suppose un traitement de cette information en aval. Enfin, la question de la prise en charge des frais inhérents aux déplacements des inspecteurs vers les navires ou plateformes en haute mer pose également question ainsi que sur leurs moyens de transport, l'Autorité n'ayant pas de moyens en propre, il faudra nécessairement passer par une coopération avec les États parties.

---

[88] Valo, M. (2017), « La pêche au thon rouge repart à la hausse », in *Le Monde.*

[89] Fernandez, C., et Romani, C. (2007), *L'État et la coopération transfrontalière*, Bruylant, 87.

[90] Règlement (UE) nº 1380/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 relatif à la politique commune de la pêche.

[91] Article 4, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il liste une série de domaines dans lesquels les État reconnaissent une compétence exclusive à l'Union européenne, comme celle relative à la conservation des ressources biologiques de la mer.

[92] Règlement (UE) 1379/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits de la pêche et de l'aquaculture.

[93] Autorité internationale des fonds marins, March 2014 Survey Stakeholders Responses, Government of the United Kingdom, « UK submission in response to the ISA august 2017 draft regulations on exploitation of the mineral resources in the Area », May 16, 2014.

[94] Nandan, S. N.; Lodge, M. W., et Rosenne, S., *The development of the regime for the deep seabed mining*, University of Virginia, 2002, 2.

[95] Autorité internationale des fonds marins, Submission to International Seabed Authority's Draft Regulation on Exploitation of Mineral Resources in the Area, December 12, 2017, Government of France, ISBA/23/LTC/CRP.

[96] Automatic Identification System, ce système permet aux navires de se signaler afin de réduire le risque de collisions

[97] Vessel Monitoring System : il s'agit de balises GPS associées à des navires de pêche qui émettent automatiquement une position à intervalles réguliers.

3. CONCLUSION

La notion d'utilisation à des fins pacifiques relève plus d'une démarche globale et de principes juridiques que d'une définition précise pouvant fournir des implications concrètes s'appliquant aux activités d'exploitation minière. Il n'en demeure pas moins que la réalité de la mise en œuvre et du respect de ce principe repose sur le « régime international à établir » qui sera établi par l'Autorité internationale des fonds marins.

En ce sens, la production normative de l'Autorité a progressé ces dernières années. Depuis 2011, le Tribunal international du droit de la mer, dans son rôle de conseiller et d'instance consultative, a validé la définition juridique de ce que sous-tend la notion « d'activités menées dans la Zone », ainsi que la manière dont les États patronnant des entités dans la Zone pouvaient voir leur responsabilité engagée. Les deux piliers fondamentaux qui se dégagent alors de cette nouvelle construction sont les mécanismes de responsabilité environnementale, ainsi que les possibilités de contrôle de ces activités. Ils représentent des moyens uniques de contrôle dédiés à une organisation internationale et permettent de garantir une exploitation dans le respect des grands principes de la convention de Montego Bay du 10 décembre 1982.

La construction de ce modèle original en droit international semble donc se préparer de plus en plus pour le saut opérationnel lié à une exploitation future de la Zone. Une étape majeure puisque cet espace est le patrimoine commun de l'humanité.

CHAPTER 21

VERS UN RÔLE DE L'AUTORITÉ INTERNATIONALE DES FONDS MARINS DANS LA ZONE DU TRAITÉ SUR L'ANTARCTIQUE ?

Nicolas Kempf
Candidat au doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

ABSTRACT : *The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea's Part XI rules over the seabed and ocean floor and subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction (the Area). Despite its universality, it is confronted to another legal regime applicable to Antarctica and its seabed. Since the adoption of the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, the applicability of the Antarctic Treaty System's regime to this area is commonly acknowledged. That articulation is now increasingly threatened by global pressure, due, among other things, to the unresolved issue of sovereignty. Building on the assumption that marine environmental conservation is transforming ocean law, the author proposes to overcome the applicable regimes' duality by focusing on their similarities. That analysis leads to the conclusion that the evolution of the Area's legal regime allows picturing a renewed interaction between both regimes, and possibly a stewardship role for the International Seabed Authority within the Antarctic Treaty area.*

Keywords : *Area ; Antarctica ; Authority ; environment ; common heritage of mankind.*

RÉSUMÉ : *La partie XI de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 renferme un régime universel qui a vocation à s'appliquer aux fonds marins et à leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale (Zone). En Antarctique, pourtant, ce régime est en concurrence avec des règles spéci-*

fiques élaborées dans le cadre du système du traité sur l'Antarctique (STA). Depuis l'adoption du protocole au traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement, il est admis que ces règles spécifiques s'appliquent au détriment du régime de la Zone. Cette articulation des deux régimes est aujourd'hui remise en cause par un certain regain des tensions liées aux revendications territoriales en Antarctique. En partant du constat de la transformation du droit des océans sous l'impulsion de l'exigence de conservation du milieu marin, l'auteur propose de surmonter l'opposition des deux régimes en fondant son analyse sur les similarités des deux régimes, pour en conclure que l'évolution du régime de la Zone permet aujourd'hui d'envisager une nouvelle articulation du régime de la Zone et de celui du STA, et d'envisager un rôle pour l'Autorité internationale des fonds marins dans la Zone régie par le traité sur l'Antarctique.

Mots-clés : *Zone ; Antarctique ; Autorité ; environnement ; patrimoine commun de l'humanité.*

1. INTRODUCTION

La conférence internationale *Human Sea 2018*, dans le cadre de laquelle a été préparée cette communication, était l'occasion d'aborder de manière différente le thème de « la transformation du droit des océans par l'exigence de conservation du milieu marin ».

De manière différente parce que si le ton employé se veut constatif dans la première partie de ce développement, il est plus performatif dans la seconde, laissant une certaine place aux opinions doctrinales nouvelles et à leur créativité, qui peuvent s'avérer de puissants moteurs de l'évolution du droit[1]. De plus, ce ton paraît adéquat pour aborder le concept de patrimoine commun de l'humanité, souvent décrit comme une notion relevant davantage de la *lex ferenda* que de la *lex lata*[2], comme une notion philosophique de laquelle pourrait un jour naître une norme juridique grâce à l'évolution du droit international[3].

L'apparition de l'exigence de conservation du milieu marin, omniprésente aujourd'hui, est également à mettre au crédit de ce processus d'évolution du droit international. En effet, si le droit international de l'environnement est quelquefois décrit comme situé à la marge du droit dans certains domaines[4], ce n'est pas le

[1] Schachter, O. (1977), « The Invisible College of International Lawyers », 72 *Northwestern University School of Law Review*, 217-226, 225.

[2] Triggs, G. (1987), « The Antarctic Treaty System: some jurisdictional problems », dans Triggs, G. (ed.), *The Antarctic Treaty Regime: Law, Environment and Resources*, Cambridge, Cambridge University Press, 88-109, 103.

[3] Scholtz W. (2008), « Common Heritage: Saving the Environment for Humankind or Exploiting Resources in the Name of Eco-Imperialism », 41 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 273-293, 282.

[4] Humphreys, S., and Otomo, Y. (2016), « Theorizing International Environmental Law », dans Orford, A.; Hoffmann, F., and Clark, M. (eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 797-819, 798.

cas en droit international de la mer, où ses principes ont été largement implantés. Ainsi, l'exigence de conservation du milieu marin est omniprésente au sein de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982[5], dont les dispositions de la partie XII sont exclusivement dévolues à la protection et à la préservation du milieu marin. Au-delà de ces règles, on trouve des principes relatifs à la protection de l'environnement à de nombreux autres endroits de la convention, comme par exemple dans la description du régime des différents espaces maritimes consacrés par celle-ci, et en particulier au sein de la partie établissant le régime juridique des fonds marins internationaux, sujet qui sera développé ici. Parallèlement, cette exigence est également inhérente aux règles établies dans le cadre de la gestion du continent Antarctique et de ses eaux adjacentes. En l'occurrence, il s'agit même du principal catalyseur responsable du développement de ces règles.

Les analyses consacrées à l'articulation de ces deux corpus de règles applicables aux fonds marins de l'Antarctique se focalisent généralement sur leurs oppositions. Le constat est alors sans appel : les règles générales du droit international de la mer ne peuvent s'appliquer aux fonds marins de l'Antarctique, ceux-ci étant régis par des dispositions particulières, instaurées par divers instruments applicables à l'Antarctique, et notamment par le protocole au traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement[6]. Différents arguments ont été avancés pour expliquer l'effacement des règles générales du droit international de la mer au profit de celles, plus spécifiques, du « droit international de l'Antarctique ». Certains sont fondés sur des raisonnements juridiques, le conflit de normes étant résolu par un recours à la notion de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, par exemple[7]. La plupart des arguments sont néanmoins davantage fondés sur des explications politiques. Ainsi, certains auteurs ont pu avancer que les négociateurs de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer s'étaient entendus pour ne pas étendre les règles de cet instrument au continent austral[8], tandi que d'autres explications constatent simplement l'acceptation généralisée de la supériorité des règles antarctiques. Quelle que soit l'explication favorisée, celles-ci se concentrent toutes sur l'opposition des régimes et concluent à la supériorité des règles et instruments rédigés dans le cadre

---

[5] *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Montego Bay, 10 décembre 1982, Nations Unies, *Recueil des Traités, vol. 1833, 1834 et 1835,* nº 31363, 3, *ci-après* Convention de Montego Bay, ou CNUDM.

[6] *Protocole au traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, Madrid, 4 octobre 1991, Nations Unies, *Recueil des Traités*, *vol. 2941*, nº 5778, 1, *ci-après* Protocole de Madrid.

[7] Wolfrum, R. (2003), « Le régime de l'Antarctique et les États tiers », *dans* Coussirat-Coustère, V. *et al.* (eds.), *La mer et son droit, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 695-704. Pour une opinion contraire, voir Kolb, R. (2007), « Conflits entre normes de *jus cogens* », dans Angelet, N. *et al.* (eds.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 481-505, 498.

[8] Crawford, J., and Rothwell, D. R. (1990), « Legal Issues Confronting Australia's Antarctica », 13 *Australian Yearbook of International Law*, 53-88, 86 ; Triggs, G. (1986), *International Law and Australian Sovereignty in Antarctica*, Sydney, Legal Books, 403, 91. Pour une opinion contraire, voir Scott, K. N., and Vanderzwaag, D. L. (2015), « Polar Oceans and Law of the Sea », dans Rothwell, D. R.; Oude Elferink, A. G.; Scott, K. N., and Stephens, T. (eds.), *The Oxford Handbook of The Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 724-751, 740.

de ce qu'il est convenu d'appeler le système du traité sur l'Antarctique[9]. L'étude de l'évolution du droit de la mer applicable aux fonds marins, sous l'impulsion de l'exigence de conservation du milieu marin, permet-elle de surmonter cette opposition ? Cette évolution souligne en tout cas l'existence de similarités entre ces deux régimes, et permet ainsi d'envisager une réelle articulation des deux régimes, et non plus l'effacement d'un régime au profit de l'autre.

La première partie de cette communication, consacrée à l'articulation actuelle des régimes applicables aux fonds marins de l'Antarctique, propose une analyse de l'état actuel du droit international applicable aux fonds marins de l'Antarctique. Les principales caractéristiques des deux régimes y sont résumées, et la solution actuellement en place, un temps fort commode, est énoncée. L'apparition de nouveaux facteurs —de nouveaux risques, mais également de nouvelles opportunités— permet une projection dans une direction encore peu explorée, vers une nouvelle articulation des deux régimes, une nouvelle place pour un patrimoine commun de l'humanité aux allures dorénavant conservationnistes, et un éventuel rôle pour l'Autorité internationale des fonds marins dans la zone régie par le STA. C'est l'objet de la deuxième partie de cette communication.

2. L'ARTICULATION BANCALE DES RÉGIMES APPLICABLES AUX FONDS MARINS DE L'ANTARCTIQUE

Avant de constater que l'articulation actuelle des deux régimes applicables aux fonds marins de l'Antarctique repose sur des bases précaires (2.3), une étude plus approfondie de ces régimes paraît nécessaire. Il sera donc d'abord question du régime universel établi par la partie XI de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (2.1). Dans un deuxième temps, l'évolution du régime spécifiquement applicable aux fonds marins de l'océan Austral sera retracée (2.2).

2.1. La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée à la zone internationale des fonds marins et son entité gestionnaire, l'Autorité

La convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, ultérieurement amendée par l'Accord relatif à l'application de la partie XI du 28 juillet 1994[10], a mis en place un régime complet applicable aux fonds marins situés au-delà des limites de la juridiction nationale. Ces fonds marins —la Zone, aux termes de l'article 1er de la Convention— ainsi que leurs ressources, sont le patrimoine commun de l'humanité[11]. Ce régime universel est composé de différents éléments qui en sont caractéristiques : un champ d'application spatial défini mais

[9] Système du traité sur l'Antarctique, *ci-après* STA.

[10] *Accord relatif à l'application de la partie XI de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982*, New York, 28 juillet 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités, vol. 1836*, nº 31364, 3.

[11] *CNUDM*, art. 136.

encore indéterminé (2.1.1), un concept au contenu variable (2.1.2), ainsi qu'une institution en charge de la gestion de cet espace aux pouvoirs discutés (2.1.3).

2.1.1. Tâtonnements et difficultés de la définition spatiale de la Zone

La notion de Zone renvoie aux fonds marins et à leur sous-sol, situés au-delà des limites de la juridiction nationale. Est donc exclue la colonne d'eau surjacente, régie par d'autres dispositions, notamment celles ayant trait à la haute mer, c'est-à-dire les articles 86 et suivants de la CNUDM. La définition exacte des limites spatiales de la Zone reste indéterminée. En effet, celles-ci ne sont pas établies puisque cet espace n'est défini que négativement, par opposition aux fonds marins situés dans les limites de la juridiction nationale. Or, la convention conclue à Montego Bay renferme à ce propos des règles relativement complexes, qui permettent aux États côtiers de présenter une demande d'extension de leur plateau continental auprès de la Commission des limites du plateau continental [12]. Ce processus est encore loin d'être achevé [13]. Les pronostics les plus optimistes prévoient en effet que la Commission n'aura pas achevé son travail avant une vingtaine d'années [14]. Tant que les États n'auront pas fait parvenir au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies les cartes et renseignements indiquant « de façon permanente la limite extérieure de [leur] plateau continental » [15], l'étendue de la zone internationale des fonds marins restera incertaine. C'est là la première difficulté à l'application d'un régime qui se veut universel aux fonds marins de l'Antarctique [16].

2.1.2. Les divers éléments constitutifs de la notion de patrimoine commun de l'humanité

Les contours de la notion de patrimoine commun de l'humanité sont également incertains [17]. À quoi correspond donc ce régime appliqué aux fonds marins internationaux ? Aux termes des articles 137 et suivants de la CNUDM, on peut considérer, d'une manière certes simplificatrice, que la notion contient cinq principaux éléments cumulatifs [18]. Le premier de ces éléments est le principe de non-ap-

---

[12] *CNUDM*, art. 76.8.

[13] Début 2017, la Commission avait reçu 82 demandes et en attendait davantage tandis qu'elle n'avait émis que 26 recommandations. De Serpa Soares, M. (2017), « Commemoration of the 20th Anniversary of the establishment of the Commission on the Limits of the Continental Shelf », 10 mars 2017, New York ; voir également, Chircop, A. (2011), « Managing Adjacency : Some Legal Aspects of the Relationship Between the Extended Continental Shelf and the International Seabed Area », 42 *Ocean Development and International Law*, 307-316, 308.

[14] *Report of the Nineteenth Meeting of States Parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea*, SPLOS/203, 24 July 2009, §83.

[15] *CNUDM*, art. 76.9.

[16] Tuerk, H. (2018), « The common heritage of mankind after 50 years », 57 *Indian Journal of International Law*, 259-283, 270.

[17] Patrimoine Commun de l'Humanité, *ci-après* PCH.

[18] Cette démarche est globalement acceptée dans toutes les études doctrinales. Voir notamment Frakes, J. (2003), « The Common Heritage of Mankind Principle and Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica : Will De-

propriation. Aucun acte d'appropriation ne peut être exercé, aucune revendication ne peut être formulée sur une partie de la Zone comme sur ses ressources. Cet espace appartient à l'humanité toute entière, de manière indivisible. Le second élément est la notion de partage équitable des bénéfices, qui résulteraient de l'exploitation des ressources de la Zone. Vient ensuite la gestion commune partagée par l'humanité tout entière, au nom de celle-ci et pour son bénéfice. Ce principe exige bien entendu une certaine délégation de pouvoirs, d'où la création de l'Autorité internationale des fonds marins[19]. L'utilisation à des fins exclusivement pacifique de la Zone, ensuite, forme également l'un des principes fondateurs de ce régime. Enfin, la préservation de la Zone et de ses ressources, pour le bénéfice des générations futures, parfois également qualifiée de principe « d'équité intergénérationnelle »[20], fait bien entendu également partie des éléments fondateurs de la notion de patrimoine commun de l'humanité[21].

Une partie de la doctrine considère qu'il existe une hiérarchie entre ces principes, dont certains seraient dotés d'une valeur supérieure, en tant que principes de *jus cogens*[22]. Cette affirmation est néanmoins discutable et discutée[23]. En tout état de cause, il est certain que le concept de patrimoine commun de l'humanité, lorsqu'il a été énoncé au sein de la convention de Montego Bay, était avant tout fondé sur le principe de partage équitable des bénéfices[24], et que ce partage ne pouvait être envisagé qu'à travers un schéma d'exploitation des ressources de la Zone. Ce principe de partage, qui était, lorsque le régime de la Zone a été instauré, le principe le plus saillant du patrimoine commun de l'humanité, orientait donc nécessairement ce régime vers une exploitation, à terme, des ressources des fonds marins situés au-delà des limites de la juridiction nationale[25].

2.1.3. Une entité en charge de la gestion de la Zone au nom de l'humanité tout entière

Finalement, le dernier élément qu'il semble nécessaire d'évoquer ici concernant le régime universel établi par la CNUDM est l'établissement d'une institution spécialisée, chargée d'agir pour le compte de « l'humanité tout entière », aux

---

veloped and Developing Nations Reach a Compromise », 21 *Wisconsin International Law Journal*, 409-434, 411 ; Levy, J. P. (2002), *Le destin de l'Autorité internationale des fonds marins*, Paris, Pedone, 236, 13 ; Martin-Bidou, P. (2015), « Le patrimoine commun de l'humanité selon Alexandre-Charles Kiss », dans *Grandes Pages du Droit International*, vol. 4, Paris, Pedone, 259-268, 261 ; Scholtz, W., *supra* note 3, 275.

[19] Autorité internationale des fonds marins, *ci-après* Autorité, ou AIFM.

[20] Scholtz, W., *supra* note 3, 275.

[21] Wolfrum, R. (1992), « Common Heritage of Mankind », dans Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Amsterdam, North Holland, 692-695, 693.

[22] Tuerk, H., *supra* note 16, 263.

[23] Pour une opinion contraire, voir Treves, T. (2011), « Judicial Action for the Common Heritage », dans Hestermeyer, H *et al.* (eds.), *Law of the Sea in Dialogue*, Heidelberg, Springer, 113-133, 114.

[24] Tladi, D. (2017), « Pursuing a Brave New World for the Oceans : The Place of Common Heritage in a Proposed Law of the Sea Treaty », dans Maluwa, T.; Du Plessis, M., and Tladi, D. (eds.), *The Pursuit of a Brave New World in International Law - Essays in Honour of John Dugard*, Leiden, Brill, 87-113, 101.

[25] Frakes, J., *supra* note 18, 434.

termes de l'article 137 de la Convention. Il s'agit du moyen choisi par les États lors des négociations de cet instrument pour gérer conjointement la Zone et ses ressources. L'Autorité est donc chargée d'administrer la Zone et ses ressources, en établissant notamment les règlements d'exploration et d'exploitation de cet espace[26]. Elle est ainsi dotée des pouvoirs normatifs nécessaires à la mise en œuvre du régime des fonds marins[27]. Toutefois, ceux-ci sont limités par l'article 157 de la Convention, qui prévoit que les pouvoirs dont dispose l'Autorité doivent être explicitement conférés au sein de la CNUDM.

Les fonds marins situés au-delà des limites de la juridiction nationale, loin d'avoir été oubliés lors des négociations de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, ont été dotés en 1982, puis en 1994, d'un régime complet qui les définit géographiquement, et qui les qualifie également juridiquement en leur appliquant une notion, le patrimoine commun de l'humanité, elle-même déclinable en divers principes. Enfin, une institution chargée de représenter les intérêts de l'humanité tout entière est mise en place. Ce régime comporte certes quelques faiblesses, notamment en ce qui concerne la protection judiciaire du patrimoine commun de l'humanité[28], mais il est néanmoins applicable partout dans le monde et se veut institué pour le bénéfice de l'humanité tout entière, et est donc global, universel. Un second régime existe toutefois, dans la région du continent Antarctique, dont certaines règles diffèrent de celles établies par la convention de Montego Bay.

2.2. L'évolution d'un régime spécifique dédié à l'Antarctique

L'Antarctique est soumis à un régime particulier depuis la conclusion du traité sur l'Antarctique, en décembre 1959 (2.2.1). À partir de cet instrument, un système composé d'instruments juridiques variés a ensuite été construit, justifié par la spécificité de cet espace (2.2.2), dont le moratoire relatif à l'exploitation des ressources minérales de l'Antarctique constitue le dernier apport en ce qui concerne les fonds marins de cet espace (2.2.3).

2.2.1. Le traité sur l'Antarctique de 1959, pierre angulaire du système Antarctique

L'Antarctique, situé aux confins de l'océan austral, est un large continent, qui représente environ 10% des terres émergées du globe, et que l'on présente comme le continent de tous les extrêmes : avec l'altitude moyenne la plus élevée, c'est

[26] Wolfrum, R. (2014), « The Contribution of the Regulations of the International Seabed Authority to the Progressive Development of International Environmental Law », dans Lodge, M. W., and Nordquist, M. H. (eds.), *Peaceful Order in the World's Oceans*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 239-248, 241.

[27] Millicay, M. F. (2015), « The Common Heritage of Mankind : 21st Century Challenges of a Revolutionary Concept », dans Castillo, L. (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea, Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Leiden, Brill, 272-295, 284.

[28] Treves, T., *supra* note 23, 132.

également le continent le plus sec, le plus venteux et le plus froid. La quasi-intégralité du continent est d'ailleurs recouverte de manière permanente par un manteau de glace épais de près de 2.200 mètres en moyenne[29]. On n'y trouve aucune population indigène. Son éloignement ainsi que les conditions extrêmes du continent comme des mers environnantes sont des facteurs qui expliquent sa découverte relativement tardive. La date et les conditions de celle-ci font d'ailleurs l'objet de débats, dont l'intérêt pour ce développement est limité[30]. Ce n'est qu'au XXe siècle que les États se sont intéressés à cet espace et que différentes revendications territoriales ont été émises[31]. À la veille de la conclusion du traité sur l'Antarctique, en 1959, on ne comptait pas moins de sept revendications. Ce sont ces sept États, qualifiés de possessionnés, qui ont conclu, avec cinq autres, le Traité sur l'Antarctique[32]. L'étude approfondie de cet instrument a été réalisée en profondeur et avec brio ailleurs[33]. On se contentera ici d'en rappeler les éléments fondamentaux.

Le gel du contentieux territorial

Le traité sur l'Antarctique est un chef-d'œuvre du point de vue de l'art diplomatique, et c'est particulièrement le cas de son article IV, puisque c'est, cet article qui a permis de concilier les positions pourtant contraires des États possessionnés et des États non-possessionnés, en suspendant durablement le différend territorial. L'article IV préserve en effet ces positions en énonçant qu'aucune disposition ne peut être interprétée « comme portant atteinte à la position de chaque Partie Contractante en ce qui concerne la reconnaissance ou la non reconnaissance par cette Partie, du droit de souveraineté, d'une revendication ou d'une base de revendication de souveraineté territoriale de tout autre État, dans l'Antarctique »[34]. Le même article précise surtout qu'« [a]ucun acte ou activité intervenant pendant la durée du présent Traité ne constituera une base permettant de faire valoir, de soutenir ou de contester une revendication de souveraineté territoriale dans l'Antarctique, ni ne créera des droits de souveraineté dans cette région. Aucune revendication nouvelle, ni aucune extension d'une revendication de souveraineté territoriale précédemment affirmée, ne devra être présentée pendant la durée du

---

[29] Turner, J. *et al.* (2009), *Antarctic Climate Change and the Environment – A Contribution to the Polar Year 2007-2008*, Cambridge, SCAR, 526, 1.

[30] Pour des vues opposées, voir notamment Vöneki, S., and Addison-Agyei, S., « Antarctica », dans Wolfrum, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (*http://www.mpil.com*) ; Victor, J. C., and Victor, P. E. (2009), *Adieu l'Antarctique*, Paris, Hachette, 194, 45-68.

[31] Pour approfondir celles-ci, voir notamment Dupuy, R. J. (1958), « Le statut de l'Antarctique », 4 *Annuaire Français de Droit International*, 196-229 ; Hanessian, J. (1960), « The Antarctic Treaty 1959 », 9 *International & Comparative Law Quarterly*, 436-480.

[32] *Traité sur l'Antarctique*, Washington D. C., 1er décembre 1959, Nations Unies, *Recueil des Traités, vol. 402*, nº 5778, 71. À l'origine, le Traité comptait douze signataires, sept États possessionnés (Argentine, Australie, Chili, France, Norvège, Nouvelle-Zélande et Royaume-Uni), ainsi que cinq États non possessionnés (Afrique du Sud, Belgique, États-Unis, Japon, et Russie).

[33] Dupuy, R. J. (1960), « Le Traité sur l'Antarctique », 6 *Annuaire Français de Droit International*, 111-132.

[34] *Traité sur l'Antarctique*, art. IV.1(c).

présent Traité »[35]. L'article IV écarte donc les conflits liés à la souveraineté territoriale et à sa contestation et rend caducs, et surtout inutiles, les actes traditionnellement pris en compte par le droit international[36], permettant ainsi aux États parties au traité de se concentrer sur l'objet principal de ce régime : favoriser la recherche scientifique.

La primauté de la recherche scientifique

La recherche scientifique, et en particulier la liberté de celle-ci, est évoquée tout au long du Traité. Elle est mentionnée dans le préambule, puis par les articles I, III, ou encore IX, et est surtout consacrée au sein de son article II, qui dispose que « [l] a liberté de la recherche scientifique dans l'Antarctique et la coopération à cette fin, telles qu'elles ont été pratiquées durant l'Année Géophysique Internationale, se poursuivront conformément aux dispositions du présent Traité »[37]. La recherche scientifique est donc un élément fondateur du régime de l'Antarctique, et c'est sous l'impulsion des travaux scientifiques menés en 1957 et 1958 et de la coopération qui avait alors eu lieu que ce régime a pu être mis en place. Cette coopération qui a été mise en place dans un premier temps autour de la recherche scientifique, a ensuite été étendue à d'autres secteurs, à mesure que le STA a été développé.

2.2.2. La composition du système du traité sur l'Antarctique

Si la clé de voûte du système reste le traité sur l'Antarctique, celui-ci est dorénavant bien plus large, et comprend plusieurs conventions conclues depuis 1959, mais également diverses mesures et recommandations adoptées lors des réunions consultatives du traité sur l'Antarctique[38], largement orientées vers la coopération fondée sur la conservation de l'environnement. Ainsi, dès les années 1960, l'Antarctique a été reconnue comme une zone de conservation spéciale au moyen de recommandations adoptées lors de diverses RCTA[39]. En 1964, les parties ont doté le système de divers outils de protection de l'environnement permettant notamment de créer des zones spécialement protégées[40], possibilité étendue plus tard aux espaces maritimes adjacents au continent austral[41]. Dans les années 1970,

---

[35] *Traité sur l'Antarctique*, art. IV.2.

[36] Sur les moyens d'acquisitions territoriales et leur contestation, voir l'excellent ouvrage de Marcelo Kohen, Kohen, M. G. (1997), *Possession contestée et Souveraineté territoriale*, Paris, Presses Universitaires de France, 579, 106-108.

[37] *Traité sur l'Antarctique*, art. II.

[38] Réunion Consultative du Traité sur l'Antarctique, *ci-après* RCTA.

[39] *Rapport final*, Canberra 1961, RCTA I, DOC./18, I-VIII, 7 ; Bastmeijer, K., and Van Hengel, S. (2009), « The role of the protected area concept in protecting the world's largest natural reserve : Antarctica », 5 *Utrecht Law Review*, 61-79, 63.

[40] *Mesures Convenues pour la Protection de la Faune et de la Flore en Antarctique, Rapport final*, Bruxelles 1964, RCTA III, DOC./17, III-VIII, 8.

[41] Bonner, W. N. (1987), « Recent developments in Antarctic conservation », dans Triggs, G. (ed.), *The Antarctic Treaty Regime : Law, Environment and Resources*, Cambridge, Cambridge University Press, 143-149, 145.

cette protection a été renforcée, avec l'adoption de la convention pour la protection des phoques de l'Antarctique en 1972[42], et de la convention pour la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique[43]. Ce dernier instrument de conservation de l'environnement est souvent qualifié de très innovant, surtout considérant l'époque de son adoption, puisqu'il est fondé sur une approche écosystémique de la conservation de l'environnement[44], tenant compte des interactions tant entre les espèces, qu'entre les espaces, puisque sa zone d'application spatiale est définie sur la base de critères écologiques[45]. Dès 1980, le STA a également été doté d'instruments qui sont aujourd'hui analysés comme relevant d'une approche de précaution[46], c'est-à-dire des outils « dont l'essence se situe dans la prévention plutôt que dans la réparation d'un éventuel dommage environnemental »[47].

Les instruments qui composent le STA sont donc principalement orientés vers la conservation de l'environnement. Aucun de ces instruments ne concerne l'exploitation des ressources minérales antarctiques, et en particulier des ressources minérales marines, et on peut imaginer avec René-Jean Dupuy, qui relevait l'absence de disposition relative à l'exploitation des ressources dans le traité sur l'Antarctique, que les négociateurs avaient alors considéré comme lui que « ce problème n'est pas le plus urgent eu égard aux obstacles techniques encore énormes auxquels se heurterait une utilisation rentable »[48], et qu' « il devrait être possible, en cas de besoin, de développer ce droit conventionnel »[49]. C'est finalement au cours des années 1980 que les États parties au STA se sont attelés à la tâche de la négociation d'un instrument relatif au régime des ressources minérales antarctiques, qui a été conclu en 1988[50]. Cet instrument n'est toutefois jamais entré en vigueur puisque

---

[42] *Convention pour la Protection des Phoques de l'Antarctique,* Londres, 1er juin 1972, Nations Unies, *Recueil des Traité, vol. 1080*, nº 16529, 176.

[43] *Convention sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique*, Canberra, 20 mai 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités, vol. 1329*, nº 22301, 1, *ci-après* CCAMLR.

[44] Scott, K. N. (2015), « Integrated Oceans Management. A New Frontier in Marine Environmental Protection », dans Rothwell, D. R. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of The Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 463-490, 481 ; Rey-Aneiros, A. (2017), « The Protection of the Antarctic Environment », dans Fernandez-Sanchez, P. A. (ed.), *New Approaches to the Law of the Sea. In Honor of Ambassador José Antonio de Yturriaga-Barberan*, New York, Nova Science Publishers, 217-228, 221.

[45] L'article 1er de la Convention dispose, en effet, que celle-ci s'applique « aux ressources marines vivantes de la zone située au sud du 60e degré de latitude Sud et aux ressources marines vivantes de la zone comprise entre cette latitude et la convergence antarctique qui font partie de l'écosystème marin antarctique ». *CCAMLR*, art. 1.

[46] Bien que cette approche ne soit pas formellement nommée dans la Convention, et qu'il faudra attendre l'adoption de la déclaration de Rio de 1992 pour que ce soit le cas, elle transpire notamment dans l'organisation de la gestion des ressources. Schiffman, H. S. (2009), « CCAMLR Fisheries : Challenges to Effective Conservation and Management », 12 *Journal of International Wildlife Law & Policy*, 180-189, 184.

[47] Vidas, D. (2000), « The polar marine environment in regional cooperation », dans Vidas, D. (ed.), *Protecting the Polar Marine Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 78-103, 89.

[48] Dupuy, R. J., « Le statut de l'Antarctique », *supra* note 31, 227.

[49] Dupuy, R. J., « Le Traité sur l'Antarctique », *supra* note 33, 117. Pour une opinion similaire, voir Couratier, J. (1988), « La Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique », 34 *Annuaire Français de Droit International*, 764-785, 765 et s.

[50] *Convention sur la Réglementation des Activités Relatives aux Ressources Minérales de l'Antarctique*, Wellington, 2 juin 1988, *ci-après* CRAMRA. Pour une étude complète, voir notamment Bermejo, R. (1990), *L'Antarctique et ses ressources minérales : Le nouveau cadre juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 205.

l'Australie et la France, notamment, se sont opposées à celui-ci[51], et ont demandé la négociation d'un nouvel instrument qui contiendrait un moratoire sur l'exploitation des ressources minérales dans la zone du STA: le protocole au traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement.

2.2.3. La mise en place d'un moratoire sur l'exploitation des ressources minérales

Le protocole de Madrid, et les six annexes qui y sont attachées, mettent en place différentes mesures concernant la conservation de l'environnement en Antarctique. Le protocole est directement rattaché au traité sur l'Antarctique, et complète donc le STA[52]. Bien que son champ d'application spatial ait fait l'objet de discussions, il est aujourd'hui bien établi que celui-ci est identique à celui du Traité[53], c'est-à-dire qu'il s'applique à « la région située au sud du 60e degré de latitude Sud »[54]. Le protocole de Madrid reprend largement le contenu de mesures et de recommandations qui avaient déjà été adoptées dans le cadre de diverses RCTA, et en particulier les *Mesures Convenues* de 1964[55]. Il simplifie toutefois certains outils permettant la mise en place de zones protégées[56], et adopte une approche résolument écosystémique de la conservation de l'environnement en Antarctique, confirmant ainsi l'approche déjà empruntée quelques années plus tôt par la CCAMLR[57]. Surtout, le Protocole met en place l'interdiction d'exploiter des ressources minérales en Antarctique, puisque son article 7 dispose que « toute activité relative aux ressources minérales, autre que la recherche scientifique, est interdite »[58]. On peut néanmoins évoquer un moratoire plutôt qu'une prohibition, puisque l'article 25 du même Protocole permet d'entrevoir une possible modification de ses règles à l'issue d'une période de 50 années suivant l'entrée en vigueur de celui-ci, soit à l'horizon 2048.

Ainsi, le continent Antarctique et les eaux qui y sont adjacentes sont dotés d'un régime patiemment élaboré au cours de la seconde moitié du XXe siècle, initialement fondé sur la primauté de la recherche scientifique et la coopération, puis sur la conservation de l'environnement.

---

[51] Sur les raisons qui ont amené ces États à demander la négociation d'un nouvel instrument, voir notamment Vidas, D., *supra* note 47, 78-103.

[52] *Protocole au Traité sur l'Antarctique, relatif à la protection de l'environnement*, art. 4 et 5.

[53] Vidas, D., *supra* note 47, 97-98 ; Wood, K. R. (2003), « The Uncertain Fate of the Madrid Protocol to the Antarctic Treaty in the Maritime Area », 34 *Ocean Development and International Law*, 139-159, 140 ; Vigni, P. (2000), « The Interaction between the Antarctic Treaty System and the Other Relevant Conventions Applicable to the Antarctic Area », 4 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 481-542, 527.

[54] *Traité sur l'Antarctique*, art. VI.

[55] Rothwell, D. R. (2000), « Polar Environmental Protection and International Law : The 1991 Antarctic Protocol », 11 *European Journal of International Law*, 591-614, 592 ; *Mesures Convenues pour la Protection de Faune et de la Flore en Antarctique, supra* note 40.

[56] Bastmeijer, K., and Van Hengel S., *supra* note 39, 72.

[57] Rothwell, D. R., *supra* note 55, 594.

[58] *Protocole au Traité sur l'Antarctique, relatif à la protection de l'environnement*, art. 7.

2.3. Une articulation fonctionnelle menacée

Les régimes précédemment présentés sont tous deux applicables aux fonds marins de l'Antarctique, et la question de leur articulation s'est donc posée. Or, si les champs d'application spatiaux des deux régimes se superposent, le régime universel établi par la partie XI de la convention de Montego Bay est instauré en faveur de l'humanité tout entière, tandis que le régime du STA l'est en faveur de ses seuls membres (2.3.1). Pour des raisons essentiellement d'ordre politique, c'est le régime plus restrictif du STA qui a éte appliqué aux fonds marins de l'Antarctique (2.3.2). La stabilité apportée par cette articulation, certes fonctionnelle, est toutefois aujourd'hui menacée par deux éléments, qui sont liés : le réveil des revendications territoriales, ainsi que l'éventuelle organisation de l'exploitation des ressources minérales antarctiques (2.3.3).

2.3.1. Des dispositions potentiellement conflictuelles

L'article 311 de la CNUDM accorde au concept de PCH une protection particulière, puisque cet article, intitulé « [r]elations avec d'autres conventions et accords internationaux », dispose que « [l]es États parties conviennent qu'aucune modification ne peut être apportée au principe fondamental concernant le patrimoine commun de l'humanité énoncé à l'article 136 et qu'ils ne seront parties à aucun accord dérogeant à ce principe »[59].Cette disposition reste néanmoins relativement vague, puisque l'étendue du principe fondamental en question n'est pas précisée. Tous les éléments qui composent ce concept doivent-ils être respectés en vertu de cet article ? S'agit-il principalement du principe de non-appropriation, considéré par certains comme l'élément caractéristique du PCH[60] ? Il semble que c'est avant tout la titularité des droits sur les fonds marins situés au-delà des limites de la juridiction nationale qui définit au mieux le concept de patrimoine commun de l'humanité. C'est l'humanité tout entière, aux termes de l'article 137, qui est investie de tous les droits sur les ressources de la Zone. Le principe de non-appropriation n'est ainsi qu'un corolaire de ce partage des droits dont est investie l'humanité tout entière. Le STA s'inscrit donc en opposition au regard de cette disposition puisque l'internationalisation n'est mise en place qu'au profit des États parties à ce système. Ce système repose d'ailleurs également sur une disposition similaire puisque l'article X du traité sur l'Antarctique dispose que « [c]hacune des parties contractantes s'engage à prendre les mesures appropriées [...] en vue d'empêcher que personne n'entreprenne dans l'Antarctique aucune activité contraire aux principes ou aux intentions du présent Traité »[61].

---

[59] *CNUDM*, art. 311.6.
[60] Tuerk, H., *supra* note 16, 263.
[61] *Traité sur l'Antarctique*, art. X.

Comment dès lors expliquer l'articulation des deux régimes, dans l'espace régi par le STA, alors même que les bénéficiaires de ces régimes ne sont pas identiques ? L'opposition semble en fait avoir trouvé une réponse politique avec l'adoption du protocole de Madrid, qui a permis de justifier l'application du régime spécifique prévu par le STA.

2.3.2. Le protocole de Madrid comme moyen d'articulation des deux régimes

L'adoption du protocole au traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement a permis l'articulation des deux régimes précités, ou plutôt l'effacement du régime universel de la partie XI de la CNUDM au profit du régime spécifique du STA.

En effet, la principale opposition de ces deux régimes, c'est-à-dire la problématique de la titularité des droits sur les fonds marins internationaux de l'océan Austral, ne se posait plus de manière aussi pressante suite à la mise en place de la prohibition relative à l'exploitation des ressources minérales. Dès lors, il était soutenable d'un point de vue politique que le STA, dorénavant augmenté du Protocole, respecte en partie le concept de PCH tel qu'énoncé dans la convention de Montego Bay et qu'il respecte également l'esprit de cette convention et des diverses dispositions en faveur de la protection de l'environnement qu'elle contient. Les références à l'intérêt de l'humanité présentes dans les différents éléments composant le STA[62], tout comme la désignation de l'Antarctique « comme réserve naturelle, consacrée à la paix et à la science »[63], ont d'ailleurs certainement favorisé cette interprétation. Enfin, la décision des parties au STA de faire preuve de davantage de transparence et d'accepter davantage de membres au sein de ce système est également un élément qui a favorisé l'acceptation de l'adaptation supérieure du régime particulier du STA plutôt que du régime universel de la CNUDM afin de gérer les fonds marins de l'Antarctique[64].

Ainsi, l'opposition mentionnée, qui a été largement dénoncée durant les années 1980 par les États alors nouvellement indépendants dans l'objectif de faire appliquer au continent Antarctique le régime du patrimoine commun de l'humanité, a peu à peu été tue[65]. L'abandon de la convention sur la régulation des activi-

---

[62] *Traité sur l'Antarctique*, Préambule, §2 ; *CCAMLR*, Préambule, §9 ; *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, Préambule, §8.

[63] *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, art. 2.

[64] Scott. K. (2003), « Institutional Developments within the Antarctic Treaty System », 52 *International and Comparative Law Quarterly*, 473-487, 476 ; Davis, R. (2014), « The Durability of the 'Antarctic Model' and Southern Ocean Governance », dans Stephens, T., and Vanderzwaag, D. (eds.), *Polar oceans governance in an era of environmental change*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 287-307, 302.

[65] De Marffy, A. (1987), « L'Antarctique : quatre ans de débat à l'ONU », 2 *Espaces et ressources maritimes*, 3-31, 11 ; Oraison, A. (2005), « La position et le rôle particulier de certains États dans le processus de protection du continent Antarctique. Le cas spécifique de la France en sa double qualité d'État possessionné et d'État conservationniste », 2 *Revue Juridique de l'Environnement*, 147-162, 153 ; Scott, S. V. (1997), « Universalism and Title to Territory in Antarctica », 66 *Nordic Journal of International Law*, 33-53, 51 ; Tepper, R,.

tés relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, jamais entrée en vigueur, remplacée par le protocole de Madrid conclu en 1991 a donc permis à la « question Antarctique » de se faire plus consensuelle[66]. La spécificité antarctique appliquée à la partie de la Zone située dans le champ d'application spatial du STA a donc été acceptée, politiquement justifiée, permettant ainsi de lisser —pour un temps— l'opposition des deux régimes.

2.3.3. Une stabilité toute relative : l'intenable repli des États possessionnés et la fin du moratoire

Cette stabilité, acquise pour un temps, est néanmoins dorénavant remise en question[67]. L'analyse des raisons exactes de la fragilité croissante du STA dépasse le champ de la présente étude. Parmi ces facteurs variés, il faut néanmoins souligner deux éléments principaux, qui sont partiellement liés.

Aux termes de l'article 25 du protocole de Madrid d'abord, celui-ci pourra être amendé « à l'expiration d'une période de 50 ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Protocole »[68]. Ce même article prévoit en particulier les conditions de modification du moratoire relatif à l'exploitation des ressources minérales de l'Antarctique, et ajoute que le régime spécifique éventuellement mis en place pour organiser l'exploitation des ressources minérales devra « sauvegarder pleinement les intérêts de tous les États mentionnés à l'article IV du Traité sur l'Antarctique et appliquer les principes qui y sont énoncés ». Le Protocole étant entré en vigueur en 1998, il pourra être modifié à partir de 2048. Au vu des enjeux actuellement liés à l'accès aux ressources, il est évident qu'au fur et à mesure que cette date approchera, l'intérêt porté à l'Antarctique grandira.

Parallèlement, les demandes des États qui revendiquent la souveraineté sur une partie du continent Antarctique, déposées auprès de la Commission des limites du plateau continental dans le cadre de la procédure d'extension du plateau continental prévue par l'article 76.8 de la CNUDM, ont également participé à la recrudescence des critiques adressées à l'encontre du STA. En effet, les sept États possessionnés, choisissant certes des voies supposées consensuelles, ont néanmoins ravivé les critiques au travers de ce qu'on pourrait qualifier de « réveil des souverainetés »[69]. En dépit du moratoire instauré par l'article 7 du protocole de Madrid, les États pos-

---

and Haward, M. (2005), « The development of Malaysia's position on Antarctica : 1982 to 2004 », 41 *Polar Record*, 113-124, 115.

[66] Dodds, K. (2010), « Governing Antarctica : Contemporary Challenges and the Enduring Legacy of the 1959 Antarctic Treaty », 1 *Global Policy*, 108-115, 111.

[67] Davis, R., *supra* note 64, 289 ; Joyner, C. C. (2011), « Potential Challenges to the Antarctic Treaty », dans Berkman, P. A. *et al.* (eds.), *Science Diplomacy. Antarctica, Science, and the Governance of International Spaces*, Washington D. C., Smithsonian Institution Scholarly Press, 97-102, 98.

[68] *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, art. 25.2.

[69] Molenaar, E .J.; Oude Elferink A. G., and Rothwell, D. R. (2013), « Interactions between Global and Regional Regimes : Trends and Prospects », dans Molenaar, E. J.; Oude Elferink, A. G., and Roth-

sessionnés semblent donc être engagés dans un processus de sauvegarde de leurs droits[70], en prévision de la fin de celui-ci. Alors qu'on pouvait espérer la disparition progressive des revendications territoriales en Antarctique et la pérennisation du STA[71], les demandes déposées auprès de la Commission, couplées à la règle permettant la mise en place d'un régime d'exploitation des ressources minérales de l'Antarctique contenue dans l'article 25, représentent au contraire d'importants facteurs de déstabilisation du système de gouvernance de l'Antarctique.

Aux termes des éléments abordés dans cette première partie, on peut donc envisager un éventuel retour à l'opposition entre les deux régimes présentés, et la réinscription de la « question Antarctique » à l'agenda de l'Assemblée générale des Nations Unies. Une autre approche peut toutefois également être envisagée. Le droit international, c'est une évidence, n'est pas figé, et est l'objet d'un processus d'évolution et de développement continuel. En adoptant une vision dynamique du droit applicable à la région Antarctique, certains éléments rapprochant les deux régimes peuvent être analysés.

3. UNE VISION DYNAMIQUE DU DROIT APPLICABLE À LA RÉGION ANTARCTIQUE – VERS UNE FUSION DES DEUX RÉGIMES GOUVERNANT LES FONDS MARINS INTERNATIONAUX DE CET ESPACE ?

Face à l'instabilité grandissante du système du traité sur l'Antarctique, et au probable retour à une situation antérieure en matière de contestation de ce système, il semble opportun d'essayer de repenser l'interaction de ces deux régimes. Ainsi, plutôt que de se contenter de constater l'opposition persistante des deux régimes applicables aux fonds marins internationaux situés dans le champ d'application spatial du système du traité sur l'Antarctique, il nous paraît souhaitable de nous interroger sur l'étendue de l'incompatibilité de ces régimes. Pour évaluer celle-ci, une analyse des éléments qui rapprochent les deux régimes, de leurs similarités, paraît pertinente. Cette approche permet de déceler divers points communs, et d'envisager une réelle interaction entre les deux régimes, qui évoluent en réalité dans la même direction, sous l'exigence de conservation du milieu marin. Le premier élément rapprochant les deux régimes est la similarité de principes relatifs à la protection de l'environnement (3.1). Cette similarité se retrouve également quant aux parties prenantes participant à la gestion des deux régimes (3.2). Enfin, la notion même de patrimoine commun de l'humanité a évolué, permettant aujourd'hui d'envisager son application à la zone Antarctique (3.3).

WELL, D. R. (eds.) *The Law of the Sea and the Polar Regions, Interactions between Global and Regional Regimes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 389-417, 389.

[70] LIGGETT, D. (2015), « An Erosion of Confidence ? The Antarctic Treaty System in the Twenty-First Century », dans PINCUS, R., and ALI, S. H. (eds.), *Diplomacy on Ice, Energy and the Environment in the Arctic and Antarctic*, New Haven, Yale University Press, 61-71, 65 et 70.

[71] TRIGGS, G., *supra* note 2, 105.

3.1. Des principes relatifs à la protection de l'environnement communs aux deux régimes

La convention de Montego Bay contient de nombreuses références à la conservation de l'environnement (3.1.1), tandis qu'il s'agit de l'ADN du STA depuis sa fondation (3.1.2). La similarité des deux régimes est particulièrement visibles au travers de la mise en place d'approches dorénavant incontournables du droit international de l'environnement : l'approche de précaution et l'approche écosystémique (3.1.3).

3.1.1. La conservation de l'environnement telle que prescrite par la CNUDM

La CNUDM contient de nombreuses dispositions qui font référence à la conservation de l'environnement. C'est notamment le cas au sein de la partie XII qui est spécialement dévolue à la protection et à la préservation de l'environnement marin, et qui prescrit des obligations très générales, telle que celle inscrite à l'article 192, qui oblige les États parties à « protéger et préserver l'environnement marin »[72]. La Convention contient également d'autres obligations, plus spécifiques. Ainsi, l'article 145 confie à l'AIFM le soin d'adopter des règles, règlements et procédures afin de « protéger et conserver les ressources naturelles de la Zone et prévenir les dommages à la flore et à la faune marines », « en ce qui concerne les activités menées dans la Zone »[73]. Cette prérogative de l'Autorité doit d'ailleurs être lue de concert avec une seconde prérogative dont est dotée l'Autorité par l'article 162[74], qui lui permet d'exclure « la mise en exploitation de certaines zones [...] lorsqu'il y a de sérieuses raisons de penser qu'il en résulterait un risque de dommage grave pour le milieu marin »[75]. Il faut ajouter qu'en plus de ces prescriptions individuelles en faveur de la conservation de l'environnement, la convention prévoit également d'atteindre cet objectif par la mise en place de collaborations. Ainsi, l'article 197 exhorte les États parties à coopérer, « au plan mondial et [...] au plan régional », « par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes » notamment, afin d'élaborer des règles, des normes, des pratiques et des procédures pour protéger et préserver l'environnement marin[76]. L'article 237 va également dans le sens de la coopération en autorisant les États à remplir les obligations qui leur incombent « en vertu de conventions et d'accords spécifiques conclus [...] en matière de protection et préservation du milieu marin », la seule condition imposée étant que les États parties s'acquittent de leurs obligations « d'une

[72] *CNUDM*, art. 192.

[73] Voir également *CNUDM*, art. 209.1.

[74] Jarmache, E. (2016), « Vingt ans après. Les Fonds Marins », dans Doumbé-Billé, S., and Thouvenin, J. M. (eds.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim. Ombres et lumières du droit international*, Paris, Pedone, 191-203, 198.

[75] *CNUDM*, art. 162.2(x).

[76] *CNUDM*, art. 197.

manière compatible avec les principes et objectifs généraux de la Convention »[77]. Au vu de ces diverses obligations, les États parties, les organisations internationales, et l'Autorité internationale des fonds marins semblent donc bien dotés des compétences nécessaires à la conservation de l'environnement marin, qu'il faille mentionner l'existence de débats en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs de l'Autorité en la matière[78].

Ces principes relatifs à la protection du milieu marin se retrouvent évidemment au sein du STA, qui a fait de la conservation de l'environnement son orientation générale dès sa mise en place.

3.1.2. L'orientation générale conservationniste du STA depuis ses débuts

Si les dispositions relatives à la protection de l'environnement peuvent paraître légères au sein du Traité initial, qui se contente d'évoquer la compétence des États membres à formuler et recommander l'adoption de mesures « relatives à la protection et à la conservation de la faune et de la flore dans l'Antarctique » lors des réunions des parties consultatives[79], les États membres du STA ont en réalité rapidement fait de la conservation de l'environnement un pilier du système[80]. On retrouve ainsi des principes relatifs à la protection de l'environnement au sein des différents instruments qui composent le STA, notamment au sein de différentes mesures contraignantes adoptées par les États parties comme, par exemple, les mesures convenues de 1964, ou encore tout au long du protocole de Madrid et de ses annexes.

Le STA comprend diverses obligations d'ordre général tendant à la protection de l'environnement marin[81] et à la conservation des ressources[82]. D'autres dispositions permettent de protéger certaines zones particulières. En effet, l'article 2 du protocole de Madrid consacre l'Antarctique « réserve naturelle »[83], tandis que l'article 8 des mesures convenues de 1964, l'article 3 du Protocole ou encore

---

[77] *CNUDM*, art. 237.

[78] Certains auteurs estiment en effet que la compétence de l'Autorité se limite au cadre des activités menées dans la Zone. En ce sens, Proelss, A. (2013), « The Role of the Authority in Ocean Governance », dans Scheiber, H. N., and Paik, J. H. (eds.), *Regions, Institutions, and Law of the Sea Studies in Ocean Governance*, Leiden, Brill, 145-160, 152 ; Tuerk, H., *supra* note 16, 274. D'autres auteurs considèrent, en revanche, que le mandat de l'Autorité s'étend à la protection de l'environnement marin de la Zone d'une manière plus générale. Voir notamment Beurier, J. P. (2014), « Zone internationale et régime de l'exploitation des grands fonds marins », dans Beurier, J. P. (ed.), *Droits Maritimes*, Paris, Dalloz, 160-173, 172 ; Scovazzi, T. (2004), « Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting : Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority », 19 *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 383-409, 393.

[79] *Traité sur l'Antarctique*, art. IX.1(f).

[80] Joyner, C. C. (1998), *Governing the Frozen Commons – The Antarctic Regime and Environmental Protection*, Columbia, University of South Carolina Press, 147 et s.

[81] *CCAMLR*, Préambule, §1 ; *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, Préambule, §1, et art. 2.

[82] *CCAMLR*, Préambule, §3, et art. 2.

[83] *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, art. 2.

l'article 2 de l'Annexe V de ce même Protocole permettent la création de zones de protection particulières[84]. Enfin, comme au sein de la CNUDM, la coopération avec d'autres organisations est envisagée[85], avec « le Comité scientifique pour la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique », avec « d'autres organisations scientifiques, environnementales et techniques appropriées »[86], et notamment avec « l'Organisation maritime internationale et d'autres organisations internationales »[87].

La similarité de l'approche conservationniste privilégiée tant par le régime défini par la CNUDM que par celui du STA est donc évidente, mais très générale. Elle devient toutefois plus précise lorsqu'on aborde l'application de l'approche écosystémique et de l'approche de précaution.

3.1.3. L'approche de précaution et l'approche écosystémique

La convention sur la diversité biologique de 1992 définit un écosystème comme correspondant à un « complexe dynamique formé de communauté de plantes, d'animaux et de micro-organismes et de leur environnement non vivant qui, par leur interaction, forment une unité fonctionnelle »[88]. L'approche écosystémique peut donc être entendue comme une approche tenant compte non seulement d'un milieu ou d'une espèce, mais aussi de toutes les interactions, « de l'interdépendance entre tous les compartiments de l'écosystème, étant donné que leur gestion fait intervenir tout autant la vie en mer et le milieu marin que l'être humain »[89].

Ainsi que cela a déjà été mentionné, la CCAMLR fait figure d'instrument très innovant, puisqu'une approche écosystémique y a été inscrite dès 1980[90]. C'est néanmoins le protocole de Madrid qui a réellement fait de l'approche écosystémique une caractéristique fondamentale du STA[91]. Les ré-

---

[84] *Mesures Convenues pour la Protection de Faune et de la Flore en Antarctique, supra* note 40, art. 8 ; *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, art. 3 et Annexe V, art. 2.

[85] Voir, par exemple, CCAMLR, art. 6 et 11 et *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement,* art. 6 ; Haward M. (2009), « The Law of the Sea Convention and the Antarctic Treaty System : Constrains or Complementarity ? », dans Hong, S. Y. and Van Dyke, J. M. (eds.), *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 304, 231-251, 242.

[86] *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, art. 12.2.

[87] *Idem*, Annexe IV, art. 3, 5, 6 et 12.

[88] *Convention sur la Diversité Biologique*, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, Nations Unies*, Recueil des Traités,* vol. 1760, nº 30619, 79, art. 2.

[89] Arico, S. (2009), « Mise en œuvre de l'approche écosystémique dans les espaces maritimes, en particulier en haute mer et dans les grands fonds marins : importance d'une analyse des parties prenantes et de leurs intérêts », dans Doalos (ed.), *Les approches écosystémiques et les océans*, New York, Publication des Nations Unies, 5-7, 5.

[90] Constable, A. (2009), « L'application de l'approche écosystémique au plan international pour assurer la conservation des ressources biologiques marines de l'Antarctique », dans Doalos (ed.), *Les approches écosystémiques et les océans*, New York, Publication des Nations Unies, 122-133, 122 ; Davis, R., *supra* note 64, 294.

[91] Rothwell, D. R., *supra* note 55, 594.

férences à « la protection globale de l'environnement en Antarctique et des écosystèmes dépendants et associés »[92], à la nécessaire compréhension de « l'environnement global » afin d'organiser et de conduire « toute activité dans la zone du Traité »[93], indiquent bien la volonté de ne pas limiter la protection à un élément, spatial ou matériel, arbitrairement défini, mais de proposer une protection englobante.

La mise en place d'une approche écosystémique est également visible au sein de dispositions plus spécifiques inscrites dans les annexes attachées au Protocole, puisque chaque annexe cherche à cerner un type d'interaction différent au sein de la zone du STA. L'annexe III, par exemple, porte sur le traitement des déchets, et s'applique à tous, sans distinction selon le type d'acteur concerné ou encore selon l'activité[94].

Cette approche écosystémique se retrouve également dans le régime de la Zone. En effet, bien que l'approche favorisée par la CNUDM soit principalement zonale, on peut considérer qu'il ressort de la rédaction de la partie XI une certaine prise en compte des fonds marins en tant qu'écosystème. L'article 142 par exemple, inclut les États côtiers dans la gestion des espaces adjacents à la Zone[95], tandis que l'article 145, relatif à la protection du milieu marin, évoque entre autres l'importance de « l'équilibre écologique du milieu marin »[96]. Outre la rédaction initiale de la partie XI, c'est la pratique de l'Autorité qui démontre le mieux l'adoption d'une approche écosystémique, ainsi que cela a pu être souhaité[97]. En effet, l'Autorité s'est par exemple engagée à « protéger efficacement le milieu marin »[98], et elle a défini celui-ci comme correspondant aux « éléments et facteurs physiques, chimiques, géologiques et biologiques, entre autres, qui agissent les uns sur les autres et déterminent la productivité, l'état, la condition et la qualité de l'écosystème marin »[99].

Par conséquent, le régime du STA comme celui de la Zone, tel qu'il ressort de la pratique de l'Autorité indique une certaine similarité quant à l'adoption d'une approche écosystémique, surmontant ainsi au moins partiellement l'opposition initialement constatée. Il en va d'ailleurs de même concernant l'adoption d'une approche de précaution.

---

[92] *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, art. 2.

[93] *Idem*, art. 3.1.

[94] *Idem*, Annexe III ; Rothwell, D. R., *supra* note 55, 604.

[95] *CNUDM*, art. 142.1.

[96] *Idem*, art. 145(a).

[97] De Marffy-Mantuano, A. (2011), « L'Autorité Internationale des Fonds Marins : une organisation en devenir ? », 16 *Annuaire du Droit de la Mer*, 307-320, 318 ; Salpin, C., and Germani, V. (2010), « Marine Protected Areas Beyond Areas of National Jurisdiction : What's Mine is Mine and What You Think is Yours is also Mine », 19 *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 174-184, 184.

[98] *Décision de l'Assemblée de l'Autorité internationale des fonds marins concernant le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des encroûtements cobaltifères de ferromanganèse dans la Zone*, Kingston, 22 octobre 2012, ISBA/18/A/11, art. 33.1.

[99] *Idem*, art. 1.3(d).

Celle-ci peut être définie comme un principe général, qui requiert l'adoption de mesures préventives variées[100]. L'approche est définie au sein du principe 15 de la déclaration de Rio de 1992, qui énonce qu'« [e]n cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »[101].

Si l'adoption de cette approche au sein du STA était visible dès 1980, c'est là aussi le protocole de Madrid qui a confirmé celle-ci. On peut notamment évoquer l'adoption de divers outils de gestion, telle que l'évaluation préalable d'impact, caractéristique de l'approche de précaution[102], mais aussi la possibilité de créer des zones spécialement protégées[103]. Pour Donald Rothwell, la négociation du moratoire, qui a fait immédiatement suite à la négociation d'un régime d'exploitation, constitue en soi une mise en œuvre de l'approche de précaution[104].

Au sein du régime de la Zone, c'est l'activité normative de l'Autorité qui indique l'adoption de cette approche de la manière la plus pertinente. En effet, les divers textes qui composent ce qu'il est convenu de nommer le « code minier » de l'AIFM ne laissent planer aucun doute quant à la mise en œuvre de cette approche, puisqu'on y trouve des références directes à l'application du « principe de précaution posé dans le Principe 15 de la Déclaration de Rio »[105]. Par ailleurs, les différents outils de gestion prévus[106], l'évaluation d'impact préalable[107], l'obligation d'adopter les meilleures pratiques environnementales[108], de présenter un plan de gestion ou encore de mettre en place une surveillance[109], sont autant d'éléments qui démontrent l'adoption d'une approche de précaution. Enfin, cette approche a été d'une certaine manière confirmée par un avis consultatif du Tribunal international du droit de la mer rendu en 2011[110]. Si la pertinence du recours à l'approche de précaution pour l'interprétation d'un traité

---

[100] Sage-Fuller, B. (2013), *The Precautionary Principle in Marine Environmental Law*, London, Routledge, 301, 67.

[101] *Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement*, Rio de Janeiro, 12 août 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I), Principe 15.

[102] Rothwell, D. R., *supra* note 55, 609.

[103] *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, Annexe V, art. 3.

[104] Rothwell, D. R., *supra* note 55, 608.

[105] *Décision de l'Assemblée de l'Autorité internationale des fonds marins concernant le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des encroûtements cobaltifères de ferromanganèse dans la Zone*, *supra* note 98, art. 33.2 ; *Décision de l'Assemblée concernant le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des sulfures polymétalliques dans la Zone*, Kingston, 4 mai 2010, ISBA/16/A/12, art. 33.2 ; *Décision du Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins concernant les modifications à apporter au Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone et des questions connexes*, Kingston, 22 juillet 2013, ISBA/19/C/17, art. 31.2.

[106] Rayfuse, R. (2012), « Precaution and the protection of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction », 27 *International Journal of Marine and Coastal Law*, 773-781, 779.

[107] Antrim, C. (2015), « The International Seabed Authority Turns Twenty », 16 *Georgetown Journal of International Affairs*, 188-196, 192.

[108] Wolfrum, R., *supra* note 26, 247.

[109] Rayfuse, R. (2011), « Differentiating the Common : The Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Deep Seabed Mining Activities in the Area », 54 *German Yearbook of International Law*, 459-488, 479.

[110] *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1er* février 2011, TIDM Recueil 2011, 10.

avait déjà été abordée par la Cour internationale de justice[111], c'est la première fois que l'approche est abordée en référence aux fonds marins internationaux. Le Tribunal a ainsi estimé qu'il existait un mouvement tendant « à incorporer cette approche dans le droit international coutumier »[112].

Les deux régimes developpés, sous l'impulsion de l'exigence de conservation de l'environnement, et en particulier l'exigence de conservation du milieu marin, ne manquent pas de frapper par leur ressemblance. Dans le cas du régime de la Zone, l'évolution est réellement évidente, tant l'approche adoptée s'éloigne de l'approche zonale privilégiée au sein de la CNUDM.

Cette similarité, qui repose sur de grands principes identiques et sur l'adoption des mêmes approches, se retrouve également quant aux acteurs agissant au sein de ces régimes, les parties prenantes, qui sont là aussi très ressemblants.

3.2. Des parties prenantes similaires

Les parties prenantes impliquées dans la gestion du régime du STA comme du régime établi par la partie XI de la convention de Montego Bay, si elles ne sont pas identiques, sont néanmoins très similaires. Les États restent bien entendu les acteurs les plus impliqués dans cette gouvernance (3.2.1), mais les acteurs non-étatiques ont également un rôle prépondérant (3.2.2). Les composantes institutionnelles internes des deux régimes, finalement, partagent également de nombreuses ressemblances (3.2.3).

3.2.1. Des États largement identiques

Caitlyn Antrim souligne qu'au sein de l'Autorité, la primauté de l'État nation existe toujours, puisque ce sont eux qui sont les principaux membres de l'institution[113]. Au sein du STA, la primauté de l'État nation est bien entendu également une réalité, mais il faut noter que l'existence de différentes catégories, les signataires originaires, les parties consultatives et les parties non-consultatives, que René-Jean Dupuy a qualifié de prévalants, d'élus et d'appelés[114], perturbe un peu le fonctionnement traditionnel d'une organisation internationale, créant de larges distinctions quant aux prérogatives dont disposent ces différentes catégories d'États au sein du STA[115]. Il faut ici préciser qúau sein de l'Autorité également,

---

[111] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, 14, §164, 61 ; Matz-Lück, N., and Fuchs, J. (2015), « Marine Living Resources », dans Rothwell, D. R. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of The Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 491-515, 496.

[112] *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, *supra* note 110, §135, 47.

[113] Antrim, C., *supra* note 107, 193.

[114] Dupuy, R. J., « Le Traité sur l'Antarctique », *supra* note 33, 119.

[115] Cette hiérarchie est d'autant plus particulière que certaines organisations non-gouvernementales, à l'image du Comité scientifique sur la recherche en Antarctique, disposent quant à elles d'importantes préroga-

tous les États n'ont pas le même poids dans le processus de décision, selon leur appartenance au Conseil ou non[116].

En tout état de cause, le STA compte actuellement cinquante-trois membres, dont vingt-neuf sont des parties consultatives, tandis que vingt-quatre n'ont que le statut de parties non-consultatives, et ne peuvent par conséquent qu'assister aux RCTA, sans prendre part au processus décisionnel. Parmi ces cinquante-trois membres, quarante-six ont signé la convention de Montego Bay, et sont par conséquent membres de l'AIFM[117], tandis que les sept autres États ont tous le statut d'observateur auprès de l'Autorité. S'il est coutume de rappeler que les États-Unis font partie de cette dernière catégorie, il semble plus pertinent de souligner le caractère largement similaire des États impliqués dans la gouvernance tant du STA que de l'Autorité.

Une autre similarité existe également quant à l'implication d'acteurs non-étatiques dans cette gouvernance.

3.2.2. L'implication des acteurs non-étatiques dans la gouvernance des deux régimes

Aux côtés des États, la gouvernance des deux régimes est partagée avec des acteurs non-étatiques impliqués dans les deux régimes. La place occupée par ces acteurs varie en réalité en fonction du régime, mais aussi en fonction des acteurs. Ainsi, au sein du STA par exemple, la participation d'acteurs non-étatiques est indirectement acquise depuis 1959 et la conclusion du Traité initial[118], et plus directement depuis la conclusion des *Mesures convenues* de 1964[119]. La participation d'acteurs non-étatiques au sein du STA s'y est développée en trois étapes, avec l'interface science-politique en premier lieu[120], le rôle joué par les organisations non-gouvernementales dans le développement du STA ensuite[121], et enfin, le rôle du secteur privé en Antarctique[122]. Enfin, différentes agences onusiennes sont également impliquées dans la gestion des questions antarctiques, telle que

---

tives. Dudeney, J. R., and Walton, D. L. H. (2012), « Leadership in politics and science within the Antarctic Treaty », 31 *Polar Research*, 1-9, 2.

[116] Pour une analyse de la composition des différents organes de l'Autorité, voir Harrison, J. (2011), *Making the Law of the Sea. A Study in the Development of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 316, 125.

[117] *CNUDM*, art. 156.2.

[118] *Traité sur l'Antarctique*, art. II.

[119] *Mesures Convenues pour la Protection de Faune et de la Flore en Antarctique, supra* note 40, Préambule.

[120] Dudeney, J. R., et Walton, D. L. H., *supra* note 115, 2.

[121] Voir notamment Barnes, J. N. (1987), « Environmental protection and the future of the Antarctic : new approaches and perspectives are necessary », dans Triggs, G. (ed.), *The Antarctic Treaty Regime : Law, Environment and Ressources*, Cambridge, Cambridge University Press, 150-158, 155 ; Davis, R., *supra* note 64, 303.

[122] Duyck, S. (2015), « Polar Environmental Governance and Nonstate Actors », dans Pincus, R., and Ali, S. H. (eds.), *Diplomacy on Ice. Energy and the Environment in the Arctic and Antarctic*, New Haven, Yale University Press, 13-40, 19.

l'Organisation maritime internationale ou le programme des Nations Unies pour l'environnement, ainsi que d'autres organisations internationales, telle que l'Organisation hydrographique internationale. L'implication de tous ces acteurs non-étatiques favoriserait une gestion environnementale saine du continent et des prises de décisions consensuelles[123].

Au sein de l'AIFM, les parties prenantes intéressées par les fonds marins sont également impliquées dans le processus de gouvernance, puisque les représentants d'organisations non-gouvernementales, telles que Greenpeace et WWF, mais aussi les représentants des entreprises intéressées, comme des organisations internationales, peuvent assister l'Autorité et sont invités à être force de proposition[124]. Si la place occupée par les acteurs non-étatiques n'est pas encore prépondérante, leur participation est néanmoins grandissante[125], et le secrétaire général de l'AIFM, Michael Lodge, disait récemment souhaiter encore davantage de coopération avec ces acteurs.

Les systèmes de gouvernance des deux régimes impliquent donc la participation de divers acteurs non-étatiques. Si le processus décisionnel reste officiellement contrôlé par les États[126], il serait intéressant d'être en mesure d'évaluer l'influence réelle de ces observateurs attentifs[127]. Pour finir, il semble également opportun de noter la similarité des missions qui sont confiées aux composantes internes de ces régimes.

3.2.3. Des composantes aux missions similaires

L'Autorité est caractérisée par une structure institutionnelle plus développée que le STA, qui n'a par exemple été doté d'un secrétariat permanent que récemment[128]. L'AIFM, aux termes des articles 156 et suivants de la CNUDM, est composée de différents organes, parmi lesquels on trouve le Conseil, organe exécutif de l'Autorité, lui-même composé de différents éléments, dont la Commission juridique et technique. Celle-ci élabore notamment toutes les mesures environnementales[129], puisqu'aux termes de l'article 165, elle « fait au Conseil des recommandations sur la protection du milieu marin, en tenant compte de l'opinion

---

[123] Jacobsson, M. (2007), « The Antarctic Treaty System : Legal and Environmental Issues – Future Challenges for the Antarctic Treaty System », dans Triggs, G., and Riddell, A. (eds.), *ANTARCTICA. Legal and Environmental Challenges for the Future*, London, British Institute of International and Comparative Law, 1-16, 3.

[124] Antrim, C., *supra* note 107, 193-194.

[125] Tuerk, H., *supra* note 16, 281 ; Jarmache, E., *supra* note 74, 199.

[126] Bianchi, A. (2011), « The fight for inclusion : Non-State Actors and International Law », dans Fastenrath, U. (ed.), *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 39-57, 49.

[127] Arico, S., *supra* note 89, 7.

[128] Dopagne, F. (2009), « Remarques sur les aspects institutionnels de la gouvernance des régions polaires », 55 *Annuaire Français de Droit International*, 601-614, 204.

[129] Armas-Pfirter, F. M. (2009), « How Can Life in the Deep Sea Be Protected ? », 24 *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 281-307, 288.

d'experts reconnus »[130], et a le pouvoir de recommander au Conseil « d'exclure la mise en exploitation de certaines zones [...] lorsqu'il y a de sérieuses raisons de penser qu'il en résulterait un risque de dommage grave pour le milieu marin »[131].

Le STA s'est également doté de divers organes[132], parmi lesquels le Comité pour la protection de l'environnement, dont le rôle est semblable à celui de la Commission juridique et technique de l'Autorité en ce qui concerne l'élaboration de mesures environnementales[133]. En effet, c'est ce comité, en collaboration avec d'autres institutions[134], et notamment les « organisations scientifiques, environnementales et techniques appropriées »[135], qui a la possibilité de formuler des recommandations quant au fonctionnement et au développement du système de zones protégées de l'Antarctique[136]. En mer, la protection du milieu marin relève davantage de la Commission de la CCAMLR[137], qui élabore les mesures de conservation, et décide notamment de « la fermeture de zones [...] à des fins d'étude scientifique ou de conservation, y compris celle de zones spéciales destinées à la protection et à l'étude scientifique »[138]. La Commission « tient pleinement compte des recommandations et des avis du Comité scientifique »[139], qui peut lui-même « solliciter l'avis d'autres savants ou experts »[140], et doit tenir compte « des travaux des autres organisations scientifiques menées dans le cadre du Traité sur l'Antarctique »[141].

Le parallèle ainsi esquissé montre que des organes aux missions très similaires ont été institués dans les deux régimes et que, dans les deux cas, la collaboration avec d'autres organisations est encouragée, facilitant par conséquent une éventuelle coopération.

Il apparaît donc que les similarités entre le STA et l'AIFM existent également au niveau des organes internes comme des missions qui leur sont confiées. Les autres similarités évoquées plus haut, concernant l'implication d'acteurs non-étatiques et les États, ne sont toutefois peut-être pas en mesure d'effacer l'une des incompatibilités principales qui opposait les deux régimes : l'objectif d'exploitation du régime de la Zone, opposé à la vocation conservationniste du STA. Or, là aussi, il semble que cette incompatibilité puisse être surmontée, grâce à l'émergence d'une nouvelle acception du concept de PCH.

---

[130] *CNUDM*, art. 165.2(e).
[131] *CNUDM*, art. 165.2(l).
[132] Rey-Aneiros, A., *supra* note 44, 219.
[133] *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, art. 12.
[134] Haward, M., *supra* note 85, 241.
[135] *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*, art. 12.2.
[136] *Idem,* art. 12.1(g).
[137] Haward, M., and Jabour, J. (2014), « Environmental change and governance challenges in the Southern Ocean », dans Stephens, T., and Vanderzwaag, D. (eds.), *Polar ocean governance in an era of environmental change*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 21-41, 37.
[138] *CCAMLR*, art. IX.2(g).
[139] *Idem*, art. IX.4.
[140] *Idem*, art. XIV.3.
[141] *Idem*, art. XV.3.

3.3. Le patrimoine commun du XXIe siècle

Le dernier élément qui pourrait permettre une nouvelle forme d'interaction entre le régime du STA et le régime de la Zone est la redéfinition du PCH. En 1997, Christopher Joyner et Ethel Theis affirmaient que l'application de la notion de patrimoine commun de l'humanité à l'Antarctique risquait de mettre à mal l'équilibre politique difficilement atteint et sur lequel reposait toute l'efficacité du système du traité sur l'Antarctique[142]. Au regard du nombre croissant de critiques qui s'élèvent à l'encontre du STA, cette affirmation est aujourd'hui discutable. Au contraire, il est envisageable que la notion de patrimoine commun de l'humanité, avec ses contours actuels, représente une solution pour le STA, qui paraît de plus en plus moribond[143], de se perpétuer. Trois évolutions devraient pour cela avoir lieu. La redéfinition du terme « bénéfice » d'abord (3.3.1), l'acceptation d'une définition englobante des fonds marins internationaux ensuite (3.3.2). Enfin, le rôle réinventé de l'Autorité devrait également être accepté (3.3.3).

3.3.1. Une autre définition des « bénéfices partagés équitablement »

Selon Alexandre-Charles Kiss, le concept de patrimoine commun de l'humanité est un concept d'un troisième genre, qui doit être rangé aux côtés des concepts de *res nullius*, qualifiant les choses n'appartenant à personne, et de *res communis*, qualifiant les choses appartenant à tous. Il attribuait la création de ce concept à divers facteurs, et notamment à la réalisation du caractère fini des ressources et de la nécessité de les préserver, afin de les transmettre aux générations futures, afin qu'elles soient partagées équitablement entre les nations et afin qu'elles soient utilisées à des fins exclusivement pacifiques[144]. Pour Kiss, ce sont là les caractéristiques essentielles du PCH. La Zone et ses ressources ne peuvent donc être appropriées, et lorsqu'elles le sont, ce doit être au bénéfice de l'humanité tout entière. Cette notion de partage, élément caractéristique du concept de PCH, ne peut être remise en cause sans remettre en cause le concept lui-même. Cependant, la définition de l'objet du partage, les bénéfices, peut, quant à elle, évoluer. Pour Dire Tladi, ces bénéfices sont à la fois d'ordre monétaire et non monétaire[145]. L'acceptation de l'existence de bénéfices d'ordre non monétaire est ici essentielle. Jennifer Frakes estime également que les bénéfices peuvent ne pas être monétaires. Selon elle, la question de la pertinence de l'extraction se pose, tandis que la conservation *in situ* pourrait respecter un autre élément inhérent au concept de

---

[142] Joyner, C. C., and Theis, E. R. (1997), *Eagle Over the Ice, The U.S. in the Antarctic*, Hanover (New Hampshire), University Press of New England, 303, 171.

[143] Davis, R., *supra* note 64, 306 ; Hemmings, A. D. (2007), « Globalisation's Cold Genius and the Ending of Antarctic Isolation », dans Kriwoken, L. K.; Jabour, J., and Hemmings, A. D. (eds.), *Looking South – Australia's Antarctic Agenda*, Annandale, The Federation Press, 176-190, 189.

[144] Kiss, A. C. (1985), « The common heritage of mankind : utopia or reality? », 40 *International Journal*, 423-441, 424.

[145] Tladi, D., *supra* note 24, 106.

PCH, la préservation pour les générations futures[146]. Si Davor Vidas considère quant à lui que l'utilisation et la redistribution des bénéfices issus de l'exploitation des ressources des fonds marins fait partie intégrante du PCH[147], l'actuel secrétaire général de l'AIFM, Michael Lodge, estime pour sa part qu'en plus des bénéfices économiques issus de l'exploitation de la Zone, le partage des connaissances scientifiques, de même que l'amélioration de la gestion environnementale de la Zone représentent également des bénéfices pour l'humanité tout entière[148]. Il ne fait aucun doute que le régime de la Zone a été mis en place dans l'optique de permettre l'exploitation des ressources[149]. Sous la double impulsion de l'évolution du droit international et de la pratique concordante de l'Autorité, la place de la conservation des ressources a toutefois largement évolué, au détriment de celle de leur exploitation. Ainsi, l'acception nouvelle donnée aux bénéfices, si elle venait à se confirmer, serait un élément qui pourrait participer à la nouvelle interaction du régime de la Zone et du régime de la STA.

Par ailleurs, un autre élément du renouveau du PCH au XXIe siècle est la compréhension élargie de la définition des fonds marins concernés.

3.3.2. Une définition englobante des fonds marins

« La Zone et ses ressources sont le patrimoine commun de l'humanité »[150]. « Aux fins de la présente partie, on entend par «ressources» toutes les ressources minérales solides, liquides ou gazeuses in situ qui, dans la Zone, se trouvent sur les fonds marins ou dans leur sous-sol. »[151] À la lecture de ces dispositions, l'article 136 apparaît fortement diminué par la définition restrictive du terme « ressources », inscrite au sein de l'article 133. Or, pour une partie de la doctrine, la définition du PCH ne peut s'arrêter à l'exploration et à l'exploitation des ressources minérales de la Zone[152]. D'abord, parce que la CNUDM charge également l'AIFM de la gestion d'autres activités au sein de la Zone, telle que la protection de l'environnement, la recherche scientifique marine, et la protection du patrimoine archéologique subaquatique[153], missions qui seraient vidées d'une importante par-

---

[146] Frakes J., *supra* note 18, 434.

[147] Vidas, D. (2000), « Emerging Law of the Sea Issues in the Antarctic Maritime Area : A Heritage for the New Century », 31 *Ocean Development and International Law*, 197-222, 212.

[148] Lodge, M. W. (2012), « The Common Heritage of Mankind », 27 *International Journal of Marine and Coastal Law*, 733-742, 740.

[149] Treves, T., *supra* note 23, 114.

[150] *CNUDM*, art. 136.

[151] *Idem*, art. 133.

[152] Millicay, M. F., *supra* note 27, 291 ; Lodge, M. (2014), « Satya Nandan's Legacy for the Common Heritage of Mankind », dans Lodge, M. W., and Nordquist, M. H. (eds.), *Peaceful Order in the World's Oceans*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 282-298, 296 ; Le Gurun, G. (2008), « La recherche scientifique marine au cœur de la mise en valeur du patrimoine commun de l'humanité par l'Autorité internationale des fonds marins », dans Lamblin-Gourdin, A. S., and Mondielli, E. (eds.), *Un Droit pour des hommes libres. Études en l'honneur d'Alain Fenet*, Paris, LexisNexis Litec, 147-167, 151.

[153] Armas-Pfirter, F. M., *supra* note 129, 298.

tie de leur sens si les ressources vivantes du fond des mers étaient exclues de la Zone[154]. Ensuite, parce que la connaissance des fonds marins était encore très limitée au moment des négociations de la CNUDM. La découverte des sources hydrothermales et de leur biodiversité environnante, des ressources génétiques marines, ainsi que des perspectives offertes par celles-ci[155], n'est ainsi intervenue qu'après la conclusion de la convention de Montego Bay[156]. En ce qui concerne les ressources génétiques marines, par exemple, faut-il alors considérer qu'elles relèvent du régime de la haute mer ? Cette interprétation ne paraît pas satisfaisante puisque le régime serait alors la liberté d'appropriation. Le refus d'adopter cette solution est d'ailleurs illustré par les différents appels à appliquer à ces ressources le régime de la Zone[157], notamment lors des négociations d'un instrument relatif à la biodiversité au-delà des limites de la juridiction nationale, qui ont actuellement lieu à l'Organisation des Nations Unies[158]. Finalement, les discussions actuelles tendent à démontrer le caractère évolutif de l'étendue du patrimoine commun de l'humanité[159], qui reste par conséquent encore à déterminer. L'approche écosystémique adoptée par l'Autorité semble toutefois, par définition, jouer en faveur d'une compréhension englobante des éléments des fonds marins soumis au régime du PCH.

3.3.3. Le rôle réinventé de l'Autorité

Finalement, l'évolution du rôle de l'Autorité en matière de protection de l'environnement, remarquée par la doctrine, partiellement « validée » par le Tribunal international du droit de la mer, nécessairement souhaitée par les États en raison de leur rôle et peut-être aidée par les acteurs non-étatiques, représente un troisième élément qui laisse envisager une interaction entre les deux régimes applicables aux fonds marins de l'Antarctique.

La protection de l'environnement, cela a été largement abordé dans ce développement, est au centre du régime instauré par le STA. Présente en filigrane dès le traité de 1959, c'est l'exigence de conservation du milieu naturel, terrestre

---

[154] Oude Elferink, A. G. (2007), « The Regime of the Area : Delineating the Scope of Application of the Common Heritage Principle and Freedom of the High Seas », 22 *International Journal of Marine & Coastal Law*, 143-176, 152-154.

[155] Millicay, M. F., *supra* note 27, 290.

[156] Glowka, L. (1996), « The Deepest of Ironies : Genetic Resources, Marine Scientific Research, and the Area », 12 *Ocean Yearbook*, 154-178, 156-157.

[157] Millicay, M. F., *supra* note 27, 291 ; Jarmache, E., *supra* note 74, 200 ; Lodge, M., *supra* note 152, 296.

[158] À ce propos, voir par exemple Frozel Barros, N., and Ricard, P. (2014), « Analyse d'un compromis : Le lancement des négociations pour un accord de mise en œuvre de la CNUDM sur la biodiversité marine au-delà des limites de la juridiction nationale », 19 *Annuaire du Droit de la Mer*, 197-220, 216.

[159] Tladi, D., *supra* note 24, 89 ; Treves, T. (2010), « Principles and Objectives of the Legal Regime Governing Areas Beyond National Jurisdiction », dans Oude Elferink, A. G., and Molenaar, E. J. (eds.), *The International Legal Regime for Areas Beyond National Jurisdiction : Current and Future Developments*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 7-25, 16.

d'abord[160], puis marin[161], qui a permis au STA de se développer, et d'accroître sa légitimité. C'est ce même objectif qui a ensuite permis au STA de prouver sa résilience à la suite des critiques essuyées au cours des années 1980. Il y aurait donc une certaine logique à ce que ce soit cette même orientation conservationniste, cette fois au travers d'une collaboration avec l'Autorité, qui permette de surmonter les difficultés auxquelles est actuellement confronté le STA. Loin de constituer un vœu pieux, et bien que le cadre de cette collaboration reste encore à définir, il est certain que l'Autorité, au travers de son œuvre normative, a réinventé le rôle qui lui avait initialement été confié[162], faisant de la conservation de l'environnement une de ses fonctions principales[163]. Elie Jarmache estime ainsi que « [l]a question n'est pas de savoir si, mais quand apparaîtra le conflit entre la contrainte écologique et l'objectif minier qui est la mission première de l'Autorité »[164].

L'abandon de l'approche zonale consacrée par la CNUDM au profit d'un outil de management des océans reconnu[165], l'approche écosystémique, démontre une volonté d'évolution certaine[166], et correspond à l'approche mise en œuvre en Antarctique. L'adoption de l'approche de précaution, saluée par les juristes experts en droit international de l'environnement[167], doit également être interprétée comme une évolution facilitant la coopération avec le STA. Il faut néanmoins tempérer cette évolution, dont le futur reste tributaire des intérêts représentés au sein de l'Autorité, qui ont déjà eu raison de certaines mesures par le passé[168].

Par conséquent, si la profondeur de l'évolution de l'Autorité reste à sonder, la redéfinition de ses missions par celle-ci participe néanmoins à l'apparition d'un nouveau concept de patrimoine commun de l'humanité, et représente un élément supplémentaire de nature à favoriser une éventuelle interaction entre le régime de la Zone et celui du STA.

4. CONCLUSION

Les régimes de la Zone et du STA restent distincts, et partiellement opposés. Le concept de PCH, tel qu'il est communément accepté, est encore largement tourné vers l'exploitation, tandis que le STA ne peut survivre qu'en poursuivant l'objectif qui est le sien depuis plusieurs décennies, et auquel il doit son succès : la conservation de l'environnement. Il serait néanmoins absurde de rester aveugle aux changements qui s'opèrent actuellement dans la manière dont ces régimes

---

[160] *Mesures Convenues pour la Protection de Faune et de la Flore en Antarctique, supra* note 40.
[161] *Convention pour la Protection des Phoques de l'Antarctique, supra* note 42.
[162] Treves, T., *supra* note 159, 14.
[163] Tuerk, H., *supra* note 16, 276.
[164] Jarmache, E., *supra* note 74, 200.
[165] Scott, K. N., *supra* note 44, 482.
[166] Lodge, M. W. (2015), « The Deep Seabed », dans Rothwell, D. R. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of The Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 226-253, 252.
[167] Rayfuse, R., *supra* note 109, 487.
[168] Rayfuse, R., *supra* note 106, 780.

pourraient s'articuler. La Zone n'est plus seulement perçue comme une grande réserve de ressources ultimement exploitables lorsque les ressources terrestres se seront suffisamment raréfiées pour rendre cette exploitation rentable. L'évolution du rôle de l'Autorité laisse entrevoir la possibilité que celle-ci atteigne un important niveau de légitimité à l'avenir en matière de conservation de l'environnement des fonds marins internationaux. Ce nouveau statut est prometteur, puisqu'il devrait permettre à l'Autorité de coopérer avec les institutions chargées de la gouvernance de la zone du traité sur l'Antarctique. La date de 2048 approchant, il est temps d'envisager la possibilité d'un changement de régime pour les fonds marins de l'Antarctique situés au-delà des limites de la juridiction nationale. L'éventualité de l'exploitation des ressources qui s'y situent, au profit de quelques États qui ont pris les rênes de la gouvernance Antarctique dès 1959, ne peut être écartée [169], et le rôle de l'Autorité dans la poursuite des objectifs de conservation du STA pourrait dès lors se révéler décisif, et ce, dans « l'intérêt de l'humanité tout entière » [170]. Alexandre-Charles Kiss rappelait en 1985 que les principaux éléments de la notion de patrimoine commun de l'humanité, chronologiquement, avaient d'abord été introduits en Antarctique [171]. On pouvait espérer que la distinction des deux régimes, fondée sur leur concordance imparfaite [172], et à laquelle de nombreuses études ont déjà été consacrées, était en voie de disparition. Le réveil des souverainetés semble démentir cette aspiration pour l'instant [173]. Il convient, par conséquent, d'envisager une autre forme d'articulation, fondée sur la protection de l'environnement. Les conditions sont réunies, la collaboration demeure à être imaginée.

---

[169] Ferrada, L. V. (2018), « Five factors that will decide the future of Antarctica », 8 *The Polar Journal*, 84-109, 103.

[170] On trouve des références à « l'intérêt de l'humanité tout entière » dans les préambules des principaux instruments du STA : *Traité sur l'Antarctique, CCAMLR*, ou encore *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement*.

[171] Kiss, A. C., *supra* note 144, 428.

[172] Martin-Bidou, P., *supra* note 18, 263-265.

[173] Liggett, D., *supra* note 70, 70.

CONSERVATION OF THE MARINE ENVIRONMENT AND MARITIME ACTIVITIES

CONSERVATION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN ET ACTIVITÉS EN MER

CHAPTER 22

COEXISTENCE DE L'ACTIVITÉ DE PÊCHE AVEC LES INDUSTRIES GAZIÈRES, PÉTROLIÈRES ET MINIÈRES SOUS-MARINES

José Manuel Sobrino Heredia
Professeur de Droit Public
Institut universitaire d'Études européennes «Salvador de Madariaga»
Université de La Corogne. Espagne

ABSTRACT : *Fishing activities in the marine environment where they must cohabit with the exploitation of oil and mineral underwater resources are now a reality. Just like the conflicts that emerge in this regard. Diamonds in Namibia, tin in Indonesia, phosphates in New Guinea or hydrocarbons in Ireland or Falkland Islands are some examples of interference between fishing and the extraction of these non-living resources from the seabed. These conflicts will increase as technological progress is made to develop these industrial operations, which will be facilitated by increased consumer demand and the scarcity of certain minerals, as well as a reduction in the oil and gas reserve on land. In our paper, we try to present, first, this new reality that results from the convergence of different human activities in certain maritime areas. And then we examine the tensions generated by this concomitance of activities and its echo in international law and in EU law.*

Keywords : *law of the sea ; fishing ; hydrocarbons ; underwater mining ; maritime spatial planning.*

RÉSUMÉ : *Les activités de pêche en milieu marin où elles doivent cohabiter avec l'exploitation de ressources pétrolières et minérales sous-marines sont aujourd'hui une réalité. Tout comme les conflits qui émergent à cet égard. Les diamants en Namibie, l'étain en Indonésie, les phosphates en Nouvelle-Guinée ou*

les hydrocarbures en Irlande Terre-Neuve ou Malouines sont quelques exemples d'interférence entre la pêche et l'extraction de ces ressources non vivantes des fonds marins. Ces conflits augmenteront à mesure que des progrès technologiques seront réalisés permettant le développement de ces opérations industrielles, ce qui sera favorisé par une demande accrue des consommateurs et par la raréfaction de certains minéraux, ainsi que par une diminution de la réserve d'hydrocarbures sur terre. Dans notre communication, nous essayons de présenter, premièrement, cette nouvelle réalité qui résulte de la convergence de différentes activités humaines dans certains espaces maritimes. Et, ensuite nous examinons les tensions générées par cette concomitance d'activités et son écho en droit international et en droit de l'UE.

Mots-clés : *droit de la mer ; pêche ; hydrocarbures ; exploitation minière sous-marine ; aménagement du territoire maritime.*

1. INTRODUCTION

De multiples utilisations, parfois incompatibles, cohabitent dans les mêmes espaces marins. Ceci conduit à la nécessité de trouver des mécanismes leur permettant de coexister et éviter ainsi les éventuels conflits d'usage. Cela pose d'emblée la question de savoir : « Comment concilier des ambitions en principe légitimes sur l'utilisation des ressources naturelles marines et les rendre compatibles les unes avec les autres, ainsi qu'avec la nécessaire préservation des océans ? ». À cet égard et depuis plusieurs fronts —nationaux, européens et internationaux— des initiatives existent dans le but de planifier l'espace marin, ce qui permettrait de canaliser la concurrence entre différents usages afin de garantir que les activités humaines en mer se déroulent de manière efficace, sûre et durable, réduisant ainsi les conflits entre les secteurs et créant des synergies entre les différentes activités[1]. La planification de l'espace marin, prônée par ces initiatives, devrait répondre aux exigences concernant la localisation des usages et à la compatibilité de l'exploitation économique des écosystèmes avec sa préservation écologique, en essayant de résoudre les conflits entre les activités marines et ces dernières et l'environnement afin de promouvoir un développement socioéconomique fondé sur la mer pour développer une « économie bleue ». Mais, en général, comme nous le verrons, ces initiatives ont été essentiellement canalisées par des actes juridiques flexibles, plus propositionnels et incitatifs que contraignants, à l'exception de la réglementation des activités de pêche.

La présence de l'exploitation minière et des forages sous-marins en zones de pêche se produit aussi bien dans les eaux d'États membres de l'Union européenne (l'UE), que dans les eaux appartenant à d'autres États. La recherche de solutions visant à faciliter la cohabitation de toutes ces activités doit tenir compte

[1] Directive 2014/89/UE du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la planification de l'espace marin, *JO* L 257/135, 28.8.2014. Sur ces questions, voir, entre autres, Boillet, N. (dir.) (2015), *L'aménagement du territoire maritime dans le contexte de la politique maritime intégrée*, Paris, Éd. Pedone.

de ces deux réalités différentes. Dans le premier cas, c'est-à-dire, dans l'UE, il existe une législation européenne bien développée centrée sur le milieu marin, la planification spatiale, l'aménagement du territoire marin, et la préservation des ressources halieutiques. Cette législation est incorporée dans la politique maritime intégrée de l'UE[2] et mise sur une croissance bleue où s'organisent différentes activités dans le but d'atteindre des objectifs écologiques, économiques et sociaux, de manière à prévenir, réduire ou minimiser les conflits pouvant surgir face au chevauchement de deux activités ou plus. Cette approche juridique englobe des domaines matériels relevant exclusivement de l'Union et d'autres où les compétences sont partagées ou simplement destinées à promouvoir, coordonner et compléter les politiques des États membres. Ce qui signifie que les États membres, selon leurs compétences, seront plus ou moins libres à l'heure de prendre des décisions et d'effectuer des actions concernant les activités de pêche, l'exploitation minière sous-marine et les forages d'hydrocarbure au large[3]. Par conséquent, il existe la possibilité de différends et de conflits d'intérêts dans ces domaines entre différents secteurs industriels[4] et entre différents États membres au sein de l'UE[5].

Dans le second cas, hors de l'UE, il convient de noter que le droit international de la mer, malgré le silence de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (CNUDM) à cet égard, accorde de plus en plus d'attention à la cohabitation d'activités anthropiques se développant dans les eaux marines, à leur coexistence et à l'incompatibilité entre les usages maritimes et l'impact de certaines activités industrielles et de pêche sur les écosystèmes et les espèces vulnérables. Parmi celles-ci, il convient de souligner les suivantes : la surpêche (qui peut épuiser les stocks de manière irréversible et provoquer l'effondrement

---

[2] Commission des Communautés européennes (2007), *Une politique maritime intégrée pour l'Union européenne*, Bruxelles, le 10.10.2007 COM (2007) 575 final. Sur cette politique peut être consulté, entre autres, Carballo Piñeiro, L. (coord.) (2017), *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la UE*, Barcelona, Ed. Bosch.

[3] L'action de l'UE se concrétise par des actes de droit flexible (Déclarations, programmes, rapports...) et par des actes règlementaires (règlements, directives et décisions). Certains cas nécessitent une transposition dans les droits internes des États membres. Directive 2008/56/CE établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « stratégie pour le milieu marin »), *JO* J L 164/19, 25.6.2008. Loi 41/100, du 29 décembre, de protection du milieu marin, *BOE* nº 317, 30.12.2010. Décret-Royal 363/2017, du 8 avril, établissant « un cadre pour l'aménagement de l'espace maritime ». C'est-à-dire, la norme espagnole transposant ladite directive 2014/89/UE à notre ordre juridique.

[4] Par exemple, dans le cas de l'Espagne, le conflit ayant eu lieu aux îles Canaries en raison de l'exploration de ressources pétrolières par REPSOL, ou le « Projet Castor » face aux côtes de Castellón et de Tarragone. Une analyse générale de ces problèmes dans le bassin méditerranéen peut être consultée dans, Ros, N. (2015), « Quel régime juridique pour l'exploitation offshore en Méditerranée », *Annuaire du droit maritime et océanique*, Tom. XXXIII, 205-261 ; et une analyse plus particulière, dans, Chrysochou, G. (2018), « Offshore Energy Exploration Activities and the Exclusive Economic Zone Regime : A Case Study of the Eastern Mediterranean Basin », dans Chaumette, P. (coord.) (2018), *Walth and miseries of the oceans : Conservation, Resources and Border. Richesses et misères des oceans : Conservation, Ressources et Frontières*, Bilbao, Ed. Gomylex s.l., 137-173.

[5] Par exemple, les conflits d'usage des espaces maritimes irlandais entre la flotte de pêche des divers États membres de l'UE et les industries autorisées par les autorités irlandaises à faire de l'exploration de ressources pétrolières.

de pêcheries de grande valeur), les pratiques de pêche qui endommagent les fonds marins (la pêche au chalut), l'exploration et l'extraction du pétrole (endommagement du fond marin et pollution physique et sonore), l'exploitation minière et le dragage (dommages au fond marin).

Face à cette situation, divers textes internationaux concernant les domaines de la mer, de l'environnement et du développement, misent sur l'appui à la croissance soutenue des secteurs maritimes en tenant compte pour cela des aspects économiques, sociaux et environnementaux, ainsi que de l'interaction entre ceux-ci. À titre d'exemple, on peut voir comment dans le document final de la conférence de Rio+20 en 2012, les États membres des Nations Unies demandèrent des actions globales pour le développement durable et une approche de conservation des océans. L'Agenda 2030, ratifié par les Nations Unies en 2015, considère également l'importance des océans pour le développement durable. Parmi les 17 objectifs de développement durable (ODD), le 14e est consacré aux océans. Atteindre cet objectif exigera de grands efforts de coopération internationale dans le but de mettre en place les plans d'actions nationaux, régionaux et mondiaux nécessaires. Grâce à la conférence des Nations unies sur les océans de 2017, à New York, la communauté internationale a commencé à s'efforcer conjointement pour protéger les océans depuis cette perspective, en s'inspirant de la Déclaration en résultant intitulée « Nos océans, notre futur : appel à l'action ».

En d'autres termes, une vision zonale et territoriale des espaces marins, dans lesquels cohabitent de multiples activités humaines, commence à entrer en collision avec le consensus transparaissant dans de nombreuses déclarations des NU[6] et de l'UE[7] sur le besoin d'établir une gouvernance et une protection des océans plus efficace et intégrée, qui faciliterait la préservation et l'exploitation durable des océans, mers et ressources marines. Tout cela repose sur une démarche coordonnée et intégrée dans laquelle les différentes activités humaines en eaux et fonds marins auraient leur place à condition d'être réalisées de manière responsable, durable et équilibrée.

La pêche, représentant la base de la sécurité alimentaire et le moyen de subsistance économique de nombreux pays, est l'une des principales activités humaines développée dans les espaces marins. Parallèlement, il s'agit aussi de l'un des secteurs les plus touchés par les nombreuses autres utilisations et activités menées en mer, telles que, pour ce qui nous intéresse maintenant, l'exploration minière et la prospection pétrolière et gazière en mer. La pêche fait l'objet d'une

[6] Pour sa part, l'AGNU réitère son engagement à préserver et utiliser durablement nos océans, mers et ressources marines pour le développement durable. AGNU du 6 juillet 2017 « Nos océans, notre futur : appel à l'action ».

[7] Comme le fait remarquer la Commission européenne un consensus global est en train de prendre forme. Ce dernier concerne le fait que l'environnement marin et les activités humaines en mer, y compris celles réalisées sur terre ayant une répercussion sur les océans, doivent être gérées plus efficacement pour réduire les pressions, de plus en plus intenses, exercées sur les océans. Communication de la Commission : *Gouvernance internationale des océans : un agenda pour l'avenir de nos océans,* COM (2016) 049 final, 10.11.2016.

règlementation juridique internationale particulièrement détaillée et contraignante encadrée dans la CNUDM 1982, l'Accord de New-York de 1995 et dans de nombreux autres textes internationaux. Mais elle fait également objet d'une réglementation détaillée au sein de l'UE dans la PCP[8] et, à niveau national, dans différentes législations concernant la pêche dont se dotent la plupart des États. En revanche, l'exploitation minière en eaux profondes et l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures en fonds marins ne comptent pas sur une règlementation aussi épurée et bénéficient d'une plus grande liberté même si elles se trouvent parallèlement dynamisées par les autorités nationales et européennes qui les ont transformées (l'exploitation minière des fonds marins, par exemple) en l'un des secteurs prioritaires de l'Union pour la croissance bleue[9]. Et cela, malgré les craintes exprimées par le propre PE concernant l'existence de preuves scientifiques démontrant que l'exploitation des fonds marins présente des risques pour l'environnement et que sa promotion peut avoir des répercussions négatives sur les actions nécessaires requises en vertu de l'Objectif 12 (Établir des modes de consommation et de production durables) dans le cadre de l'Agenda 2030 cité précédemment[10].

Comme nous le verrons tout au long de notre travail, l'exploitation des ressources marines vivantes dans des environnements où elles cohabitent avec l'exploitation de ressources non biologiques ou de minéraux est actuellement une réalité. Comme le sont également les conflits dérivant de cette situation. Les diamants en Namibie, l'étain en Indonésie, le phosphate en Nouvelle-Guinée ou les hydrocarbures en Irlande, Terre-Neuve ou les îles Malouines représentent des exemples d'interaction entre la pêche et l'exploitation de ressources minières ou d'hydrocarbures en fonds marins. Ce conflit augmentera au fur et à mesure à cause des avancées technologiques favorisant ces exploitations industrielles[11], soutenues par une plus grande demande des consommateurs provenant d'économies émergentes et une raréfaction de certains minéraux ainsi qu'une diminution des réserves d'hydrocarbures sur terre. Dans la première partie de notre travail, nous examinerons la convergence de différentes activités humaines dans certains espaces maritimes (2) pour ensuite nous arrêter, dans une deuxième partie, sur

---

[8] Concernant la PCP, voir, parmi d'autres, Oanta, G. A. (2016), « Capítulo 4. La política pesquera común », dans Ortega, M. (ed.) (2016), *Las políticas de la Unión Europea en el siglo xxi*, Barcelona, Ed. Bosch, 117-151 ; Penas Lado, E. (2016), *The Common Fisheries Policy : The Quest for Sustainability,* Oxford, Wiley-Blackwell.

[9] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité européen des régions : Croissance bleue. Des possibilités de croissance durable dans les secteurs marin et maritime COM (2012) 494 final, 13/9/12.

[10] Parlement européen, *Rapport sur la gouvernance internationale des océans : un agenda pour l'avenir de nos océans dans le cadre des Objectifs de développement durable pour 2030* [2017/2055(INI)].

[11] Comme le fait remarquer la Commission « grâce aux avancées technologiques rapides qui ont été réalisées, les opérations en mer peuvent avoir lieu à des profondeurs de plus en plus importantes. La robotique, la vidéosurveillance et la technologie des submersibles sont maintenant systématiquement incorporées dans les équipements utilisés pour mener des opérations qui n'étaient pas réalisables il y a dix ans », 2.

les foyers de tension générés et sur les mécanismes qui sont actuellement conçus pour les réduire (3).

2. LES ESPACES MARITIMES ZONES DE CONVERGENCES DE DIFFÉRENTES ACTIVITÉS HUMAINES

2.1. La territorialisation et la compartimentation des mers et des océans

Le droit de la mer a évolué vers une territorialisation et une compartimentation des espaces maritimes. De nouveaux espaces sont ainsi apparus et, parallèlement, a été étendue la souveraineté et la juridiction des États sur eux, sur leurs utilisations, ainsi que sur les ressources naturelles présentes dans leurs eaux, leurs fonds et leur sous-sol. Cela a eu pour résultat d'une part, une réduction du principe de liberté introduit au XVIIe siècle pour limiter les droits et la juridiction des nations sur les océans et, d'autre part, l'implantation d'une approche juridique zonale à un milieu tel que le maritime qui est par nature unique et globale, comme le montre la CNUDM[12] et les accords qui sont venus la compléter et la développer[13].

L'extension des compétences souveraines des États riverains sur les ressources naturelles marines s'est vue favorisée par la création de la ZEE et du Plateau continental et, dans ce dernier cas, en raison d'une possible extension au-delà de 200 milles quand une série de circonstances concourent. Ce qui fait que, d'un côté, plus de 90% des ressources halieutiques mondiales se retrouvent enfermées dans ces eaux et que, dans leurs fonds et sous-sols marins, se trouvent des ressources minérales et énergétiques de grande valeur dont l'exploitation génère de grandes attentes pour ces États. L'industrialisation des océans et, en particulier, dans ces deux espaces, n'en est qu'à ses débuts, stimulée par la demande d'hydrocarbures et de minéraux se trouvant dans les profondeurs marines, cependant, elle semble vraisemblablement imparable.

C'est précisément dans la ZEE et le Plateau continental qu'une bonne partie des activités humaines réalisées en mer se concentre et rivalise. Ainsi, avec la pêche qui comprend l'exploitation des organismes vivants pour l'alimentation ou d'autres fins et qui, par conséquent, a un impact direct sur les ressources naturelles ; il existe d'autres activités dans le milieu marin qui, comme l'exploitation minière sous-marine et l'extraction de gaz et de pétrole, affectent ces ressources et les pêcheries. Le

---

[12] La Convention fut adoptée le 28 juillet 1994 à Montego Bay (Jamaïque) et entra en vigueur le 28 juillet 1996. À ce jour, la plupart des pays, 168 en total, l'ont ratifiée.

[13] En particulier, l'accord du 28 juillet 1994 relatif à l'application de la partie XI de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 ; accord du 24 novembre 1993 visant à promouvoir le respect des mesures internationales de conservation et de gestion par les navires de pêche pêchant en haute mer ; accord de New York du 4 août 1995 sur l'application des dispositions de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 concernant la conservation et la gestion des stocks de poissons chevauchants et stocks de poissons grands migrateurs en vigueur depuis le 11 septembre 2001 ; accord du 25 novembre 2009 sur les mesures du ressort de l'État du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée.

fait que plusieurs activités humaines coïncident dans un même espace maritime peut provoquer des conflits rendant difficile ou empêchant le développement de l'une d'entre elles. Les avancées technologiques, la raréfaction de certains minéraux et la diminution des réserves d'hydrocarbure rendent les investissements dans l'exploitation minière et les forages sous-marins beaucoup plus attrayants qu'auparavant, ce qui provoque une aggravation des conflits. L'augmentation de ces activités industrielles dans des espaces où se pratiquait auparavant la pêche, réveille les préoccupations du secteur de la pêche qui contemple avec inquiétude ces pratiques qui commencent à avoir un impact négatif sur les ressources halieutiques et qui génèrent, également, des difficultés à l'heure d'utiliser certains types d'engins de pêche.

L'évolution du droit de la mer a conduit à un élargissement progressif de l'espace soumis à la souveraineté et à la juridiction des États et, de ce fait, au rétrécissement correspondant des mers libres, dans ce qu'on appelle la tendance à la territorialisation des mers et des océans [14]. La base juridique fournie par la CNUDM et les accords venus la compléter et la développer ont favorisé une pratique internationale qui reflète le protagonisme croissant de l'État riverain en ce qui concerne la gestion et la préservation des ressources naturelles marines se trouvant dans les eaux relevant de sa souveraineté ou de sa juridiction. Son fondement s'appuie sur un principe fortement ancré dans le droit international : celui de la souveraineté de l'État sur ses propres ressources naturelles [15]. Sa base physique, des mers et océans dont le compartimentage donne naissance à des espaces marins différenciés. Sa projection juridique : la gouvernance par zones des ressources marines naturelles. Le résultat de tout cela : le contrôle de ces États sur les différentes activités se déroulant dans leurs eaux, fonds et sous-sols marins. En d'autres termes, c'est à l'État riverain qu'il revient d'établir quelles activités maritimes peuvent se développer dans ces espaces, sous quelles conditions et par qui. Si l'État riverain est un pays membre de l'UE, cette liberté sera en partie conditionnée par le droit de l'UE et, s'il s'agit d'un État non membre, il faudra examiner sa législation. Dans les deux cas, les décisions adoptées devront être conformes au droit international.

Et, en ce qui concerne le droit international de la mer, on peut voir comment une perspective radicale par zones commence à se nuancer grâce à l'incorporation de critères qui affirment et protègent des intérêts de la Communauté internationale

---

[14] Sur cette évolution, voir, entre autres, Barret, J., and Barnes, R. (2016), *Law of the Sea : UNCLOS as a Living Treaty*, London, BIICL ; Forteau, M., et Thouvenin, J. M. (2017), *Traité de Droit International de la Mer*, Paris, Éd. Pedone ; Freestone, D. (dir.) (2013), *The 1982 Law of the Sea Convention at 30: Successes, Challanges and New Agendas*, Leiden, E. Nijhoff ; Rothwell, D. R., and Stephens, T. (2016), *The International Law of the Sea*, Oxford, Ed. Hart Publishing Ltd ; Sobrino Heredia, J. M. (coord.) (2007), *Mares y océanos en un mundo en cambio : Tendencias jurídicas, actores y factores*, Valencia, Ed. Tirant.

[15] Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée Générale, 14/12/1962 « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles ». Hossain, K., and Chowdhury, S. R. (eds.) (1984), *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law - Principle and Practice*, London, Ed. Faces Printer ; Rosenberg, D. (1983), *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Paris, Ed. LGDJ ; Schrijver, N. (1997), *Sovereignty over natural resources - Balancing rights and duties*, Cambridge, Ed. Cambridge University ; Zambrano, V. (2009), *Il principio di Sovranità Permanente dei Popoli sulle Risorse Naturali travecchie e Nuove Violazioni,* Ed. Giuffrè.

dans son ensemble. Ainsi, le principe de non-ingérence dans les activités humaines réalisées en mer jusqu'alors compétence exclusive de l'État riverain commence à se nuancer grâce aux principes de coopération, d'utilisation raisonnable, de développement durable ou et de précaution. De manière à ce que le concept d'appropriation n'équivaille plus seulement à territorialité mais aussi à coopération, même institutionnelle, ce qui favorise une gouvernance globale [16].

Parvenir à une exploitation plus rationnelle et optimale des ressources dans le cadre d'une vision complète des écosystèmes marins, le tout en recherchant un équilibre entre les différentes activités humaines qui se déploient et se chevauchent dans les espaces maritimes, représente un intérêt prioritaire pour la Communauté internationale dans son ensemble et, en particulier, pour les États développant des activités dans ce milieu. La difficulté est de trouver un équilibre entre les intérêts communautaires pour la préservation et la gestion coordonnée des ressources marines naturelles (et la protection du milieu marin) et les intérêts individuels des différents États exerçant leur droit souverain pour l'utilisation et l'exploitation de ces ressources afin d'obtenir une plus grande rentabilité. Il est en tous cas certain que le conflit des intérêts individuels des différents États s'amplifie en cas de chevauchement d'activités dans les mêmes espaces maritimes, ce qui, à terme, provoque des répercussions sur les entreprises et les secteurs les plus faibles et souvent sans défense, généralement les secteurs de la pêche.

2.2. Le chevauchement d'activités dans les mers et les océans et la croissance bleue

La pêche est une activité économique de grande importance à niveau mondial du fait de sa capacité à créer des emplois et à fournir des aliments d'une grande qualité nutritionnelle à l'humanité. Parallèlement, à mesure que progresse la connaissance du milieu marin, d'autres activités opérant dans le même milieu commencent à émerger et à se développer, comme par exemple l'exploitation du pétrole et du gaz en mer ou l'exploitation minière en eaux profondes. Ces activités commencent progressivement à occuper également une place dans l'économie mondiale.

L'attention portée à ces nouvelles activités industrielles s'explique par le fait que, les réserves sur terres étant épuisées ou raréfiées, les industries pétrolières et minières les recherchent en mer et, souvent, dans des zones maritimes dans lesquelles opèrent des bateaux de pêche qui regardent impuissants s'éloigner et se détériorer les ressources halieutiques, ce qui rend leur travail de plus en plus difficile. Ces interférences s'ajoutent à celles qui rendent déjà difficile la pêche dans diverses zones maritimes, ce qui découle de la présence d'autres activités

[16] Un exemple récent de cette tendance a été la signature le 3 octobre 2018 de l'accord visant à prévenir la pêche non réglementée en haute mer dans l'océan Arctique central.

industrielles visant à exploiter les sources d'énergies renouvelables en mer, en particulier l'énergie éolienne, avec lesquelles elles doivent cohabiter[17].

Les initiatives de prospection pétrolière, l'installation de plateformes, leur exploitation ainsi que l'exploitation minière en eaux profondes ont en effet une grande influence sur les pêcheries. De nouvelles recherches sont certainement nécessaires pour déterminer l'impact réel des explorations énergétiques sur le milieu et sur la pêche, cependant il existe déjà des indices de ces effets, ce qui devrait rendre nécessaire, au moment où s'accordent les licences pour ces prospections, l'évaluation de l'impact socio-économique, que l'installation d'une plateforme, les détonations ou les actions sur les fonds-marins peuvent avoir sur les pêcheries existantes dans la zone.

L'industrie de la pêche, celle du pétrole et du gaz ainsi que l'industrie naissante de l'exploitation minière sous-marine se font place et s'affrontent pour la gestion et l'exploitation de zones maritimes d'intérêt commun. Les gisements de pétrole, de gaz et de minéraux commencent sur terre à s'épuiser. L'industrie extractive a déjà jeté son dévolu depuis plusieurs années sur les fonds-marins inexplorés. Cependant, l'exploitation de ces ressources pourrait mettre sérieusement en danger la biodiversité des océans et affecter les ressources halieutiques. À la menace des plateformes pétrolières —avec les risques que présentent à la fois leur utilisation et leur désaffectation—[18] s'ajoute aujourd'hui la menace croissante de l'extraction des minéraux. Les fonds marins sont, en effet, riches en métaux précieux tels que l'or, l'argent, le cuivre, le manganèse ou zinc et d'autres moins connus comme le tellure, le cobalt ou le vanadium. Certains d'entre eux sont indispensables pour fabriquer des turbines éoliennes, des écrans d'ordinateurs ou des batteries pour les voitures électriques. Jusqu'à présent les gisements étaient inaccessibles, cependant grâce aux avancées technologiques et à la fabrication de robots pouvant circuler et explorer les fonds marins, ces derniers commencent à devenir la cible des compagnies minières.

Les réserves connues de pétrole dans les fonds-marins représentent 20% des réserves mondiales de pétrole découvertes et restantes. Les gisements de gaz offshore représentent 25% des réserves découvertes et 28% des réserves restantes. Cela suppose une réelle ou potentielle source de revenus économiques pour les États possédant les eaux dans lesquelles se trouvent ces réserves. Pour les grandes compagnies pétrolières, les mers et les océans constituent une affaire lucrative, mais ils représentent également un défi puisqu'elles se retrouvent confrontées à de multiples défis technologiques dus aux conditions physiques dans lesquelles

---

[17] Voir Abad Castelos, M. (2013), *Las energías renovables marinas y la riqueza potencial de los océanos*, Barcelona, Ed. Bosch ; Chaumette, P. (coord.) (2017), *Economic challenge and news maritime risks management : What blue growth ? Challenge économique et maîtrise des nouveaux risques maritimes : Quelle croissance bleue ?* Bilbao, Ed. Gomylex.

[18] En ce qui concerne les plates-formes obsolètes ou abandonnées, voir Trevisanut, S. (2012), « La gestion et le déplacement des plates-formes et installations offshore abandonnées », in Andreone, G.; Caligiuri, A., and Cataldi, G. (eds.) (2012), *Law of the Sea and Environmental Emergencies,* Napoli, Ed. Scientifica, 193-217.

sont réalisées les exploitations. Et, par conséquent, à des investissements qu'elles veulent ensuite, bien entendu, rentabiliser

Comme on le sait, ces ressources naturelles ont commencé à être exploitées il y a plus d'un siècle. D'abord près des côtes puis en pleine mer[19]. L'exploitation d'hydrocarbures en eaux peu profondes commença à la fin du XIXe siècle en Californie. Ce fut durant l'entre-deux-guerres que commença la production dans les eaux de l'Azerbaïdjan et du Venezuela, production qui s'accéléra suite à la Seconde guerre mondiale en particulier au Moyen-Orient et dans le golfe du Mexique. Les avancées technologiques des années 50 ont rendu possible la perforation à des dizaines de mètres de profondeur comme celle qui commençait à se pratiquer sur les gisements des côtes du Texas. Cependant, la crise du prix du pétrole brut des années 70 ainsi que la nationalisation des industries pétrolières conduisirent différents États, soucieux de garantir l'indépendance énergétique, à rechercher de nouveaux gisements en pleine mer, de plus en plus éloignés des côtes. Ce fut le cas des pays riverains de la mer du Nord comme par exemple la Grande-Bretagne ou la Norvège qui commencèrent à exploiter des gisements dans leurs eaux territoriales à cent cinquante mètres de profondeur. L'augmentation de la demande et la hausse du prix des hydrocarbures encouragea les grandes entreprises pétrolières à investir en technologie et à rechercher et exploiter des gisements en eaux profondes (jusqu'à mille mètres) et très profondes (jusqu'à mille cinq cents mètres).

Actuellement, une grande partie de la production offshore du Moyen-Orient et de l'Europe continue à se réaliser en fonds marins relativement peu profonds (moins de deux cents mètres). Or, comme nous le disions, l'augmentation de la demande mondiale et la diminution des réserves d'hydrocarbures incitent à la recherche de nouveaux gisements de pétrole et de nouvelles technologies. Ces dernières années pas moins de 500 nouveaux gisements ont été découverts dans le monde à plus de mille mètres de profondeur (38% aux États-Unis, 18% face aux côtes du Brésil, 26% dans le golfe de Guinée et 13% dans la zone Asie-Pacifique) se rapprochant parfois des trois mille mètres de profondeur comme dans le cas de certains gisements du golfe du Mexique. Cette activité entraîne évidemment une multiplication des perforations de puits en fonds marins, une augmentation du nombre de plateformes, des bateaux destinés aux perforations et d'autres constructions et mécanismes offshore flottants ou sous-marins avec l'impact correspondant sur l'écosystème marin et, par conséquent, sur les activités et les opérations de pêche qui se réalisent dans ces eaux.

Quant à l'exploitation des ressources minières en eaux profondes, elle apparaît plus récemment puisque l'exploitation commerciale des minerais marins

[19] À titre d'exemple, et dans la Méditerranée, voir Ros, N. (2016), « Vers une gouvernance régionale de l'offshore en mer méditerranée », in del Vecchio A., and Marrella, F. (2016), *International Law and Maritime Gobernance. Current Issues and Challenges for Regional Economic Integration Organizations*, Napoli, Ed. Scientifica, 2016, 219.

s'est développée il y a peu de temps dans les eaux peu profondes des mers territoriales et dans les fonds marins peu profonds de plateformes continentales naturelles (sel, sables, graviers, phosphates y compris diamants)[20], des espaces où pêchent également les flottes de pêche. À partir des années 70 du siècle dernier, les nodules polymétalliques, certaines croûtes sous-marines riches en minerai comme le manganèse mais aussi le fer, le cuivre, le cobalt ou le nickel ainsi que les dénommées terres rares, entrent en scène. Ces ressources se trouvent en eaux profondes[21] et afin d'être rentable, leur exploitation requiert un grand développement des techniques d'exploration et d'exploitation (et des investissements, bien entendu). Cependant, comme ce fut le cas pour l'exploitation des hydrocarbures en mer, l'augmentation de la demande associée à la diminution ou à l'extinction de ces minerais sur terre a généré des avancées considérables dans l'industrie minière sous-marine.

Lorsque les ressources minérales sous-marines se situent au-delà des plateaux continentaux des États, leur gestion leur échappe et incombe à l'Autorité internationale des fonds marins qui s'occupe de réglementer leur exploration et exploitation en partant du fait que ces fonds marins et ces ressources font partie du patrimoine commun de l'humanité. C'est pour cela que les États et les opérateurs économiques voulant réaliser des activités dans cette zone doivent solliciter un permis d'exploration (actuellement différents permis de ce type sont en circulation) et aussi d'exploitation (ce qui n'est pas encore arrivé)[22]. Mais, l'autorité n'exerce aucune juridiction sur la colonne d'eau sus-jacente, qui constitue la haute mer, ouverte à la liberté de pêche et à la coopération entre les États.

En ce qui concerne les ressources minérales sous-marines, le chevauchement d'activités se produit généralement lorsque l'exploitation se réalise dans des fonds correspondants aux eaux territoriales ou juridictionnelles des États côtiers, car c'est dans ces eaux qu'elles coïncident avec les opérations de pêche. De manière exceptionnelle, ces conflits peuvent également se produire en haute mer lorsque la pêche en eaux profondes coïncide avec des activités minières sous-marines, dans le cas, par exemple, de plateformes continentales

---

[20] Parmi les gisements non métalliques, une lucrative exploitation de diamants fonctionne en Namibie à deux cents mètres de profondeur et jusqu'à cent kilomètres de la côte.

[21] Les nodules polymétalliques se forment très lentement à 4.000 ou 6.000 mètres sur les sédiments des plaines abyssales qui contiennent, parfois, des terres rares. Les croûtes ont la forme de couches de jusqu'à vingt-cinq centimètres d'épaisseur. Elles sont situées sur les roches volcaniques des collines abyssales et les chaînes volcaniques à des profondeurs allant de 400 à 4.000 mètres. Les sulfures hydrothermaux polymétalliques se trouvent autour de sources thermales situées sur les sillons volcaniques actifs des fonds océaniques, entre 1.000 et 5.000 mètres de profondeur.

[22] Brown, E. D. (2001), *Sea-Bed Energy and Minerals : The International Legal Regime,* The Hague, Ed. Kluwer ; Fouquet, Y., and Lacroix, D. (eds.) (2014), *Deep Marine Mineral Resources*, Dordrecht, Ed. Springer ; Hauser, W. (1983), *The Legal Regime for Deep Seabed Mining under the Law of the Sea Convention*, Dordrecht, Ed. Springer ; Scovazzi, T. (2004), « Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting : Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority », *International Journal of Marine and Coastal Law*, nº 19, 383-410.

naturelles lorsque celles-ci dépassent la juridiction des États riverains, c'est-à-dire au-delà des 350 milles comme c'est le cas en Terre-Neuve face aux côtes du Canada.

Les impacts des activités pétrolières et minérales sous-marines sur l'écosystème marin, sur les ressources halieutiques et, par conséquent, sur la pêche et son industrie, sont importants. Ces effets se produisent tout au long de la chaîne industrielle, de l'exploration à l'exploitation. Ainsi, depuis le début de la recherche de ces ressources marines non biologiques, les explorations sismiques qui l'accompagnent[23] affectent généralement les poissons, les céphalopodes, les mammifères et les tortues marines se trouvant aux alentours[24]. De plus, une fois les plateformes et autres infrastructures offshore installées et la perforation et l'extraction commencée, les déversements provoqués par des accidents ou les fuites régulières provoquent la mort directe d'espèces ainsi qu'une augmentation de la toxicité du milieu, ce qui a pour conséquence des effets adverses sur la faune et la flore existante[25].

En rapport avec ce qui vient d'être dit, il existe également le consensus scientifique selon lequel les émissions acoustiques des prospections sismiques présentent un impact important sur les pêcheries associé à des changements dans le comportement des poissons qui affecteraient leur accessibilité à être capturés[26]. Par conséquent, on constate une réduction des captures de poissons de différentes espèces dans les zones proches de ces prospections sismiques, en particulier les poissons osseux puisque ces derniers sont particulièrement vulnérables aux bruits forts à cause de l'existence d'une vessie natatoire remplie d'air chez la plupart.

---

[23] Ces explorations se réalisent grâce à des méthodes géophysiques de prospections sismiques de réflexion qui consistent à émettre (à l'aide d'explosion de dynamite, pistolet ou canon à air comprimé les « air-guns » qui provoquent des vibrations traversant la roche souterraine) et ensuite capturer les ondes acoustiques grâce à des instruments remorqués par un bateau. Les ondes émises voyagent à travers l'eau, pénètrent dans le fond marin et sont réfléchies depuis les différentes nappes souterraines jusqu'à la surface où le bateau capture, enregistre et interprète les données. Actuellement, un bateau peut utiliser jusqu'à plus de 20 canons acoustiques à air comprimé en même temps. Les prospections sismiques demeurent actives 24 h/24 à condition que les conditions météorologiques le permettent. Une étude peut durer de 2-3 semaines jusqu'à plusieurs mois en fonction de la zone d'intérêt et peut couvrir une zone de 300-600 milles nautiques.

[24] Torri, M. (2016), *Integrated ocean management-Fisheries, oil, gas and seabed mining*, FAO : Globefish Research Programme, vol. 122, Rome, September.

[25] Durant les perforations du fond, des mélanges chimiques hautement toxiques pour le milieu marin sont obtenus. Ces mélanges contiennent des substances cancérigènes, vénéneuses et bioaccumulables qui s'insèrent progressivement dans la chaîne alimentaire jusqu'à parvenir à des niveaux létaux en produisant des maladies irréversibles pour l'ensemble des êtres vivants la composant.

[26] Des études réalisées dans la mer du Nord ont estimé une réduction de l'abondance moyenne de certaines populations de poissons par rapport à celles qui existaient dans la zone avant l'activité sismique. L'abondance de ces populations a diminué de 36% pour les espèces démersales, 54% pour les espèces pélagiques et 13% pour les petits pélagiques. Cette réduction est due à des changements dans le comportement des poissons qui les rendent moins accessibles à l'art de la pêche, plus qu'à la dispersion des bancs de poissons.

3. L'AMÉNAGEMENT COMPLEXE DES ESPACES MARITIMES

3.1. Tension dans les utilisations

Le chevauchement des activités humaines dans les espaces maritimes peut générer des tensions. L'industrie de la pêche voit depuis quelque temps avec inquiétude l'installation d'autres activités industrielles qui la mettent en danger dans des zones où elle développait traditionnellement ses opérations et où elle effectuait ses captures. Ainsi, l'exploitation de diamants et de phosphates face aux côtes de la Namibie et l'exploration d'hydrocarbures dans les eaux irlandaises ou face aux côtes de Terre-Neuve sont quelques-uns des exemples de cohabitation, comme nous l'avons dit, entre la pêche et l'extraction de ressources minérales et d'hydrocarbures dont les conséquences commencent à devenir réelles pour les entreprises de pêche, comme le dénonce le secteur, puisque ses zones de pêche sont de plus en plus limitées et envahies, ce qui représente bien évidemment une source d'incertitude.

Ces tensions et incertitudes émergent dans une zone de pêche historiquement fréquentée par la flotte de pêche de l'UE et en particulier espagnole, nous parlons du « Gran Sol ». Depuis 2010, l'Irlande envisage la possibilité de trouver dans ses eaux juridictionnelles des gisements d'hydrocarbures, ce qui attire par conséquent la convoitise des grandes multinationales pétrolières telles qu'Exxon, Repsol, Kosmos, Shell, Eni, Petronas ou Statoil[27]. À cet effet, le gouvernement irlandais a modifié sa législation afin de rendre possible la recherche de ces ressources en pleine mer, ce qui a provoqué qu'en 2014, vingt-cinq compagnies avaient déjà commencé les recherches pour localiser des combustibles fossiles. À partir de là, vingt-cinq autres projets ont obtenu une licence pour chercher du pétrole et du gaz sur la côte ouest de l'Irlande. Au total, une cinquantaine de projets se déploient actuellement dans les zones de pêche communautaires VI et VII, rendant difficile l'activité de cette flotte de pêche, en particulier celle de la zone du Banc de Porcupine, riche en langoustine et autres espèces de grande valeur commerciale comme le merlu, la cardine et la baudroie et dans laquelle se réalisent depuis 2016 des campagnes sismiques à la recherche de pétrole et de gaz[28].

---

[27] Les zones VI et VII sont les plus affectées par ce type de projets. C'est dans les sous-zones VIIb et VIIc, qui s'étendent jusqu'au Banc de Porcupine, que les opérations d'exploration de pétrole ont le plus avancé. Island Assets, Woodside Energy et Kosmo Energy sont les dernières entreprises à avoir reçu l'approbation de l'Exécutif irlandais pour exécuter des plans d'exploration, bien que d'autres compagnies soient déjà en train de repérer du pétrole suite à la réalisation d'enquêtes préliminaires. Au sud de cet espace maritime (zone VII j), en plein dans la zone « Gran Sol », trois projets consolidés atteignent déjà un niveau d'exécution de 80%. L'un d'entre eux est dirigé par Exxon Mobil. Dans le cadre du projet Dunquin, il explore une zone de 1.296 kilomètres carrés avec d'importants associés : Providence Resources (16%), Eni (27,5%), Repsol (25%), Atlantic (4%) et Sosina (2%). ENI Ireland fait de même à Cuchulina, dans une zone de 1.556 kilomètres carrés avec Exxon comme principal allié. Cependant les recherches sont parvenues aux zones VII e, h et g (nord de la mer Celtique) où treize autres initiatives ont obtenu l'autorisation de l'Irlande. Fastnet Petroleum Ltd., Charge Oil, Terra Energy, FastnetOil and Gas, PSE Kinsale Energy, Island Expro ou Lansdowne Celtic Sea sont quelques-unes des entreprises qui participent à ces initiatives.

[28] En ce qui concerne l'impact sur la pêche, voir *La Voz de Galicia*, 19/06/2016.

À tout cela s'ajoute le fait que dans cette zone, des forages à grande profondeur sont en cours pour ouvrir un puits expérimental. Ces forages se déroulent dans des eaux plus profondes et potentiellement plus orageuses que celles du golfe du Mexique, qui a subi la catastrophe de Deepwater Horizon en 2012 avec le déversement de cinq millions de barils de pétrole, entraînant une catastrophe écologique et un coût économique de centaines de milliards de dollars. En plus des dommages environnementaux susceptibles de dériver du projet, d'autres risques existent. La région en question représente un emplacement clé pour des populations de baleines et de dauphins gravement menacées par l'activité sismique qui accompagne l'exploitation pétrolière. De plus, en 2005, un habitat de coraux d'eaux froides fut découvert face au Banc de Porcupine à des profondeurs allant jusqu'à 900 mètres. Cela met en évidence la riche et fragile écologie de la région, actuellement menacée.

Ces activités ne cessent d'augmenter. Elles ont depuis lors doublé et considérablement accru leur zone d'action. Celle-ci englobe déjà plus de 822 kilomètres de longitude entre la zone nord-ouest de l'Écosse et le sud-ouest de l'Irlande. Le projet le plus septentrional (Exploration Muckish) occupe 31 kilomètres carrés et dispose d'une licence d'exploration à charge d'une entreprise britannique qui est également autorisée à commencer un projet limitrophe appelé Derryveagh, actuellement en phase d'étude. Dans la même zone (VI a des eaux communautaires), il existe six autres projets d'exploration autorisés par le gouvernement irlandais et qui disposent, dans certains cas, d'un périmètre de plus de 120 kilomètres carrés.

La prolifération de ces activités, l'ampleur de l'espace qu'elles englobent et la réalisation de prospections sismiques et de performations expérimentales a pour conséquence, d'une part, l'éloignement des près des quatre-vingt-dix navires qui composent la flotte espagnole des lieux où se déroulent ces activités (et des navires de pêche battant pavillon d'autres États membres de l'UE), contraints par les autorités irlandaises de ne pas entraver les travaux réalisés[29]. Et, d'autre part, l'incertitude de l'impact de ces explorations sur la faune et la flore existante et les conséquences sur le volume des captures obtenues. À cela s'ajoute le fait que, comme met en garde le secteur, ces campagnes ouvrent la porte à l'installation de plateformes et à l'exploitation commerciale des gisements.

C'est la raison pour laquelle le secteur a prié à la Commission européenne de superviser ces projets afin qu'ils n'entravent pas l'activité de pêche. Cependant, la réponse des autorités européennes ne fut pas très prometteuse, dans le sens où elles considèrent que les États membres ont le droit de déterminer les conditions d'exploitation de leurs ressources énergétiques à condition de respecter le cadre règlementaire en matière de protection de l'environnement et que l'évaluation des effets de l'exploration de gaz et de pétrole en mer sur l'environnement, fait

[29] Sur les incidents susceptibles de se produire et les avertissements des autorités irlandaises aux navires de pêche opérant dans ces eaux, voir les informations recueillies sur un bateau de forage irlandais faisant obstacle aux activités de pêche dans le Gran Sol, *La Voz de Galicia,* 07/08/2017.

partie du processus d'autorisation effectué par les autorités nationales compétentes. C'est pourquoi, les autorités européennes signalent que la Commission n'a toujours pas demandé d'étude sur les effets de l'exploration d'hydrocarbures sur les ressources halieutiques de la zone du Banc de Porcupine, et ne dispose donc d'aucune information sur le nombre de projets d'exploration ni sur leur emplacement. Or, cette explication ne permet pas vraiment de savoir si l'Irlande a réellement mis en place un plan pétrolier suite aux études environnementales pertinentes ou si elle a délibérément fait abstraction de cette obligation, obligation établie par une vaste et solide législation européenne répondant aux caractéristiques techniques des projets d'explorations et de production des hydrocarbures[30].

D'où l'importance que l'UE, dans le cadre de la politique maritime intégrée, procède à un suivi continu de ces activités, en évaluant leur impact sur les activités de pêche des flottes des États membres qui pêchent dans cette zone avec les nécessaires autorisations, de sorte que ces autorisations ne soient pas lettres mortes avec un impact socio-économique négatif pour le secteur. Surveillance et évaluation dont le secteur de la pêche devrait être informé par l'intermédiaire de ses représentants ou des Conseils consultatifs régionaux des pêches compétents et, en particulier, tenant compte de la zone que nous examinons, du Conseil consultatif des eaux du nord-ouest qui, déjà, à plusieurs reprises, a exprimé sa préoccupation à ce sujet[31].

Il existe face aux côtes de la Namibie une autre zone où le chevauchement d'activités crée des tensions à cause de l'extraction de ressources minières des fonds marins (diamants et phosphate). Une zone maritime où il existe des activités de pêche historiques et vitales pour, en particulier, une importante flotte de pêche ayant des intérêts de sociétés mixtes ou conjointes à capital espagnol[32]. En ce qui concerne l'extraction de diamants, la zone d'extraction engloberait environ 6.000 km^2. Pour le moment, seul 3% de la superficie aurait été utilisé pour la réalisation de campagnes. Cependant, les attentes sont élevées et le minerai est susceptible de se trouver au moins dans un quart de la superficie. Par conséquent, l'activité minière pourrait encore se prolonger durant quatre décennies. Actuellement les diamants sont extraits à 200 mètres de profondeur et à une centaine de

---

[30] Les actes législatifs pertinents concernant les licences d'exploitation de ces ressources sont : Directive 2013/30/UE, Directive 2008/56/CE, Directive 89/391/CEE du Conseil, Directive 92/91/CEE du Conseil, Directive 94/22/CE, Directive 2001/42/CE, Directive 2004/35/CE, Directive 2006/118/CE, Règlement (CE) nº 1907/2006, Règlement (UE) nº 528/2012, Règlement (UE) nº 525/2013, Décision nº 406/2009/CE, Directive 2010/75/UE, Directive 2014/52/UE et Directive 2012/18/UE.

[31] Décision 2005/668/CE de la Commission du 22 septembre 2005 approuvant la mise en place du conseil consultatif régional dans les eaux du nord-ouest en vertu de la politique commune de la pêche, *JO* L 249 du 24/9/2005.

[32] Dans la zone, l'Espagne et, en particulier, la Galice maintiennent depuis des décennies des intérêts en matière de pêche. Cinq grandes compagnies galiciennes, Iberconsa, Pescanova, Pereira, Mascato et Copemar, ont déployé dans le pays un grand réseau de flotte et d'usine de traitement à terre à travers des entreprises communes dans lesquelles travaillent près de cinq mille personnes. De plus, c'est de ce pays africain que provient une grande partie du poisson surgelé commercialisé en Espagne.

kilomètres de la côte. De plus, en Namibie, à environ 130 km de Walvis Bay, dans une zone importante pour la flotte de pêche une licence fut accordée pour l'exploitation minière de phosphate. Pour le moment, l'activité est paralysée suite aux plaintes déposées devant la Cour suprême de Namibie par plusieurs associations de pêche du pays en raison d'irrégularités dans l'approbation d'études environnementales préliminaires obligatoires[33]. À cet égard, des mécanismes de conciliation entre les différentes activités devraient être recherchés. Cependant, bien que toutes ces activités soient menées dans les eaux namibiennes et qu'il incombe à ce pays d'établir des préférences stratégiques, il convient de rappeler que de nombreuses entreprises mixtes de pêche ont lourdement investi et participent, depuis des décennies, au développement économique de cet État africain. En ce sens, ils constituent un atout fondamental pour le développement durable de ce pays, ce qui n'a pas empêché jusqu'à présent que leurs investissements ne soient pas protégés, à la fois auprès de l'administration namibienne et de l'UE[34].

Un troisième foyer de tension est celui produit suite au chevauchement entre les activités de pêche et la recherche de gaz et de pétrole dans les eaux de l'Atlantique du Nord-Ouest en face de l'île Terre-Neuve[35]. Dans ce cas, les activités d'exploration d'hydrocarbures peuvent mettre la pêche en danger et, en particulier, la pêche du flétan. À titre illustratif, l'entreprise chinoise Nexen Energy a sollicité une autorisation afin de pouvoir explorer une partie de la zone de pêche de 10.634 kilomètres carrés. Cette entreprise cherche à commencer à travailler en 2018 dans le bassin du Flemish Pass (division 3 de la zone de pêche), où elle dispose de deux licences accompagnées d'un permis d'exploration pour les onze prochaines années. Située à 400 kilomètres de la province de Terre-Neuve-et-Labrador (à hauteur de la capitale Saint-Jean de Terre-Neuve), la zone se trouvant dans les eaux de l'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (en anglais NAFO) est considérée comme l'un des sanctuaires du flétan noir puisque c'est là où se fournissent le plus d'efforts et où s'obtiennent le plus de rendements. Le projet se trouve actuellement en phase d'évaluation environnementale suite à l'autorisation de la Canada-Nova Scotia Offshore Petroleum Board (Cnsopb). Ladite entreprise prévoit de créer jusqu'à dix puits dans la zone délimitée du projet jusqu'en 2028. Bien que l'initiative dépende des résultats de cette évaluation environnementale, les effets de ces activités sur la pêche —reconnus et accrédités par diverses études, principalement à cause du matériel utilisé pour les prospections— ne sont pas pris

[33] Comité Asesor Científico Técnico de la Cooperativa de Armadores de Pesca del Puerto de Vigo (ARVI), *Coexistencia de la actividad pesquera con las industrias del gas, el petróleo y la minería submarina*, *www.arvi.org/publicaciones*, 8 septiembre 2017, 4.

[34] Sur l'impact des sociétés mixtes de pêche sur le développement socioéconomique de Namibie et sur le manque de protection juridique de leurs investissements, voir Sobrino Heredia, J. M., et Bürgin, A. C. (2016), *La colaboración multi-actores en la cooperación al desarrollo en el sector pesquero*, Colección Derecho Europeo, nº 3, Instituto Universitario de Estudios Europeos, A Coruña, Universidade da Coruña.

[35] Les activités de pêche doivent actuellement cohabiter avec une industrie du pétrole offshore chaque fois plus présente en raison de la découverte d'hydrocarbure en mer à 300 km environ au sud-est de la capitale Saint-Jean de Terre-Neuve dans le secteur dénommé Bassin Jeanne d'Arc. Aux gisements d'Hibernia, White-Rose, Terra-Nova très productifs, viendra s'ajouter celui d'Hebron dans un futur proche.

en compte. Le secteur, dont les navires autorisés à pêcher dans la zone de pêche capturent autour de 14.000 tonnes de cette espèce par an, réclame que soit reconnue l'augmentation du stock de flétan ces dernières années et dénonce que ces progrès dus à l'application de rigoureuses mesures de contrôle de la pêche, pourraient se voir affectés par ledit projet et par conséquent porter préjudice à la flotte qui se verrait dans l'obligation d'être redirigée vers d'autres zones de pêche. C'est une situation qui souligne les relations déjà difficiles entre les autorités de la pêche canadiennes et la flotte communautaire pêchant au-delà de la ZEE du Canada pour diverses espèces et en particulier pour le flétan, touché par des saisies maritimes, procédures devant des tribunaux internationaux et négociations complexes[36]. Peut-être que le nouveau cadre conventionnel entre l'UE et le Canada, favorisé par l'Accord économique et commercial global (CETA, signé le 30 septembre 2016), pourrait donner lieu à des négociations visant à favoriser la coexistence de ce type d'activités. En ce sens, il ne fait aucun doute que les relations de pêche entre les deux parties constitueront un point crucial de leurs relations et que, dans ce cadre, il serait nécessaire de souligner la nécessaire cohabitation des différentes activités industrielles dans les eaux affectées, car le puissant secteur de la pêche canadienne aura un meilleur accès au marché européen (art. 24.11 CETA : Commerce des produits de la pêche et de l'aquaculture). D'autre part, il serait nécessaire de déterminer dans quels fonds marins se déroulera cette activité et, bien que l'ORGP ne soit pas compétent en la matière, il est nécessaire de surveiller l'état des ressources de pêche et de garantir leur intégrité, ce qui est étroitement lié à la situation dans laquelle se trouve le milieu marin[37]. Il convient également d'attendre de voir si ces questions seront traitées par la conférence sur la conservation de la biodiversité marine au-delà de la juridiction des États et qui a débuté en septembre 2018.

Enfin, nous voudrions mentionner un autre scénario de tensions futures ; nous référons aux eaux argentines au large des îles Malouines, où opère une importante flotte espagnole, battant soit le pavillon espagnol soit le pavillon de ces îles, et qui sera directement affectée lorsque l'Argentine mettra en place un plan de licences d'exploration de gaz et de pétrole dans une zone de 435.000 kilomètres carrés. Ce qui sera encore plus compliqué à cause du Brexit et les conséquences que pour la flotte européenne (ou de capital européen) travaillant dans les eaux de ces îles aura le retrait du Royaume-Uni. En fait, le retrait de ce pays peut avoir deux conséquences négatives pour le secteur européen de la pêche dans cette zone : *a)* compromettre les relations commerciales entre ces îles et l'Union en perdant

[36] À titre d'illustration, on peut citer l'arrêt de la CIJ, affaire de la compétence en matière de pêche (Espagne/Canada) du 4 décembre 1998.

[37] L'expérience du CCAMLR pourrait servir de modèle, en ce sens que ce très particulier ORGP a adopté des mesures pour protéger des espaces maritimes de l'Antarctique (aires marines protégées). Où est discuté si ces décisions concernent la conservation des ressources de pêche ou va plus loin et sont des mesures de protection du milieu marin. C'est la raison pour laquelle des conflits ont surgi au niveau de l'UE au sujet de la question de savoir si l'Union doit participer seule ou conjointement à ses États membres aux débats et aux prises de décision dans le cadre d'organismes internationaux (Conclusions de l'avocat général J. Kokott, présentées le 31 mai 2018, *Commission c. Conseil,* Affaires jointes C-626/15 et C-659/16. ECLI:EU:C:2018:362).

ainsi leurs exportations —notamment celles des produits de la pêche— les tarifs dont ils bénéficient maintenant. Et, *b)* augmenter la tension internationale dans la zone, car la République argentine ne manquera pas cette occasion pour accroître la pression sur ces eaux et les activités de pêche qui y sont exercées. À cet égard, il convient de rappeler que non seulement la souveraineté sur les îles Malouines et d'autres archipels du sud est en cause et fait l'objet d'un différend permanent entre la République argentine et le Royaume-Uni, mais également ses eaux et le plateau continental adjacent font l'objet de débats internationaux, de déclarations unilatérales nationales et de déclarations de commissions des Nations Unies compétentes dans ce domaine, stimulées par la présence de ressources naturelles vivantes et d'hydrocarbures dans la région[38].

3.2. Planification des utilisations

L'existence de conflits entre les différentes activités réalisées en mer, actuels ou potentiels, exigent que les autorités compétentes internationales, européennes et nationales, développent des plans d'aménagement et des normes intégratrices, claires et concises, de gestion des mers et des océans en tenant compte de l'environnement marin et des besoins des différentes industries qui en dépendent. Au niveau de l'UE, il existe comme on le sait une réglementation assez touffue dans la matière. Cependant, ce sont en général des directives-cadres et non des règlements (à différence de la PCP) qui définissent les résultats mais laissent une large marge d'appréciation aux États pour les atteindre. C'est le cas de la directive-cadre « Stratégie pour le milieu marin » visant à établir les utilisations et les activités dans le milieu marin présente comme premier objectif l'élaboration de stratégies pour réaliser un « bon état écologique » d'ici à 2020. L'accomplissement de cet objectif et l'application de cette directive demandera aux États membres d'ajuster leurs plans d'explorations d'hydrocarbures et de minerai en mer aux exigences qui dérivent de cette directive, de même que d'autres normes européennes concernant la planification de l'espace marin, l'habitat et certaines espèces particulières[39].

---

[38] La République argentine considère que, sur la base de la réglementation maritime internationale applicable, elle exerce sa souveraineté sur les mers adjacentes aux îles Malouines, en Georgie du Sud, aux îles Sandwich du Sud et aux rochers Cormoran, Negra et Clerke (Loi 17.094 sur la mer territoriale et la souveraineté de l'État, *BOE* 10.2.1967, Loi 23.968 sur la mer territoriale, compétence provinciale, détermination, *BOE* 5.12.1991). À la suite de l'exploration pétrolière effectuée par le Royaume-Uni sur le plateau continental au nord des Malouines, l'Argentine a adopté le décret nº 256/2010 (*BOE*, 17.2.2010), aux termes duquel une autorisation est requise pour tout navire qui se dirige vers les îles Malouines, la Géorgie du Sud et Sandwich du Sud passant par les eaux argentines.

[39] Tout comme, à titre illustratif, la Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer ; la Directive 2014/89/UE du Parlement européen et du Conseil, du 23 juin 2014, établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime et la Résolution, du 1er décembre 2016, sur la responsabilité, l'indemnisation et les garanties financières pour les opérations pétrolières et gazières en mer.

Il conviendrait que ces initiatives adoptent des mesures de prévention et même de précaution afin de minimiser l'impact sur le milieu marin, les ressources halieutiques et l'activité de pêche des flottes affectées. En ce sens, il est nécessaire que ces activités industrielles marines soient inclues dans la directive sur l'évaluation de l'impact environnemental et soient prises en compte au moment d'établir les plans de planification des différentes régions ou zones marines qui préconisent les directives européennes en la matière et qui ont été transposées aux différents ordres juridiques des États membres. En ce sens, et comme le dit le Parlement européen, les licences commerciales d'exploitation minière des fonds marins ne devraient pas être accordées avant que les effets de ladite exploitation sur le milieu marin, la biodiversité et les activités humaines réalisées en mer aient été étudiés et que tous les risques potentiels aient été pris en compte. À cela s'ajoute la demande adressée aux États membres afin d'appliquer immédiatement la Directive établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime et la gestion intégrée des zones côtières, pour permettre le bon développement des différentes activités maritimes. L'accent est également mis sur le fait que dans le cas où serait menée une exploration minière des fonds marins à l'avenir, le principe de précaution établit dans le droit de l'Union devra être appliqué[40].

De cette manière, et comme c'est déjà le cas pour d'autres secteurs ayant un impact sur les écosystèmes marins en général et sur les fonds marins en particulier —par exemple la pêche au chalut— où une réglementation minutieuse a déjà été adoptée pour minimiser ou éviter un impact négatif sur le fond marin sur lequel ils opèrent[41]. De même, et de la même manière, d'autres pratiques industrielles devraient être réglementées, telles que l'exploitation minière, l'exploitation pétrolière ou gazière, qui peuvent avoir une incidence importante sur l'état des fonds marins, ce qui n'est pas le cas actuellement.

Ce qui se passe aujourd'hui et ce que dénonce le secteur de la pêche, c'est que tandis que l'activité de pêche se voit soumise à une vaste réglementation tant sur le plan national que sur le plan européen et international afin de protéger les poissons, la faune benthique et pélagique, les oiseaux, l'environnement marin, etc., d'autres

---

[40] Le PE souligne que « la prospection, le forage et le transport de réserves de pétrole et de gaz situées sous les fonds marins dans de nombreuses régions du monde peuvent gravement endommager des zones marines sensibles et perturber des espèces marines ». Il ajoute « toute nouvelle autorisation d'exploration de gisements de pétrole ou de gaz devrait se conformer à des normes réglementaires strictes de précaution dans les domaines de la protection de l'environnement et de la sécurité pour l'exploration, la prospection et la production pétrolière ou gazière, et devrait comprendre des engagements contraignants en ce qui concerne la mise hors service des infrastructures d'exploration, qui ont en général une durée de vie limitée ». Et il note que « l'intensification des activités dans les eaux côtières et marines requiert de plus en plus la mise en œuvre d'une planification de l'espace maritime ». Résolution du Parlement européen du 16 janvier 2018 sur la gouvernance internationale des océans : un programme pour l'avenir de nos océans dans le contexte des objectifs de développement durable à l'horizon 2030 [2017/2055(INI)].

[41] Résolutions 61/105 et 64/72 de l'Assemblée générale des Nations Unies ; Règlement (UE) 2016/2336 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 fixant les conditions spécifiques applicables à la pêche des stocks de pêche en eaux profondes dans l'Atlantique Nord-Est et des dispositions relatives à la pêche dans les eaux internationales de l'Atlantique Nord-Est et abroge le règlement (CE) nº 2347/2002 du Conseil, *JO* L 354, 23.12.2016, 1.

activités comme l'exploitation minière en eaux profondes ne disposent presque d'aucune règlementation directe, sauf dans le cas des campagnes de prospection et d'exploration de nodules et de sulfures polymétalliques et ne paraît pas faire non plus l'étude d'une évaluation de son impact environnemental. Ce qui est également en bonne partie le cas pour l'exploitation pétrolière et gazière en pleine mer[42].

Cette règlementation concernant la planification du territoire marin devrait veiller à ce que dans des cas comme celui de l'Irlande, mentionné précédemment, les autorités nationales compétentes soient obligées de réaliser des études concernant l'impact environnemental et socio-économique avant d'accorder les licences et autorisations permettant de procéder aux explorations et aux prospections minières ou d'hydrocarbures. Et que de telles études et évaluations, en accord avec les recommandations accompagnant le processus de croissance bleue préconisé par l'UE, soient accessibles à tous les intéressés qui pourraient se voir affectés par ces activités. Il s'agirait, d'une part, d'éviter les conflits d'utilisation dans ces eaux et, d'autre part, d'éviter de créer des tensions sociales comme celles vécues en Espagne à l'occasion de la plateforme Castor en Méditerranée ou des prospections d'hydrocarbures dans les eaux canariennes[43].

De la même manière, il faudrait avant, pendant et après avoir développé l'une de ces activités industrielles en mer, prendre en compte la vaste règlementation internationale concernant le développement durable des océans, la protection de la biodiversité marine, le changement climatique, la gestion et la préservation des ressources marines et la pollution marine. Selon cette règlementation, des normes sont établies, de différentes natures juridiques, établissant les limitations et les actions devant être accomplies par les États et les industries d'hydrocarbures et minières sous-marines.

Il faudrait également évaluer dans quelle mesure la multiplication des zones maritimes ou des réserves marines peut briser la cohabitation des activités maritimes. Étant donné que les règlementations correspondantes ont tendance à être extrêmement rigides en ce qui concerne la pêche, mais elles le sont moins par rapport à d'autres activités industrielles sous-marines telles que l'exploration minière ou pétrolière (par exemple, dans le cas des îles Seychelles). Sans oublier les zones maritimes des territoires d'outre-mer dans lesquelles les pêcheurs indigènes ont été expulsés, ce qui a ruiné une activité de pêche artisanale et industrielle, comme cela s'est passé dans l'archipel des Chagos sous administration britannique[44].

---

[42] Comité Asesor Científico Técnico de la Cooperativa de Armadores de Pesca del Puerto de Vigo (ARVI), *Coexistencia de la actividad pesquera con las industrias del gas, el petróleo y la minería submarina*, *www.arvi.org/publicaciones*, 8 septiembre 2017.

[43] Le projet Castor visait à construire un gisement de gaz naturel au large de la côte espagnole de la Méditerranée. Ce projet Castor a été approuvé par l'arrêté royal du 16 mai 2008 (*BOE* nº 136, 05/06/2008, 26051). Le projet a été arrêté par l'apparition de la sismicité dans sa mise en œuvre et a été liquidé fin 2014.

[44] Cour permanente d'arbitrage : Arbitrage sur l'aire marine protégée de Chagos (*Maurice c. Royaume-Uni*), 18 mars 2015. De même, la résolution AGNU A/RES/71/292.

Il reste encore du progrès à faire concernant les études sur l'impact des différentes étapes des activités minières et pétrolières marines sur les écosystèmes marins en général et sur les poissons de différentes espèces en particulier, afin de pouvoir évaluer et adopter les mesures correspondantes. De la même manière, il faut continuer à rechercher des moyens de réparer les éventuels préjudices causés à l'industrie de la pêche suite aux obstacles rencontrés au moment d'opérer dans les zones de pêche où elle le faisait traditionnellement, soit parce qu'elle était éloignée de ces derniers suite aux exigences des autorités nationales, soit parce que ce sont les propres poissons qui se sont éloignés de ces zones de pêche ou qui changent de comportement, ce qui rend leur capture difficile.

4. CONSIDÉRATIONS FINALES

La prolifération des activités industrielles comme celles que nous avons traitées et qui se déroulent dans le même espace maritime, constitue un fait nouveau puisque plusieurs des utilisations entrant en compétition dans cet espace sont le résultat des nouvelles avancées technologiques. Cela explique pourquoi les conflits et les tensions qui en découlent sont aussi proches dans le temps et notamment plus potentiels que réels. Il est néanmoins évident que ces conflits vont se multiplier à l'avenir suite à l'augmentation de l'exploitation minière en eaux profondes et aux exploitations de gaz et de pétrole en haute mer. Cette croissance connaîtra sans doute un va-et-vient en raison de la fluctuation des prix des marchés mondiaux sur ces matières et de la demande, mais cette évolution continuera à se poursuivre dans tous les cas.

Face à cette situation, le droit a de plus en plus de retard, le fait social est beaucoup plus rapide et les victimes potentielles sont les entreprises de pêche, les pêcheurs, les communautés dépendant directement de la pêche, les propres ressources halieutiques et le développement durable des mers et des océans. Même si le milieu marin implique l'unité et une approche complète de sa gestion de la part du droit de la mer, ce dernier ne l'envisage pas suffisamment et donne priorité à la fragmentation spatiale et à son cloisonnement. De la même manière, même si la CNUDM met en avant la solidarité et la coopération en ce qui concerne les eaux marines, elle favorise en revanche la territorialisation de ces dernières et l'expansion de la souveraineté et de la juridiction des États riverains. C'est dans ce cadre juridique que se déroulent les activités industrielles en mer, soumises aux législations nationales et, dans certains cas, également à celle de l'UE. Or, cela n'exonère pas les autorités nationales et européennes de respecter les exigences de protection du milieu marin établies dans les différents accords internationaux et dans d'autres textes de droit plus flexible. Et non plus, à oublier la précarité qui en résulterait pour le secteur de la pêche qui opérait traditionnellement dans les eaux affectées.

D'un autre côté, la concurrence d'activités dans les mêmes espaces marins met en évidence le besoin d'une planification spatiale qui permettrait d'améliorer la gouvernance (à multiniveau) maritime. Les impacts que la prospection et l'ex-

ploration pétrolière, gazière et minière peuvent avoir sur les pêcheries, une activité économique qui apporte d'importants bénéfices sociaux et économiques au niveau local, ont besoin de cet aménagement, aussi bien au niveau national qu'au niveau européen et international. L'exploitation durable des océans et de sa biodiversité, y compris la réalisation des objectifs de développement durable, dépend de la pertinence de l'aménagement et de la gestion des utilisations humaines, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur des zones de juridiction nationale. La planification spatiale maritime peut favoriser l'organisation efficace des utilisations marines dans une même zone maritime, y compris la désignation, la gestion et l'établissement d'un réseau d'aires marines protégées.

Il faudra finalement extraire du droit existant les principes et les normes qui permettent de coordonner et d'intégrer toutes les activités économiques qui se développent dans les océans de manière à ce que l'industrie extractive du pétrole, du gaz et des minerais des fonds marins soit soumise aux mêmes exigences que l'industrie de la pêche pour ne pas épuiser les ressources de la mer. Et si le droit de la mer ne rend pas possible cette exigence, il faudra élaborer de nouvelles règles à cet égard dans un nouveau droit de l'océan.

CHAPTER 23

CONSERVING THE MARINE ENVIRONMENT OF THE EU: A CRITICAL APPRAISAL OF THE EUROPEAN PARLIAMENT'S RESOLUTION 2015/2352 AS IT CONCERNS THE ESTABLISHMENT OF A NEW LEGISLATIVE COMPENSATION MECHANISM FOR OFFSHORE ACCIDENTS

Fayokemi Olorundami
PhD in Law, University of Greenwich, United Kingdom
Tokunbo Olorundami
PhD Candidate in Environmental Studies, Newcastle University, United Kingdom

RÉSUMÉ: *Le 1er décembre 2016, le Parlement européen a adopté la résolution 2015/2352 invitant la Commission européenne à envisager la création d'un mécanisme de compensation législative pour les accidents en mer. Le Parlement européen a proposé que celui-ci couvre les compensations versées aux pêcheurs, à l'industrie du tourisme côtier et à d'autres secteurs de l'économie bleue pour les dommages traditionnels et les pertes économiques pures. Ce document évalue de manière critique la résolution et son potentiel pour la protection de l'environnement marin de l'UE. Il examine également s'il est nécessaire ou souhaitable de disposer d'un mécanisme de compensation à l'échelle européenne pour les accidents en mer. En abordant ces questions, le présent document examinera la proposition de l'UE par rapport aux principes reconnus du droit et de la politique de l'environnement. Il analysera également la loi norvégienne à cet égard, le Parlement européen ayant noté qu'il s'agissait d'un modèle de meilleure pratique pour le futur système d'indemnisation législative. Ce document examinera également les difficultés que pourrait poser la mise en place d'un système*

de compensation tel que proposé dans la résolution. L'argument avancé dans ce document est que la compensation des pertes résultant des opérations pétrolières et gazières en mer est un élément nécessaire de tout régime cherchant à garantir l'extraction durable des ressources en mer, ce qui rend la proposition du Parlement européen souhaitable.

Mots-clés: *système de compensation législative; droit de l'UE; protection de l'environnement; principe pollueur-payeur.*

ABSTRACT: *On the 1st of December, 2016, the European Parliament passed Resolution 2015/2352 calling on the European Commission to consider establishing a legislative compensation mechanism for offshore accidents. The European Parliament proposed that this should cover compensation to fishermen, the coastal tourism industry and other sectors of the blue economy for traditional damage and pure economic losses. This paper critically assesses the resolution and its potential for securing protection of the EU marine environment. It also considers whether it is necessary or desirable to have a Europe-wide compensation mechanism for offshore accidents. In addressing these issues, this paper will examine the EU proposal against recognised principles of environmental law and policy. It will also analyse the Norwegian Law in this regard as the European Parliament noted this as a model of best practice for the prospective legislative compensation scheme. This paper will also consider what challenges might arise from establishing a compensation scheme as proposed in the resolution. The argument made in this paper is that compensation for losses arising from offshore oil and gas operations is a necessary part of any regime looking to ensure sustainable offshore resource extraction, making the EU Parliament's proposal desirable.*

Keywords: *legislative compensation scheme; EU law; environmental protection; polluter pays principle.*

1. INTRODUCTION

On the 1st of December 2016, the European Parliament passed Resolution 2015/2352 calling on the European Commission to consider establishing a legislative compensation mechanism for offshore accidents. The European Parliament proposed that this should cover compensation to fishermen, the coastal tourism industry and other sectors of the blue economy for traditional damage and pure economic losses. This resolution is one of the many efforts aimed at protecting the EU marine environment from the harmful effects that might be caused by offshore oil and gas activities. It stems from the understanding that one aspect of securing this environmental protection is the existence of a regime that adequately provides remedies for losses arising from offshore oil and gas operations. The EU Parliament also hinges the resolution on the polluter pays principle, one of the fundamental principles of environmental law and policy. On the face of it, the European Parliament's resolution is commendable. However, it is important to critically assess the resolution and its potential for securing protection of the EU marine environment.

It is also important to find out whether it is necessary or desirable to have a Europe-wide compensation mechanism for offshore accidents. Is it rather preferable to have individual States determine what compensation mechanism is suitable for their jurisdictions? What therefore are the advantages of having a Europe-wide compensation scheme as opposed to individual schemes? In addressing these questions, this paper will examine the EU proposal against recognised principles of environmental law and policy. It will also analyse the Norwegian Law in this regard as the European Parliament noted this as a model of best practice for the prospective legislative compensation scheme. This paper will also consider what challenges might arise from establishing a compensation scheme as proposed in the resolution. The argument made in this paper is that compensation for losses arising from offshore oil and gas operations is a necessary part of any regime looking to ensure sustainable offshore resource extraction, making the EU Parliament's proposal desirable.

2. THE EU PROPOSAL

The EU Parliament expressed concern that although a major offshore accident has not occurred in EU waters since 1988, with increasing offshore oil and gas activities in EU waters particularly in the Mediterranean and the Black Sea, it was necessary to take action for the purpose of implementing legislation aimed at protecting the marine environment. It further stated that offshore accidents could lead to losses that were not being adequately compensated for. In this regard, it noted that as a result of offshore accidents/oil spills, the environment could suffer adversely and third parties could suffer losses as well. The Parliament expressly acknowledged the fishing industry, the coastal tourism industry and other sectors of the blue economy as persons who could suffer such losses[1].

However, the law, as provided for in the Offshore Safety Directive (OSD) and the Environmental Liability Directive (ELD), covers prevention and remediation costs for oil spills/environmental damage but does not cover costs of compensation for losses to the persons in the industries just mentioned. This, the Parliament noted, does not adequately capture the polluter pays principle, which it recognised is the principal base on which liability regimes are established[2]. In view of this, the Parliament called on the European Commission to consider establishing a legislative mechanism to compensate third parties for losses incurred as a result of oil spills[3]. Such losses should include traditional damage (that is, bodily injury and damage to property), economic loss (that is, loss of profits results from bodily injury and damage to property) and pure economic loss (that is, loss of profits that is not connected with bodily injury or damage to property). The Parliament noted that the proposed law should be modelled after the Norwegian law which recog-

[1] European Parliament Resolution of 1 December, 2016 on Liability, Compensation and Financial Security for Offshore Oil and Gas Operations (2015/2352).

[2] *Ibid.,* recital J.

[3] *Ibid.,* para 3.

nises the right to compensation for fishermen who have suffered financial losses as a result of pollution/waste from petroleum activities[4].

In addition to the above, the EU Parliament expressed the desirability of having a uniform compensation scheme throughout Europe as the way civil liability is handled varies from one Member State to the other and very importantly, because in many Member States with an offshore oil and gas industry, there is no liability for most third-party claims for compensation for traditional damage caused by an accident. Furthermore, a vast majority of Member States had no regime for compensation payments, and could offer no assurance that in the event of an accident leading to claims, persons liable would have adequate financial assets to meet claims[5].

Having set out the EU Parliament's proposal, the next section considers the reason for this proposal in order to set the background for the discussion.

3. THE DRIVER FOR THE PROPOSAL

The EU proposal stems from the realities thrown up by the Deepwater Horizon disaster of 20 April 2010. In addition to the death of eleven workers and bodily injury to seventeen others, the Macondo well blowout resulted in the spilling of about four million barrels of oil into the Gulf of Mexico over an eighty-seven day period[6], a spill that has been regarded as the worst ever in the history of marine oil drilling operations[7]. In view of this disaster, the EU reviewed the regulation of safety in EU waters insofar as it concerns oil and gas operations. The EU was and still is concerned about the ability of oil companies working in the EU to contain a similar disaster if same occurred in EU waters. The costs to BP, operator of the Deepwater Horizon rig, as a result of the spill is reported to stand at 65 billion dollars[8]. This figure represents compensation for claimants affected by the spill as well as fines from the authorities and clean-up costs. Are funds available to EU oil companies to deal with a major accident as the Deepwater Horizon disaster?

The concern of the EU led to the introduction of the Offshore Safety Directive (OSD) which aims to

> «reduce as far as possible the occurrence of major accidents relating to offshore oil and gas operations and to limit their consequences, thus increasing the protection of the marine environment and coastal economies against pollution, establishing minimum conditions for safe offshore exploration and exploitation of oil and gas

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.,* para 5.

[6] United States Environmental Protection Agency, «Deepwater Horizon - BP Gulf of Mexico Oil Spill», *https://www.epa.gov*.

[7] *Ibid.*

[8] Vaghan, A. (2018), «BP's Deepwater Horizon Bill Tops $65bn», *The Guardian,* 16 January, *https://www.theguardian.com/business/2018/jan/16/bps-deepwater-horizon-bill-tops-65bn*.

and limiting possible disruptions to Union indigenous energy production, and to improve the response mechanisms in case of an accident»[9].

This Directive recognises that major accidents from oil and gas operations can adversely and irreversibly affect not just the marine and coastal environment but also coastal economies, hence the need to prevent them[10]. Notwithstanding this recognition, Article 3(3) indicates that EU Member States are only under a duty to ensure that operators of oil and gas installations take all suitable measures to limit the consequences of a major accident «for human health and for the environment». Consequences to coastal economies are not factored in. In consonance with this, Article 7 only concerns itself with liability for environmental damage. It requires Member States to ensure that licensees are financially responsible for preventing and remedying environmental damage resulting from oil and gas operations. No part of the Directive speaks about liability for injury to coastal economies.

Also providing for the protection of the EU marine environment is the Environmental Liability Directive (ELD). Although this Directive was in force before the Deepwater Horizon disaster, it was amended by Article 38 of the Offshore Safety Directive to cover damage to the waters of the continental shelf of EU Member States. The ELD promotes the polluter pays principle, thus making the polluter responsible for the cost of environmental damage to water, land and biodiversity, including prevention, control and remediation costs. Pursuant to Article 18(2) of the ELD which requires the Commission to review and report to the Council and the European Parliament on the application of the Directive as well as indicate areas of amendment, the Commission's report noted that, «[t]he implementation of the ELD has improved the prevention and remediation of environmental damage to a limited extent in comparison to the situation before the transposition of the ELD»[11]. The limited success of the ELD was noted to have arisen from different EU Member States applying the Directive differently.

Nevertheless, despite the lofty aims of the OSD and limited success of the ELD, the EU proposal under consideration recognises that the OSD and ELD do not capture the full implications of the polluter pays principle. At the moment, both the OSD and ELD are limited to providing that the polluter pays the costs of preventing and remedying environmental damage. They do not cater for third party claims arising from the environmental damage caused, whether these are traditional damage claims or claims for pure economic loss[12].

The conclusion from the review of the ELD's application across the EU is useful when one is analysing the EU's proposal of 1 December 2016. This is because

---

[9] Offshore Safety Directive, Recital 2.

[10] *Ibid.,* Recital 4.

[11] *Report from the Commission to the Council and the European Parliament under Article 18(2) of Directive 2004/35/EC on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage COM/2016/0204 final*, para 5, *https://eur-lex.europa.eu*.

[12] EU Resolution 2015/2352, recitals 3 and 4.

it highlights the problem noted by the EU regarding different regimes for compensation for third party claims arising from environmental damage. It is necessary to assess whether it is desirable for compensation to be extended beyond what is provided for currently under the OSD and ELD to include the proposal made by the EU.

4. POSSIBLE LOSSES FROM A MAJOR POLLUTION INCIDENT

In reality, the EU Parliament is right to note that the losses incurred from oil pollution go beyond losses merely to the physical environment. They affect persons and industries that depend on the marine environment for their livelihood or economic sustenance. This includes the fisheries industries, allied industries such as the fish processing industry and fish supply industry. Coastal tourism will also suffer if the coast/waters are polluted due to petroleum activities.

Goldberg, in analysing liability in connection with the Deepwater Horizon accident under the United States' Oil Pollution Act, provides an analysis of seventeen hypothetical situations where persons can be shown to have suffered losses as a result of pollution from an oil spill[13]. These hypothetical situations include a commercial fisherman who has lost the opportunity to fish due to the spill and the owner of a beachfront hotel who, although no oil has washed up on the beachfront reserved for use by the hotel's guests, nevertheless sees his patronage reduced because patrons have decided to take their vacation elsewhere because of the spill. Another example is that of an employee of the hotel who has had his working hours cut and consequently, his wages reduced by 25% as part of measures taken by the hotel as the employer to cut its own losses caused by the oil spill. Goldberg also speaks of a restaurant that recorded loss of profits since its usual customers, namely fishermen, dockworkers and others involved in the marine industry, no longer frequent the restaurant due to being out of work as a result of the spill.

While some examples seem directly related to the spill such as fishermen losing profits, others such as the seller of fireworks whose main customers are beach goers do not. One gets the sense from reading through the hypothetical situations provided by Goldberg that a single incident of offshore oil pollution could affect an almost unlimited number and class of persons who may seem only remotely connected with the oil spill. Indeed, it was reported that some claims against BP came from such unlikely victims as strip club owners, cab drivers, electricians and plumbers amongst others[14].

---

[13] Goldberg, J. (2011), «Liability for Economic Loss in Connection with the Deepwater Horizon Spill», *Mississippi College Law Review*, 30(2), 346-348.

[14] Webb, T. (2010), «Deepwater Oil Spill Victims, from Waitresses to Cabbies and Strippers, Plead for BP Payouts», 20 June, *The Guardian, https://www.theguardian.com/environment/2010/jun/20/deepwater-oil-spill-victims-compensation-bp*.

There are certainly problems associated with this kind of claims recognition. The EU has at yet not clarified what categories of people should be compensated for losses associated with oil spills. While fishermen are clearly within the purview of the EU, what the EU calls other «sectors of the blue economy» remains ambiguous. In a subsequent section, this paper will consider the challenges associated with the EU proposal. This will come after a consideration of the desirability or otherwise of the proposal.

5. PROPOSAL: DESIRABLE OR NOT?

The EU Parliament noted in its resolution that the proposed legislative compensation mechanism should be modelled after the Norwegian Petroleum Activities Act. In view of this recognition of the Norwegian law as best practice, this paper will now analyse the details of that law.

5.1. Norwegian Petroleum Activities Act, 1996

The Norwegian Petroleum Activities Act[15] is the primary legislation governing petroleum activities in Norway. In addition to rules governing general liability for environmental damage, it provides special rules for the compensation of fishermen in the event of oil pollution. No other State apart from Norway has promulgated legislation to recognise the fisherman's right of compensation in Europe[16]. The Norwegian Petroleum Activities Act, in setting out the rules governing liability for pollution damage, defines «pollution damage» as «damage or loss caused by pollution as a consequence of effluence or discharge of petroleum from a facility, including a well, and costs of reasonable measures to avert or limit such damage or such loss, as well as damage or loss as a consequence of such measures»[17]. Section 7-1 goes on to state clearly that «damage or loss incurred by fishermen as a consequence of reduced possibilities for fishing is also included in pollution damage.» In Chapter 8, the Act expressly provides that the party responsible for pollution or waste from petroleum activities must compensate fishermen for financial losses incurred as a result of such pollution or waste, including the costs of reasonable measures taken to contain the damage or loss and any loss or damage stemming from such measures[18]. Liability for the aforementioned losses is not based on fault. In the event that the person who caused the pollution damage cannot be identified, all licensees shall be jointly and severally liable where it is clear that the damage is associated with the petroleum activities under a particular licence[19].

---

[15] Act 29 November 1996 No. 72 relating to petroleum activities.

[16] Sales, K.; Mudgal, S., and Foggleman, V. (2014), *Civil Liability, Financial Security and compensation claims for offshore oil and gas activities in the European Economic Area, Final Report to the European Commission*, 11, *https://ec.europa.eu*.

[17] Petroleum Activities Act, 1996, Section 7-1.

[18] *Ibid.,* Section 8-3.

[19] *Ibid.,* Section 8-4.

Although the proposed EU legislation is to look to the Norwegian law for some guidance, it must be noted that the Norwegian law provides for compensation only for fishermen. The EU proposal on the other hand intends to cover fishermen as well as others who may be affected by oil pollution, namely, persons involved in the coastal tourism industry and other users of the blue economy. In view of this then, it may be worth considering the United States' Oil Pollution Act of 1990 (OPA) as that law goes farther than the Norwegian law. Amongst other criteria, the OPA in Section1002(b)(2)(E), allows any person to claim «[d] amages equal to the loss of profits or impairment of earning capacity due to the injury, destruction, or loss of real property, personal property, or natural resources». Section 1002(b)-(2)-(C) makes recoverable by any claimant, damages for loss of subsistence use of natural resources. This is so if such claimant uses those natural resources which have been injured, destroyed, or lost, and no question arises as to the ownership or management of the resources. These provisions were the basis of many claims against BP. Unlike the Norwegian law, any claimant who has suffered losses is entitled to damages. It must be mentioned though that under the OPA, liability is capped at certain amounts, specifically, 75 million dollars for an offshore facility[20].

5.2. EU proposal vis-as-vis principles of environmental law and policy

This section will argue that the EU proposal is desirable. It will consider the following principles of environmental law and policy in order to establish the argument: the polluter pays principle, sustainable development, intragenerational equity, environmental justice and social impact assessment.

5.2.1. The polluter pays principle

The EU Parliament's proposal may be justified on the polluter pays principle. The Parliament itself recognises this when it notes that «the effective application of the "polluter pays" principle to offshore oil and gas operations should extend not only to the costs of preventing and remedying environmental damage —as currently achieved to a certain extent via the OSD and ELD— but also to the costs of remedying traditional damage claims»[21]. It is interesting that Parliament should consider that the polluter pays principle be extended beyond just prevention and remediation efforts on the environment. Indeed, popular definitions of the principle focus on the costs of pollution to the physical environment rather than other costs associated with the pollution such as costs to persons who rely on the environment for their subsistence or who have a right to commercially exploit the natural resources of the environment. For example, the French Environmental

[20] OPA, 1990, Section 1004(a)(3). This does not include clean-up costs.
[21] EU Resolution 2015/2352, para 3.

Code refers to the principle as the polluter bearing the costs of measures for the prevention, reduction and control of pollution[22]. The same idea is reflected in the OSPAR's view of the principle. The OECD, credited as the originator of the principle[23], had in 1972 stated that the principle was aimed at encouraging the rational use of scarce environmental resources and preventing distortion in international trade and investment. It went on to describe the principle as the polluter bearing the costs of measures «decided by public authorities to ensure that the environment is in an acceptable state». Focus here again is on the physical environment. This way of viewing the polluter pays principle thus stems from the historical development of the principle. However, there is no reason why it should not be extended to cover liability to compensate persons who have incurred losses as a result of environmental pollution. Cardato argues that expanding the definition of pollution and placing emphasis on who really incurs costs in the event of environmental pollution is instructive for a more useful interpretation of the polluter pays principle. For him, the following questions need to be answered: «What constitutes pollution? Who are the polluters? How much must the polluters pay? To whom they must make the payment?». In answering these questions, he argues thus:

> «A correct interpretation of the polluter pays principle would define pollution as any by-product of a production or consumption process that harms or otherwise violates the property rights of others. The polluter would be the person, company, or other organization whose activities are generating that by-product. And finally, payment should equal the damage and be made to the person or persons being harmed. Inanimate objects and the environment do not incur costs, people do. It is not merely the physical property that is being damaged, but the interests of the owner»[24].

This argument resonates with the EU proposal which recognises that beyond the physical environment, people who depend on the environment suffer losses that need to be compensated for and this should be viewed within the lens of the polluter pays principle.

5.2.2. Intra-generational equity

Inter-generational equity rather than intra-generational equity is the more widely known environmental principle. Inter-generational equity refers to the ability of the present generation to meet its needs without jeopardising the ability of future generations to meet their own needs. This is a very important aspect of the principle of sustainable development. However, intra-generational equity is just as important. It refers to equity between the same generations. Some persons depend

---

[22] Article L 110-1 para 2, French Environmental Code.

[23] De Larragán, J. (2011), *Distributional Choices in EU Climate Change Law and Policy: Towards a Principled Approach*, 142.

[24] Cordato, R. (2001), «The Polluter Pays Principle: A Proper Guide for Environmental Policy», *Studies in Social Cost, Regulation, and the Environment,* Institute for Research on the Economics of Taxation, No. 6, i, *http://iret.org/pub/SCRE-6.PDF*.

on the environment for their subsistence and this should not be taken away from them. If persons involved in oil and gas activities have access to ocean resources, it seems fair to expect other users of the same ocean space to have access to the resources they need. Viewing it from this perspective, therefore, the EU Parliament's proposal is desirable.

5.2.3. Environmental justice

The EU Parliament's proposal may also be justified on the basis of environmental justice. As Cordato notes, requiring that persons who have suffered losses as a result of pollution caused by another be compensated appeals to society's sense of fairness and justice[25]. While the concept of environmental justice has been used in different ways, Walker and Bulkeley note that the concept is «a response to perceived injustice, as judged through observations of unreasonable inequality in outcome and lack of "fair treatment" for, in particular, people and social groups that are already marginalised and disadvantaged». An oft-quoted definition of environmental justice is the one provided by the United States' Environmental Protection Agency (EPA). That definition emphasises fair treatment of all in the enforcement of environmental laws, regulations, and policies[26]. Equality and fair treatment are therefore key to ensuring justice. The EPA rightly notes that this means that «no single group of people should bear a disproportionate share of the negative environmental consequences arising from industrial, governmental, or commercial operations or policies»[27]. Thus, fishermen, persons involved in industries allied to fishing, coastal tourism and other users of the ocean should be treated equally with oil and gas companies. It would amount to unfair and unequal treatment for oil companies to be allowed to bear responsibility only for remediation of the marine environment without been required to compensate other users of the ocean for losses they have incurred as a result of the oil company's operations. This would mean that the injured parties are bearing a disproportionate share of the negative environmental consequences of the oil company's commercial operations.

5.2.4. Social impact assessment

The last principle upon which the desirability of the EU Parliament's proposal is based is social impact assessment. Social impact assessment (SIA) has always been a part of environmental impact assessment (EIA), although it has gained ground in recent times due to increased concerns about the cumulative impact of development on human livelihood and wellbeing[28]. SIA, which can now be

---

[25] *Ibid.,* 1.

[26] US EPA, «Learn About Environmental Justice», *https://www.epa.gov*.

[27] *Ibid.*

[28] Zhang, R.; Shi, G.; Yuanni, W. *et al.* (2018), «Social Impact Assessment of Investment Activities in the China-Pakistan Economic Corridor», *Impact Assessment and Project Appraisal*, 331-347.

regarded as a standalone concept, refers to a process whereby the social effects of a development project are identified, analysed and managed with the goal of bringing about a socially sustainable development environment[29]. Social values and priorities are an integral part of impact assessment, and SIA is a veritable tool for ensuring social justice and equity are integrated into project approval and implementation[30]. There has been increased debate on the need for better outcomes for communities involved in resource extraction through effective SIA implementation including in oil and gas operations[31]. This underscores the need for the existence of a scheme adequate to compensate persons who have suffered losses as a result of oil pollution. The environment exists not only for its own sake but also for the benefit of humans. Therefore, it is necessary to consider how the use of the environment for offshore petroleum operations might impact on the ability of other groups of people to earn a living and how this affects wellbeing. If the activity of one impacts on the wellbeing of others, it is only fair that this impact is adequately mitigated, and an adequate compensation scheme is one way of mitigating such adverse impact. This social aspect of pollution is vital as the inability of, for example, a fishing community to carry on its means of livelihood can have serious social consequences.

6. RELATIONSHIP BETWEEN COMPENSATION FOR LOSSES AND ENVIRONMENTAL PROTECTION

It is established that some people depend on the environment for their livelihood. The fishing industry, tourism and allied industries are examples in this regard. As the EU Parliament put it, these industries «rely on the good condition of the shared marine environment for doing business»[32]. By requiring that these persons be compensated for traditional damage and economic losses, an incentive is introduced to encourage or compel companies engaged in offshore oil and gas operations to take steps to ensure that their operations are safe environmental-wise. Thus, there is a correlation between compensating persons who have suffered losses as a result of oil pollution and the protection of the marine environment. One can take the scenario where a company is only responsible for the costs of cleaning up the marine environment and the costs of compensation to employees injured as a result of a major accident. Such company may well consider that it can take certain risks because its burden is light. However, where it must bear responsibilities for other consequences of its polluting actions, including compensating all the victims of the pollution incident, then it is likely to carry out more safe op-

[29] *Ibid.*

[30] Cashmore, M. (2004), «The Role of Science in Environmental Impact Assessment: Process and Procedure Versus Purpose in the Development of Theory», *Environmental Impact Assessment Review*, 24(4), 403-426.

[31] Smits, C., *et al.* (2017), «Oil and Gas Development in Greenland: A Social License to Operate, Trust and Legitimacy in Environmental Governance», *Resources Policy*, 53, 109-116.

[32] European Parliament Resolution of 1 December, 2016, on Liability, Compensation and Financial Security for Offshore Oil and Gas Operations (2015/2352).

erations. The case of BP in the Deepwater Horizon incident is an example in this regard. BP's liability for the spill amounted to 65 billion dollars. The realisation that a company may incur such liability in future thus encourages compliance with safety measures, which in turn, positively impacts on the marine environment.

7. BENEFITS OF AN EU-WIDE SYSTEM

7.1. Uniform standard of environmental protection

The EU Parliament proposed a Europe-wide compensation scheme. Is this desirable or should individual Member States determine their liability regimes? It may be argued that the proposal is desirable. This is because the EU Parliament identified problems with the liability regimes in Member States. In addition to non-existent liability regimes, the EU Parliament also highlighted the issue of considerable variety in the way civil liability is handled across Member States. In a report prepared by Sales, Mugdal and Foggleman, the authors noted that while there are effective liability regimes to cover traditional damage to persons working on offshore installations, the same cannot be said of liability regimes to cover traditional damage to third parties, that is, persons who are not employees of the oil company. They further stated that what is covered is uncertain and there are differences in the coverage across EU Member States[33]. Non recognition of pure economic loss, a requirement that losses be direct, the requirement to prove negligence in order to succeed in a claim and uncertainty regarding the extension of tort laws to the exclusive economic zones and continental shelf are some of the limitations of liability regimes identified across EU Member States.

The identification of this problem presupposes that if a Europe-wide compensation scheme is established, then a general standard in force throughout the EU leading to a uniform protection of the marine environment of the EU could be achieved.

If there are differences in the civil liability regime across EU Member States, then the potential for forum shopping exists. Why should a victim of environmental pollution be able to get a favourable judgment in one State and not in another State? Having a Europe-wide compensation scheme will therefore help to deal with this problem as there will be just one standard across Member States.

8. CHALLENGES OF IMPLEMENTING THE PROPOSAL

From the above, it is apparent that the EU Parliament's proposal has merits. Nevertheless, some challenges with implementing the proposal have been identified.

First, there is no clarity on the categories of persons to be compensated in the event of an oil spill. The Parliament's proposal mentions fishermen, those involved

[33] Sales, K.; Mudgal, S., and Foggleman, V. (2014), *op. cit.,* 12 (note 16).

in coastal tourism and other sectors of the blue economy. The reality is that this could cover an unlimited and unpredictable class of claimants. The seventeen hypothetical situations provided by Goldberg and referred to above is instructive in this regard. The surprising class of claimants that BP had to compensate because of the Deepwater Horizon accident is also instructive. The EU must thus make clear who can claim compensation when there has been an oil spill. How would the EU determine what can be compensated for and what cannot? For example, if the new law allows fishermen to be compensated for loss of profits as a result of oil spills, is there a reason why workers who have had their hours cut due to poor holiday bookings should not be compensated? This issue is further related to the oft-stated challenge of recognising pure economic losses, namely the floodgate of claims problem. The EU proposal is set to open up this problem as it seeks to cover persons involved in coastal tourism and other sectors of the blue economy.

The second challenge identified is that oil companies may find it difficult to access the insurance and other financial instruments to cover such unlimited liability. It may be useful to borrow a leaf from the regime under the US Oil Pollution Act which sets a cap on liability at 75 million dollars.

Lastly, there is the issue involving small companies and unlimited liability. Small companies play a major role in maximising oil recovery, particularly in mature oil and gas provinces. These companies will be especially hit by any such unlimited liability or liability capped at quite a high figure. In the event of a Deepwater Horizon style accident in EU waters involving small companies, who would bear responsibility if the small company cannot pay? Does this mean that small companies would be excluded from acquiring licenses to produce oil and gas?

These challenges need to be considered by the EU before putting the proposal into effect.

9. CONCLUSION

This paper considered the EU Parliament's proposal in Resolution 2015/2352 of 1 December 2016 where it called on the EU Commission to establish a legislative compensation mechanism in respect of offshore accidents from oil and gas operations. This paper argued that the proposal is desirable. It is in accord with the relevant principles of environmental law and policy, namely the polluter pays principle, the principle of intra-generational equity, environmental justice and social impact assessment. An EU-wide scheme would also help ensure a uniform standard of environmental protection in EU waters. Notwithstanding this, the following problems were identified, namely, unlimited category of claimants, the floodgates problem associated with pure economic loss and difficulty accessing insurance and financial instruments, particularly for small companies. While the EU Parliament's proposal certainly has merits, there is a need to consider how the problems identified above may be addressed in order to achieve an effective regime for environmental protection.

CHAPTER 24

MARINE POLLUTION IN THE ARCTIC REGION: WHAT FUTURE FOR CIVIL LIABILITY? - THE NEED FOR A COMPREHENSIVE LIABILITY SCHEME

Béatrice SCHÜTTE
Doctor of Law (Aarhus University, Denmark)
Visiting postdoctoral researcher at the ERC Human Sea Program, Nantes

RÉSUMÉ: *Dans l'Arctique, le réchauffement global et par conséquent la dégradation de la glace marine facilitent de nouvelles possibilités d'exploitation. De nouvelles routes navigables et un accès plus facile aux ressources naturelles induisent de nouvelles opportunités de profits économiques. En même temps, la protection de cet environnement fragile contre les effets néfastes des activités humaines en mer est indispensable car l'Arctique est aussi un agent régulateur du climat mondial. Les risques d'incidents entraînant une pollution dans cette région ne mettent pas uniquement en danger l'environnement lui-même, ils ont un impact sur les moyens d'existence de quelque quatre millions d'habitants.*
Bien que la pollution de l'environnement marin soit prévue par plusieurs conventions internationales, le règlement sur la responsabilité civile dans ce contexte est plutôt rare —en particulier sur les sujets au-delà de la pollution pétrolière causée directement par des navires—. L'idée initiale réside dans le fait que des règles de responsabilité civile peuvent avoir un effet préventif et contribuer à la protection de l'environnement marin. Cet article a pour but d'examiner les possibilités d'établir un cadre juridique spécifique de responsabilité civile pour les dommages consécutifs à la pollution de l'environnement marin dans l'Arctique. Les victimes potentielles, exposées elles aussi à ces risques, doivent avoir la possibilité d'obtenir une indemnisation au titre d'un même cadre juridique quel que soit leur pays de résidence.

Mots-clés: *pollution marine; région arctique; avenir; responsabilité civile; régime de responsabilité globale.*

ABSTRACT: *In the Arctic, global warming and the consequential decrease of sea ice facilitated new exploitation options. Additional shipping routes and easier access to natural resources mean economic benefits. At the same time, it is crucial to protect the fragile environment from detrimental hazards as it plays an important role as a regulator for the climate worldwide. Pollution incidents in the coherent marine region endanger not only the environment as such but also the livelihood of about four million people.*
While marine environmental pollution as such is addressed in many international conventions, civil liability in this regard is only scarcely regulated on international level —especially concerning issues other than vessel source oil pollution—.
Based on the idea that civil liability rules can have a preventive effect and thus contribute to the protection of the marine environment, this paper aims at examining the possibilities of establishing a comprehensive framework on civil liability for damage arising from marine pollution in the Arctic. Potential injured parties being exposed to the same risk shall also have the possibility to obtain compensation under the same set of rules, irrespectively of their country of residence.

Keywords: *marine pollution; arctic region, future, civil liability, comprehensive liability scheme.*

1. INTRODUCTION

The Arctic has throughout the years been particularly affected by climate change, warming two to three times faster than the global average[1]. In addition to that, human impact on the Arctic has significantly increased. The region is extremely vulnerable. The decrease of the sea ice provides manifold new opportunities: shipping routes, exploration and exploitation of natural resources, fisheries and tourism[2]. This may foster the economy, but at the same time it increases the risk of harming the fragile environment and consequentially causing damage to individuals and legal entities resident in the Arctic.

The Arctic consists of eight states, namely the USA, Canada, Russia, Iceland, Norway, Denmark, Sweden and Finland[3]. The first five of them are coastal states. As for Denmark, only Greenland and the Faroe Islands are situated in the Arctic and one must consider their status of autonomy. According to different reports, extensive Arctic continental shelves may be the world's largest unexplored area

[1] *https://arctic-council.org/index.php/en/our-work2/8-news-and-events/498-aemm-article-02.*

[2] Stephens, T., and Van der Zwáag, D. L. (2014), *Polar Oceans Governance in an Era of Environmental Change*, 5, 59, 60.

[3] *https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/20956/arctic-short-introduction_en.*

of petroleum deposits[4]. An estimated 13% of the world's oil reserves and an estimated 30% of the gas reserves are supposed to be there[5].

Different types of pollution are threatening the Arctic. It has been stated that the Arctic serves as «a sink» for global pollutants despite being remote from both industrial and agricultural regions[6]. Vessel-source pollution, particularly oil pollution and the dumping of waste, is probably the biggest threat, be it from cargo ships or ships used for tourism. Oil pollution is also the type of contamination that has been most closely regulated on international level. Lately also the pollution of the Arctic with microplastics has caught public attention. In April 2018, researchers discovered record amounts of microplastics in Arctic sea ice. Some scientific models even predict a sixth garbage patch to be developing in the Barents Sea between Novaya Semlya, Franz Josef Land and Svalbard[7]. A potential threat in the future is pollution from hydrocarbon exploration and exploitation. The noxious substances in the ocean also accumulate in the food chain. This leads to the fact that indigenous people are among the most contaminated on earth[8].

As the Arctic Ocean is a large marine area with several adjacent states, one must also consider the problem of transboundary pollution. The currents in the ocean distribute spilled oil, waste and other debris to places far away from where the pollution was induced. Cases of transboundary pollution raise a number of questions, for instance concerning the country of jurisdiction, the applicable law and the remedies available to the injured parties[9].

This paper discusses the need for a comprehensive liability scheme for cases of damage arising from marine environmental pollution for the Arctic in order to grant the same level of legal protection for potential injured parties in the entire region.

The legal regulation of the consequences of marine pollution in the Arctic is particularly important also because of the general remoteness of the region. In case of a harmful event, it takes much longer to deploy pollution response infrastructure and due to the climatic conditions, the clean-up will also take much longer than in less remote areas as for instance the Baltic Sea or the Mediterranean Sea.

The structure of this contribution will be the following: After pointing out some generalities and challenges with regard to the adoption of a framework on civil liability for damage resulting from marine pollution in the Arctic, introduce

---

[4] Bankes, N. (2016), «The Regime for Transboundary Hydrocarbon Deposits in the Maritime Delimitation Treaties and Other Related Agreements of Arctic Coastal States», *Ocean Development and International Law*, 47, 142.

[5] Hossain, K. (2016), «A new legal regime for the protection of Arctic marine biodiversity in the ABNJ?», *ArCticles*, 2/2016, 2.

[6] *http://sciencenordic.com/thousands-plastic-pieces-are-floating-towards-arctic.*

[7] *http://sciencenordic.com/thousands-plastic-pieces-are-floating-towards-arctic.*

[8] Zacharias, M., *Marine Policy*, 261.

[9] Faure, M. G., and Ying, S. (eds.) (2018), *China and international environmental liability: legal remedies for transboundary pollution,* 1.

a number of international principles and frameworks as well as EU law that could contain relevant ideas. In the following sections, policy makers that might play an important role for its establishment will be presented as well as options for its implementation.

2. CHALLENGES

On the road towards a comprehensive civil liability regime concerning damage arising from marine environmental pollution, one will face several challenges:

The Arctic consists of eight countries which also means eight different legal systems. Plus, the relationship between some of the countries is not free of conflicts. In the past, particularly the borders between some of the countries were disputed. For instance, Norway and Russia had for more than 30 years been arguing about their EEZs. In the border region between the two countries there are both fish stocks and natural resources. Canada and Denmark had a dispute concerning their continental shelves and Denmark and Iceland argued about the continental shelf and a fisheries zone[10]. Some boundary disputes are still going on between Arctic states. The United States and Canada keep arguing about the maritime boundary in the Beaufort Sea. As a compromise, neither state authorises hydrocarbon exploration in the area. Canada and Denmark still dispute the ownership of Hans Island between Northwest Greenland and Ellesmere Island[11]. These disputes could possibly affect negotiations on a regime on civil liability, should such negotiations take place.

A significant part of the Arctic Ocean consists of areas beyond national jurisdiction. The principle of the freedom of the high seas dates back to Roman Law according to which the sea was classified as common property. In the 20th century, the concept was implemented into the LOSC[12]. This means, that every State has the right to free access to the high seas and to the enjoyment of resources. According to Art. 87 of the LOSC Convention, the freedom of the high seas includes the freedom of navigation, the freedom of overflight, the freedom to lay submarine cables and pipelines, to construct artificial islands and other installations, the freedom of fishing and the freedom of scientific research. However, given the technical developments and the consequences that these developments have for the marine environment, the freedom of the high seas can no longer be granted unconditionally. All of the activities mentioned in Art. 87 may cause damage to the marine environment. The LOSC contains the obligation of State parties to protect and preserve the marine environment which can limit the above-mentioned freedoms. The need to further limit the freedom of the high seas has been acknowledged al-

[10] Rothwell, D.; Oude Elferink, A. G.; Scott, K. N., and Stephens, T. (eds.) (2015), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, 729.

[11] *Ibid.,* 731.

[12] Young, M. (2016), «Then and Now: Reappraising Freedom of the Seas in Modern Law of the Sea Ocean», *Development and International Law*, 47, 165.

ready for the protection of marine biodiversity in ABNJ as the United Nations are working towards the adoption of a legally binding treaty by 2020[13]. A regime on civil liability for damage arising from marine pollution would also contribute to the protection of marine biodiversity.

Furthermore, there are colliding interests that need to be balanced. As mentioned above, the new possibilities generated by the decrease of the Arctic sea ice promise to be beneficiary to economy. Companies but also residents of the region are likely to have an interest in profiting from the new economic perspectives. The counterpart of the economic interests is the need for an adequate protection of the fragile environment.

3. REGULATORY FRAMEWORKS AND PRINCIPLES DEALING WITH MARINE ENVIRONMENTAL POLLUTION

Marine environmental pollution is addressed by several international conventions. The most relevant ones in relation to the topic of this article will be examined here. In addition, also the polluter pays principle plays an important role as it is cited by some of the frameworks.

3.1. Polluter pays principle

The polluter pays principle (PPP)[14] was originally an economic principle dealing with the internalisation of the costs of pollution[15]. Formulated in the early 1970s, it is today one of the pillars of EU environmental policy and implemented in Art. 191 (2) TFEU.

The formulation of the principle differs according to the respective language in which it is used. According to the English version «the polluter should pay», in other languages, «the polluter pays» and in German it is about the principle of causation.

The PPP was never precisely defined on EU level, and in international environmental law there are various definitions[16]. Although the principle is quoted in EU directives and international conventions, it is not further specified[17]. It is not

---

[13] Wright, G.; Rochette, J.; Gjerde, K., and Seeger, I. (2018), «The long and winding road: negotiating a treaty for the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction», *IDDRI Study,* nº 8/18, August, *https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20Iddri/Etude/20180830-The%20long%20and%20winding%20road.pdf.*

[14] The polluter pays principle is presented in further detail in the contribution «Towards a Harmonised European Regime of Civil Liability for Damage arising from Marine Pollution», in Chapter XX of this volume.

[15] Cohendet, M.-A., *et al* (2016), *Droit de l'Environnement*, 197.

[16] De Sadeleer, N. (2012), *The Polluter Pays Principle in EU law - Bold Case Law and Poor Harmonization*, 407.

[17] Lindhout, P. E., and van den Broek, B. (2014), «The Polluter Pays Principle: Guidelines for Cost Recovery and Burden Sharing in the Case Law of the European Court of Justice», *Utrecht Law Review*, 10, 46.

a liability rule but it has been taken as an argument in favour of a strict liability regime in legislative proposals of the EU Commission[18].

There are different definitions for the main terms «polluter» and «pollution». According to one definition, polluters are those who directly or indirectly damage the environment or those who create conditions leading to such damage[19]. They must bear the costs of the measures necessary to restore the environment. The ECJ defined polluters as those who contribute to the risk of pollution by means of the activity they engaged in[20]. And according to the OECD, polluters are people engaging in activities that contaminate the environment[21]. In the 1992 Rio Declaration the wording was that the polluter should «in principle» bear the cost of pollution[22]. But further on, also the Rio Declaration addresses the States regarding the creation of liability rules protecting the victims of pollution and does not contain specific rules by itself[23].

Given the fact that the polluter-pays principle has previously been used to justify liability rules, it could —provided that it will be further clarified— at least serve as a basis for liability rules.

3.2. International conventions

3.2.1. United Nations' Convention on the Law of the Sea

The United Nations Convention on the Law of the Sea (LOSC) is the overarching framework concerning the seas. At the same time, it is one of the most influential environmental agreements that have been concluded, counting more than 160 contracting parties[24]. A significant part of what had been customary law for most of the time has been codified in the convention[25].

In Art. 1 (4), pollution of the marine environment is defined as «the introduction by man, directly or indirectly, of substances or energy into the marine environment, including estuaries, which results or is likely to result in such deleterious effects as harm to living resources and marine life, hazards to human health, hindrance to marine activities, including fishing and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities». This is an open concept suitable to include pollution from any kind of source[26].

---

[18] De Sadeleer, N. (2002), *Environmental Principles - From Political Slogans to Legal Rules*, 30.

[19] *Ibid.,* 28.

[20] See ECJ Commune de Mesquer, case C-188/07; Mossoux, Y. (2012), «L'application du principe du pollueur- payeur à la gestion du risque environnemental et à la mutualisation des couts de la pollution», *Lex Electronica*, 17, 2.

[21] Schwartz, P. (2010), «The Polluter Pays Principle», in Fitzmaurice, M.; Ong, D. M., and Merkouris, P. (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, 247.

[22] *Ibid.,* 243.

[23] Viñuales, J. E. (ed.) (2015), *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, principle 13.

[24] Sands, P., and Peel, J. (2012), *Principles of International Environmental Law*, 350.

[25] Beurier, J.-P. (ed.) (2014), *Droits Maritimes*, 81.

[26] Rothwell, D., and Stephens, T. (2016), *The International Law of the Sea*, 370.

Further on, part XII of the convention deals with the protection and preservation of the marine environment. According to Art. 192, states are obliged to protect and to preserve the marine environment. Further on, Art. 194 obliges the contracting parties to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from any source, and they are also obliged to cooperate on this matter and to elaborate international rules and standards[27]. The obligation to prevent, reduce and control pollution of the marine environment is elaborated in a more detailed way concerning different sources of pollution, including the obligation to adopt corresponding laws[28]. The prevailing approach nowadays is that pollution damaging the marine environment should be prohibited. Art. 235 refers to the State parties' responsibility to fulfil their international obligations regarding the protection and preservation of the marine environment and States that they shall be liable in accordance with international law. Furthermore, they must, according to the national legal systems, ensure the availability of compensation for damage caused by the pollution of the marine environment by individuals and legal entities.

However, liability for pollution damage is not regulated in detail in the convention. Individuals and legal entities are in Art. 235 referred to as polluters but not as potential injured parties. In general, the addressees of the framework are the State parties and not individuals or legal entities. The fact that people hardly play any role in the Convention also gave rise to criticism[29].

3.2.2. CLC Convention

The CLC Convention was adopted in 1969 after Torrey Canyon[30] disaster. At the same time, also the Convention on the IOPC Fund was adopted, which establishes a fund to pay compensation in cases where the amount available under the CLC regime is not sufficient. In general, such accidental oil spills make only 10% of the overall oil contamination per year. The vast majority of oil being spilled into the seas comes from the normal operation of the vessel like oil in bilge and ballast water or oil being discharged in the course of the cleaning of the tanks[31]. The framework applies to ships constructed or adapted for the carriage of oil in bulk as cargo[32]. It contains a compulsory insurance system which allows damages claims to be raised directly against the insurer[33].

---

[27] See UNCLOS, Art. 197.

[28] See UNCLOS, Arts. 207-212.

[29] Papanicolopulu, I. (2012), «The Law of the Sea Convention: No Place for Persons?», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 27, 868.

[30] The Torrey Canyon, a Liberian oil tanker, broke in two off the coast of Cornwall in 1967, spilling more than 100,000 tons of crude oil into the sea and polluting both the British and the French coast. See Oil Spill, Encyclopaedia Britannica via *https://www.britannica.com/science/oil-spill#ref1085819*.

[31] Rothwell, D., and Stephens, T. (2016), *The International Law of the Sea*, 367.

[32] Soyer, B., and Trettenborn, A. (eds.) (2012), *Pollution at Sea: Law and Liability*, 28.

[33] Maes, F. (ed.) (2005), *Marine Resource Damage Assessment*, 59, 60.

According to Art. 3 of the CLC, the registered ship owner is liable for damage caused by the escape of oil[34]. Neither the operator of the ship nor the owner of the oil cargo can be held liable[35].

The convention applies to damage caused on the territory, the territorial sea and the EEZ —or 200 nautical miles from the territorial sea baselines in case a coastal State has not claimed any EEZ— of State parties. Pollution damage under the scope of the CLC regime means loss or damage caused outside the ship by contamination resulting from the escape or discharge of oil[36]. The Convention as such does not cover pure economic loss, but under the scope of the IOPC Funds Executive it has become common practice to pay compensation for it[37].

The CLC Convention contains furthermore a cap to liability, linked to the tonnage of the respective ships. For the current 2000 Protocol, the caps have been raised as compared to the 1969 and 1992 version. The CLC/IOPC fund system has been criticised, as the fund refused to pay for environmental damage, even though it is not excluded under the CLC convention[38]. With the 1992 Protocol, liability was extended to ecological damage, however, it is limited to «reasonable costs». Particularly in this context, it is difficult or impossible to determine to which extent restoration costs are actually reasonable. Marine flora and fauna usually do not have a market price. In addition, depending on the kind of damage, an actual restoration might not even be possible. The repeated raise of the liability caps led to the question if liability should be capped at all. An argument brought forward in favour of abolishing liability caps is that it might lower the ship owners' incentives to take preventive measures as according to the economic analysis of law[39].

3.2.3. MARPOL

The MARPOL Convention contains a comprehensive set of rules and standards which aims at completely eliminating intentional pollution of the marine environment by oil and other harmful substances as well as the minimisation of accidental discharges of such substances[40].

MARPOL nowadays counts more than 150 contracting parties. The different types of pollution are regulated in the six annexes to the Convention.

---

[34] Sands, P., and Peel, J. (2012), *Principles of International Environmental Law*, 746.

[35] Rothwell, D., and Stephens, T. (2016), *The International Law of the Sea*, 396.

[36] *Ibid.,* 396.

[37] Soyer, B., and Trettenborn, A. (eds.) (2012), *Pollution at Sea: Law and Liability*, 6.

[38] Faure, M., and Wang, H. (2003), «The International Regimes for the Compensation of Oil-Pollution Damage: Are they Effective?», *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 12, 246.

[39] *Ibid.,* 249.

[40] *http://www.imo.org/en/about/conventions/listofconventions/pages/international-convention-for-the-prevention-of-pollution-from-ships-(marpol).aspx.*

The Convention implements a very wide notion of the terms «ship» «harmful substances» and «discharge». According to Art. 2 (2), harmful substance means «any substance which, if introduced into the sea, is liable to create hazards to human health, to harm living resources and marine life, to damage amenities or to interfere with other legitimate uses of the sea, and includes any substance subject to control by the present Convention». A ship is pursuant to Art. 2 (4) «a vessel of any type whatsoever operating in the marine environment and includes hydrofoil boats, air-cushion vehicles, submersibles, floating craft and fixed or floating platforms». Discharge is defined in Art. 2 (3) as «any release howsoever caused from a ship and includes any escape, disposal, spilling, leaking, pumping, emitting or emptying». Discharge coming from dumping, exploration and exploitation of the seabed and legitimate scientific research is not included under the scope[41].

The wide definitions, particularly of the harmful substances, show that the convention wants to prevent not only environmental damage as such but also consequential damage. MARPOL furthermore provides for sanctions to be established in the national jurisdictions[42]. The sanctions established pursuant to MARPOL are of punitive character[43] and do not establish any civil liability regime.

3.2.4. HNS Convention

The HNS Convention was first adopted in 1996 by the IMO and the current version is the 2010 protocol. A corresponding convention concerning a compensation fund was also implemented. The convention is not in force yet as it requires minimum 12 ratifications.

In 2017, the EU Council adopted a decision on the ratification and accession of the Member States to the HNS convention with the exception of aspects concerning judicial cooperation in civil matters. Member States are authorised and encouraged to access the convention[44]. So far, a total of eight countries have ratified the HNS convention, five of them are EU Member States.

The HNS Convention refers to pollution caused in the course of the transport of hazardous and noxious substances by sea, that means while the substances are on the ship. It mostly follows the concept of the above presented CLC Convention. For the determination of hazardous and noxious substances, the HNS Convention refers to other conventions and frameworks, for instance MARPOL, the Interna-

---

[41] Rothwell, D., and Stephens, T. (2016), *The International Law of the Sea*, 377.

[42] Kopela, S. (2011), «Civil and Criminal Liability as Mechanisms for the Prevention of Oil Marine Pollution: The Erika Case», *RECIEL,* 20, 314.

[43] *Ibid.,* 316.

[44] Council Decision (EU) 2017/769 on the ratification and accession by Member States, in the interest of the European Union, to the Protocol of 2010 to the International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, with the exception of the aspects related to judicial cooperation in civil matters, *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017D0769&from=EN*.

tional Maritime Dangerous Goods Code or the Code of Safe Practice for Dangerous Goods[45]. The ship owner will be strictly liable for any damage caused related to the carriage of hazardous and noxious substances.

In comparison with the CLC Convention, the HNS Convention has a wider understanding of the term «ship». According to its Art. 1.1, a ship is any seagoing vessel or any seaborne craft whatsoever.

The HNS Convention features a relatively wide definition of damage. It covers pollution damage caused to the environment per se, and also loss of life and bodily harm both on board and outside the ship, property damage outside the ship as well as economic loss resulting from environmental pollution, for example in the fisheries or tourism sectors. The damage must be a consequence of the hazardous and noxious character of the substance.

The convention does not explicitly provide for the recoverability of pure economic loss. According to the interpretation provided by the governing bodies of the IOPC Funds, claims for pure economic loss are admissible under certain conditions: there must be a sufficiently close link between the pollution and the loss[46].

In addition to the exoneration grounds provided under the scope of the CLC Convention, the ship owner is exempt from liability, if the shipper or any other person failed to furnish information concerning the hazardous and noxious properties of the substances transported and this led to the damage fully or in part or made the owner refrain from taking out liability insurance. Contributory negligence by an injured party is only taken into account in relation to that particular party but not in relation to other victims[47]. If more than one ship is involved in a pollution incident, the ship owners are jointly and severally liable.

3.2.5. OSPAR Convention

The OSPAR Convention on the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic aims at preventing and eliminating pollution in order to protect marine ecosystems and human health[48]. It replaces the Oslo and Paris Conventions and covers all human activities that might adversely affect the marine environment of the North-East Atlantic, except fisheries[49]. The OSPAR Convention has 15 contracting parties, among them all of the 5 European Arctic States, *i. e.,* Denmark, Sweden, Finland, Iceland and Norway[50]. The framework attempts to regulate all sources of marine pollution, namely pollution from land-based sources, dumping

---

[45] Soyer, B., and Trettenborn, A. (eds.) (2012), *Pollution at Sea: Law and Liability*, 26.

[46] *Ibid.,* 32.

[47] *Ibid.,* 34.

[48] *http://ec.europa.eu/environment/marine/international-cooperation/regional-sea-onventions/ospar/index_en.htm.*

[49] *https://www.ospar.org/convention.*

[50] *https://www.ospar.org/about.*

and incineration, and offshore sources. Pollution shall be eliminated, and the impaired marine environment shall be restored[51]. The term of pollution has almost the same definition as in the LOSC. According to Art. 2 of the Convention, contracting parties shall apply the polluter pays principle so that the polluter must bear the costs of pollution prevention, control and reduction measures.

In general, the convention refers to the contracting parties and not to private actors, so that no liability rules are established by the framework.

4. EU LAW

Although EU law is not directly applicable to Arctic marine waters, at least three instruments should be looked at: The already above-mentioned Environmental Liability Directive, the Offshore Safety Directive and the Directive on Ship Source pollution.

4.1. The Environmental Liability Directive

The Environmental Liability Directive was adopted in 2004 as a reaction to the oil tanker accidents of Erika and Prestige. Before the adoption of this directive, the position of the EU was that international conventions provide for better regulation of pollution incidents and therefore relied on the Member States to ratify these treaties. The EU changed its approach due to the impression that there was a lack of international monitoring and that the IMO had no actual auditing authority[52]. By its name, the directive suggests that it establishes a regime on environmental liability for the EU. Yet, a closer look at it reveals that it is in fact an administrative framework which focuses on the relationship between the polluter and the public authorities[53]. The polluter, or operator as in general under the scope of Art. 2(6) of the Environmental Liability Directive, is obliged to take certain preventive and remedial measures related to environmental damage and to bear the costs of these measures[54]. And the authorities are the ones responsible to ensure that the operators take or finance the necessary measures[55]. A claim for injured parties is explicitly excluded in Art. 3 of the Directive so that these claims depend on the respective national laws[56]. Individuals or legal entities are only entitled to submit requests to the competent authority to take actions. Furthermore, according to its

---

[51] Sands, P., and Peel, J. (2012), *Principles of International Environmental Law*, 360-361.

[52] Noussia, K., «Environmental Pollution Liability and Insurance Law Ramifications in Light of the Deepwater Horizon Oil Spill», 149.

[53] Bergkamp, L., and Goldsmith, B. J. (2013), *The EU Environmental Liability Directive - A Commentary*, 37/38; Cooreman, B., *The Macondo Oil Spill: blessing in disguise for an environmental-friendly future of European waters? Environmental Liability for Offshore Oil Drilling in the EU*, 5.

[54] Soyer, B., and Trettenborn, A. (eds.) (2012), *Pollution at Sea: Law and Liability*, 162.

[55] Noussia, K., *Environmental Pollution Liability and Insurance Law Ramifications in Light of the Deepwater Horizon Oil Spill,* 149.

[56] Krämer, L. (2011), *EU Environmental Law*, 174.

Art. 4 (2), the directive does not apply to incidents to which for instance the CLC Convention is applicable. This provision is surprising considering the fact that the Environmental Liability Directive was adopted as there was considered to be a lack of monitoring in relation to the IMO frameworks.

Critics question the effectivity of the directive as it only establishes minimum harmonization. The Member States can either implement stricter rules or take advantage of their margin of discretion to give it less impact[57].

4.2. The Offshore Safety Directive

The Offshore Safety Directive was enacted in 2013 as a reaction on the Deepwater Horizon blowout[58]. With its entry into force, the scope of application of the Environmental Liability Directive was extended from coastal waters up to one nautical mile from the shore baseline to all EU marine waters except for the high seas[59]. The Offshore Safety Directive deals primarily with health and safety at offshore installations. It contains one provision concerning liability for environmental damage in Art. 7: «Without prejudice to the existing scope of liability relating to the prevention and remediation of environmental damage pursuant to Directive 2004/35/EC, Member States shall ensure that the licensee is financially liable for the prevention and remediation of environmental damage as defined in that Directive, caused by offshore oil and gas operations carried out by, or on behalf of, the licensee or the operator». The Offshore Safety Directive therefore follows the administrative concept of the Environmental Liability Directive. Pursuant to Art. 4 (2) lit c of the Directive, when granting licenses, Member States shall ensure that the licensee is financially capable to «cover liabilities potentially deriving from the offshore oil and gas operations in question including liability for potential economic damages where such liability is provided for by national law». Just like under the scope of the Environmental Liability Directive, reference is made to the Member States' obligation and to national laws.

4.3. The Directive on Ship-Source Pollution

The Directive on Ship-Source Pollution[60] was first enacted in 2005 and amended in 2009[61], and according to its Art. 1, it implements international standards on

---

[57] De Smedt, K. (2009), «Is Harmonization always effective? The Implementation of the Environmental Liability Directive», *European Energy and Environmental Law Review* 2009, 2; Bergkamp, L., and Goldsmith, B. J. (eds.) (2013), *The EU Environmental Liability Directive - A Commentary*, 16.

[58] Consideration 5 of the Offshore Safety Directive.

[59] See Environmental Liability Directive, Art. 2, nº 5 and Water Framework Directive, Art. 2, nº 7, *http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/*.

[60] Directive 2005/35/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on ship-source pollution and on the introduction of penalties for infringements.

[61] Directive 2009/123/EC.

vessel-source pollution into EU law. Member States are free to enact stricter standards though. The Ship-Source Pollution Directive applies to any kind of ship, except war ships, irrespective of its flag. The territorial scope covers the Member States' territorial seas and EEZ and equivalent zones established in accordance with international law. In addition, it also applies to straits used for international navigation when a Member State has jurisdiction over it as well as to the high seas[62]. Any discharge performed intentionally, recklessly or negligently are considered infringements[63].

The Directive gave rise to criticism alleging that it was incompatible with MARPOL and the LOSC. As opposed to MARPOL, in the Directive on Ship-Source Pollution no distinction is made between operational and accidental discharges. Also, the group of potentially liable persons is much larger than under the scope of MARPOL, extending to owners, masters and even crew members, *i. e.,* basically everyone sharing some responsibility for the incident[64].

An argument for this approach is provided in consideration (7) stating that «neither the international regime for the civil liability and compensation of oil pollution nor that relating to pollution by other hazardous or noxious substances provides sufficient dissuasive effects to discourage the parties involved in the transport of hazardous cargoes by sea from engaging in substandard practices; the required dissuasive effects can only be achieved through the introduction of penalties applying to any person who causes or contributes to marine pollution». This approach is indeed criticisable as for instance crew members and other inferior persons mainly follow the orders of ship owner or the owner of the cargo.

In general, the sanctions established under this directive have a penal character and cannot be linked to civil liability.

5. RELEVANT POLICIES AND POLICY MAKERS

Different policies can influence negotiations with regard to the adoption of a civil liability framework for the Arctic. Three examples worth taking a closer look at are the EU Arctic Policy, the external dimension of EU law and the Arctic Council.

5.1. EU Arctic Policy

An important factor is the EU Arctic Policy. Adopted in April 2016, the policy shall serve as means of complying with the EU's duty to protect the Arctic environment and to foster ecosystem resilience.

---

[62] See Art. 3 of Directive 2005/35/EC.

[63] Farmer, A. M. (ed.) *Manual of European Environmental Policy*, 4.

[64] Soyer, B., and Trettenborn, A. (eds.) *Pollution at Sea: Law and Liability,* 258-259.

In general, the EU engages in sustainable development of the Arctic environment. This means, among others, the fostering of green and blue economy including sustainable ocean governance. Three EU Member States, namely Denmark, Finland and Sweden are also Arctic Council Members. The Arctic countries Norway and Iceland are members of the European Economic Area[65]. The EU also imports a significant number of resources and goods from the Arctic region so that several EU laws and policies can have an effect upon the region and the people living there[66]. However, none of the EU Member States is an Arctic coastal State. The EU as such is an ad hoc observer in the Arctic Council[67].

Within the scope of the Arctic Policy, the EU commits to contribute to the protection of the environment in the Arctic. This includes the encouragement to respect the provisions of UNCLOS and the obligation to protect the Arctic marine environment[68]. Another point relevant for the perspectives to implement a comprehensive liability scheme is the cooperation with Member States as well as with OSPAR Convention stakeholders.

5.2. The external dimension of EU law

With regard to the idea of establishing a comprehensive civil liability scheme for the Arctic, one may ask the question if and to what extent one could apply EU standards and policies to the region.

In the European Union, there is a tradition of harmonising and unifying parts of law. To be considered, particularly in relation to the sea and the environment, are the Integrated Marine Policy, the Common Fisheries Policy, the Environmental Liability Directive and the Offshore Safety Directive.

Academics have been thoroughly discussing the external dimension of EU law and the rise of the EU as a global regulatory power. So far, the EU already successfully used market access as a tool to implement its often-demanding standards abroad[69]. The EU only rarely enacts genuine extraterritorial legislative acts. By contrast, it rather applies a concept called territorial extension.

In general, it is acknowledged that international law, EU law and private law have overlapping scopes. The external competence of the EU has for instance been recognised for the field of the Brussels Regulation already in 2006 in the course of the Lugano opinion delivered by the CJEU. The EU is also entitled to adopt external regulatory measures in order to foster the objectives of the internal market[70].

---

[65] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=JOIN:2016:0021:FIN*.

[66] *https://ec.europa.eu/environment/efe/themes/climate-action/integrated-eu-policy-arctic_en*.

[67] Koivurova, T.; Molenaar, E. J., and VanderZwaag, D. L. (2008), «Canada, the EU, and Arctic Ocean governance: a tangled and shifting seascape and future directions», *Transnational Law and Policy*, 261.

[68] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=JOIN:2016:0021:FIN*.

[69] Scott, J. (2014), «Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law», *AmJCompL*, 62, 88.

[70] Micklitz, H.-W., and Cremona, M. (2016), *Private Law in the External Relations of the EU*, 3.

The EU's tendency to influence third countries through both unilateral regulatory action as well as by means of participation in regional, bilateral and multilateral agreements has been called the Brussels effect. Also in the field of environmental regulation, the EU has already achieved a strong and active position[71].

By either influencing the Member States that are Arctic Council Members or by directly using its position in the Arctic Council, the EU might be able to impose its standards in case of future negotiations on liability rules for the Arctic.

5.3. Arctic Council/PAME

When working towards a comprehensive legal framework concerning civil liability for damage arising from the pollution of the Arctic marine environment, the Arctic Council should play an important role. It was established in 1996 by a non-legally binding declaration. Its members are the eight Arctic States, six organisations of indigenous people as permanent participants as well as several observers. Among the observers are 12 non-Arctic countries, as for instance China, Singapore, India, Germany and France[72]. Even though the body has no competence to implement legal frameworks, it is an intergovernmental forum designed to promote cooperation, coordination and interaction between the Arctic States. For instance, in October 2018, the ministers of the environment of the Arctic States gathered in Rovaniemi, Finland, to explore common solutions for the Arctic environment and to talk about future cooperation[73]. Within the Arctic Council, the working group on Protection of the Arctic Marine Environment (PAME) deals with policy measures and other measures related to the conservation and sustainable use of the Arctic marine and coastal environment[74]. Pan-Arctic cooperation has only existed for a bit more than 30 years[75]. The PAME Working Group is even older than the Arctic Council itself as in 1991 an agreement on an Arctic Environmental Protection Strategy (AEPS) was concluded by the eight Arctic States, aiming at developing and implementing a common environmental strategy, initiating environmental cooperation in new fields, making necessary recommendations to protect the Arctic environment, improving existing environmental regimes and at assessing and reporting on progress on the actions agreed on. The PAME Working Group was one of four working groups under the scope of this agreement[76]. Its efforts are based on the concept of ecosystem-based man-

---

[71] *Ibid.,* 5-6.

[72] Rothwell, D.; Oude Elferink, A. G.; Scott, K. N., and Stephens, T. (eds.) (2015), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, 735.

[73] *https://arctic-council.org/index.php/en/our-work2/8-news-and-events/497-aemm-article-01*; *https://arctic-council.org/index.php/en/our-work2/8-news-and-events/498-aemm-article-02*.

[74] *https://www.pame.is/index.php/projects/arctic-marine-pollution*.

[75] Koivurova, T.; Molenaar, E. J., and VanderZwaag, D. L. (2008), «Canada, the EU, and Arctic Ocean governance: a tangled and shifting seascape and future directions», *Transnational Law and Policy*, 259.

[76] Pedersen, T. (2012), «Debates over the Role of the Arctic Council», *Ocean Development and International Law*, 43, 147.

agement. An ecosystem approach expert group was established already in 2007. In 1998, the Arctic Council Ministers adopted a regional programme of action for the protection of the Arctic Marine Environment from land-based Activities. The Arctic Marine Strategic Plan promotes a framework for the protection of the Arctic Marine and Coastal environment[77]. In 2008, the five Arctic coastal States held in the Ilulissat Declaration that the law of the sea provides sufficient governance for the Arctic and that a new comprehensive international framework was not necessary[78]. Given the way the environmental conditions have changed in the past 10 years —and not for the better— it is questionable whether the same decision would be taken today. In addition, a framework as proposed here would only regulate one set of legal questions. Even though the Arctic Council has no actual legislative competence, it might be a forum to collaborate towards the adoption of a civil liability regime.

6. IMPLEMENTATION OPTIONS

As regards implementation options, one can consider either hard law or soft law.

The most common form of hard law implementation would be the conclusion of a treaty between the eight Arctic States. This could for instance be done in the form of a regional seas agreement or through the establishment of a regional ocean management organisation in order to govern the areas beyond national jurisdiction. A first step in that direction could be the transformation of the Arctic Council into a treaty-based organisation[79]. In any case, the latter would be a useful measure in order to have a body that actually has regulatory competence.

In terms of soft law, one may consider the harmonisation of environmental and technical standards or integrated ocean planning initiatives for transboundary marine areas[80]. Another option is an agreement similar to OPOL[81] through which offshore companies have bound themselves to pay compensation in case of a pollution incident. Transferred to the Arctic, this could mean an agreement signed by commercial actors engaging in activities that are potentially hazardous to the marine environment.

Soft law measures could serve as a starting point for a bottom up approach. Contracting parties that fear losing their competences or even their sovereignty

---

[77] *https://www.pame.is/index.php/projects/arctic-marine-pollution*.

[78] Rothwell, D.; Oude Elferink, A. G.; Scott, K. N., and Stephens, T. (eds.) (2015), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, 737.

[79] Koivurova, T.; Molenaar, E. J., and VanderZwaag, D. L. (2008), «Canada, the EU, and Arctic Ocean governance: a tangled and shifting seascape and future directions», *Transnational Law and Policy*, 278.

[80] *Ibid.,* 277.

[81] *http://www.opol.org.uk/about.htm*.

would have the opportunity to see how these standards work in practice. If necessary, those non-binding instruments can be adapted in an easier way than binding agreements.

7. CONCLUSION

Given the necessity to protect the Arctic marine environment and also the Arctic residents from detrimental consequences of human activities at sea in the region, the adoption of a comprehensive regime on civil liability for damage arising from marine pollution in and for the Arctic is desirable.

The analysis of already existing international conventions shows that suitable provisions have already been implemented. Strict liability as seen in the CLC Convention or the HNS Convention is a must —otherwise the ship owners or other potentially liable parties would find ways to exonerate—.

One may consider placing liability also upon the operator of the ship, at least under certain conditions. For instance, if the operator failed to properly maintain the vessel or deliberately ignored instructions. The registered owner and the operator could be jointly and severally liable.

Essential terms like «pollution», «ship» or «harmful substance» must be defined in a wide scope, as for instance already seen under conventions like MARPOL or the LOSC, also in order to be prepared for possible new technical developments in terms of activities or substances. Like it is already common practice under the scope of the CLC/IOPC Fund regime, injured parties should be able to claim compensation for pure economic loss, provided that the loss is not too remote. Concerning cases of loss of earnings, one could possibly require proof that the claimant actually makes a living of fisheries or tourism and/or the compensation can be awarded for a limited time frame like 6 months or a year.

Some of the frameworks examined above have been enacted after a major pollution incident had happened. Given the vulnerability of the Arctic, one should consider working towards a framework on civil liability for damage arising from marine environmental pollution before there is an incident. With regard to the latest developments in terms of climate change and human activities impacting the marine environment we should not wait for too long to take appropriate measures.

8. REFERENCES

Bankes, N. (2016), «The Regime for Transboundary Hydrocarbon Deposits in the Maritime Delimitation Treaties and Other Related Agreements of Arctic Coastal States», *Ocean Development and International Law*, 47, 141-164.

Bergkamp, L., and Goldsmith, B. J. (eds.) (2013), *The EU Environmental Liability Directive - A Commentary*, Oxford, Oxford University Press.

Beurier, J.-P. (ed.) (2014), *Droits Maritimes,* Paris, Dalloz Action, 3rd. Edition.

Cohendet, M.-A.; Prieur, M.; Makowiak, J.; Bétaille, J.; Delzangles, H., et Steichen, P. (2016), *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7th Edition.

Cooreman B., *The Macondo Oil Spill: blessing in disguise for an environmental-friendly future of European waters? Environmental Liability for Offshore Oil Drilling in the EU*, available at *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2215642*.

De Sadeleer, N. (2002), *Environmental Principles - From Political Slogans to Legal Rules,* Oxford, Oxford University Press.

— (2012), «The Polluter Pays Principle in EU Law - Bold Case Law and Poor Harmonization», in *Pro Natura: Festskrift Til H. C. Bugge*, Universitetsforlaget (Oslo), 405-419.

De Smedt, K. (2009), «Is Harmonization always effective? The Implementation of the Environmental Liability Directive», *European Energy and Environmental Law Review*, 2-28.

Farmer, A. M. (ed.) (2012), *Manual of European Environmental Policy*, London, Routledge.

Faure, M., and Wang, H. (2003), «The International Regimes for the Compensation of Oil-Pollution Damage: Are they Effective?», *Review of European, Comparative & International Environmental Law,* 12, 242-253.

Faure, M. G., and Ying, S. (eds.) (2018), *China and international environmental liability: legal remedies for transboundary pollution*, Elgar 2008.

Fitzmaurice, M.; Ong, D. M., and Merkouris, P. (eds.) (2010), *Research Handbook on International Environmental Law*, Elgar.

Hossain, K. (2016), «A new legal regime for the protection of Arctic marine biodiversity in the ABNJ?», *Arcticles*, 2/2016, available at *www.arcticcentre.org/arcticles.*

Koivurova, T.; Molenaar, E. J., and Vanderzwaag, D. L. (2008), «Canada, the EU, and Arctic Ocean governance: a tangled and shifting seascape and future directions», *Transnational Law and Policy,* 247-288.

Kopela, S. (2011), «Civil and Criminal Liability as Mechanisms for the Prevention of Oil Marine Pollution: The Erika Case», *Review of European Comparative & International Environmental Law*, 20, 313-324.

Krämer, L. (2011), *EU Environmental Law,* 7th ed. 2011.

Lindhout, P. E., and van den Broek, B. (2014), «The Polluter Pays Principle: Guidelines for Cost Recovery and Burden Sharing in the Case Law of the European Court of Justice», *Utrecht Law Review*, 10, 46-59.

Maes, F. (ed.) (2005), *Marine Resource Damage Assessment - Liability and Compensation for Environmental Damage*, Springer.

Micklitz, H.-W., and Cremona, M. (2016), *Private Law in the External Relations of the EU*, Oxford, Oxford University Press.

Mossoux, Y. (2017), «L'application du principe du pollueur-payeur à la gestion du risque environnemental et à la mutualisation des couts de la pollution», *Lex Electronica*, 17, available at *https://www.lex-electronica.org/articles/vol17/num1/lapplication-du-principe-du-pollueur-payeur-a-la-gestion-du-risque-environnemental-et-a-la-mutualisation-des-couts-de-la-pollution/.*

Noussia, K., «Environmental Pollution Liability and Insurance Law Ramifications in Light of the Deepwater Horizon Oil Spill», *The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2009 & 2010*, 137-176.

Papanicolopulu, I. (2012), «The Law of the Sea Convention: No Place for Persons?», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 27, 867-874.

PEDERSEN, T. (2012), «Debates over the Role of the Arctic Council», *Ocean Development and International Law*, 43, 146-156.

ROTHWELL, D.; OUDE ELFERINK, A. G.; SCOTT, K. N., and STEPHENS, T. (eds.) (2015), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea,* Oxford, Oxford University Press.

ROTHWELL, D., and STEPHENS, T. (2016), *The International Law of the Sea,* Oxford, Oxford University Press, 2nd Edition.

SANDS, P., and PEEL J. (2012), *Principles of International Environmental Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 3rd Edition.

SCOTT, J. (2014), «Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law», *AmJCompL,* 62, 87-125.

SOYER, B., and TRETTENBORN, A. (2012), *Pollution at Sea - Law and Liability,* London.

STEPHENS, T., and VANDERZWAAG, D. L. (2014), *Polar Oceans Governance in an Era of Environmental Change*, Elgar.

STOCZKIEWICZ, M. (2009), «The polluter pays principle and State aid for environmental protection», *Journal of European Environmental & Planning Law*, 6, 171-196.

VIÑUALES, J. E. (ed.), *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

WRIGHT, G.; ROCHETTE, J.; GJERDE, K., and SEEGER, I. (2018), «The long and winding road: negotiating a treaty for the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction», *IDDRI Study,* nº 8/18, August 2018, available at *https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20Iddri/Etude/20180830-The%20long%20and%20winding%20road.pdf.*

YOUNG, M. (2016), «Then and Now: Reappraising Freedom of the Seas in Modern Law of the Sea», *Ocean Development and International Law,* 47, 165-185.

CHAPTER 25

ÉNERGIES RENOUVELABLES ET TRANSITION ÉNERGÉTIQUE EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : UN DÉVELOPPEMENT FAVORISÉ PAR LE MÉCANISME DES AIDES D'ÉTAT

Anaïs Bereni
Doctorante, CERIC, UMR 7318, Aix-Marseille Université

ABSTRACT : *The philosophy of the European Union (EU) energy policy is to conciliate two opposite objectives of common interest : establishing a completely liberalized energy market and at the same time protecting the environment. This postulate leads the EU to promote clean, sustainable and intelligent growth. Energy transition can be considered as the first step of such growth. Thus, it is essential that States stimulate the development of sustainable energy to reach this goal. A good example of conciliation of two opposite objectives of common interest is the use of state aid instruments in competition law to promote sustainable energy. The EU has modernized the rules applicable to State aid in the energy sector in order to protect the environment. This modernization, content in the exempted categories, is particularly in favor of sustainable energy development. The currently applicable support schemes are more efficient for two main reasons. Firstly, the Commission has clarified the rules making them more readable. Secondly, the diversity of rules applicable to sustainable energy projects makes their realization more effective. Through this modernization we observe the complementarity of the legal arsenal that can be used to achieve the objectives of common interest. Furthermore, such public support does not only encourage the promotion of sustainable energy, it is also a privileged way to satisfy the energy transition ambition.*

Keywords : *renewable energies ; energy transition ; EU law ; development ; mechanism ; State aid.*

RÉSUMÉ : *La politique énergétique de l'Union européenne a pour philosophie la conciliation de deux objectifs d'intérêt commun : la construction d'un marché de l'énergie complètement libéralisé et la protection de l'environnement. De ce postulat résulte la volonté d'atteindre une croissance économique propre, durable et intelligente. Or, la réalisation d'une telle croissance repose en partie sur la réalisation de la transition énergétique. Il est donc indispensable de passer à un mode plus raisonné d'utilisation des ressources énergétiques, notamment par la promotion des énergies renouvelables.*

Cette conciliation d'objectifs se retrouve particulièrement dans la promotion des énergies renouvelables par le recours, en droit de la concurrence, au mécanisme européen des aides d'État. L'Union met donc en place des instruments de soutien public modernisés afin d'assurer la protection de l'environnement. La modernisation des règles relatives aux aides d'État est particulièrement favorable au développement de ces énergies singulières. Ce cadre amélioré rend plus efficaces les dispositions applicables aux énergies renouvelables tant par leur plus grande lisibilité que par la multiplicité des dispositions éligibles au soutien d'un projet d'énergies renouvelables. De ce nouveau cadre ressort une complémentarité des instruments juridiques à la disposition de l'Union afin d'atteindre ces objectifs d'intérêt commun. Ce soutien public permet le développement des énergies renouvelables mais aussi, par ricochet, la réalisation de la transition énergétique.

Mots-clés : *énergies renouvelables ; transition énergétique ; droit de l'Union européenne ; développement ; mécanisme ; aides d'État.*

Une réforme du contrôle des aides d'État est en cours depuis 2014 en droit de l'Union Européenne[1]. Elle vise à promouvoir la croissance économique mais également à contribuer à d'autres objectifs d'intérêt commun comme la protection de l'environnement ou la promotion de la recherche, du développement et de l'innovation (R&D&I)[2]. Dans ce cadre, l'Union stimule —par la mise en place d'instruments juridiques— le développement des énergies renouvelables (ENR) et en fait un secteur en plein essor. Les projets énergétiques, souvent très innovants, comportent des risques financiers élevés, ce qui limite leurs mise en œuvre. Leur développement implique un soutien public afin d'inciter les acteurs privés à investir, ce qui permettra d'atteindre les objectifs dits des « 3 x 20 »[3].

Cependant, conjuguer environnement et concurrence par le recours aux aides d'État revient à combiner deux ambitions contradictoires. Le principe posé à l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), comporte une interdiction générale des aides d'État dans la mesure où elles peuvent faus-

---

[1] Article 3 du *Traité sur l'Union européenne*, version consolidée, *JOUE* C-326 du 26 oct. 2012.

[2] Recherche et développement et innovation.

[3] Dir. 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 *relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables* et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, *JOUE* nº L 140 du 5 juin 2009 ; il est donc question de réduire d'ici 2020 de 20% les émissions de gaz à effet de serre par rapport à l'année 1990, de porter à 20% la part d'énergies renouvelables dans la consommation d'énergie et d'améliorer l'efficacité énergétique de 20%.

ser la libre concurrence[4]. Mais, afin d'atteindre ces objectifs d'intérêts communs, l'Union crée des exceptions à cette interdiction générale[5]. Il existe donc une double contradiction : la conciliation de la protection de l'environnement et de la croissance économique, et la création d'une interdiction générale des aides subissant de nombreuses exemptions. Les mesures de soutien public aux énergies renouvelables sont donc particulièrement opaques. En effet, l'interdiction générale relèverait plus du « garde-fou » juridique que d'une réelle interdiction, tant elle souffre d'exemptions. Il s'agit de mettre en lumière que l'essor des énergies renouvelables est fonction de la modernisation du régime des aides d'État. La modernisation de l'appréciation des critères de compatibilité des aides permet l'essor des énergies renouvelables et favorise *a fortiori* la réalisation de la transition énergétique.

De l'article 107 du TFUE et des jurisprudences venues le préciser, il ressort que la notion d'aide d'État est attachée à quatre conditions. La première repose sur l'intervention de l'État dans l'économie. Son intervention est analysée en fonction des effets de son intervention et non pas en fonction des raisons de son intervention dans l'économie[6]. La deuxième est déterminée par la sélectivité de la mesure. La sélectivité favorise certains secteurs, entreprises ou productions. La troisième est constituée par la notion d'avantage. L'avantage repose sur l'idée que l'entreprise, le secteur ou la production a été favorisé sur le marché pertinent par l'intervention de l'État dans l'économie. L'opérateur bénéficiaire de l'aide possède un avantage qu'il n'aurait pas eu dans des conditions normales de marché. Enfin, l'aide doit indûment fausser ou menacer de fausser les échanges entre les États membres[7]. La modernisation du cadre juridique applicable aux aides d'État a conduit la Commission à adopter de nouvelles règles clarifiant les modalités d'octroi des aides en faveur de l'environnement et de l'énergie[8] ainsi qu'en faveur de la recherche, du développement et de l'innovation[9]. Ces lignes directrices fixent respectivement les critères et les conditions à respecter afin que les aides puissent être reconnues, après notification à la Commission, compatibles avec le marché intérieur. Ces encadrements permettent donc aux États membres d'anticiper la légalité d'un régime de soutien aux énergies renouvelables.

Certaines aides ne dépendent pas des lignes directrices applicables à la protection de l'environnement et à l'énergie ou à la recherche, au développement et à l'innovation. Ces aides entrent alors dans le champ du règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) qui les dispensent de notification à la Com-

---

[4] *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, version consolidée, *JOUE* C-115 du 9 mai 2008.

[5] Article 107, § 2 et 107, § 3, TFUE, préc.

[6] Voir notamment : CJUE, 15 nov. 2011, *Commission et Espagne c. Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, aff. jtes C-106/09 P et C-107/09 P, pt. 87.

[7] En ce sens : Karpenschif, M. (2015), *Droit européen des aides d'État,* Bruylant, spéc. 27-64 ; CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, aff. C-379/98, Rec. 2001 I-02099.

[8] Communication de la Commission, *Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020*, *JOUE* C-200 du 28 juin 2014.

[9] Communication de la Commission, *Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation*, *JOUE* C-198 du 27 juin 2014.

mission[10]. Ces aides sont donc présumées compatibles avec le marché intérieur. Cet encadrement contribue à surmonter les déficits de financement des projets d'énergies renouvelables et en allège les formalités. Seules les dispositions du règlement d'exemption par catégorie ayant une influence sur l'essor des énergies renouvelables seront envisagées, dans la mesure où elles sont le reflet le plus évident de la modernisation du cadre juridique applicable aux aides d'État[11]. En effet, il ressort de ce cadre dérogatoire une facilitation de la réalisation des intérêts communs de l'Union européenne, notamment celui d'une transition énergétique. Cette architecture juridique sophistiquée permettrait de mieux saisir les nécessités de financement des énergies renouvelables[12]. L'application de ce régime modernisé à l'objet particulier que constituent les énergies renouvelables impose en premier lieu une définition de ces énergies telles qu'appréhendées par le droit de l'Union. Il convient ensuite d'insérer ces énergies dans une logique de droit européen de la concurrence afin de mettre en évidence que le droit des aides d'État favorise la réalisation des objectifs d'intérêt commun de l'Union.

1. LA SPÉCIFICATION DES ÉNERGIES CONCERNÉES PAR LE CADRE MODERNISÉ DU RGEC

1.1. Les énergies renouvelables : une catégorie générale d'énergies spécifiques

Depuis plus de 40 ans, la prise en compte des critères environnementaux est devenue un objectif incontournable pour l'ensemble des acteurs de la scène internationale[13]. Ces critères ont été intégrés dans les différents ordres juridiques afin de réaliser l'objectif de protection de l'environnement, par le biais notamment de la gestion durable des ressources. Or, gérer plus durablement nos ressources revient à opter pour une transition énergétique. C'est faire le choix de passer d'un mode de consommation où les ressources fossiles sont extrêmement présentes, à une consommation d'énergie plus raisonnée par l'intégration des énergies renouvelables dans le mix énergétique des États[14].

En droit de l'Union européenne, les énergies renouvelables sont définies par une double approche : l'une abstraite, l'autre concrète[15]. En effet, les énergies

---

[10] Règlement nº 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 *déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité* (RGEC), *JOUE* du 26 juin 2014, nº L 187/1.

[11] Dezobry, G. (2015), « Les lignes directrices concernant les aides d'État à l'énergie : vers une évolution des modes de soutien aux énergies renouvelables », *Rev. UE,* 299.

[12] Durand, E. (2017), *Électricité de source renouvelable et droit du marché intérieur,* thèse, Université Jean-Moulin Lyon III, spéc. 305.

[13] Voir notamment : « Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques », Nations Unies, 1997.

[14] *Ibid.*, art. 2, § 1 a) iv).

[15] Dir. 2009/28 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, *relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant la directive 2001/77/*

renouvelables sont « les sources d'énergie non fossiles renouvelables »[16]. Cette définition est abstraite ou négative dans la mesure où elle définit les énergies renouvelables pour ce qu'elles ne sont pas, c'est-à-dire des énergies fossiles, présentes en quantité finie sur la planète. La seconde définition est concrétisée par la création d'une liste des énergies renouvelables, à savoir : énergie éolienne, solaire, aérothermique, géothermique, hydrothermique, marine et hydroélectrique, biomasse, gaz de décharge, gaz des stations d'épuration d'eaux usées et biogaz[17]. On remarque que les énergies sélectionnées le sont indépendamment de leur lieu ou de leur milieu d'implantation. Dès lors, toute énergie utilisant la force de l'eau, du vent ou du soleil sera renouvelable sans considération de son lieu ou de son milieu d'implantation[18]. Le point commun à l'ensemble de ces énergies serait alors la qualité pérenne de la ressource[19]. Cette pérennité repose sur deux fondements : la durabilité de la ressource ainsi que la durabilité des modes d'exploitation de l'énergie[20].

Pour atteindre l'objectif commun de réduction de 20% des gaz à effet de serre par rapport à 1990, le développement de ces énergies est indispensable. Il est donc dans l'intérêt de l'Union de faciliter le développement des énergies renouvelables. En plus de préserver l'environnement, le développement de ces énergies permet d'atteindre l'objectif de sécurité d'approvisionnement et d'indépendance énergétique. Or, les différents rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), très alarmistes quant à la nécessité de réaliser la transition énergétique, font état de l'insuffisance du taux d'ENR dans le mix énergétique des États[21]. Deux remarques peuvent être faites. La première résulte d'une critique quant à la promotion de la recherche, du développement et de l'innovation. En effet, la recherche est un atout indispensable aux prémices de la réalisation d'une nouvelle industrie, notamment celle des énergies renouvelables. Or, l'abandon par l'entreprise Naval Energies des projets d'hydroliennes en France est un exemple de l'échec des mesures de soutien public visant à rassurer les opérateurs privés quant à la création de nouvelles installations énergétiques[22]. La seconde relève de la complexité des règles applicables aux aides publiques qui ne permettent pas une lisibilité suffisante des soutiens éligibles aux projets d'énergies renouvelables. L'insécurité, issue de la crainte d'un risque tant sur le plan financier que sur les possibles répercussions contentieuses, limite l'Union dans l'atteinte

---

CE et 2003/30/CE, *JOUE* nº L 140 du 5 juin 2009 ; voir également : Le Baut-Ferrarèse, B. (2012), *Traité de droit des énergies renouvelables*, Le Moniteur, 2e éd..

[16] Dir. 2009/28, art. 2 *a)*, préc.

[17] *Ibid*.

[18] En ce sens : Le Baut-Ferrarèse, B., « Les énergies renouvelables en milieux aquatiques vues par le droit », allocution lors du colloque de l'Université de Pau, Bayonne, 7 sept. 2018.

[19] Le Baut-Ferrarèse, B. (dir.), *Traité de droit des énergies renouvelables*, préc. 43.

[20] *Ibid*.

[21] Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), « Global warming of 1.5°C », Summary for policymakers, 48th session of the IPCC, Republic of Korea, 6 oct. 2018.

[22] Garnier, C., « Naval Group abandonne l'hydrolien faute de soutien public », *L'usine nouvelle* [en ligne], 27 juil. 2018.

de ses objectifs ambitieux. Il semble donc que la transition verte ne pourra pas être réalisée sans le développement d'autres énergies renouvelables telles que les énergies marines renouvelables (EMR). Étant des énergies peu matures, elles ne sont pas rentables. Un soutien public, notamment par le recours aux aides d'État, semble indispensable afin de permettre leur essor.

1.2. Les EMR : une catégorie immature d'énergies renouvelables

Favoriser le développement de certaines énergies renouvelables par le recours aux aides d'État revient à identifier quelles énergies sont éligibles à ces mécanismes. Or, tenter d'identifier ces énergies par le biais d'une définition juridique présente bien des difficultés. En effet, le droit ne les définit pas. Cette absence de définition permet pourtant une promotion originale de ces dernières. Il est question de tenter un tracé des contours d'une définition juridique de cet objet singulier afin de nourrir les questionnements sur les aides d'État qui leurs sont applicables.

Le droit international public définit la mer comme étant l'ensemble des « espaces d'eau salée en communication libre ou naturelle sur toute l'étendue du globe »[23]. On y exclut ainsi les mers dites « fermées »[24] [sur elles-mêmes], c'est-à-dire sans connexion avec d'autres étendues d'eau. Ceci permet ainsi d'exclure la production d'énergie à partir d'eau douce, que l'énergie soit produite à partir de l'eau en tant que source ou que l'installation d'énergie soit implantée en eau douce[25].

Le cadre juridique applicable laisse penser que c'est le milieu d'implantation qui caractérise le régime applicable à l'énergie en dehors du recours à la force de l'eau pour produire l'énergie. Il peut apparaître surprenant qu'une éolienne en mer, où c'est bien la force du vent qui est utilisée pour créer de l'énergie, soit considérée comme une énergie marine, simplement parce qu'elle est érigée en mer[26]. Cependant, les vents situés en mer sont incomparables par rapport à ceux situés sur terre. En effet, « le vent trouve dans la mer son terrain naturel et permet aux pales de tourner de façon moins intermittente que sur terre »[27]. Plus généralement, c'est l'originalité du milieu d'implantation de l'énergie qui lui permet d'être considérée comme une énergie marine dans la mesure où elle est singulière de son homonyme présente sur terre. Les EMR seraient donc des énergies disposées en mer qui utilisent des ressources naturelles et qui sont exploitées de manières pérenne et durable.

---

[23] Daillier, P.; Forteau, M.; Quoc dinh, N., et Pellet, A. (2009), *Droit international public*, 8e éd., coll. Traités, LGDJ, 1722.

[24] *Ibid*.

[25] Art. 1 de la loi du 16 oct. 1919 *relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique*, modifiée par la loi nº 2006-1772 du 30 déc. 2006, *JORF* du 31 déc. 2006 : « Nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'État ».

[26] Sablières, P. (2013), *Droit de l'énergie*, coll. Dalloz Action, Paris, Dalloz, 881.

[27] Lavialle, C.-H., « Implantations et espaces marins. Rapport de Synthèse », in Guéguen-Hallouët, G., et Levrel, H. (dir.) (2013), *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*, Actes du colloque de Brest, 11-12 oct. 2012, Paris, éd. A. Pedone, 143.

Il convient premièrement de noter que ces énergies sont peu matures, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas encore majoritairement des ressources commercialisables. Deuxièmement, elles peuvent utiliser diverses ressources naturelles d'énergies telles que l'eau, le vent ou le soleil. Ceci implique une variabilité dans la gestion environnementale de leur exploitation. On comprend que leur essor dépend d'un soutien public prenant en compte leurs besoins particuliers.

Le droit ne peut pas définir une matière si immature sans prendre le risque d'étrangler son déploiement. L'Union a très justement fait le choix de ne pas définir les EMR pour mieux les développer. Elle peut ainsi se prémunir d'un cadre juridique vaste afin de s'adapter à leurs originalités. Le droit devient ainsi le vecteur de l'élargissement des énergies renouvelables.

Il convient de mettre en lumière les dispositifs de soutien public qui leurs sont favorables. Le soutien public accordé à l'ensemble des énergies renouvelables est un atout majeur de l'accomplissement des objectifs d'intérêts communs de l'Union, notamment par la réalisation de l'objectif de transition énergétique.

2. LE DROIT EUROPÉEN DES AIDES D'ÉTAT COMME VECTEUR DE RÉALISATION DE LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE

2.1. La simplification du régime de soutien public intéressant les énergies renouvelables

Qu'il s'agisse des ENR ou plus spécifiquement des EMR, ces énergies peuvent bénéficier d'au moins deux régimes d'aides d'État distincts en fonction de l'objectif poursuivi ou de leur maturité. Il s'agit des aides d'État applicables à l'environnement et à l'énergie[28], ainsi que les aides applicables à la R&D&I[29].

Ces deux encadrements font l'objet d'exceptions à travers la mise en place du RGEC modernisé de 2014[30]. De ce régime d'exemptions il ressort que, sous conditions, certaines aides sont considérées comme de fait compatibles avec le marché sans obligation de notification à la Commission. Il est à noter que le RGEC regroupe dans un même instrument de droit dérivé d'application directe les différentes catégories d'aides éligibles à ce régime. Ainsi, par la mise en œuvre de critères de compatibilité clairs, la Commission harmonise le régime dérogatoire

[28] Communication de la Commission, *Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020*, préc.

[29] Communication de la Commission*, Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation*, préc.

[30] Règl. nº 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 *déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité* (RGEC), préc. ; la dernière modernisation datant de mai 2017 : voir en ce sens : Commission européenne, Communiqué de presse, « Aides d'État : La Commission simplifie les règles régissant les investissements publics dans les ports, les aéroports, la culture et les régions ultrapériphériques », IP/17/1341, 17 mai 2017.

applicable pour un grand nombre de catégorie d'aides[31]. Ce régime assoupli est particulièrement propice au développement des énergies renouvelables. En effet, les énergies renouvelables sont un objet récent que le droit a dû appréhender pour mieux le réguler. Ce nouvel encadrement est donc le résultat de l'adaptation du droit de la concurrence à cet objet original.

Les critères précis du RGEC mettent en place une compatibilité de l'aide qui favorise la transition énergétique dans la mesure où la réalisation des projets est rendue plus efficace. En effet, ce système d'exemptions participe à l'accentuation de la sécurité juridique par la mise en place de règles transparentes, en codifiant la pratique du contrôle des aides par la Commission[32]. Les États connaissent ainsi de manière anticipée les mécanismes de soutien qui seront considérés comme compatibles, sans obligation de notification. Afin de pouvoir bénéficier de ce régime plus souple dans les projets d'énergies renouvelables, les aides doivent respecter certains critères. Premièrement, elles doivent être transparentes, c'est-à-dire qu'aucune analyse de risque ne doit être effectuée[33]. La mesure est donc suffisamment claire et précise pour ne pas entraîner une analyse économique des effets de la mesure sur le marché. On considère que les subventions directes et les bonifications d'intérêts sont des mesures transparentes[34]. En outre, on peut considérer que l'obligation de transparence touche les États membres qui doivent, pour toutes aides supérieures à 500.000 euros, publier la mesure d'octroi de l'aide sur un site dédié, ce qui conforte donc le développement d'un droit à l'information[35].

Deuxièmement, l'aide ne doit pas dépasser certains montants. Qu'il s'agisse des aides au fonctionnement d'une installation par exemple ou d'une aide à l'investissement, les seuils maximums sont fixés par le RGEC et sont relativement élevés dans la mesure où ils peuvent atteindre plusieurs dizaines de millions d'euros. À titre d'exemple, les aides à l'investissement en faveur des infrastructures d'énergies peuvent bénéficier d'une aide allant jusqu'à 50 millions d'euros par entreprise et par projet d'investissement[36]. La détermination de ce seuil prend en considération le montant total d'aides d'État accordées en faveur de l'activité, de l'entreprise ou du projet.

---

[31] *Ibid.*, consid. (1), notamment : « Ces nouvelles catégories d'aides bénéficiant d'une exemption par catégorie comprennent les aides destinées à remédier aux dommages causés par certaines calamités naturelles, les aides sociales au transport en faveur des habitants de régions périphériques, les aides en faveur des infrastructures à haut débit, les aides en faveur de l'innovation, les aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine et les aides en faveur des infrastructures sportives et des infrastructures récréatives multifonctionnelles », 26.6.2014 FR *Journal officiel de l'Union européenne,* L 187/1 (1) JO L 142 du 14.5.1998, 1. (2) JO L 214 du 9.8.2008, 3. (3) JO L 320 du 30.11.2013, 22. (4) JO L 204 du 31.7.2013, 11.

[32] Dony, M.; Renard, F., et Smits, C., « Contrôle des aides d'État », Commentaire J. Mégret, Bruxelles, 3e éd. de l'Université, 2007, spéc. 223.

[33] Règl. nº 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 *déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité* (RGEC), préc. art. 5, § 1.

[34] En ce sens : Vade-mecum *des aides d'État,* La documentation française, 2016, 384.

[35] *Ibid.*, art. 9, § 1.

[36] *Ibid.*, art. 4, § 1.

Troisièmement, le RGEC affirme qu'il est possible de cumuler ces aides exemptées avec toute autre aide exemptée par le même règlement à condition que ces aides portent sur des coûts admissibles identifiables différents[37]. Dans le respect du montant maximal applicable, les projets d'énergies renouvelables peuvent donc cumuler une aide à l'environnement avec une aide à la R&D&I.

Quatrièmement, les aides doivent être incitatives. On considère qu'une aide est incitative si le bénéficiaire a fait une demande écrite à l'État membre concerné et que l'investissement public entraîne une augmentation notable de la portée du projet ou de l'activité. Par exemple, si le délai de réalisation du projet d'énergie renouvelable est diminué, l'aide sera considérée comme incitative[38]. Enfin, l'État doit en informer la Commission, par voie électronique, dans les 20 jours ouvrables qui suivent l'entrée en vigueur de la forme du soutien qu'il a retenue. Les projets d'énergies renouvelables se développent plus aisément dans la mesure où les montants alloués sont conséquents et que les modalités de procédures sont simplifiées. Ceci permet d'accélérer la mise en œuvre du projet d'énergie renouvelable et ce, en faveur de la réalisation de la transition énergétique.

2.2. Les aides d'État comme vecteur de réalisation de la transition énergétique

On peut considérer que ce RGEC n'a pas pour ambition de favoriser un secteur, mais de favoriser la réalisation des objectifs d'intérêt commun de l'Union, tels que la réalisation de la transition énergétique, cristallisée par l'objectif des « 3x20 »[39]. Le droit des aides d'État, et *a fortiori* le droit de la concurrence, est ici vecteur de réalisation des ambitions environnementales mais aussi économiques de l'Union. En effet, l'allocation d'aides au titre du RGEC, dans le cadre des dispositions applicables à la R&D&I ou de celles applicables aux énergies renouvelables, met en exergue que leur allocation induit une efficience économique. Cette notion est définie par la Commission comme étant « la mesure dans laquelle le bien-être total est optimisé sur un marché [...] en tenant compte de la *qualité* »[40]. Autrement dit, les aides applicables à la R&D&I et à l'énergie permettent de déplacer la demande vers des produits, en l'occurrence les énergies renouvelables à des prix ajustés qui tiennent compte de leur qualité en termes de bien-être, ici étant sous-entendue la qualité environnementale de la ressource, alors intégrée comme une externalité positive. Les règles régissant les aides d'État sont donc pensées dans le but de ré-

---

[37] *Ib*id., art. 8, § 3.

[38] *Ibid.*, art. 6.

[39] Dir. 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 *relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables* et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, *op. cit.*

[40] Commission européenne, *Encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, JOCE* C-323, 30 déc. 2006, non en vigueur, spéc. note 3 de bas de page ; sur la question de l'efficience économique, voir Durand, E. (2017), *Électricité de source renouvelable et droit du marché intérieur,* thèse, Université Jean-Moulin Lyon III, spéc. 384.

aliser une croissance économique durable et inclusive favorisant la réalisation de la transition énergétique.

De même, on peut retenir que les dispositions du RGEC applicables à la R&D&I peuvent être appliquées à différents stades d'un projet d'énergies renouvelables. Ces aides concernent tant la recherche fondamentale, la recherche industrielle, le développement expérimental, que les études de faisabilité, les aides en faveur des infrastructures de recherche ou encore les aides aux pôles d'innovation[41]. Chacune de ces formes d'aides peut être accordée pour un même projet d'énergies renouvelables. Elles peuvent donc être cumulées dans le respect des seuils impartis[42]. Ce régime semble particulièrement efficace pour les énergies renouvelables car il permet de cumuler les aides issues du même régime[43]. En effet, leurs développements sont fonction des évolutions technologiques et techniques. Or, les projets d'EMR par exemple se trouvent souvent à la jonction entre recherche fondamentale et industrielle[44]. Pour devenir une énergie d'avenir, ils ont besoin d'un soutien public particulier, à tout le moins plus conséquent en comparaison avec d'autres énergies plus matures. Cette logique, à laquelle on pourrait reprocher toute rationalité économique[45], a pour mérite d'être en cohérence avec la volonté de l'Union de protéger l'environnement, par le biais du développement des énergies renouvelables, et d'atteindre ainsi l'objectif de transition énergétique. Cette volonté a été accentuée par une disposition du même règlement qui ne subordonne plus ces aides à une obligation d'applications industrielles ou commerciales futures. Le projet d'énergies [marines] renouvelables, qui ferait donc l'objet d'une aide d'État au titre du RGEC, n'a plus l'obligation de devenir, à terme, un produit ou un service commercialisable[46]. L'Union souhaite donc réaliser la transition énergétique de manière raisonnée, par la mise en service d'installations énergétiques perfectionnées.

En guise de conclusion, on peut considérer que de la définition des énergies renouvelables découle le régime d'aides d'État applicable. Sans cette qualification, sans cette détermination juridique de l'objet énergies renouvelables, il n'est pas possible de mettre en place le mécanisme de soutien public le plus ajusté. Les

---

[41] Art. 4 du RGEC., *op. cit.* ; voir également : Schneider, F., *Les énergies marines renouvelables. Approche juridique en droit international, européen et comparé*, préc.

[42] *Ibid.*, art. 8.

[43] *Ibid*. Les aides exemptées, dont les coûts admissibles ont été identifiés, peuvent être cumulées avec une autre aide d'État portant sur des coûts admissibles différents ou, avec une autre aide d'État portant sur les mêmes coûts admissibles, à condition de respecter les seuils d'intensité de l'aide. S'agissant des aides exemptées aux coûts admissibles non identifiables, elles peuvent être cumulées avec n'importe quelle aide dont les coûts admissibles sont non identifiables, toujours dans le respect du seuil de financement total le plus élevé.

[44] Schneider, F. (2015), *Les énergies marines renouvelables. Approche juridique en droit international, européen et comparé*, thèse, Paris, A. Pedone, spéc. 89-94.

[45] La rationalité économique doit être entendue ici comme le fait qu'il revient normalement au marché de réguler les activités économiques.

[46] Règl. (CE) 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 *déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité* (RGEC)*, JOUE* L 214, 9 août 2008, art. 30, § 4 al. 3.

régimes d'aides d'État applicables à ces énergies, assouplis en bien des aspects, constituent donc un mécanisme de soutien favorable à la réalisation de la transition énergétique. Cependant, en considération des très hautes ambitions de l'Union en la matière[47], il apparaît qu'un régime de soutien public plus adapté pourrait être envisagé. Pour ce faire, il conviendrait de prendre en compte le milieu d'implantation de la ressource énergétique, dans le cas des EMR en particulier. Ceci permettrait d'atteindre les objectifs de protection de l'environnement mais aussi d'intégration du marché de l'énergie plus rapidement, ou en tout cas, dans le respect des délais impartis pour 2030. Les effets négatifs de ces mesures d'interventionnisme public sur le marché seront nécessairement inférieurs aux effets positifs qu'engendre la réalisation de l'intérêt commun qu'est la protection de l'environnement.

[47] European Commission, Statement, « Europe leads the global clean energy transition : Commission welcomes ambitious agreement on further renewable energy development in the EU », STATEMENT/18/4155, June 2018.

CHAPTER 26

LE RETIREMENT DES ÉPAVES MARITIMES POUR LA PROTECTION DE LA MER

Sandrine Drapier
MCF HDR en Droit privé à l'Université du Mans
Membre associé CDMO de l'Université de Nantes

ABSTRACT : *In contrast to the original source of values that treasure hunters track down, lies the wreckage, a source of discomfort and impoverishment, pollution and danger. The abundance of provisions applicable to these wrecks in domestic and international law is matched only by the remaining flutter of legal qualification. In domestic law, its state results from the meeting of three criteria: the non-buoyancy, the absence of crew on board and the absence of custody or manoeuvring measures, which applies to a diversity of goods found in France. Apart from any assistance issue, international law has had to take into account the reality of the oceans and the diversity of marine waste to specifically manage wreck removal, through the Nairobi Convention of 18 May 2007, built in France on May 18, 2016. The properties described as wrecks are not abandoned, they have an owner responsible for their recovery, removal or dismantling. To put out of water a wreck thus supposes to settle the question of the prerogatives of the owner on her, in perspective with the urgency or the dangers that it represents for the marine circulation or the environment in particular. However, the costs of the wreckage at sea exceed those related to its abduction, as envisaged by the 2007 Nairobi Convention. Clarifications will be offered on the issues of obligations and responsibilities of the owner of the wreck.*

Keywords : *removal of maritime wrecks ; protection ; sea.*

RÉSUMÉ : *À l'opposé de la source originaire de valeurs que les chasseurs de trésors traquent, se trouve l'épave, source de gêne et d'appauvrissement, de pol-*

lutions et de dangers. Le foisonnement des dispositions applicables à ces épaves maritimes, en droit interne et international, n'a d'égal que les flottements restants en matière de qualification juridique. En droit interne, son état résulte de la réunion de trois critères : la non flottabilité, l'absence d'équipage à bord et l'absence de mesures de garde ou de manœuvre, ce qui s'applique à une diversité de biens retrouvés en mer. En dehors même de toute question d'assistance, le droit international a dû prendre en compte la réalité des océans et la diversité des rebuts maritimes pour gérer spécifiquement l'enlèvement des épaves, à travers la convention de Nairobi du 18 mai 2007, intégrée en France le 18 mai 2016. Les biens qualifiés d'épaves n'étant pas abandonnés, ils ont un propriétaire chargé de leur récupération, enlèvement ou démantèlement. Mettre hors d'eau une épave suppose donc de régler la question des prérogatives du propriétaire sur elle, en perspective avec l'urgence ou les dangers qu'elle représente pour la circulation maritime ou l'environnement particulièrement. Cela étant, les frais faisant suite au trouble créé par l'épave en mer dépassent largement ceux liés à son enlèvement, tel qu'envisagé par la convention de Nairobi de 2007. Des clarifications seront proposées sur les questions d'obligations et de responsabilités du propriétaire de l'épave.

Mots-clés : *retirement des épaves maritimes ; protection ; mer.*

Tant de récits ont été consacrés aux navires, partis pour des courses aussi lointaines que risquées et, finalement, victimes d'infortune en mer. Peu importe le courage déployé par les équipages, la mer généralement victorieuse emporte avec elle leurs embarcations qui seront *de facto* reléguées au rang d'épaves[1]. Disséminées dans les profondeurs des fonds, celles-ci hantent l'imaginaire collectif depuis la nuit des temps.

Les épaves de bateaux sont très tôt exondées comme source d'enrichissement par leurs découvreurs. Mais ce n'est qu'au milieu du vingtième siècle que la découverte d'épaves « à caractère » commence à être encadrée au titre de la protection du patrimoine culturel mondial[2], en raison de leur intérêt archéologique, historique ou culturel. Plus tard, dans les années soixante-dix, avec l'apparition de navires construits dans des matériaux moins nobles, les épaves sont devenues des sources de dangers et de pollutions, difficilement recyclables, peu valorisables

[1] Voir « épave », du latin *expavidus* « épouvanté », tout d'abord appliqué aux animaux effrayés, égarés. L'expression « épave de mer » est connue de la langue française depuis 1581 ; elle correspond à la coque d'un navire naufragé, à un objet abandonné en mer ou rejeté sur le rivage. *Le Petit Robert de la langue française*, éd. 2016. Sur ce thème : Du Pontavice, E. (1960), *Les épaves maritimes, aériennes et spatiales en droit français*, thèse Paris, LGDJ ; de Juglart M., et du Pontavice, E. (1965), *Le régime des épaves maritimes*, JCP, G, I, 1942 ; Rigambert, C. (1998), *Le droit des épaves maritimes de l'Antiquité au XXIe siècle*, ADMO, t. XVI, 371 et s. ; Rezenthel, R. (2007), *Le régime des épaves maritimes*, *DMF,* 195 et s. ; Ha Ngoc, J. (2017), *Épaves maritimes*, Juris Classeurs Transport, fasc. 1140.

[2] Par ex, voir Convention de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907, spéc. pour la spécificité des biens culturels, art. 27 et 56 ; Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, signé le 14 mai 1954 à La Haye et entrée en vigueur le 7 août 1956 ; Cons. déjà, « Instructions de Lieber » (pour le comportement des armées des États-Unis d'Amérique en campagne) proclamées par le Pst A. Lincoln, le 24 avril 1863.

et source d'embarras[3]. D'où les deux facettes de l'épave : le navire, tour à tour « source de créances, puis source de dettes »[4], peut être envisagé, une fois sombré, comme trésor maritime ou, à l'opposé, comme rebut des mers.

Les conditions de leur mise hors d'eau relèvent aujourd'hui de deux codifications différentes, tenant compte du caractère polysémique du terme « épave ». En présence d'épaves « à caractère », communément perçues comme des trésors, mais qualifiées juridiquement de biens culturels maritimes[5], le retirement est strictement régi par le code du patrimoine[6]. À l'opposé de la source originaire de valeurs, très recherchée et disputée, le sort de l'épave contemporaine est réglé par le code des transports[7].

Pendant longtemps, seule l'épave, source de créances[8], à travers sa découverte, sa conservation et les droits de l'inventeur, a semblé digne d'intérêt pour le législateur[9]. Il a ici suivi le même schéma qu'en matière d'archéologie préventive pour éviter la dispersion du patrimoine commun de l'Humanité. À l'image du droit de l'archéologie terrestre[10], articulé sur la stratégie de protection du patrimoine et des connaissances, le droit des biens culturels maritimes reprend un schéma de prévention contre les fouilles incontrôlées. Comme la mise hors d'eau des choses ainsi recouvrées est susceptible de provoquer leur disparition[11], trois règles essentielles sont posées : l'autorisation préalable des prospections, la prescription d'office de mesures conservatoires et l'obligation de déclaration des découvertes.

---

[3] Remond-Gouilloud, M. (1979), *La protection de la mer contre les épaves de navires*, RJE, 91-101, spéc. 92 : « L'épave, depuis toujours source de convoitise, partant source de rêves, (n'est) plus aujourd'hui qu'une source d'ennuis. Aujourd'hui en effet, l'épave obstrue, l'épave pollue, l'épave n'est plus qu'une triste ordure » ; Sur l'utilité d'enlever les épaves maritimes, voir Griggs, P. (2006), *Le projet de Convention sur l'enlèvement des épaves*, *DMF,* 683 et s.

[4] Sur l'idée d'une épave, « source de créances à sources de dettes », voir les réflexions de Remond-Gouilloud, M. (1979), spéc. son article intitulé « La protection de la mer contre les épaves des navires », *RJE,* nº 2.

[5] Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique de 2001 dans le cadre de l'UNESCO, adoptée le 2 novembre 2001, entrée en vigueur le 2 janvier 2009 et ratifiée par la France (D nº 2013-394 du 13 mai 2013).

[6] La loi du 27 septembre 1941, et les textes en précisant les conditions d'application, pour les trésors découverts au fond des mers ou sur ses rivages, a été modifiée par la loi du 1er décembre 1989, *relative aux biens culturels maritimes* ; codifiée aux art. L. 532-1 s. C. du Patrimoine avec l'Ord. nº 2004-178 du 20 février 2004.

[7] Art. L. 5142 et s. C. Transports.

[8] C'est aux magistrats de régler, au fil des naufrages, le sort de l'épave, source de dettes, à travers les démêlés entre l'administration et les propriétaires de navires coulés qui s'en désintéressaient.

[9] Né de la loi du 24 novembre 1961 *relative à la police des épaves maritimes :* loi nº 61-1262 du 24 novembre 1961 (D. 1961, 352) et son décret nº 61-1547 du 26 décembre 1961 (D. 1962, 41) complété par un arrêté du 4 février 1965 (D. 1965, 106), lui-même modifié par l'arrêté du 9 janvier 1987 (D. 1987, 117). La loi de 1961 est issue d'une refonte de la législation de l'Ancien droit qui remontait à l'Ord. sur la Marine de 1681, liv. IV, tit. IX, à laquelle l'art. 717 C. civ. en 1804 renvoyait. Voir plus récemment les décrets nº 78-847 du 3 août 1978 (D. 1978, 375), nº 85-632 du 21 juin 1985 (D. 1985, 347) et nº 91-1226 du 5 décembre 1991 (D. 1992, 3) modifiant celui de 1961. *Adde* la loi nº 96-151 du 26 février 1996, *relative aux transports* (D. 1996, 91).

[10] La Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique de 2001 dans le cadre de l'UNESCO, adoptée le 2 novembre 2001 (Ann. CMI 2002, 154 et s.) reflète le besoin d'assurer la même protection au patrimoine culturel submergé que celle déjà accordée au patrimoine culturel terrestre.

[11] Voir les objectifs de la convention de l'Unesco du 2 novembre 2001, Ann. CMI 2002, 154 et s.

Sont ici concernés toute sorte de biens culturels maritimes[12] et tout type de prospections, fouilles ou sondages, qu'ils soient recherchés à l'aide de matériels de détection ou découverte fortuite. Une autorisation ou une déclaration à l'autorité administrative est impérative pour pouvoir les mettre hors d'eau[13]. Cette obligation s'applique à toute découverte et en toutes circonstances[14].

Le règlement de la valeur a même fini par limiter définitivement les droits de l'inventeur. La propriété est attribuée à l'État par décision du ministre de la culture[15] : soit après expropriation du bien culturel appartenant au propriétaire privé, soit à l'issue de trois années suivant la date à laquelle la découverte a été rendue publique[16], quand le propriétaire n'est pas susceptible d'être retrouvé. En contrepartie, l'autorité administrative pourra accorder au découvreur une récompense, dont la nature et le montant seront fixés unilatéralement[17].

Là où les biens culturels maritimes doivent naturellement être laissés sur place, sauf mise hors d'eau accidentelle[18], à l'inverse, il faut plutôt s'empresser de retirer l'épave contemporaine qui ressemble davantage à une charge financière. Des enjeux économiques, diplomatiques et écologiques poussent à retirer le plus rapidement possible les épaves « sans caractère », ou tout autre engin maritime flottant, trouvés en mer ou sur le littoral.

Sans doute cette épave « rebut » est celle dont le traitement juridique apparaît le plus préoccupant aujourd'hui et fera seule l'objet de cette étude. En effet, la taille des bateaux, comme la nature des marchandises transportées, ne font qu'accroître les risques pesant sur l'environnement et la sécurité maritime[19]. L'opération, qui consiste à retirer hors d'eau des navires échoués, ou des conteneurs trouvés en mer, devient cruciale. Comme un écho à la dégradation généralisée de l'environnement, menaçante, le retirement de l'épave est alors traité sous le signe de l'urgence.

---

[12] C'est-à-dire les gisements, épaves, vestiges ou généralement tout bien qui, présentant un intérêt préhistorique, archéologique ou historique, est situé dans le sol ou le sous-sol du domaine public maritime ou au fond de la mer dans la zone contigüe : art. L. 532-1 et 532-12 C. patr., soit jusqu'à douze milles marins pour le domaine public maritime et vingt-quatre milles à partir des lignes de base pour la zone contigüe. Voir spéc. Garcin, C., *La protection du patrimoine culturel sous-marin depuis la loi nº 89-874 du 1er* décembre 1989, ALD 1990, 135. Lavialle, C., *La loi nº 89-874 du 1er* décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes, JCP 1991, I, 3489. Gurun, G., *L'épave, bien culturel maritime : une notion à découvrir*, ADMO, 1995, t. XIII, 269 et s.

[13] Au plus tard dans les quarante-huit heures de la découverte ou de l'arrivée au premier port.

[14] CE, 30 mars 2016, nº 377945 (*navire Thésée*) : *DMF,* nº 794, 1er sept. 2017, note V. Negri ; Ajda 2016, 1666 et s.

[15] Art. L. 532-11 C. du patrimoine.

[16] Art. L. 532-2 C. du patrimoine.

[17] Art. 716 C. Civil inapplicable ici, cons. art. 532-6 C. du patrimoine : le souverain n'hésitant pas, en l'occurrence, à se tailler « la part du lion », ignorant au passage les règles élémentaires du partage égalitaire... prévalant même entre pirates !

[18] Art. L. 532-3 et art. L. 532-7 et s. C. du patrimoine, ainsi que L. 542-1 et s. C. du patrimoine sur l'utilisation de techniques de détection.

[19] Des échouages tristement connus, comme l'Amoco Cadiz, ou plus récemment le Costa Concordia, témoignent des enjeux économiques, écologiques et politiques drainés par ces bateaux devenus dangereux.

La gestion de l'opération d'enlèvement dépend étroitement de la qualification que le juriste entend donner aux biens ayant fait naufrage. En effet, la catégorie d'épaves englobe divers engins flottants et sa définition présente des contours variables selon la zone maritime exactement concernée par l'échouage et les textes juridiques applicables.

Le régime juridique propre à l'opération de retirement elle-même reste ainsi déterminé par la zone de situation de l'épave dans la logique de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer de 1982[20]. Si l'on excepte la règle selon laquelle la loi du pavillon s'applique aux épaves des navires de guerre et autres navires d'État appartenant ou exploités par un État à des fins gouvernementales et non commerciales, il n'existe aucun texte général régissant aujourd'hui l'extraction des épaves en haute mer. En revanche, si elle se situe dans la zone économique exclusive, c'est la convention de Nairobi, adoptée le 18 mai 2007 et intégrée en France par le décret nº 2016-615 du 18 mai 2016[21], qui s'applique. En dehors de cette zone, en mer territoriale précisément, l'État côtier peut recourir à son droit interne et, pour prendre l'exemple français, à l'Art. L. 5141-1 du Code des transports[22].

Tout particulièrement, en comparant les dispositions de la convention de Nairobi de 2007 et celles du Code des transports, la première donne une définition de l'épave moins restrictive. En même temps qu'elle présente l'avantage d'apporter des règles communes aux grandes puissances maritimes pour gérer l'enlèvement des épaves propres aux navires de gros tonnage, elle pose l'obligation d'une assurance pour garantir le remboursement aux États des frais engagés au titre du retirement. S'il en découle des charges supplémentaires en matière de risques assurables, tant les dangers, et donc les coûts, augmentent avec les tailles de navires et les nouvelles routes maritimes empruntées, cette convention ne règle pas tout. Elle renvoie notamment aux États la question du régime de responsabilité au titre des dommages causés par l'épave, en matière environnementale par exemple[23].

Outre cet aspect financier, l'enjeu sera ici de comparer les règles du droit interne avec le dispositif issu de la convention de Nairobi de 2007 pour préciser la notion même d'épave maritime, dont les contours juridiques restent variables (1). Les règles conventionnelles sur l'enlèvement pouvant également s'appliquer dans les eaux territoriales si les États le souhaitent, le champ de la responsabilité du propriétaire de l'épave sera examiné pour les dommages causés au-delà de la seule obligation de retirement (2).

---

[20] Legendre, V. C. (1975), *Les épaves et le droit international maritime*, *DMF,* 195 et s.

[21] Voir le décret nº 201-615 du 18 mai 2016 *portant publication de la convention internationale sur l'enlèvement des épaves adoptée à Nairobi le 18 mai 2007, signée par la France le 24 septembre 2008*, dite convention de Nairobi et publié au *JO* nº 0116 du 20 mai 2016. La Convention peut entrer en vigueur en France, ayant été ratifiée par plus de dix États conformément aux exigences de l'art. 18, § 1. Elle concerne aujourd'hui plus de 24 États signataires, dont les principales puissances maritimes mondiales.

[22] À moins de 12 miles des côtes.

[23] Indemnisation due au titre du préjudice écologique, tel qu'il est prévu aux art. 1386-19 et s. C. Civil.

1. LA NOTION D'ÉPAVE MARITIME

Là où la belle épave maritime doit continuer à rester immergée, il faut prestement retirer des flots l'épave sans caractère en raison des dangers potentiels qu'elle recèle. Le foisonnement des règles applicables aux épaves maritimes[24] n'a d'égal que les flottements restants en matière de qualification. Se pencher sur cette qualification, qui concerne les navires modernes, les cargaisons flottantes ou les plates-formes à la dérive, implique de fournir les critères de référence (1.1). Le critère prioritaire pour définir l'épave maritime passe de la non flottabilité de l'engin perdu en mer, exigée en droit interne, à celui de menace imminente résultant de l'engin échoué ou à la dérive, préférée en droit international (1.2).

1.1. De la variété des épaves maritimes

Le code des transports envisage seulement les épaves sans caractère au moyen d'une énumération à la manière anglo-saxonne[25]. L'actuel Art. L. 5142-1 dénombre trois catégories précisément identifiées : d'un côté, les épaves de navires ou autres engins maritimes flottants, de l'autre les marchandises et cargaisons et, enfin, les épaves d'aéronefs trouvés en mer ou sur le littoral maritime.

Précisément, au cours des cycles de son existence, un bateau passe ainsi du statut de navire, dès sa commercialisation, à celui de déchet à la fin de son exploitation, jusqu'à prendre celui d'épave s'il connaît un naufrage entre temps. C'est en fin de vie qu'il risque le plus de connaître cette dernière qualification, au cours de son dernier voyage vers le pays choisi pour son démantèlement.

Le passage juridique d'état de navire à épave « sans caractère » est en soi parfaitement mesurable. Au-delà de son apparence, l'état d'épave maritime résulte de trois critères[26] : la non flottabilité, l'absence d'équipage à bord et l'inexistence de mesures de garde ou de manœuvre, sauf si cet état fait suite à un abandon volontaire en vue de soustraire l'engin flottant à la réglementation douanière[27].

Pour reprendre la première caractéristique, le navire ou l'engin flottant doit avoir perdu toute flottabilité. L'état matériel du navire doit attester qu'il n'est plus

---

[24] Voir spéc. deux textes de droit communautaire susceptibles de s'articuler avec la convention de Nairobi de 2007 : la directive 2002/59/CE du 27 juin 2002 *relative au système communautaire de suivi du trafic des navires* et la directive 2009/20/CE du 23 avril 2009 *relative à l'assurance des propriétaires de navires pour les créances maritimes*. À cela viennent se juxtaposer la convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures et le protocole du 2 novembre 1973, intégrés à l'art. L. 218-72 C. Environnement.

[25] Les épaves de navires ; les aéronefs en état d'innavigabilité ; les embarcations, machines, agrès, ancres, chaînes, engins de pêche abandonnés, et les débris des navires et aéronefs ; les marchandises jetées ou tombées à la mer et, enfin, les objets perdus ou abandonnés.

[26] Art. L. 5142-1 C. Transp. : « L'état d'épave résulte de la non-flottabilité, de l'absence d'équipage à bord et de l'inexistence de mesures de garde et de manœuvres ».

[27] Art. L. 5142-1 al. 2 C. Transp.

manœuvrable, ni réellement apte à affronter les risques de la mer. Cet élément objectif vise les seuls cas d'innavigabilité totale et irrémédiable. *A contrario*, les navires échoués, ou semi-submergés, restent qualifiés de navires, et non d'épaves, s'ils se trouvent en mesure de se déséchouer par leurs propres moyens ou par une aide extérieure comme un remorquage.

Ensuite, le navire doit avoir été abandonné par son équipage ou celui qui en avait la garde. Ce critère traduit l'attitude du personnel à bord, qui a quitté le navire et n'assure plus la surveillance, ni la maîtrise de la chose. Il conduit à la perte du *corpus* de la chose par son gardien ou propriétaire. Ce faisant, l'hypothèse classique du navire à la dérive, en partie immergé, ne peut être qualifiée d'épave s'il est en mesure de reprendre la mer moyennant réparation.

En pratique, l'épave maritime recouvre alors plusieurs réalités : le navire en tant que tel, mais aussi les marchandises transportées ou tout engin flottant coulé, dérivant en mer ou retrouvé sur le rivage. Aussi bien, distinguer l'épave de la *res derelicta*, volontairement abandonnée, jetée en mer ou sur le rivage, apparaît presque toujours comme un exercice imposé.

Un tel risque de confusion est bien réel, à tel point que la loi du 3 juillet 1985[28] a créé une catégorie intermédiaire, celle de « navire abandonné », de manière à renforcer les pouvoirs de l'État sur ces navires, au détriment des droits du propriétaire. Cette loi vise le navire, ou tout autre engin, en état de flottabilité, avec aucun équipage à bord, ni mesure de garde et de manœuvre, présent dans les eaux territoriales ou les eaux maritimes intérieures et présentant un danger. Un régime particulier pour ces navires abandonnés, en état de flottabilité, s'est ainsi imposé. Ils peuvent être réduits à de simples déchets, mais ne sauraient être qualifiés d'épaves dès lors qu'ils sont encore navigables. Si l'abandon est caractérisé et s'il y a urgence, résistance ou négligence du propriétaire, l'administration peut intervenir et les mettre hors d'eau aux frais et risques de celui-ci, de l'armateur ou de l'exploitant[29].

En vérité, cette qualification de navire abandonné est une réponse directe apportée à certains propriétaires « indélicats » qui, ne pouvant plus exploiter leur navire, le laissaient croupir dans les eaux portuaires, intérieures ou territoriales, sans surveillance. Cette pratique rejoint d'ailleurs la situation des navires en fin de vie, qui pose naturellement la question de leur traitement et de leur démantèlement ; l'état de flottabilité les excluant *ipso facto* de la catégorie d'épave.

---

[28] Loi nº 85-662 du 3 juillet 1985 et décret nº87-830 du 6 octobre 1987, repris par l'art. L. 5141-1 et 2 C. Transp ; Tassel, V. Y. (1989), *Des navires et engins flottants abandonnés dans les eaux territoriales et les eaux intérieures (loi du 3 juillet 1985),* ADMO, université de Nantes t. X, 189 et s.

[29] Art. L. 5242-16 C. Transp ; Cons., Tassel, Y. (1989), *Des navires et engins flottants abandonnés dans les eaux territoriales et les eaux intérieures,* ADMA, université de Nantes, 189 et s.

1.2. L'épave : de la non flottabilité à la menace imminente

La conception française de l'épave, reposant en grande partie sur l'état de non flottabilité, est peut-être satisfaisante en son principe, mais elle n'a pas levé toutes les incertitudes pratiques. Pour faire face aux transferts de plus en plus dangereux, vers des pays lointains, chargés de démanteler les navires en fin d'exploitation, en raison de l'optimisation économique constamment recherchée, le juriste devrait répondre par des exigences particulières, communes aux pays de l'Union européenne. Les navires, en fin de cycle, devraient être astreints à déclarer au préalable leur itinéraire et peut-être obligés de suivre des routes prédéfinies, en raison des dangers qu'ils représentent au cours de leur transfert[30].

En effet, dans l'espace maritime où, par définition, les frontières relèvent bien souvent des seules facultés d'abstraction et de l'imaginaire des juristes, l'épave, au fil des courants, risque naturellement de traverser plusieurs zones maritimes et d'être saisie par plusieurs législations. C'est pourquoi, pour s'en tenir à l'espace maritime de l'Union européenne, il serait sans doute opportun de qualifier les épaves de manière commune, pour régler les conditions de leur retirement par voie de directive ou, mieux encore, de règlement, tant les attentes et les enjeux semblent de première importance.

Partant de cette qualification commune, une procédure accélérée de retirement des épaves, uniforme pour tous les États membres, pourrait s'imposer, aux frais et charge de leur propriétaire, sur le modèle de la convention de Nairobi de 2007. Ce texte européen, unique, à écrire, aurait ainsi le mérite de fixer un cadre lisible pour tous ceux qui naviguent dans les eaux européennes, qu'ils soient à la recherche de trésors ou qu'ils soient tentés par un dernier voyage... en transit vers un pays de démantèlement.

Plus en avance sur cette question, en dehors même de toute question d'assistance[31], le droit international a dû tenir compte de la diversité des rebuts maritimes pour gérer spécifiquement l'enlèvement des épaves, à travers la convention de Nairobi du 18 mai 2007. Pour les pays l'ayant ratifiée, dont la France[32], les dispositions y afférentes s'appliquent à la zone économique exclusive, à la zone adjacente aux eaux territoriales, dans la limite de 200 milles de la ligne de base. Si les eaux territoriales de chaque État sont par principe exclues, la Convention leur réserve cependant la possibilité de les intégrer[33].

La notion d'épave y est envisagée de manière bien moins restrictive qu'en droit interne, mettant l'accent sur le danger qu'elle peut représenter. Selon son ar-

---

[30] CE, 13 février 2006 : *DMF* 2006, 457, obs. Rezenthel, R. (affaire du porte-avion Clémenceau). Toure, B. (2008), « Le démantèlement des navires en fin de vie », *Rev. Dr. Transports,* dossier nº 2.

[31] Réglée par la convention de Londres du 28 avril 1989, relative à l'assistance maritime.

[32] Décret nº 2016-615 du 18 mai 2016 *portant publication de la convention internationale sur l'enlèvement des épaves adoptée à Nairobi le 18 mai 2007*, signée par la France le 24 septembre 2008 : *JO* nº 0116 du 20 mai 2016.

[33] Toure, B., « Le démantèlement des navires en fin de vie », *Rev. Dr. Transports,* février 2008, dossier 2.

ticle premier, il s'agit de tout ou partie d'un navire naufragé, ou échoué, ou sur le point de l'être, y compris tout objet perdu en mer par un navire et qui est submergé, ou échoué, ou à la dérive[34]. Quant à la cause de ce changement d'état juridique, l'accident de mer, il se définit comme un abordage, un échouement ou tout autre incident de navigation survenu à bord, ou à l'extérieur d'un navire, qui entraîne une menace imminente de dommages matériels pour un navire ou sa cargaison[35].

Nulle référence n'est faite ici à l'état de flottabilité ou d'abandon. L'essentiel est ailleurs ; la précision réside dans la définition de la notion de danger. Pas moins de quatorze critères servent à cerner cette notion, comme la vulnérabilité de la zone, la densité du trafic ou la nature de la cargaison. Ces critères rejoignent d'ailleurs ceux déjà utilisés pour déclarer des « zones maritimes particulièrement vulnérables », en raison de l'importance reconnue de leurs caractéristiques écologiques, socio-économiques ou scientifiques et de leur éventuelle vulnérabilité[36]. La liste dressée par la Convention reste même ouverte sur toute autre circonstance pouvant nécessiter l'enlèvement de l'épave[37].

Les deux seules exclusions notables, inhérentes même au champ d'application de la convention, sont, d'un côté, la haute mer[38] et de l'autre, les navires et bâtiments de guerre[39] ; les épaves restant alors soumises, en principe, à la loi du pavillon du navire.

---

[34] Selon l'art. 1er de la convention de Nairobi préc., le « navire » est désigné comme « un bâtiment de mer de quelque type que ce soit et englobe les hydroptères, les aéroglisseurs, les engins submersibles, les engins flottants et les plates-formes flottantes sauf lorsque ces plates-formes se livrent sur place à des activités d'exploration, d'exploitation ou de production des ressources minérales des fonds marins ».

[35] *Ibid*.

[36] Conformément à la réglementation européenne, la France a ainsi déclaré de nombreuses zones protégées au titre de Natura 2000 et leur a accordé une protection particulière. Voir par ex. le parc naturel marin d'Iroise, éloigné d'une quarantaine de nautiques de la zone de naufrage des navires Maersk Searcher et Shipper, deux navires danois remorqués en vue de leur transfert par la mer d'Iroise vers un chantier en Turquie pour leur démantèlement et coulant au large de l'île de Sein : Rapport nº 010951-01, « Naufrage des navires Maersk Searcher et Maersk Shipper, transferts de déchets et déconstruction des navires, leviers juridiques et bonnes pratiques techniques », *IGAM,* nº 2017-107, juillet 2017, établi par Berthet, J. M.; Kbaier, R., et Veille, J. L.

[37] Art. 6 de la Convention de Nairobi préc.

[38] En cas de danger grave, de risque d'atteinte au littoral ou aux intérêts connexes, l'État concerné risque, comme, dans le modèle français, de mettre en demeure le propriétaire du navire, ou son exploitant, pour qu'il prenne les mesures adéquates. Le cas échéant, la puissance publique palliera la carence du propriétaire.

[39] D'une toute autre façon, les épaves des navires et bâtiments de guerre coulés font l'objet d'une immunité, quand bien même ils constitueraient une grave menace pour l'environnement marin en se transformant en de véritables cimetières marins, comme par exemple, les sous-marins à propulsion nucléaire coulés en mer Baltique. Sont ainsi protégés de toute qualification d'épave maritime les bâtiments de guerre, navires d'État et les navires utilisés à des fins de service public non commercial vis-à-vis de tout État autre que celui du pavillon, en haute mer comme lors de l'exercice de droit de passage inoffensif dans la mer territoriale. Voir l'art. 96 de la convention de Montego Bay. Sur le sujet, voir l'étude approfondie de Symonides, J. et M., « Droits de l'État du pavillon sur les épaves des navires de guerre et des autres navires d'État utilisés à des fins non commerciales », REDNMA, déc. 2011 (*http :// rednma.eumed.net*) : « Ces épaves peuvent-elles être sujettes à une extraction sans l'autorisation de l'État du pavillon et sans celle de l'État côtier ? L'État côtier n'acquiert aucun droit de propriété sur une épave d'un navire ou d'un aéronef en raison de sa localisation sur les terres ou les fonds marins sur lesquels il exerce sa souveraineté ou sa juridiction. L'accès à ces navires de guerre et autres navires, ainsi qu'à leurs cargaisons, situés dans des eaux archipélagiques étrangères, des mers territoriales ou des zones contiguës, est soumis au contrôle de l'État côtier conformément au droit international. C'est la politique de la plupart des

2. L'OBLIGATION DE RETIRER L'ÉPAVE EN CAS DE DANGER

Mettre hors de l'eau l'épave suppose que soit réglée la question de son emprise par son propriétaire, titulaire, comme pour toute chose, de l'usus et de l'abusus et, en conséquence, de son obligation d'assumer les coûts du retirement (2.1). Il va sans dire que sa responsabilité peut aller bien au-delà de ses seuls coûts d'enlèvement en l'obligeant à réparer les troubles que l'épave retirée a pu laisser (2.2).

2.1. L'obligation de retirer en qualité de propriétaire de l'épave

L'épave n'étant pas *res nullius*, le propriétaire du navire reste propriétaire de son épave. Il est dans l'obligation de procéder à la récupération, l'enlèvement ou la destruction de l'épave, dès lors qu'il est mis en demeure par les autorités maritimes d'y procéder[40]. Il sera passé outre ce formalisme dans l'éventualité d'un danger grave et imminent. Précisément, en vue du sauvetage de l'épave ou de la cessation des dangers qu'elle représente, l'État français pourra, en mer territoriale, procéder à la réquisition des personnes ou des biens par l'autorité judiciaire[41].

D'une manière plus saisissante, si le propriétaire est récalcitrant ou inconnu, il sera même procédé à la déchéance de la propriété sur le navire, ainsi que sur tout ce qu'il contient. L'État pourra alors prendre toutes les mesures nécessaires pour enlever l'épave, aux frais du propriétaire déchu[42]. Sans doute faut-il voir ici une illustration topique de la théorie de l'abus de droit appliquée en mer ; le propriétaire étant privé de son *abusus* en raison d'exigences supérieures à son seul intérêt particulier, telles la liberté d'accès au port ou la liberté de circulation en mer.

Cette procédure n'est pourtant pas toujours suffisante ; loin s'en faut. À titre d'exemple, à la suite du passage de l'ouragan Irma sur l'île de Saint-Martin le 6 septembre 2017, mille bateaux environ ont été sinistrés dans les différents ports de l'île, principalement dans la baie de Marigot pour la partie française[43]. Cinq

---

gouvernements d'honorer les demandes des États souverains en respectant ces navires et aéronefs coulés ou en autorisant leurs visites ».

[40] Art. L. 5142-2 C. Transp. La mise en demeure présente des difficultés différentes selon la nationalité du propriétaire ou du navire. En effet, s'il est étranger, elle passe par le consulat de l'État dont le propriétaire est ressortissant. S'il est étranger et de nationalité différente du pays d'immatriculation du navire, la mise en demeure est adressée au consulat de l'État d'immatriculation du navire. Enfin, si le propriétaire est inconnu, il peut être procédé par voie de presse ou d'affichage.

[41] Art. L. 5242-17 C. Transp. (Y compris en ce qui concerne le contentieux du droit à indemnité).

[42] V. Cass. 1e civ., 20 septembre 2017 (nº 16-19.058) : la Cour rappelle que le Conseil d'État est compétent s'agissant du remboursement des frais d'enlèvement à l'État. - Rappr. CE, 15 avril 2011 (*navire Xing Ding Dao*) : *DMF* 2011, nº 726, 552, obs. Bonassies, P. - CAA Nantes, 28 octobre 2011 : *DMF* 2012, nº 732, 14, obs. Bonassies, P. Comp. l'affaire particulière du « Célacante », navire de pêche envoyé sur zone par le CROSS pour le sauvetage d'un voilier en détresse, tous deux victimes de naufrages ; l'État étant tenu de rembourser les sommes engagées à la suite de la mission de sauvetage : CAA Nantes, 20 juillet 2018 (nº 17NT01562).

[43] Voir l'article intitulé « Saint-Martin, plus de 1 000 bateaux de plaisance sinistrés », Le Marin, 19/10/2017, *www.lemarin.fr*.

cents ont été répertoriés comme épaves par les autorités et leurs propriétaires ont été invités, dès décembre 2017, à procéder au retirement dans les meilleurs délais. Une telle opération est devenue rapidement matériellement impossible au regard de difficultés ponctuelles quasi insurmontables... La question de la gestion des déchets et du transfert pour démantèlement et recyclage reste aussi en suspens. Il est difficile, en ces conditions, pour la collectivité territoriale de Saint-Martin, de mettre en œuvre les moyens de contraintes prévus.

Concevoir le retirement de l'épave dans le seul rapport qui unit le propriétaire à sa chose paraît bien insuffisant pour protéger l'environnement, les populations locales et restaurer la libre circulation en mer à Saint-Martin. À l'avenir, pour faire face à des catastrophes d'une telle ampleur et accélérer le processus de déblaiement et de nettoiement, peut-être serait-il utile de mettre en place un plan de prévention des risques d'échouage des bateaux dans les ports ou rades, comme en matière d'incendie ou d'inondation. Non seulement ce cadre permettrait de recenser les propriétaires de navires au mouillage, mais il serait accompagné d'un plan d'action avec des moyens d'intervention publics d'envergure, prédéfinis et immédiatement mobilisables, pour gérer l'enlèvement jusqu'au démantèlement. Rien n'empêcherait d'intégrer *ab initio*, dans ce plan, les conditions de répartition de la charge financière entre les collectivités territoriales impliquées, le propriétaire de l'épave et son assureur.

La notion de danger, que l'État est censé évaluer avant d'obliger le propriétaire au retirement, demeure au cœur des dispositifs sur l'enlèvement d'épaves. L'illustration en est faite par les quatorze critères pour décrire le danger[44], énoncés par la convention de Nairobi de 2007[45]. Ceux-ci permettent d'englober toute sorte de menaces potentielles pesant sur l'environnement ou l'économie locale, dans une conception élargie de l'obligation de retirement. C'est une manière de répondre aux exigences des États d'imposer quasi systématiquement l'enlèvement de l'épave, ainsi que la restauration de la zone touchée, au-delà de l'exigence d'un danger imminent. Faut-il y voir un souhait de recouvrer plus de souveraineté éta-

[44] Art. 6 de la convention de Nairobi préc. : « Pour établir si une épave présente un danger, l'État affecté tient compte des critères ci-après : *a)* Type, dimensions et construction de l'épave ; *b)* Profondeur d'eau dans la zone ; *c)* Amplitude de la marée et courants dans la zone ; *d)* Zones maritimes particulièrement vulnérables identifiées et, le cas échéant, désignées conformément aux directives adoptées par l'Organisation, ou zone clairement définie de la zone économique exclusive où des mesures spéciales obligatoires ont été adoptées en application du paragraphe 6 de l'article 211 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 ; *e)* Proximité de routes maritimes ou de voies de circulation établies ; *f)* Densité et fréquence du trafic ; *g)* Type de trafic ; *h)* Nature et quantité de la cargaison de l'épave, quantité et types d'hydrocarbures (par exemple, hydrocarbures de soute et huiles de graissage) à bord de l'épave et, en particulier, dommages que pourrait entraîner la libération de la cargaison ou des hydrocarbures dans le milieu marin ; *i)* Vulnérabilité des installations portuaires ; *j)* Conditions météorologiques et hydrographiques du moment ; *k)* Topographie sous-marine de la zone ; *l)* Hauteur de l'épave au-dessus ou au-dessous de la surface de l'eau à la plus basse marée astronomique ; *m)* Profils acoustiques et magnétiques de l'épave ; *n)* Proximité d'installations au large, de pipelines, de câbles de télécommunications et d'ouvrages analogues , et *o)* Toute autre circonstance pouvant nécessiter l'enlèvement de l'épave ».

[45] L'État signataire peut aussi choisir de s'en remettre aux dispositions de la Convention pour sa zone territoriale.

tique sur les mers et de maîtriser les zones littorales face au développement des risques engendrés par de nouvelles activités en mer ?[46].

La convention de Nairobi impose ainsi une procédure prédéfinie à l'État affecté pour enjoindre le propriétaire de l'épave dangereuse de la retirer[47]. L'État affecté reste seul maître de l'évaluation du danger, de l'appréciation de la nécessité de retirer l'épave, des délais de l'opération, des méthodes envisagées pour y procéder, comme du résultat souhaité. Il décide des mesures nécessaires « pour s'assurer que l'opération se déroule d'une manière qui respecte [...] la sécurité et la protection du milieu marin »[48], tout en s'assurant de la proportionnalité entre les mesures prises et les dommages subis. Peu importe donc les droits premiers du propriétaire sur son épave !

Dans l'hypothèse d'un danger imminent ou d'un propriétaire récalcitrant, les pouvoirs de l'État impacté s'avèrent même renforcés. L'État concerné pourra procéder au retirement par les moyens les plus pratiques et les plus rapides disponibles[49], aux frais du propriétaire. La décision de retirement devient un acte juridique unilatéral indépendant de sa volonté[50]. Le sort de l'épave et la décision de son retirement finissent ainsi par échapper totalement aux prérogatives de son propriétaire[51].

En d'autres termes, la convention de Nairobi pose le devoir de retirer et le principe de responsabilité financière à la charge du propriétaire de l'épave, qui peut être recherché pour tous les frais occasionnés par l'opération d'enlèvement. Il est même contraint de contracter une assurance de nature à garantir aux États le recouvrement des frais éventuels.

Ceci étant, dans le cadre de l'Union européenne, l'ambition pourrait être de renforcer, les obligations du propriétaire de navires pour canaliser les pratiques de certains acteurs économiques manquant de discernement quant à l'état de leur navire, au choix de la route maritime suivie ou aux circonstances en mer. Le manquement à une obligation communautaire de participer à un plan de prévention, de contribuer à un plan d'action ou même de vigilance, pourrait ainsi automatiquement générer la faute du propriétaire en cas de dommages causés par des biens échoués ou récupérés en mer.

D'ailleurs, les frais faisant suite au trouble provoqué par l'épave dépassent largement ceux liés au seul retirement[52], mais la convention de Nairobi n'en dit rien.

---

[46] La convention de Nairobi peut aussi concerner la zone maritime territoriale des États signataires, s'ils en décident ainsi.

[47] Art. 9, § 1 et 2 de la convention de Nairobi préc. : l'État d'immatriculation du navire, le propriétaire du navire et les éventuels autres États concernés, doivent être immédiatement informés.

[48] Art. 9, § 4 de la convention de Nairobi préc.

[49] Art. 9, § 7 et 8 de la convention de Nairobi préc.

[50] Sous réserve de la discussion des moyens techniques utilisés pour le retirement et payés par le propriétaire de l'épave.

[51] Vialard, A., *Déclin du droit de propriété privée dans le nouveau régime juridique des épaves*, *DMF* 1983, 505 et s.

[52] Cons. la directive 2009/20/CE du 23 avril 2009 relative à l'assurance des propriétaires de navires pour les créances maritimes.

2.2. La responsabilité du propriétaire pour les troubles laissés par l'épave retirée

La responsabilité du propriétaire de l'épave relève essentiellement du droit commun de la responsabilité civile pour les dommages causés aux choses ou aux personnes puisque l'épave a perdu sa qualité de navire[53].

Si le dommage provient de l'inexécution d'une obligation à la charge du propriétaire, par exemple la perte de marchandises à bord, il met en jeu sa responsabilité contractuelle en vertu des Arts. 1231 et suivants du Code civil. Dans la situation courante où des rapports présentant un élément d'extranéité mettent en jeu les règles européennes en matière contractuelle, si les parties n'ont pas pris la précaution de choisir la loi applicable[54], le règlement européen de « Rome I » propose une multitude de critères de rattachement potentiellement applicables[55]. Port de destination, port d'origine, nationalité du capitaine ou de l'armateur, pays d'immatriculation du navire ou devises utilisées pour les marchandises : autant de critères possibles... La solution pratique risque bien finalement de se perdre dans l'opportunité de la cause[56].

Par symétrie, en cas de mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle du propriétaire de l'épave, celle-ci sera classiquement fondée en droit interne sur le fait personnel[57], le fait des choses en tant que gardien[58] ou la réparation du pré-

---

[53] En raison de l'obligation pesant sur les autorités administratives de retirer une épave dangereuse ou gênant la navigation, le tiers victime d'un rebut des mers resté sur site peut engager, en droit interne, la responsabilité de la puissance publique, en établissant la faute de l'administration : solution classique depuis CE, 22 mars 1907 (*Fournier*) : DP 1908, 3, 101. - CE, 23 octobre 1987 (Sté Nachfolger) : *DMF* 1988, 516, note P. Cadenat.

[54] Art. 3 du règlement européen nº 593/2008 du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* : *JOUE* du 4 juillet 2008 nº L. 177/6.

[55] S'il s'agit d'un contrat de transport de marchandises, la loi retenue sera celle du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle, pourvu que le lieu de chargement, ou le lieu de livraison, ou encore la résidence habituelle de l'expéditeur, se situe aussi dans ce pays : art. 5, § 1 du règlement européen nº 593/2008 du 17 juin 2008 préc. ; quant au § 2 du même art., il s'applique au contrat de transport de passagers. En ce cas, « à défaut de choix exercé conformément au deuxième alinéa du présent paragraphe, la loi applicable au contrat de transport de passagers est la loi du pays dans lequel le passager a sa résidence habituelle, pourvu que le lieu de départ ou le lieu d›arrivée se situe dans ce pays. Si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle s›applique. Les parties ne peuvent choisir comme loi applicable au contrat de transport de passagers, conformément à l›article 3, que la loi du pays dans lequel : *a)* le passager a sa résidence habituelle, ou *b)* le transporteur a sa résidence habituelle, ou *c)* le transporteur a son lieu d'administration centrale, ou *d)* le lieu de départ est situé, ou *e)* le lieu de destination est situé ».

[56] Si ces conditions ne sont pas satisfaites, c'est la loi du pays dans lequel se situe le lieu de livraison convenu par les parties qui sera désignée. Enfin, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé, c'est la loi de cet autre pays qui s'applique : v. le § 3 de l'Art. 5 du règlement européen nº 593/2008 du 17 juin 2008 préc.

[57] Au titre de l'art. 1240 C. civ.

[58] Selon l'art. 1242 C. civ. - Ex art. 1384 al. 1er du Code civil dans l'arrêt Cass. 2e civ., 2 juin 1966 : *DMF* 1966, 701. - Cass. 2e civ ., 5 janvier 1994 : Bull. civ. II, nº 13. - Pour la responsabilité de l'armateur dans le cas d'un conteneur mal arrimé, tombé à la mer : Cass. com., 16 décembre 2008 : *Rev. Dr. Transport,* 2009, comm. 55 ; *DMF* 2009, 221, obs. Bonassies P., CA Rennes, 14 décembre 2017 (nº 14-09134) : l'affréteur à temps, en qualité de gardien de la marchandise embarquée à bord, doit répondre des dommages occasionnés par les conteneurs tombés à la mer et les frais engagés par l'État pour les récupérer.

judice écologique[59]. Dans le cadre européen, la loi applicable est, par principe, celle du lieu de survenance du dommage[60], mais le règlement de « Rome II » ne permet de résoudre que difficilement le conflit de lois lorsque l'épave est située en dehors des eaux territoriales de pays membres. Dans la zone économique exclusive, la souveraineté des États n'y étant pas complète, il sera sans doute renvoyé, comme en haute mer, à la loi du for[61].

La convention de Nairobi de 2007 n'apporte sur cette question aucun éclairage. Mis à part considérer le propriétaire de l'épave comme débiteur naturel des frais de localisation, signalisation et d'enlèvement[62], elle ne fait que renvoyer aux régimes, international ou national, applicables pour tout ce qui relève de sa responsabilité.

Mieux encore, dans son Art. 4[63], il est bien précisé qu'elle ne s'applique pas aux cas d'avaries ou d'accidents en mer survenus à tout navire *ou engin* ayant à son bord des substances nocives, dangereuses ou des hydrocarbures[64]. Partant de là, la question de la pollution provoquée par les soutes de l'épave demeure en suspens et, du même coup, celle de sa compatibilité avec la convention du 23 mars 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus aux hydrocarbures de soute[65].

En somme, une dichotomie apparaît en filigrane quant à la gestion des épaves. Pour leur enlèvement, priorité doit être accordée à la convention de Nairobi, mais les opérations de secours sur des navires en difficultés, transportant des hydrocarbures ou des substances dangereuses, devront être menées conformément au Code de l'environnement[66].

---

[59] Art. 1246 C. Civil : « Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer. »

[60] Art. 1er du règlement européen de Rome II (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles : *JOUE* du 31 juillet 2007, nº L. 199, 40 : « La loi applicable à une obligation non contractuelle résultat d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient ».

[61] La solution apportée par le règlement de Rome, en matière de dommages à l'environnement, est finalement peu convaincante. La loi désignée est celle du lieu du dommage ou celle du pays dans lequel le fait générateur s'est produit. Voir l'art. 7 du règlement européen de Rome II (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 préc. : « La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens est celle qui résulte de l'application de l'Art. 4, § 1, à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit ». Ces deux seuls critères de rattachement risquent d'être inopérants pour les différents États impliqués lorsque l'épave est retrouvée sur des territoires géographiquement éloignés. Pour un exemple pratique, les débris du Boeing 777 (vol MH370) reliant Kuala Lumpur à Pékin, disparu dans l'océan Indien le 8 avril 2014, ont été retrouvés sur des plages de l'île de La Réunion en août 2015.

[62] Art. 10 de la convention de Nairobi préc.

[63] Il est prévu des causes exonératoires à l'Art. 11 de la convention de Nairobi préc. si le propriétaire démontre que ces frais sont incompatibles avec d'autres conventions internationales, telles celles de 1960 et 1963 sur les dommages nucléaires, celle de 1969 sur la pollution en mer, celle de 1996 sur le transporteur de marchandises dangereuses et celle de 2001 sur la pollution par les hydrocarbures de soute.

[64] Mesures prises en vertu de la Convention de Bruxelles de 1969, mise en œuvre en droit interne à l'art. L. 218-72 C. Environnement.

[65] Sur la définition, v. l'art. 1, § 5 de la Convention « Bunker » du 23 mars 2001, entrée en vigueur le 21 novembre 2008, sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute. - *Adde* Convention du 27 novembre 1992, sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Voir spéc. Douay, C., « Les sanctions en matière de pollution dans la zone économique exclusive », *DMF,* 1984, 3 et s.

[66] Art. L. 218-1 et s. C. envir.

À l'observation, il est peu de dire que l'enchevêtrement des règles relatives à l'intervention de sauvetage en mer, aux opérations de retirement, à la responsabilité et à l'indemnisation en cas de pollution risque de nuire à l'efficacité recherchée et à la rapidité d'intervention. Pour répondre à des pratiques à forte probabilité de risques, lorsque des enjeux de sauvegarde de la vie humaine, de sécurité en mer ou de protection de l'environnement existent, quatre préconisations seront formulées en guise de conclusion.

Tout d'abord, dans des cas spéciaux de risques accrus, du fait de circonstances de mer ou de facteurs particuliers liés à l'état des navires, les États côtiers traversés devraient être informés à l'avance de la route prévue, particulièrement pour les navires en fin de cycle[67]. Cette exigence d'une information complète des pays de transit[68] pourrait même être utilement étendue à la zone économique exclusive des États.

Ensuite, toujours dans des cas de risques accrus, un plan de vigilance[69] pourrait être rendu obligatoire, avant tout voyage, et communiqué aux pays de transit, de manière à identifier les risques envers la sécurité ou l'environnement. Cette obligation de vigilance pourrait ainsi être instaurée dans le cadre d'une réglementation européenne, afin d'imposer aux propriétaires et armateurs une norme de comportement dont la méconnaissance suffirait à établir leur faute. Tout manquement à leur obligation d'agir engendrerait ainsi automatiquement une faute d'abstention.

Il serait également nécessaire de faire converger dans le cadre européen les différentes conventions internationales traitant des accidents en mer[70]. Tout particulièrement, le naufrage d'un navire devrait permettre d'anticiper sur sa qualification de déchet potentiellement dangereux, puisqu'il porte très souvent, en lui, indépendamment des marchandises transportées, des substances polluantes pour l'environnement marin[71]. Cette double qualification, d'épave et de déchet,

---

[67] En ce sens, les recommandations issues du rapport nº 010951-01, *IGAM,* nº 2017-107, juillet 2017, établi par Berthet, J. M.; Kbaier, R., et Veille, J. L. , spéc. 17.

[68] Sur la notion d'État de transit, voir le règlement nº 660/2014 du 15 mai 2014, modifiant le règlement nº 1013/2006 du 14 juin 2006, relatif au transfert de déchets transfrontaliers, qui intégrait la convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination, entrée en vigueur dans l'Union européenne le 7 février 1994.

[69] Sur cette idée « venue d'ailleurs », voir la loi nº 2017-399 du 27 mars 2017, *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF,* nº 0074 du 28 mars 2017 : « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'Art. L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ».

[70] La résolution A. 765 relative aux directives sur la sécurité des navires et autres objets flottants remorqués, y compris les installations, ouvrages et plates-formes en mer, adoptée à Londres le 4 novembre 1993, devrait être contraignante dans le cadre européen. Publiée par le décret nº 2014-330 du 13 mars 2014.

[71] Décret nº 96-718 du 7 août 1996 portant publication du protocole de 1992, modifiant la convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (ensemble une annexe), faite à Londres le 27 novembre 1992 et signée par la France le 8 février 1993. - *Adde* la directive 2005/35, modifiée par la directive 2009/123, relative à la pollution causée par les navires et à l'intro-

induit inévitablement un cumul de dispositions juridiques applicables en cas d'accident[72]. Partant de là, l'Union européenne devrait mener, à titre interprétatif, une analyse de la compatibilité des différents textes entre eux[73], de manière à arriver à une articulation claire permettant de déterminer leur caractère complémentaire ou exclusif. Peut-être cette étude mettrait alors en lumière la nécessité d'un règlement unique sur la gestion des épaves, fussent-elles qualifiées de dangereuses, avec des déchets polluants en soute, pour répondre au mieux aux errements juridiques actuels.

Pour terminer sur un aspect pratique, visant l'accessibilité au droit, plus de transparence permettrait sans doute aux premiers intéressés, les propriétaires de bateaux, de mieux connaître leurs obligations. Faire en sorte qu'ils aient facilement accès à l'état actualisé des ratifications des conventions internationales applicables en matière d'accidents de mer et pollutions marines, éviteraient qu'ils ne les découvrent par hasard... tel un trésor au fond des mers.

---

duction de sanctions en cas d'infraction. Sur cet avis, le rapport nº 010951-01, *IGAM,* nº 2017-107, juillet 2017, établi par Berthet, J. M.; Kbaier, R. et Veille, J. L., spéc. 37 et s. préc.

[72] Voir la directive 2002/59/CE, sur la sécurité et l'efficacité du trafic maritime, prévoit que les États doivent avoir accès à toutes les informations importantes relatives aux mouvements et à la situation des navires, en particulier de ceux transportant des matières dangereuses ou polluantes. Elle instaure notamment une obligation pour les États de faire circuler certaines informations sur les navires victimes d'incidents ou d'accidents en mer et sur les navires susceptibles de compromettre la sécurité de la navigation ou de constituer un risque pour l'environnement. Cette directive ne contient aucune disposition spécifique sur les mesures que les États peuvent prendre pour intervenir sur les épaves et renvoie au droit international. Son champ d'application s'articule *a priori* avec celui de la convention de Nairobi, sans chevauchement.

[73] En ce sens, le rapport nº 010951-01, *IGAM,* nº 2017-107, juillet 2017, établi par Berthet, J.-M.; Kbaier, R., et Veille, J. L., spéc. 37 et s. préc.

CHAPTER 27

MARITIME ARCHAEOLOGY AND MARINE CONSERVATION: THE NEED FOR SYNERGY IN AN UNCERTAIN FUTURE

Samantha D. Farquhar
College of the Environment
School of Marine and Environmental Affairs
University of Washington
Seattle, Washington USA

Maria J. Santos
Institute of Archaeology and Paleosciences
Faculty of Social Sciences and Humanities
New University of Lisbon
Lisbon, Portugal

RÉSUMÉ: *Les défenseurs de la conservation de la mer s'inquiètent de la préservation et la compréhension même des ressources vivantes présentes dans nos mers, tandis que les archéologues marins s'inquiètent de la préservation et de la compréhension des éléments non-vivants. Malgré des motivations différentes, la conservation marine et l'archéologie marine luttent contre les mêmes menaces anthropiques, notamment le changement climatique, les activités de pêche et le développement offshore. Ces dernières années, la préservation des ressources marines et culturelles a été de plus en plus reconnue dans les engagements internationaux tels que les objectifs d'Aichi pour la biodiversité de 2010 et le programme de développement à l'horizon 2030 via la création de 17 objectifs de développement durable (ODD). Ces objectifs et cibles couvrent à la fois des problèmes sociaux et biologiques urgents, mais respecter ces engagements est devenu un défi. En ce qui concerne la conservation biologique, l'objectif 11 d'Aichi et l'objectif de dé-*

veloppement durable 14.5 préconisent la conservation de 10% de l'environnement marin et côtier d'ici 2020. Les parties ont également adopté l'ODD 11.4 qui vise à renforcer les efforts de protection du patrimoine mondial, culturel et naturel. Bien que les objectifs fondés sur des nombres, tels qu'Aichi 11 et SDG 14.5, soient plus populaires car ils sont plus faciles à suivre, les objectifs qualitatifs, tels que SDG 11.4, sont plus difficiles à mesurer. Nous soulignons comment la synergie peut être favorisée entre la conservation des ressources biologiques et culturelles tout en contribuant au respect des engagements internationaux des objectifs d'Aichi 11, ODD 14.5 et ODD 11.4 par le biais «d'autres mesures de conservation efficaces par zone» ou OECM. Les OECM constituent une innovation récente dans le domaine de la politique de conservation marine. Ils décrivent une zone dont la conservation biologique n'est pas le but principal, mais qui est propice à la biodiversité. Bien que la désignation OECM permette de reconnaître internationalement une zone protégée et d'être comptabilisée dans les objectifs de conservation globaux, elle est également susceptible de renforcer la reconnaissance d'un plus grand nombre de parties prenantes qui contribuent à la conservation biologique in situ et d'accroître la représentation et la connectivité écologiques qui manquent au sein des aires marines protégées (AMP) existantes. En prenant comme exemple les parcs archéologiques sous-marins du Portugal, nous montrons que les sites archéologiques maritimes ont le potentiel d'être désignés OECM et que les Parties devraient les prendre en compte au fur et à mesure que les OECM seront intégrés aux pratiques de conservation.

***Mots-clés**: archéologie maritime; conservation marine; synergie; d'autres mesures de conservation efficaces par zone.*

***ABSTRACT:** Marine conservationists are concerned with preserving and understanding living resources found within our seas whereas marine archaeologists are concerned with preserving and understanding the non-living. Despite having different motivations, marine conservation and marine archaeology are fighting against the same anthropological threats, including climate change, fishing activities, and offshore development. In recent years, the safeguarding of marine and cultural resources has been increasingly recognized through international commitments such as the 2010 Aichi Biodiversity Targets and the 2030 Development Agenda via the creation of 17 Sustainable Development Goals (SDGs). These goals and targets cover both pressing social and biological issues, but meeting these commitments has since been a challenge. In regards to biological conservation, both Aichi Target 11 and SDG 14.5 call for the conservation of 10% of the marine and coastal environment by 2020. Parties also agreed to SDG 11.4, which aims to strengthen efforts to protect the world's cultural and natural heritage. While number-based goals, such as Aichi 11 and SDG 14.5, have been more popular given they are easier to track, qualitative goals, such as SDG 11.4, have been harder to measure. We highlight how synergy can be promoted between the conservation of both biological and cultural resources while contributing towards international commitments Aichi Target 11, SDG 14.5, and SDG 11.4 through «other effective area-based conservation measures» or OECMs. OECMs are a recent innovation in the marine conservation policy realm. They describe an area whose primary purpose is not biological conservation, but by consequence, biodiversity is benefiting. While OECM designation would allow an area to be internationally*

recognized as protected and counted towards the global conservation goals, more importantly, the OECM designation has the potential to increase the recognition of more stakeholders that contribute toward in-situ biological conservation and increase ecological representation and connectivity that is lacking among existing marine protected areas (MPAs). Using Underwater Archaeological Parks (UAPs) of Portugal as an example, we show that maritime archaeological sites have the potential to be designated as OECMs and Parties should consider them as OECMs become mainstreamed in conservation practices.

Keywords: *maritime archeology; marine conservation; synergy; other effective area-based conservation measures.*

1. INTRODUCTION

Maritime archaeology, as defined by Domingues (2012), is «all forms of relationships between the archaeological work and the maritime environment». Meanwhile, marine conservation is defined as «the science of protecting, recovering, and sustainably using the living sea» (Norse and Crowder, 2005). Marine conservationists are concerned with preserving and understanding living resources found within our seas whereas maritime archaeologists are concerned with preserving and understanding the non-living or cultural resources. While a marine conservationist might see an old shipwreck as an invasive, ancient form of marine debris, a maritime archaeologist sees it as an opportunity to learn how humanity interacted with the sea long ago. However, despite the different motivations, these disciplines are endangered by the same anthropological threats. Both are affected by activities such as seabed mining, offshore oil drilling, fishing, cable and pipe laying, offshore dumping, and other marine developments (Halpern *et al.,* 2007; Evans *et al.,* 2009; Flatman, 2009; Brennan *et al.,* 2013; Krumholz and Brennan, 2015). Furthermore, both marine conservation and maritime archaeology are increasingly affected by climate change related events such as severe weather events, ocean acidification, sea-level rise, and even invasive species (Halpern *et al.,* 2007; Murphy *et al.,* 2009; Westley *et al.,* 2011; Erlandson, 2012; Appelqvist *et al.,* 2015).

Recent international commitments have aimed to mitigate such threats and aid biological and cultural conservation efforts. This includes the 2010 Aichi Biodiversity Targets and the 2030 Sustainable Development Goals. We highlight these commitments and show how they can be streamlined using a recent innovation in conservation policy: other effective area-based conservation measures.

2. EXISTING FRAMEWORKS

Maritime archaeology and marine conservation grew internationally in the late twentieth century and became respected fields of study (Norse and Crowder, 2005; Bass, 2012). During this time, international treaties began recognizing their

importance and the need to conserve cultural and biological resources. For example, in the 1982 UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS III), Article 149 states that «all objects of an archaeological or historical nature found in the Area shall be preserved or disposed of for the benefit of mankind as a whole». Similarly, Article 192 states that «all states are obliged to ensure the protection and preservation of the marine environment in each territorial zone of the sea». However, UNCLOS III articles lacked specificity and problems persisted in both disciplines. Ultimately, Parties did not know what «preserving and protecting» the marine environment meant or how cultural resources were supposed to be managed to «benefit mankind». Later, other international agreements further defined what cultural and biological conservation was. The 1992 Convention on Biological Diversity (CBD) established the first international guidance for the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components, and the fair and equitable sharing of benefits arising from genetic resources. It also established biennial Meetings of the Conference of the Parties (COP). Similarly, the Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage (CPUCH) was signed in 2001 and came into effect in 2009. The CPUCH laid out 36 Rules concerning activities directed at underwater cultural heritage. Ultimately, CPUCH helped resolve issues in regard to law of salvage and finds; the exclusion of a «first come, first served» approach for the heritage found on the continental shelf; and the strengthening of regional cooperation that was lacking from UNCLOS III (Scovazzi, 2010). It also ensures that underwater archaeological sites consider the marine environment. For example, Rule 29 of the CPUCH UNESCO Manual states, «an environmental policy shall be prepared that is adequate to ensure that the seabed and marine life are not unduly disturbed» (Maarleveld *et al.,* 2016).

Ultimately, it was these treaties and agreements, among others, that set the stage for the development of international commitments that emerged in the first half of the twenty-first century.

3. EMERGING INTERNATIONAL TARGETS AND GOALS

The first «global goals» were established during the United Nations (UN) Millennium Summit in 2000. This included eight goals that later become known as the Millennium Development Goals (MDGs). Of the eight, only one goal focused on biological conservation, which was Target 7.B: «Reduce biodiversity loss, achieving, by 2010, a significant reduction in the rate of loss». However, concern grew as studies showed that biodiversity was in decline on a global scale and was essential for human well-being [Millennium Ecosystem Assessment (MEA) 2005]. In response to this trend, the Conference of the Parties to the CBD echoed Target 7.B of the MDGs by creating the «2010 Biodiversity Target». This aimed to, «achieve by 2010 a significant reduction of the current rate of biodiversity loss at the global, regional and national level as a contribution to poverty alleviation and to the benefit of all life on Earth».

The CBD later made global objectives for biodiversity conservation more defined in 2010 during the tenth meeting of the Conference of the Parties in Nagoya, Japan. It was here that the Convention on Biological Diversity Parties revised and updated the Strategic Plan for Biodiversity to include 20 biodiversity targets, collectively referred to as the Aichi Targets (decision x/2) (CBD 2010). One of the most specific goals created was Aichi Target 11 which stated:

> «By 2020, at least 17 percent of terrestrial and inland water, and 10 percent of coastal and marine areas, especially areas of particular importance for biodiversity and ecosystem services, are conserved through effectively and equitably managed, ecologically representative and well connected systems of protected areas and other effective area-based conservation measures, and integrated into the wider landscapes and seascapes».

This was the first time a defined number was agreed upon for biodiversity by the global community. As parties strived to reach this biodiversity goal, protected areas —both marine and terrestrial— became the tool of choice for doing so. In the marine realm, marine protected area (MPAs) coverage rose from 2.5% in 2010 to 6.4% in 2017 (UNEP-WCMC and IUCN, 2018).

However, by comparison, no global goals had been established for cultural conservation in the same manner at the time. There was a need to establish clear objectives, not only for biodiversity but also for other essential fields that are essential for the future of our planet and people.

On 25 September 2015, the 193 countries of the UN General Assembly adopted the 2030 Development Agenda titled «Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development». The 2030 Agenda outlines 17 Sustainable Development Goals (SDGs) which range from eradicating hunger to mitigating climate change to reducing inequalities. In regard to cultural conservation, SDG 11.4 aims to strengthen efforts to protect and safeguard the world's cultural and natural heritage. Meanwhile, SDG 14.5 reiterated Aichi Target 11 as it called for the, «(conservation) of at least 10% of coastal and marine areas, consistent with national and international law and based on best available scientific information». While number-based goals, such as Aichi 11 and SDG 14.5, have been more popular given they are easier to track, qualitative goals, such as SDG 11.4, have been harder to measure. However, there is emerging research that focuses on reaching these commitments, their interdependence, and their co-benefits (Singh *et al.,* 2018; Bowen, 2017). Biodiversity mainstreaming has especially been recognized to support other developmental objectives (Redford *et al.,* 2015).

Thus, we show a novel way to promote synergy between the conservation of biological resources and the conservation of cultural resources and how they can be streamlined to contribute to international commitments Aichi Target 11, SDG 14.5, and SDG 11.4.

4. PROMOTING SYNERGY THROUGH OECMS

One innovative suggestion to promote synergy between maritime archaeology and marine conservation is through the petitioning of maritime archaeological sites or underwater cultural heritage as protected areas (PAs) and recorded to the World Database on Protected Areas —the official tracker of progress towards biological conservation goals. It should be noted that there are many maritime archaeological sites that are already considered a PA and present in the WDPA, but only if that archaeological or cultural area is part of an existing MPA. The majority, however, are excluded due to the strict rules about what a protected area is. Presently, the WDPA only accepts protected areas that meet the International Union for Conservation of Nature (IUCN) definition of a protected area:

> «A clearly defined geographical space, recognised, dedicated and managed, through legal or other effective means, to achieve the long-term conservation of nature with associated ecosystem services and cultural values» (Dudley, 2008).

Because this definition implies that the primary objective of the area must be biological conservation, other areas, like archaeological sites where the primary objective is cultural conservation, could not be counted. However, recent developments within marine conservation are changing this. Within the last decade, a new term has arisen: other effective area-based conservation measures or OECMs. OECMs describe an area whose primary objective is not in-situ conservation of biodiversity, but biodiversity is a strong co-benefit.

OECMs were originally described in 2010, at the tenth meeting of the Conference of the Parties in Nagoya, Japan in Aichi Target 11:

> «By 2020, at least 17 percent of terrestrial and inland water, and 10 percent of coastal and marine areas, especially areas of particular importance for biodiversity and ecosystem services, are conserved through effectively and equitably managed, ecologically representative and well connected systems of protected areas and *other effective area-based conservation measures,* and integrated into the wider landscapes and seascapes» (emphasis added).

However, there were no official guidelines to assess what OECMs were and what they were not (Bertzky *et al.,* 2012). Conceptually, OECMs were seen as valuable as they had the potential to illuminate and recognize more stakeholders that contribute toward in-situ conservation and contribute to better ecological representation and connectivity that was lacking with MPAs (Laffoley *et al.,* 2017). Yet, there were no established rules or guidance for designating OECMs thus, all focus turned towards MPA designation.

However, with 2020 nearing and only 7.45% of the biological conservation target reached, OECMs have been discussed at length in international arenas. At the 22nd Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice (SBSTTA) Meeting of the CBD (July 7, 2018), an official definition was drafted for OECMs:

> «Other effective area-based conservation measure» means «a geographically defined area other than a Protected Area, which is governed and managed in ways that achieve positive and sustained long-term outcomes for the in-situ conservation of biodiversity, with associated ecosystem functions and services and, where applicable, cultural, spiritual, socioeconomic, and other locally relevant values» (CBD, 2018).

In addition to this definition, a number of recommendations and criterion for OECMs were drafted. This included the recommendation for the WDPA to expand their database to include OECMs and encouraged parties and other governments to collect and submit this information (CBD/SBSTTA/REC/22/5). This definition, criterion, and recommendations were recently officially adopted by the CBD during the 14th Conference of Parties in November 2018 (CBD/COP/14/L.19).

Now there is a need to start using this new OECM framework. We show its applicability and implications to maritime archaeological sites. Some maritime archaeological sites have strong co-benefits of biodiversity due to an «artificial reef effect». An artificial reef can be described as a man-made structure which has been submerged in the natural environment usually with the purpose to promote marine life. Artificial reefs work by providing substrate for colonization for microorganisms or larvae, or by providing structure for fish habitat (Seaman and Sprague, 1991). They have shown to have greater densities and biomass, and provide higher catch rates, compared to surrounding soft bottom areas, and in several cases in relation to adjacent natural reefs (Ambrose and Anderson, 1990; Arena *et al.,* 2007). An increasingly number of studies show that maritime sites—notably shipwrecks—have high biodiversity (Mallefet *et al.,* 2008; Smith, 2010; Kumar *et al.,* 2015).

As a case example, we highlight the work of Garcia and Barreiros (2018) who studied the biodiversity of Underwater Archaeological Parks (UAP) in the Azores islands in Portugal. The Azores are a remote oceanic archipelago composed of nine islands which belongs to the Macaronesia biogeographical region and known for its rich biodiversity (Borges *et al.,* 2010). In 2005, the Regional Government of the Azores classified the Bay of Angra of Terceira Island as an UAP. The motivation of the designation was to protect the cultural sites in the bay from threats, such as construction, dredging, or fishing. The bay was an important port during the 16th-17th centuries, but due to its south-facing position, it caused many ships to sink while anchored. By consequence, the bay has at least 70 documented shipwrecks and more than 15 archeological sites. Now the UAP acts as a tourist attraction for divers and important historical site.

Garcia and Barreiros (2018) showed that there was significantly high biodiversity at Angra UAP compared to outside the UAP. Thus, Angra UAP proves to be an ideal model of both cultural and biological conservation as it meets the OECM definition and criterion. While, the total area of the Angra UAP is small, approximately 0.60 km^2, there are four other UAPs in Portugal. These, combined with the Angra UAP, could increase the number to 3.2 km^2. This number is small, but

given that the goal for global conserved area will continue to increase (many argue for 30% by 2030), OECMs will likely be a key player in reaching this goal while ensuring ecological representation, connectivity, and creating an accurate baseline of globally conserved areas (Laffoley *et al.,* 2017). Thus, maritime archeological-based OECMs have the potential to promote both the conservation of living and non-living cultural resources and contribute to international targets and goals. Parties should pay special attention to them as OECMs become mainstreamed in conservation practices.

5. REFERENCES

Appelqvist, C.; Havenhand, J. N., and Toth, G. B. (2015), «Distribution and Abundance of Teredinid Recruits along the Swedish Coast - Are Shipworms Invading the Baltic Sea?», *Journal of the Marine Biological Association of the United Kingdom*, 95(4), 783790, *https://doi.org/10.1017/S0025315414001830.*

Arena, P. T.; Jordan, L. K. B., and Spieler, R. E. (2007), «Fish Assemblages on Sunken Vessels and Natural Reefs in Southeast Florida, USA», *Hydrobiologia* 580 (1), 157171), *https://doi.org/10.1007/s10750-006-0456-x.*

Bass, G. F. (2012), «The Development of Maritime Archaeology», in Ford, B.; Hamilton, D. L., and Catsambis, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Maritime Archaeology* (vol. 1), Oxford University Press, *https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195375176.013.0000.*

Borges, P. A. V.; Costa, A.; Cunha, R.; Gabriel, R.; Gonçalves, V.; Martins, A., and Vieira, V. (2010), *Listagem dos organismos terrestres e marinhos dos A*çores - A List of the terrestri*al and marine biota from the Azores*. Biologia (April 2016), 429, *https://doi.org/10.15468/hyvwxi.*

Bowen, K. J.; Cradock-Henry, N. A.; Koch, F.; Patterson, J.; Häyhä, T.; Vogt, J., and Barbi, F. (2017), «Implementing the «Sustainable Development Goals»: Towards Addressing Three Key Governance Challenges-Collective Action, Trade-offs, and Accountability», *Current Opinion in Environmental Sustainability*, 26-27, 90-96, *https://doi.org/10.1016/j.cosust.2017.05.002.*

Brennan, M. L.; Davis, D.; Roman, C.; Buynevich, I.; Catsambis, A.; Kofahl, M., and Duman, M. (2013), «Ocean dynamics and anthropogenic impacts along the southern Black Sea shelf examined through the preservation of pre-modern shipwrecks», *Continental Shelf Research*, 53, 89101, *https://doi.org/10.1016/J.CSR.2012.12.010.*

CBD (2010), *Decision X/2: Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020*, Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its Tenth Meeting.

— (2018), *Protected areas and other effective area-based conservation measures*, UNEP/CBD/SBSTTA/22/6.

Domingues, F. C. (2012), «Maritime History and Maritime Archaeology», in Ford, B.; Hamilton, D. L., and Catsambis, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Maritime Archaeology* (vol. 1), Oxford, Oxford University Press, *https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195375176.013.0039.*

Dudley, N. (ed.) (2008), *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, Gland, IUCN.

Erlandson, J. M. (2012), «As the World Warms: Rising Seas, Soastal Archaeology, and the Erosion of Maritime History», *Journal of Coastal Conservation*, 16(2), 137142, *https://doi.org/10.1007/s11852-010-0104-5.*

Evans, A. M.; Firth, A., and Staniforth, M. (2009), «Old and New Threats to Submerged Cultural Landscapes: Fishing, Farming and Energy Development», *Conservation and Management of Archaeological Sites*, 11(1), 4353, *https://doi.org/10.1179/135050309X12508566208407.*

Flatman, J. (2009), «Conserving Marine Cultural Heritage: Threats, Risks and Future Priorities», *Conservation and Management of Archaeological Sites*, 11(1), 58, *https://doi.org/10.1179/135050309X12508566208245.*

Garcia, A. C., and Barreiros, J. P. (2018), «Are Underwater Archaeological Parks Good for Fishes? Symbiotic Relation Between Cultural Heritage Preservation and Marine Conservation in the Azores», *Regional Studies in Marine Science*, 21, 5766, *https://doi.org/10.1016/j.rsma.2017.10.003.*

Halpern, B. S.; Selkoe, K. A.; Micheli, F., and Kappel, C. V. (2007), «Evaluating and Ranking the Vulnerability of Global Marine Ecosystems to Anthropogenic Threats», *Conservation Biology*, 21(5), 13011315, *https://doi.org/10.1111/j.1523-1739.2007.00752.x.*

Krumholz, J. S., and Brennan, M. L. (2015), «Fishing for Common Ground: Investigations of the Impact of Trawling on Ancient Shipwreck Sites Uncovers a Potential for Management Synergy», *Marine Policy*, 61, 127133, *https://doi.org/10.1016/j.marpol.2015.07.009.*

Kumar, J. S. Y.; Geetha, S.; Raghunathan, C., and Venkataraman, K. (2015), «An Assessment of Faunal Diversity and its Conservation in Shipwrecks in Indian Seas», *Marine Faunal Diversity in India,* Academic Press, 441452, *https://doi.org/http://dx.doi.org/10.1016/B978-0-12-801948-1.00025-2.*

Laffoley, D.; Dudley, N.; Jonas, H.; MacKinnon, D.; MacKinnon, K.; Hockings, M., and Woodley, S. (2017), «An introduction to "other effective area-based conservation measures" under Aichi Target 11 of the Convention on Biological Diversity: Origin, interpretation and emerging ocean issues», *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, 27, 130137, *https://doi.org/10.1002/aqc.2783.*

Maarleveld, T. J.; Guérin, U., and Egger, B. (2016), *Manual for Activities directed at Underwater Cultural Heritage, Guidelines to the Annex of the UNESCO 2001 Convention*. Retrieved from *www.unesco.org/en/underwater-cultural-heritage.*

Mallefet, J.; Zintzen, V.; Vanden Berghe, E.; Demaersschalck, V.; Steyaert, M.; Degraer, S., and Cattrijsse, A. (2008), *Belgian Shipwrecks: Hotspots for Marine Biodiversity (BEWREMABI). Scientific Support Plan for a Sustainable Development Policy.* Retrieved from *http://www.vliz.be/en/imis?refid=58010.*

Millennium Ecosystem Assessment (2005), *Ecosystems and Human Well-Being: Synthesis*, Island Press.

Murphy, P.; Thackray, D., and Wilson, E. (2009), «Coastal Heritage and Climate Change in England: Assessing Threats and Priorities», *Conservation and Management of Archaeological Sites*, 11(1), 915, *https://doi.org/10.1179/135050309X12508566208281.*

Redford, K. H.; Huntley, B. J.; Roe, D.; Hammond, T.; Zimsky, M.; Lovejoy, T. E., and Cowling, R. M. (2015), «Mainstreaming Biodiversity: Conservation for the Twenty-First Century», *Frontiers in Ecology and Evolution*, 3, 137, *https://doi.org/10.3389/fevo.2015.00137.*

Scovazzi, T. (2010), «The Entry into Force of the 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage», *Aegean Review of the Law of the Sea and Maritime Law*, 1(1), 1936, *https://doi.org/10.1007/s12180-009-0001-7.*

Seaman, W., and Sprague, L. M. (eds.) (1991), *Artificial habitats for marine and freshwater fisheries*, Academic Press.

Singh, G. G.; Cisneros-Montemayor, A. M.; Swartz, W.; Cheung, W.; Guy, J. A.; Kenny, T.-A., and Ota, Y. (2018), «A rapid assessment of co-benefits and trade-offs among Sustainable Development Goals», *Marine Policy*, 93, 223231, *https://doi.org/10.1016/J.MARPOL.2017.05.030.*

Smith, D. M. (2010). *The ecology of shipwrecks: an assessment of biodiversity* (University of Hawaii at Manoa) (December 2010). Retrieved from *https://scholarspace.manoa.hawaii.edu/hand*.

UNEP-WCMC and IUCN (2018), Marine Protected Planet (On-line) (December, 2018), Cambridge, UK: UNEP-WCMC and IUCN. Available at *www.protectedplanet.net*, Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 UNTS 397.

Westley, K.; Bell, T.; Renouf, M. A. P., and Tarasov, L. (2011), «Impact Assessment of Current and Future Sea-Level Change on Coastal Archaeological Resources-Illustrated Examples From Northern Newfoundland», *The Journal of Island and Coastal Archaeology,* 6(3), 351374, *https://doi.org/10.1080/15564894.2010.520076.*

CHAPTER 28

LA PROTECTION PÉNALE DE L'ENVIRONNEMENT MARIN DANS LES CONVENTIONS INTERNATIONALES

Yann Tephany
Doctorant - Centre de droit maritime et océanique (CDMO)
Université de Nantes - Programme ERC Human Sea

ABSTRACT : *Transnational organized crime affects each States individually and the interest of the international community as a whole. In the maritime context, this form of criminality includes a range of illegal acts such as violent criminal acts (piracy in the high seas, armed robbery in territorial waters, maritime terrorism), illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances, smuggling of persons by sea, and also unlawful damage to the marine environment (illegal fishing and maritime pollution). In order to address this phenomenon, several international conventions known as « suppression conventions » have been conclude, which internationally recognize the crime, define it, and impose obligations on States parties to adapt their own national legislation. However, no such convention focuses exclusively on the marine environment. Thus, it is appropriate to examine the various international law instruments relating to the marine environment from a criminal law perspective.*

Keywords : *criminal law ; marine environment ; international conventions.*

RÉSUMÉ : *La criminalité transnationale représente une menace qui pèse sur la paix et la sécurité des États. En contexte maritime, ce phénomène criminel est susceptible de prendre plusieurs formes. Il peut s'agir d'actes de violence (piraterie en haute mer, vols à main armée dans les eaux territoriales, terrorisme maritime), trafics illicites (migrants, stupéfiants), ou encore d'atteintes à l'environnement marin. Pour répondre à ces menaces, plusieurs conventions de droit pénal in-*

ternational ont été adoptées dans le but d'organiser à l'échelle internationale la répression de ces actes transnationaux qui sévissent en mer. Toutefois, dans ce mouvement d'internationalisation de la répression, les textes relatifs à l'environnement marin apparaissent quelque peu en retrait. Que ce soit en matière de lutte contre les pollutions du milieu marin ou relativement à l'exploitation illicite des ressources biologiques marines, l'action internationale ne s'inscrit pas pleinement dans une dimension répressive affirmée. Il est donc opportun d'examiner les différents instruments de droit international relatifs à l'environnement marin afin d'en extraire les aspects répressifs, ainsi que de cibler les lacunes éventuelles.

***Mots-clés** : droit pénal international ; environnement marin ; conventions internationales.*

L'imaginaire maritime s'est forgé autour de nombreux mythes, monstres sacrés et vaisseaux fantômes, qui forment une symbolique représentative des dangers propres à l'espace maritime. Alors que la période contemporaine semble avoir procédé à la conjuration de ces croyances surannées, les océans demeurent toutefois soumis à un certain nombre de menaces bien plus tangibles. Qu'il s'agisse d'actes de violence en mer (piraterie en haute mer, vols à main armée dans les eaux territoriales, terrorisme maritime), de trafics illicites (migrants, stupéfiants), ou encore d'atteintes à l'environnement marin, la mer se présente comme un espace vulnérable sur lequel prospèrent de nombreuses activités criminelles et délictueuses.

Le droit de la mer incarné par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (ci-après CNUDM)[1] n'apporte qu'une réponse partielle à ces menaces. Elle reconnaît aux États un panel de compétences qui varient en fonction des espaces maritimes appréhendés, mais ne s'inscrit pas à proprement parler dans une dimension répressive. Elle ne contribue pas, exception faite des dispositions relatives à la piraterie, à frapper d'interdit à l'échelle internationale les actes pernicieux qui émanent des acteurs privés, ni à en définir les éléments constitutifs.

L'internationalisation de la répression s'avère pourtant nécessaire pour répondre de façon pertinente à ces actes qui se multiplient sur l'espace maritime. En effet, dans le contexte actuel de mondialisation, les acteurs de la vie juridique sont amenés à interagir plus facilement sur la scène internationale. Il en va de même des réseaux criminels. S'il est vrai que le franchissement des frontières terrestres n'a « jamais été un obstacle pour les malfaiteurs »[2], l'évolution récente des moyens de transport et de communication contribue à exacerber ce phénomène. En ce sens, la criminalité se présente comme « transnationale »[3], en ce qu'elle

[1] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982.

[2] Massé, M. (2002), « Internationalité et droit pénal », *Revue Lamy droit des affaires*, nº 46, 69.

[3] Boister, N. (2003), « Transnational criminal law? », *EJIL*, vol. 14, nº 5, 953. Voir ég. Fouchard, I., « De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes », *RIEJ*, 2013/2, vol. 71, 55. Ég. Obokata, T. (2010), *Transnational organised crime in international law*, éd. Bloomsburry publishing, 28.

s'accomplit dans un contexte de plus en plus marqué par son internationalité. Ce constat est d'autant plus vrai pour ce qui est des actes répréhensibles réalisés en mer, espace qui porte en lui-même une dimension internationale. Dès lors, les actes illicites accomplis en son sein renferment nécessairement une composante transnationale, et la réponse qui doit y être apportée passe immanquablement par une action internationale.

Alors que la CNUDM constitue le cadre de référence et d'exercice des compétences des États en mer, d'autres conventions internationales à visée essentiellement répressive ont été élaborées en vue d'apporter une réponse commune à ces actes illicites transnationaux. Ces conventions dites « suppression conventions » sont des textes de droit pénal international dont l'objectif est de façon générale de traiter « des problèmes pénaux qui se posent au plan international »[4]. Pour ce faire, elles définissent à l'échelle internationale les éléments constitutifs du comportement à prohiber. Dans le même temps, les États parties à ces textes s'engagent à retranscrire ce comportement à prohiber au sein de leur ordre juridique interne respectif ainsi qu'à prévoir des sanctions adéquates. Ce mouvement est constitutif d'une « internationalisation normative, mais non institutionnelle » pour reprendre l'analyse du professeur Sur[5]. Il faut par ailleurs relever que ces conventions répressives insèrent des mécanismes de coopération propres, afin de faciliter le traitement judiciaire des personnes interpellées. Cette internationalisation de la répression se retrouve dans de multiples conventions internationales qui concernent un ensemble varié d'activités répréhensibles réalisées en contexte maritime. À titre d'exemple, il faut citer la convention SUA de 1988 et son protocole additionnel spécifique aux plates-formes fixes, ainsi que les deux protocoles de 2005 qui traitent de façon générale du terrorisme maritime, la convention de Vienne de 1988 sur le trafic illicite de stupéfiants, ou encore le protocole contre le trafic illicite de migrants de 2000[6].

Dans ce mouvement d'internationalisation de la répression, les textes spécifiques à l'environnement marin apparaissent quelque peu en retrait. Pourtant, depuis la conférence de Stockholm de 1972, les questions environnementales sont apparues comme l'une des préoccupations majeures de la communauté internatio-

---

[4] Rebut, D. (2015), *Droit pénal international*, coll. Précis, 2e éd, Dalloz, 1. Voir ég. Lombois, C. (1979), *Droit pénal international*, 2e éd., éd. Dalloz, 13 : « *C'est un droit qui n'est international que par l'objet auquel il s'applique, mais, de sa nature, c'est un droit interne* ».

[5] Sur, S., « Le droit international pénal entre l'État et la société internationale », in Henzelin, M., et Roth, R. (2002), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, éd. LGDJ, 50.

[6] Convention pour la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, Rome, 10 mars 1988. Protocole à la convention du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, Rome, 10 mars 1988. Protocole de 2005 relatif à la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, Londres, 14 octobre 2005. Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, Londres, 14 octobre 2005. Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Vienne, 20 décembre 1988. Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Palerme, 15 décembre 2000.

nale. Suite à cet évènement, une kyrielle de conventions internationales consacrées à l'environnement ont été adoptées. Néanmoins, celles-ci disposent d'une composante répressive on ne peut plus clairsemée. Ce constat général est plus marqué encore lorsque l'attention est portée exclusivement sur les conventions ayant trait aux atteintes à l'environnement marin.

Il reste que la lutte contre les atteintes à l'environnement marin constitue un enjeu des plus pressants. Selon les différents rapports des organismes internationaux, la criminalité environnementale représente un marché colossal et en pleine expansion, qui génère des sommes astronomiques de plusieurs milliards de dollars au bénéfice des réseaux criminels. De façon plus ciblée, certains rapports évaluent le coût annuel des pêches illicites mondiales entre 10 et 23 milliards de dollars pour plus d'une dizaine de millions de tonnes de poisson pêchés[7]. À ces chiffres, il faut ajouter que ce type de pêche dispose également d'un coût social non négligeable. Pour ce qui est des actes de pollutions marines, les conséquences sont plus difficiles à évaluer. Il n'empêche que de tels actes ont un impact conséquent, en particulier sur l'État côtier touché, et ce tant sur le plan social que sur le plan économique et environnemental[8].

Si ces atteintes à l'environnement perdurent, c'est en partie à cause de l'absence de réglementation juridique réellement répressive en la matière. Telle est l'analyse de la doctrine juridique qui considère que « de tels comportements sont rendus possibles par une mise en balance clairement favorable aux criminels, des avantages et inconvénients que causent un passage à l'acte délictueux selon une application classique de la théorie économique du crime connue sous l'expression *" high profit/ law risk "* »[9]. En d'autres termes, le déficit de normes véritablement dissuasives attise le sentiment d'impunité des réseaux criminels transnationaux. L'impuissance à organiser collectivement le traitement pénal d'un comportement a pour conséquence de créer l'illusion de l'impunité, ce qui conduit par voie de conséquence à la prolifération de ces comportements néfastes pour l'environnement marin.

De surcroît, compte tenu de la nature transnationale de ces atteintes à l'environnement, une réponse internationale paraît plus que nécessaire. Le droit international se présente en effet comme « la matrice juridique naturelle de la protection de l'environnement » pour reprendre l'expression du professeur Dou-

---

[7] United Nations, Resumed Review Conference on the Agreement Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, New York, 24-28 May 2010: « *According to a recent report, current losses due to illegal, unreported and unregulated fishing worldwide are estimated to be between $10 billion and $23.5 billion annually, representing between 11 and 26 million tonnes of catch* ».

[8] Güner-Özbek, M. D., « Paris memorandum of understanding - an example of international cooperation and its perspectives », in Ehlers, P., and Lagoni, R. (2006), *International maritime organisations and their contribution towards a sustainable marine development*, éd. LIT Verlag, 111-112.

[9] Roret, N., et Porret-Blanc, M., « L'effectivité du droit pénal de l'environnement », *Énergie - Environnement - Infrastructure,* nº 7, juillet 2016, 13. Voir ég. Telesetsky A. (2015), « Laundering fish in the global undercurrents: illegal, unreported, and unregulated fishing and transnational organized crime », *ELQ*, vol. 41, 984.

mbé-Billé[10]. Il est le plus à même de coordonner l'action des États pour lutter contre les atteintes portées à l'environnement marin. Mais pour que cette action soit réellement efficace, il faut qu'elle s'inscrive dans une perspective répressive. Comme le relève très justement Véronique Jaworski, « le droit international de l'environnement ne saurait donc exister concrètement sans une internationalisation corrélative du droit pénal qui en garantit le respect »[11]. La crainte de l'infliction d'une sanction pénale chasse le sentiment d'impunité et contribue à dissuader les contrevenants potentiels d'accomplir ces actes prohibés. Aussi, comme le soulève avec clairvoyance le professeur Betatti, « il serait vain d'annoncer des normes environnementales qui reposeraient seulement sur la bonne volonté de leur destinataire et une sorte d'autolimitation des pollueurs potentiels. Aucun système juridique interne ou international n'est efficace s'il est dépourvu de sanction, de moyens de contraindre les sujets de droit à s'y soumettre par des mesures coercitives. L'infraction est nécessairement assortie d'une panoplie de mesures destinées à en réprimer la commission et à réprimer celui qui s'est rendu coupable »[12]. Il suit de là qu'une action internationale efficace passe non seulement par une identification du comportement à prohiber par le droit international, mais aussi et surtout par une action au niveau interne pour que ces actes soient punis. La norme de comportement est élaborée à l'échelle internationale, tandis que la norme de sanction demeure un privilège exercé de façon exclusive par les États.

La protection de l'environnement marin passe donc nécessairement par une internationalisation de la répression qui permet tout à la fois d'harmoniser les législations pénales nationales et d'initier une coopération renforcée entre les États. Il est donc essentiel de se pencher sur les différentes conventions internationales en vigueur relatives à l'environnement pour en apprécier l'aspect répressif et mettre en lumière certaines de leurs lacunes. Dans un premier temps, il est opportun d'examiner les textes internationaux traitant de la pollution du milieu marin (1) avant d'analyser en détail le cadre juridique spécifique aux atteintes aux ressources biologiques marines (2).

1. L'INCRIMINATION INTERNATIONALE DES POLLUTIONS ET REJETS DE SUBSTANCES NÉFASTES À L'ENVIRONNEMENT MARIN

Le cadre international spécifique aux actes de pollutions se caractérise avant tout par sa grande technicité et son orientation répressive perceptible. La conven-

---

[10] Doumbé-Billé, S., « Force du droit et droit de la force en droit international de l'environnement », in Ben Achour, R., et Laghmani, S. (2004), *Le droit international à la croisée des chemins. Force du droit et droit de la force*, éd. Pedone, 368. Voir ég. Guidicelli-Delage, G. (2014), « Propos conclusifs », *RJE*, vol. 39, 242 : « *Lorsqu'il est question de protéger l'équilibre de la planète, l'environnement ne peut être envisagé que de manière globale ; que dès lors sa protection n'a de sens que si elle est menée elle aussi à l'échelle globale* ».

[11] Jaworski, V. (2014), « Les instruments juridiques internationaux au service du droit pénal de l'environnement », *RJE*, vol. 39, 117.

[12] Bettati, M. (2012), *Le droit international de l'environnement*, éd. Odile Jacob, 217.

tion MARPOL se présente à ce titre comme un texte marquant dans la lutte contre les pollutions maritimes (1.1), qui s'est progressivement vu accompagné par d'autres instruments internationaux qui ont contribué à élargir le champ infractionnel (1.2).

1.1. Une prohibition technique instaurée par la convention MARPOL

Avant d'apprécier de façon précise le contenu de la convention MARPOL, il est intéressant de relever que la CNUDM propose dès son article premier une définition de la « pollution du milieu marin ». Il s'agit de « l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le milieu marin, y compris les estuaires, lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles tels que dommages aux ressources biologiques et à la faune et la flore marines, risques pour la santé de l'homme, entrave aux activités maritimes, y compris la pêche et les autres utilisations légitimes de la mer, altération de la qualité de l'eau de mer du point de vue de son utilisation et dégradation des valeurs d'agrément »[13]. Cette définition est purement générale, et n'est en rien destinée à constituer la base d'une quelconque infraction en droit interne. Elle ne cherche pas à prohiber les pollutions du milieu marin, mais simplement à expliciter ce qui est entendu comme telles au sens du texte précité. Par ailleurs, il peut également être observé que l'article 192 fait peser sur les États une obligation de « protéger et préserver le milieu marin », mais sans insister particulièrement sur le volet répressif.

La CNUDM préfère se focaliser sur la répartition des compétences des États sur l'espace maritime. Elle leur reconnaît une compétence pour traiter des actes de pollutions commis à bord des navires qui battent leur pavillon[14]. Elle établit également la compétence de l'État côtier pour traiter des actes de pollution commis dans sa mer territoriale et dans sa zone économique exclusive[15]. Les États bénéficient d'une forme de « compétence extraterritoriale universelle »[16] pour connaître des actes de pollution perpétrés en mer par les navires présents au sein de leurs ports, indifféremment de leur pavillon[17]. En définitive, la Convention octroie aux États la capacité à se saisir des actes de pollution, mais elle ne cherche pas à établir une incrimination conventionnelle. Elle vise davantage à renforcer la coopération

---

[13] Article 1(4) de la CNUDM. Voir ég. Tomczak, M. (1984), « Defining marine pollution: A comparison of definitions used by international conventions », *Marine Policy*, vol. 8, issue 4, 311.

[14] Article 94 (4) c) de la CNUDM. Voir ég. article 217 de la CNUDM.

[15] Article 19(2) h) de la CNUDM. Voir ég. article 21(1) f), article 39(2) b), article 42 (1) b), article 194, article 210, article 211 de la CNUDM.

[16] Rayfuse R., « The role of port state », in Warner, R., and Kaye, S. (2015), *Routledge handbook of maritime regulation and enforcement*, éd. Routledge, 77.

[17] Article 218 de la CNUDM : « Lorsqu'un navire se trouve volontairement dans un port ou à une installation terminale au large, l'État du port peut ouvrir une enquête et, lorsque les éléments de preuve le justifient, intenter une action pour tout rejet effectué au-delà de ses eaux intérieures, de sa mer territoriale ou de sa Zone économique exclusive par le navire en infraction aux règles et normes internationales applicables établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale ».

entre les États et les incite à prendre des mesures pour maîtriser et réduire la pollution du milieu marin.

Le mouvement de prohibition internationale des pollutions s'est développé en amont de la CNUDM, en particulier suite à l'adoption de la convention OILPOIL de 1954[18]. Ce texte s'est vu conforté dans ses velléités initiales par la convention MARPOL élaborée par l'Organisation maritime internationale[19] en 1973 et qui a depuis été amendée à plusieurs reprises. La convention MARPOL dispose d'un fonctionnement pour le moins original. Elle définit dès son article 2 (2) plusieurs termes, dont celui de substance nuisible qui correspond à « toute substance dont l'introduction dans la mer est susceptible de mettre en danger la santé de l'homme, de nuire aux ressources biologiques, à la faune et à la flore marines, de porter atteinte à l'agrément des sites ou de gêner toute autre utilisation légitime de la mer, et notamment toute substance soumise à un contrôle en vertu de la présente Convention ». La Convention définit également ce qui est entendu comme étant un « rejet », c'est-à-dire « tout déversement provenant d'un navire, quelle qu'en soit la cause »[20]. Cette définition est accompagnée de plusieurs exceptions notables qui comprennent entre autres le déversement de substances nuisibles réalisé à des fins scientifiques. De même, il est établi à l'article 3 que la Convention ne s'applique pas à certains types de navires, comme, par exemple, les navires de guerre. La convention MARPOL pose donc les bases d'une prohibition internationale des pollutions du milieu marin.

Pour comprendre le fonctionnement du système infractionnel de ce texte, il faut nécessairement se pencher sur les différentes annexes. Chacune des annexes de la Convention porte sur une substance spécifique, à savoir les hydrocarbures (Annexe I), les substances liquides nocives transportées en vrac (Annexe II), les substances nuisibles transportées par mer en colis (Annexe III), les eaux usées des navires (Annexe IV), les ordures des navires (Annexe V) ainsi que certains gaz d'échappement des navires (Annexe VI). Chacune de ces annexes définit les conditions dans lesquelles un rejet est considéré comme licite ou non. Par exemple, l'Annexe I énonce aux règles 15 et 34 que « tout rejet à la mer d'hydrocarbures ou de mélanges d'hydrocarbures [...] est interdit », en particulier pour les navires d'une jauge brute égale ou supérieure à 400.

Cette interdiction générale est accompagnée de multiples aménagements en fonction du lieu de rejet. En effet, chaque annexe identifie des zones dites « spéciales », c'est-à-dire un pan de mer « qui, pour des raisons techniques reconnues relatives à sa condition océanographique et écologique, et au caractère particulier de son trafic, exige l'adoption de méthodes spéciales obligatoires pour la préven-

[18] Convention pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par hydrocarbures (OILPOIL), Londres, 12 mai 1954.

[19] Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL), 2 novembre 1973 telle que modifiée par le protocole du 17 février 1978.

[20] Article 2 (3) a) de la convention MARPOL.

tion de la pollution du milieu marin »[21]. C'est le cas, par exemple, de la mer Méditerranée, de la mer Baltique, ou de la mer Noire dans l'Annexe I de la convention MARPOL[22]. Selon que le navire soit ou non dans une telle zone, les conditions de rejet fixées par l'annexe sont plus ou moins strictes. Dans tous les cas, alors que l'énoncé de l'article 4 de la convention MARPOL peut s'apparenter de prime abord à une simple interdiction générale, son contenu en est tout autre. Les précisions d'une grande technicité qui sont distillées tout au long des différentes annexes contribuent à définir de façon minutieuse le corps de l'infraction[23].

En ce qui concerne l'intentionnalité de l'acte, la Convention s'avère nettement moins claire. Son préambule semble attester de la volonté de se focaliser sur les pollutions volontaires, puisqu'il se donne pour ambition de « mettre fin à la pollution intentionnelle du milieu marin ». Cette évocation du caractère intentionnel semble donc indiquer que la Convention ne vise que les pollutions volontaires. Toutefois, le contenu même du texte contraste avec cette proclamation liminaire. La définition du rejet par l'article 2 illustre bien cette ambivalence, puisqu'elle concerne « tout déversement provenant d'un navire, quelle qu'en soit la cause ». Il est patent qu'à la lecture de cette disposition, la Convention semble inclure tout aussi bien les actes de pollutions volontaires que ceux qui ne le sont pas. Après un débat nourri et passionnant auquel s'est livré la doctrine[24], il semble désormais admis que la convention MARPOL s'applique tant aux actes de pollution volontaire qu'involontaire[25].

Cependant, il est important de souligner que tout rejet volontaire n'est pas pour autant interdit. Par exemple, la règle 15 de l'Annexe I liste les conditions dans lesquelles un rejet intentionnel peut être licite[26]. Ce sont là les rejets dits « opérationnels », c'est-à-dire liés à l'activité normale d'un navire. Inversement, tous les rejets

---

[21] Leanza, U. (1992), « Le régime juridique international de la Méditerranée », *RCADI*, vol. 236, 382. Voir ég. Scovazzi, T. (1999), *Marine specially protected areas: The general aspects and the Mediterranean regional system*, éd. Kluwer Law International, 31.

[22] Règle 1(11) de l'Annexe 1 à la convention MARPOL.

[23] Ascencio, H., « Les infractions en matière de pollution », in Ascencio, H.; Decaux, E., et Pellet, A. (2012), *Droit international pénal*, 2e éd. Pedone, 394 : « Le régime établi par la Convention Marpol est donc marqué à la fois par de grandes imprécisions quant aux modalités de la sanction et un haut degré de technicité pour certains aspects des normes de comportements ».

[24] Huet, A. (1979), « Le délit de pollution involontaire de la mer par les hydrocarbures » *RJE*, nº 1, 8.

[25] Jaworski, V., « Les instruments juridiques internationaux au service du droit pénal de l'environnement », *op. cit.,* 120. Voir ég. Negre, C., « Les atteintes massives à l'environnement », in Ascencio, H.; Decaux, E., et Pellet, A. (2000), *Droit international pénal*, éd. Pedone, 542 : « Malgré les quelques contestations qui ont pu être soulevées sur ce point en doctrine, la Convention MARPOL vise sans conteste les rejets d'hydrocarbure volontaires aussi bien qu'involontaires ».

[26] Règle 15 de l'Annexe 1 à la convention MARPOL : « Rejets hors des zones spéciales : Tout rejet à la mer d'hydrocarbures ou de mélanges d'hydrocarbures provenant de navires d'une jauge brute égale ou supérieure à 400 est interdit, à moins que toutes les conditions énoncées ci-après soient réunies : [...] le navire fait route ; [...] le mélange d'hydrocarbures est filtré par un matériel de filtrage des hydrocarbures qui satisfait aux prescriptions de la règle 14 de la présente Annexe ; [...] la teneur en hydrocarbures de l'effluent non dilué ne dépasse pas 15 parts par million [...] le mélange d'hydrocarbures ne provient pas des bouchains des chambres des pompes à cargaison, à bord des pétroliers ; [...] le mélange d'hydrocarbures, dans le cas des pétroliers, n'est pas mélangé avec des résidus de la cargaison d'hydrocarbures ».

involontaires ne sont pas susceptibles d'être l'objet d'une sanction pénale. Tel est le sens de la règle 4 de l'Annexe I aux termes de laquelle un rejet peut être permis lorsqu'il est nécessaire à la sécurité du navire, ou lorsqu'il résulte d'une avarie. Il s'agit en quelque sorte de causes d'irresponsabilité pénale qui sont reconnues conventionnellement. Par ailleurs, il est opportun d'ajouter que certaines pollutions qui font suite à une avarie peuvent potentiellement faire l'objet d'une sanction pénale. C'est le cas lorsque les précautions raisonnables n'ont pas été prises postérieurement à une avarie, mais également lorsque le capitaine du navire ou le propriétaire a commis une faute considérée comme intentionnelle ou inexcusable[27].

Pour assurer une mise en œuvre effective de ces dispositions par les États, l'article 4 de la convention MARPOL leur demande d'établir leur compétence pour connaître des pollutions commises dans les espaces soumis à leur juridiction. Il ajoute que l'État côtier peut lui-même entreprendre les poursuites, ou laisser le soin à l'autorité pavillonnaire de s'en charger. Cette disposition doit être éclairée à la lumière de l'article 228 de la CNUDM qui accorde à l'autorité pavillonnaire une forme de privilège et de priorité pour engager des poursuites à l'encontre des individus ayant commis une infraction à bord d'un navire qui porte son étendard. Enfin, la convention MARPOL exige des États qu'ils adoptent dans leur législation interne des sanctions « de nature à décourager les contrevenants éventuels »[28]. Cette dernière précision illustre bien le caractère dissuasif que doivent revêtir les sanctions prises à l'encontre des pollueurs potentiels. Une formulation similaire se retrouve dans la CNUDM au sujet de l'État du pavillon. L'article 217(8) prévoit que « les sanctions prévues par les lois et règlements des États à l'encontre des navires battant leur pavillon doivent être suffisamment rigoureuses pour décourager les infractions en quelque lieu que ce soit ». Dans le même sens, l'article 230 de la CNUDM ajoute que « seules des peines pécuniaires peuvent être infligées » en cas d'infraction aux législations nationales en matière de pollution, à l'exception des faits de pollution grave et délibérée commis dans la mer territoriale d'un État[29]. Il suit de là que, si en principe les parties à la Convention disposent d'une certaine liberté dans l'établissement de la sanction pénale appropriée, ils sont aiguillés par plusieurs dispositions conventionnelles.

En définitive, la convention MARPOL intègre une véritable « incrimination conventionnelle » pour reprendre la formule du professeur Lombois. Elle « im-

---

[27] Règle 4 de l'Annexe 1 de la convention MARPOL : « Les règles 15 et 34 de la présente Annexe ne s'appliquent pas : [...] au rejet à la mer d'hydrocarbures ou de mélanges d'hydrocarbures résultant d'une avarie survenue au navire ou à son équipement : [...] à condition que toutes les précautions raisonnables aient été prises après l'avarie ou la découverte du rejet pour empêcher ou réduire au minimum ce rejet ; et [...] sauf si le propriétaire ou le capitaine a agi soit avec l'intention de causer un dommage, soit témérairement et en sachant qu'un dommage en résulterait probablement ».

[28] Article 4.4 de la convention MARPOL.

[29] Pozdnakova, A. (2012), *Criminal jurisdiction over perpetrators of ship-source pollution: International law, state practice and EU harmonisation*, éd. Martinus Nijhoff Publishers, 38. Voir ég. Molenaar, E. J. (1998), *Coastal state jurisdiction over vessel source pollution*, éd. Kluwer Law International, 253. Ég. Boister, N. (2018), *An introduction to transnational criminal law*, éd. Oxford University Press, 121.

pose une véritable obligation d'incriminer dans l'ordre juridique interne », qui est contenue dans l'article 4, et elle décrit « avec suffisamment de précision les comportements qu'elle interdit »[30]. Certes, cette incrimination est pour le moins atypique. Elle témoigne d'une grande technicité et dispose d'un fonctionnement particulier du fait de la présence de nombreuses annexes qui viennent complexifier l'identification du comportement à interdire. Mais cette complexité représente un mal nécessaire en matière environnementale pour parvenir à « l'élaboration d'un langage commun juridique pour l'ensemble de la communauté mondiale » selon l'expression du professeur Boisson de Chazournes[31]. Les États parties qui bénéficient en principe d'une certaine marge d'interprétation dans la retranscription des dispositions conventionnelles sont amenés, pour satisfaire au principe de légalité, à procéder par une « adaptation par référence »[32], à savoir incriminer les pollutions en droit interne en reprenant ou en renvoyant directement au contenu de la convention MARPOL.

1.2. L'extension progressive du cadre prohibitif

Les actes de pollution ne sont pas circonscrits au seul rejet en mer de substances nocives pour l'environnement marin. Ils incluent également l'immersion de déchets au sens de la convention de Londres de 1972 et de son protocole de 1996[33]. La distinction entre le rejet et l'immersion s'opère de façon subtile. De prime abord, la convention de 1972 ne distingue pas clairement ces deux notions. Son article III (1) a) définit l'immersion comme « tout rejet délibéré dans la mer de déchets et autres matières à partir de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages placés en mer ». Dans cette définition, l'acte de rejet est assimilable à celui d'immersion. Toutefois, la Convention ajoute que constitue également une immersion « tout sabordage en mer de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages placés en mer ». Dans tous les cas, il apparaît donc que si l'infraction d'immersion peut être réalisée par un acte de rejet en mer, elle ne s'y limite pas. Elle inclut en sus le fait de faire sombrer volontairement son navire. Cette définition est reprise presque littéralement dans l'article 1(5) de la CNUDM, qui substitue néanmoins le terme de « déversement » par celui de « rejet ». Quoi qu'il en

---

[30] Lombois, C., *Droit pénal international*, *op. cit.,* 227.

[31] Boisson De Chazournes, L. (2007), « La protection de l'environnement global et les visages de l'action normative internationale », in *Pour un droit commun de l'environnement - Mélange en l'honneur de Michel Prieur*, éd. Dalloz, 45 : « En outre, le droit dans le domaine de la protection de l'environnement participe à l'élaboration d'un langage commun juridique pour l'ensemble de la communauté mondiale. En plus de sa teneur juridique, ce langage a des contours scientifiques et techniques, notamment pour ce qui est de la prise en compte des incertitudes et des instruments de réponse à mettre en place ».

[32] Fichet-Boyle, I., et Mossé, M., « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions », in Ascensio, H.; Decaux, E., et Pellet, A. (2000), *Droit international pénal*, éd. Pedone, 879. Voir ég. Jaworski V., « Les instruments juridiques internationaux au service du droit pénal de l'environnement », *op. cit.,* 124-125.

[33] Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets, Londres, Mexico, Moscou et Washington, 29 décembre 1972. Protocole de 1996 à la convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et d'autres matières, Londres, 7 novembre 1996.

soit, la définition donnée par la convention de 1972 est assez peu satisfaisante. Elle n'opère pas une distinction claire entre ces deux actes de pollution.

Le protocole de 1996 affine considérablement le champ définitionnel. Il liste dans son article 1(4) quatre actes constitutifs d'un acte d'immersion, parmi lesquels se retrouvent l'« élimination délibérée dans la mer de déchets », « tout sabordage en mer », ainsi que « tout entreposage de déchet ou autres matières sur le fond des mers » et « tout abandon ou renversement sur une plate-forme ou autres ouvrages artificiels en mer, dans le seul but de leur élimination délibérée ». Cette définition met nettement plus en évidence la spécificité de l'acte d'immersion. D'abord, le terme de « rejet » est remplacé par celui d'« élimination » dans le but de parer contre toute confusion. Ensuite, il apparaît ostensiblement que l'acte d'immersion dispose d'un champ d'application matériel plus étendu que le simple rejet de substances nocives en mer. Enfin, ces actes se distinguent en raison de leur caractère intentionnel manifeste. Alors que la convention MARPOL vise tout aussi bien les rejets volontaires qu'involontaires, les actes d'immersion sont nécessairement accomplis de façon délibérée, c'est-à-dire avec une intention préalable[34]. Il faut ajouter que l'acte d'immersion ne peut être réalisé à des fins opérationnelles[35]. Tant la Convention que le Protocole excluent explicitement toute élimination ou rejet de déchet provenant de « l'exploitation normale des navires »[36].

Ces deux textes prohibent les immersions de déchet par le recours à un système d'annexes[37]. Toutefois, la méthode utilisée est différente selon le texte considéré. La Convention introduit trois situations. Lorsque les déchets présents à bord d'un navire figurent dans l'Annexe I, toute immersion est interdite tandis que ceux évoqués dans l'Annexe II peuvent l'être à condition de disposer d'un permis spécifique. Enfin, l'immersion des déchets non mentionnés dans l'une ou l'autre des deux annexes nécessite la délivrance préalable d'un permis général dont les modalités d'obtention sont précisées dans l'Annexe III. En quelque sorte, la règle générale posée par la Convention est l'autorisation des immersions, leur interdiction fait figure d'exception.

Ce mode de fonctionnement n'a pas été suivi par le Protocole qui suit la méthode inverse. Il introduit une interdiction de principe auquel se greffent un certain nombre d'exceptions. Autrement dit, il interdit l'immersion de tous les déchets,

---

[34] Batongbacal, J. L., « Environmental degradation - the dumping of pollution as a transnational crime », in Boister, N., and Currie, R. J. (2015), *Routledge handbook of transnational criminal law*, éd. Routledge, 298 : *« The key element that distinguishes " dumping of pollution " from pollution per se is therefore made clearer : human decision and direction across national jurisdictional borders [...] This element tends to highlight the difference between acts committed with criminal intent, and acts arising from pure negligence ».* Voir ég. Churchill, R. R., and Lowe, A. V. (1988), *The law of the sea*, éd. Manchester University Press, 243.

[35] Mukherjee, P. K., « The penal law of ship-source marine pollution: selected issues in perspective », in Ndiaye, T. M., and Wolfrum, R. (2007), *Law of the sea, environmental law and settlement of disputes: liber amicorum judge Thomas A. Mensah*, éd. Brill, 467 : « *Whereas discharge is necessitated by operational compulsion, dumping is clearly deliberate. It is the element of necessity in operational discharge that accentuates the distinction between the two types* ».

[36] Article III (1) b) de la Convention et article 1 (4) 2) du Protocole à la Convention.

[37] Article IV de la Convention et article 4 du Protocole à la Convention.

sauf pour ceux qui sont recensés dans l'Annexe 1. Pour ces derniers, l'immersion est possible, mais demeure subordonnée à l'obtention d'un permis préalable. Ce changement de méthode traduit une velléité répressive accrue[38]. L'autorisation générale se voit substituée par une prohibition générale. De plus, il convient de noter que le Protocole interdit également l'incinération des déchets en mer ainsi que leur exportation vers un État tiers aux fins d'immersion ou d'incinération[39].

Certaines causes d'irresponsabilité pénale assimilables à l'état de nécessité sont introduites tant par la Convention que par le Protocole. C'est le cas en particulier s'il existe des risques pour la sécurité du navire ou en cas de péril pesant sur les personnes à bord[40]. Dans ces hypothèses, l'immersion ou l'incinération des déchets est possible, mais elle doit néanmoins être réalisée avec une certaine circonspection afin de « réduire au minimum les risques d'atteinte à la vie humaine ainsi qu'à la faune et à la flore marines ». L'OMI doit par ailleurs être notifiée d'une telle action.

Les États parties sont encouragés à prendre des mesures pour mettre en œuvre les dispositions précitées contre les actes commis à bord des navires battant leur pavillon ainsi qu'à bord des navires qui chargent des déchets sur leur territoire[41]. La Convention ajoute également qu'ils doivent intervenir dans les zones dans lesquelles ils disposent d'une compétence « conformément au droit international ». Cette dernière phrase n'est guère plus explicitée, mais elle semble faire écho aux dispositions de la CNUDM qui reconnaît la compétence des États côtiers tant dans leur mer territoriale qu'en zone économique exclusive pour connaître des faits de pollution[42].

Au surplus, les parties contractantes doivent également prendre des mesures adéquates pour prévenir et réprimer les violations à la Convention et au Protocole[43]. Cette disposition doit s'apprécier parallèlement à l'article 210 de la CNUDM qui demande aux États d'adopter des lois et règlements dans le but de prévenir, réduire, et maîtriser les pollutions par immersion. Néanmoins, la formulation adoptée par les textes n'est pas pleinement satisfaisante. Alors que la Convention s'inscrit de façon apparente dans une perspective répressive[44], le Protocole paraît plus timoré dans son intitulé. Il se contente de préciser que « chaque Partie contractante prend

---

[38] Esmaeili, H., and Grigg B., « Pollution from dumping », in Attard, D.; Fitzmaurice, M.; Martínez, N., and Hamza, R. (2016), *The IMLI manual on international law, vol. III: marine environmental law and maritime security law*, éd. Oxford University Press, 84. Voir ég. Tanaka, Y. (2015), *The international Law of the Sea*, éd. Cambridge University Press, 314-315.

[39] Article 5 et 6 du Protocole à la Convention.

[40] Article V de la Convention et article 8 du Protocole à la Convention.

[41] Article VII (1) de la Convention et Article 10 (1) du Protocole à la Convention.

[42] Calley, D.; Hulme, K., and Ong, D. M., « New maritime security threats », in Attard, D.; Fitzmaurice, M.; Martínez, N., and Hamza R. (2016), *The IMLI manual on international law, vol. III: marine environmental law and maritime security law*, éd. Oxford University Press, 519-522.

[43] Article VII (2) de la Convention et article 10 (2) du Protocole à la Convention.

[44] Article VII (2) de la Convention : « Chaque Partie prend sur son territoire les mesures appropriées pour prévenir et réprimer les actes contraires aux dispositions de la présente Convention ».

des mesures appropriées conformément au droit international pour prévenir et, si nécessaire, réprimer les actes contraires aux dispositions du présent Protocole »[45]. Si la nécessité pour les États de prendre des mesures préventives est affirmée, l'adoption de mesures répressives semble plus suggérée que réellement imposée. Cette faculté laissée aux États peut s'expliquer en partie du fait que « généralement, l'immersion de déchets transportés de la terre à la mer pour les couler au large se déroule sous le contrôle des autorités étatiques. Les substances dont on se débarrasse de cette manière sont, généralement, des armes chimiques et des substances radioactives, traitées sous un contrôle étatique. Ainsi, la criminalisation des responsables pour des actions illicites dans ce cadre n'est peut-être pas perçue comme nécessaire »[46]. Il est cependant regrettable que le Protocole se soit ici détaché des prescriptions de la Convention et n'ait pas davantage poussé les parties à réprimer les actes de pollution par immersion dans leur ordre juridique interne respectif. Car s'il est vrai que dans la plupart des cas les États exercent un suivi des opérations d'immersion, cela ne couvre pas la totalité des situations qui peuvent survenir.

Enfin, il est opportun de relever que ces deux textes exhortent les États à poursuivre la lutte contre les immersions dans un cadre régional plus restreint[47]. Cette incitation s'inscrit dans la continuité des initiatives régionales préexistantes à l'adoption de la convention de 1972, comme c'est le cas de la convention d'Oslo de 1972 qui concerne les pays du nord-est de l'Atlantique, depuis remplacée par la convention OSPAR[48]. Cet encouragement a été suivi d'effets avec l'adoption de la convention d'Helsinki sur la mer Baltique, ainsi que de la convention de Barcelone de 1976 amendée en 1995[49].

Il convient par ailleurs de mentionner la convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination[50], qui est un autre texte emblématique en matière de lutte contre les atteintes à l'environnement. D'emblée, il est important de relever que cette Convention ne se focalise pas uniquement sur les pollutions du milieu marin. Ce texte entend plutôt encadrer juridiquement les mouvements de déchets qui passent par voie maritime. Il demeure cependant intéressant à analyser, car il introduit un véritable cadre prohibitif.

---

[45] Article 10 du Protocole à la Convention.

[46] Gahlen, S. F., « La compétence nationale en matière de pollution marine », in Papastavridis, E. D., et Trapp, K. N. (2014), *La criminalité en mer*, éd. Martinus Nijhoff Publishers, 107.

[47] Article VIII de la Convention et article 12 du Protocole à la Convention.

[48] Convention pour la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs, Oslo, 15 février 1972. Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, Paris, 22 septembre 1992, telle qu'amendée le 24 juillet 1998.

[49] Convention pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique, Helsinki 22 mars 1974, revisitée en 1992. Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, Barcelone, 16 février 1978, amendée le 10 juin 1995, intitulée désormais convention pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée.

[50] Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, Bâle, 22 mars 1990.

La Convention précise ce qu'elle entend comme un « déchet dangereux » en recourant à un système d'annexe[51]. Puis elle prescrit un ensemble d'obligations générales qui pèsent sur les États. Elle leur reconnaît notamment la possibilité d'interdire l'importation de certains déchets sur leur territoire et demande aux autres parties de respecter ce type d'interdiction[52]. Par ailleurs, elle introduit une procédure de notification entre tous les États concernés par le mouvement de déchets dangereux, qui comprend l'exportateur, le destinataire ainsi que les différents États de transit[53]. Là où le texte prend une réelle dimension répressive, c'est dans son approche du trafic illicite. La Convention procède à une très longue définition de ce que constitue un trafic illicite de déchets dangereux à son article 9. Il s'agit notamment du mouvement transfrontière effectué sans notification préalable aux États concernés, ou sans le consentement de l'État intéressé, ou lorsque celui-ci a été obtenu avec tromperie. L'article ajoute que « chaque Partie adopte les lois nationales/internes voulues pour interdire et réprimer sévèrement le trafic illicite »[54]. Cette obligation est renforcée par les articles 4(3) et 4(4) de la Convention qui invitent les États à considérer le trafic illicite comme une infraction pénale et les prient d'adopter les mesures juridiques et administratives nécessaires pour faire respecter le contenu de la Convention.

Ainsi, ce texte se distingue par son inscription dans une perspective répressive marquée. Toutefois, en dépit des quelques occurrences au mot « navire »[55], cette Convention n'est que guère imprégnée d'un caractère maritime ostensible. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle n'est pas susceptible d'impacter l'exercice des compétences étatiques en mer. D'abord, il faut relever qu'en vertu des dispositions du présent texte, les États côtiers sont amenés à introduire des lois et règlements dans leur droit interne pour prévenir et punir le trafic illégal de déchets dangereux qui passe par la mer[56]. Ensuite, la question s'est posée de savoir si les entités côtières devaient se voir notifier le passage d'un navire qui transporte des déchets dangereux lorsque celui-ci se trouve dans une zone maritime relevant de sa juridiction. En effet, un État en transit est défini par l'article 2(12) comme celui « à travers lequel un mouvement transfrontière » est supposé avoir lieu. Certains États ont alors estimé que le passage d'un tel navire au sein de leur mer territoriale nécessite une notification préalable. Cette position a fait l'objet de contestations qui se fondent notamment sur les dispositions de l'article 4(12) selon lequel « aucune disposition de la présente Convention ne portera atteinte de quelque façon que ce soit à la souveraineté des États sur leurs eaux territoriales établie conformément au droit international, ni aux droits souverains et à la juridiction qu'exercent les États

[51] Article 1 (1) a) de la Convention de Bâle : « Les déchets qui appartiennent à l'une des catégories figurant à l'Annexe I, à moins qu'ils ne possèdent aucune des caractéristiques indiquées à l'Annexe III ».

[52] Article 4 de la convention de Bâle.

[53] Article 6 de la convention de Bâle.

[54] Article 9 (5) de la convention de Bâle.

[55] Article 1 (4) et 4 (12) de la convention de Bâle.

[56] Wolfrum, R., « The freedom of navigation: modern challenges seen from a historical perspective », in del Castillo, L. (2015), *Law of the sea, from Grotius to the international tribunal for the law of the sea - liber amicorum judge Hugo Caminos*, éd. Brill, 96 : « *Coastal states are entitled to introduce appropriate national legislation to prevent and punish illegal traffic of waste* ».

dans leur zone économique exclusive et sur leur plateau continental conformément au droit international, ni à l'exercice par les navires et les aéronefs de tous les États des droits et de la liberté de navigation ». La doctrine n'est pas parvenue à apporter une réponse catégorique à ce questionnement[57].

Du reste, en dépit des quelques manquements relevés, le cadre international de lutte contre les pollutions marines se présente dans son ensemble comme animé par une finalité répressive perceptible, bien qu'incomplète. Il instaure un socle prohibitif commun qui incite les États à retranscrire et à sanctionner les agissements attentatoires à l'environnement marin définis par voie conventionnelle. Cependant, si cette composante de droit pénal substantiel est apparente, il n'en va pas de même de la coopération en matière procédurale. Aucune disposition de ces conventions n'évoque l'entraide judiciaire ou encore l'extradition. Les conventions ci-avant évoquées cherchent davantage à instaurer une coopération sur le plan technique que sur le plan pénal[58]. Cette dimension procédurale est pourtant nécessaire pour outrepasser les difficultés incarnées par la présence d'un élément d'extranéité comme c'est bien souvent le cas en mer et comme l'a d'ailleurs bien démontré l'affaire du *Prestige*[59].

2. LA DÉLICATE INCRIMINATION DE L'EXPLOITATION ILLICITE DES RESSOURCES BIOLOGIQUES MARINES

Alors que le cadre de lutte contre les pollutions du milieu marin s'oriente vers une approche répressive prononcée, l'action internationale menée contre l'exploitation illicite des ressources biologiques reste plutôt marquée par une logique de conservation et de gestion (2.1). Toutefois, depuis une dizaine d'années, un changement tend à s'amorcer, marqué par une volonté collective d'apporter une réponse pénale aux actes illicites commis dans le secteur de la pêche (2.2).

2.1. Une action internationale centrée sur la conservation des espèces

De nombreuses conventions internationales ayant trait à la protection de la vie sauvage disposent d'une composante prohibitive. Tel est le cas notamment des conventions sectorielles qui ont pour objet spécifique la protection d'une ou plusieurs espèces déterminées. Par exemple, la convention pour la réglementation

---

[57] Molenaar, E. J., *Coastal state jurisdiction over vessel source pollution*, *op. cit.,* 207 : « *Not surprisingly, the academic world has not taken a unanimous stand on this issue either. Thus, while the LOSC contains no explicit basis for a right to require prior notification or authorization, the 1989 Basel Convention neither provides clear answers* ». Voir ég. Roach, J. A., and Smith, R. W. (2012), *Excessive maritime claims*, 3e éd, Martinus Nijhoff Publishers, 260. Ég. Tanaka, Y., « Navigational rights and freedoms », in Rothwell, D. R.; Oude Elferink, A. G.; Scott, N., and Stephens, T. (2015), *The Oxford handbook on the law of the sea*, éd. Oxford University Press, 548.

[58] Article 17 de la convention MARPOL. Voir ég. article 13 du protocole à la convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et d'autres matières.

[59] Bettati, M., *Le droit international de l'environnement*, *op. cit.,* 232.

de la chasse à la baleine de 1931 indique à son article 4 qu'il « est interdit de capturer ou de tuer les *" right whales ",* qui seront considérées comme comprenant la baleine du cap Nord, la baleine du Groenland, la *" right whale "* australe, la *" right whale "* du Pacifique et la *" right whale "* pygmée australe »[60]. Ce type de disposition qui pose une interdiction générale est récurrente dans bon nombre de conventions multilatérales, telles que le traité relatif à la préservation et la protection des phoques à fourrure de 1911, ou encore la convention sur la protection des oiseaux de 1950[61]. Toutes ces conventions introduisent une « règle d'abstention destinée à imposer un principe de retenue face à des activités funestes pour un espace, une espèce ou une catégorie du vivant »[62]. Toutefois, il ne s'agit que d'une interdiction générale, et non d'une norme de comportements à proprement dit. Elles désignent certaines activités, telles que l'importation ou la livraison d'espèce en violation de l'accord, mais ne définissent pas l'étendue du comportement à interdire. De surcroît, les obligations de retranscription des dispositions conventionnelles au sein des ordres internes sont assez disparates. Seule la convention intérimaire sur la conservation des phoques à fourrure de Pacifique Nord de 1957 impose expressément aux parties de « rendre ses dispositions exécutoires, avec des peines appropriées aux infractions »[63]. Au demeurant, ce type de disposition reste rare, d'autant plus que l'accord précité ne lie que quatre États. Les conventions universelles préfèrent adopter des formulations plus vagues, quelque peu éloignées du lexique propre à la matière pénale.

La convention CITES[64] constitue néanmoins une avancée des plus notables dans la prise en compte pénale des atteintes aux espèces. Ce texte de 1973 porte sur le commerce international des espèces de faune et de flore, et il prévoit dans son article 8(1) que « les Parties prennent les mesures appropriées en vue de la mise en application des dispositions de la présente Convention ainsi que pour interdire le commerce de spécimens en violation de ses dispositions ». Les dispositions qui suivent insistent, elles, sur le caractère pénal des sanctions qui doivent être déployées contre les détenteurs ou ceux qui font commerce de ces espèces. Cette Convention renferme donc une dimension répressive manifeste. Cependant, il faut bien constater que ces dispositions occupent une place limitée dans l'ensemble du texte, lequel cherche avant tout à assurer la gestion de la vie sauvage[65].

---

[60] Article I de la Convention pour la réglementation de la chasse à la baleine, Genève, 24 septembre 1931.

[61] Article I du traité relatif à la préservation et la protection des phoques à fourrure de 1911, Washington, 7 juillet 1911. Voir ég. article 4 de la convention internationale sur la protection des oiseaux, Paris, 18 octobre 1950. Ég. Kiss, A. C., « La protection de la vie sauvage », *AFDI*, 1980, vol. 26, 661. Voir ég. Beurier, J. P. (1996), « Le droit de la biodiversité », *RJE*, 11-12.

[62] Bettati, M., *Le droit international de l'environnement*, *op. cit.,* 224.

[63] Article X de la convention intérimaire sur la conservation des phoques à fourrure du Pacifique Nord, Washington, 9 février 1957.

[64] Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menaces d'extinction, Washington, 3 mars 1973. Amendée à Bonn, 22 juin 1979 et amendée à Gaborone, 30 avril 1983.

[65] Rose, G., « International jurisdictional challenges in the suppression of transnational criminal law in the suppression of transnational environmental crime », in Elliott, L., and Schaedla, W. H. (2016), *Handbook of transnational environmental crime*, éd. Edward Elgar publishing, 327.

L'absence de caractère réellement répressif de ces conventions s'explique par leur vocation principale et dominante qui reste la conservation des espèces. Le terme « conservation » s'entend comme « l'idée de maintenir ou rétablir les habitats, des populations ou des stocks »[66]. En d'autres termes, ces textes se concentrent avant tout sur la gestion de ressources biologiques périssables plutôt que sur l'organisation du traitement pénal des contrevenants potentiels.

Cette approche est particulièrement marquée dans les conventions relatives à la protection des espèces biologiques marines et plus particulièrement la CNUDM. Son article 87 octroie aux navires présents en haute mer une liberté de pêche sous réserve des dispositions relatives à la conservation et à la gestion des ressources biologiques évoquées aux articles 116 à 120. Par ailleurs, la Convention reconnaît aux États côtiers la capacité d'adopter des lois et règlements relatifs au passage inoffensif dans leur mer territoriale qui peuvent porter sur la conservation des ressources[67]. En cas d'infractions à ses prescriptions internes, l'autorité riveraine est susceptible d'intervenir contre un navire étranger interlope. En effet, l'article 19 ajoute que les activités en lien avec la pêche sont susceptibles de constituer une « atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité » caractéristique d'un passage offensif (ou non inoffensif). L'État côtier peut donc exercer son droit de protection contre tout navire qui violerait ses dispositions internes dans ce domaine et prendre des mesures coercitives à l'encontre des individus impliqués[68]. Enfin, il est opportun d'ajouter que l'État côtier dispose également de « droits souverains » en matière d'exploitation et de conservation des ressources naturelles biologiques dans sa zone économique exclusive et qu'il peut adopter des lois et règlements en la matière[69]. En cas de violation de ces réglementations nationales, il peut là encore exercer sa compétence d'exécution à l'encontre du navire et des membres de bord concernés comme l'a rappelé le TIDM dans l'affaire *Virginia G*[70]. Cependant, la CNUDM est venue apporter des restrictions majeures aux pouvoirs des États, puisqu'elle prévoit qu'en cas d'infraction commise dans la zone économique exclusive, les sanctions « ne peuvent comprendre l'emprisonnement, à moins que les États concernés n'en conviennent autrement »[71]. Par contre, il est possible pour l'État intervenant de confisquer le navire qui a servi à commettre l'activité de pêche illicite, comme l'a concédé le TIDM dans l'affaire *Tomimaru*[72].

---

[66] Voir en particulier l'analyse passionnante de Betty Queffelec sur la polysémie du terme conservation dans les textes internationaux : QUEFFELEC, B. (2006), *La diversité biologique : outil d'une recomposition du droit international de la nature - l'exemple marin,* Brest, Thèse, Université de Bretagne Occidentale, 31-40.

[67] Article 21 (1) d) de la CNUDM.

[68] Article 25 de la CNUDM.

[69] Articles 56 et 62 de la CNUDM.

[70] TIDM, *Affaire du navire « Virginia G »* (Panama/Guinée-Bissau), affaire nº 19, arrêt du 4 avril 2014, para. 211 : « L'expression «droits souverains» comprend tous les droits nécessaires ou liés à l'exploration, à l'exploitation, à la conservation et à la gestion des ressources naturelles, y compris le droit de prendre les mesures d'exécution nécessaires ».

[71] Article 73 (3) de la CNUDM.

[72] TIDM, *Affaire du « Tomimaru » (Japon c. Fédération de Russie),* prompte mainlevée, affaire nº 15, arrêt du 6 août 2007, para. 72 : « Le Tribunal note que l'article 73 de la Convention ne fait pas référence à la confiscation de navires. Le Tribunal est conscient du fait que de nombreux États ont inscrit dans leur législation des

Les États bénéficient donc d'un panel étendu de prérogatives pour agir contre les actes de pêche illicite. Il faut donc bien constater que l'approche prédominante dans la Convention est celle de la conservation et la gestion des ressources biologiques marines, même si la possibilité de sanctionner les actes illicites n'est pas définitivement absente.

Cette orientation prise par la CNUM est confirmée et renforcée par l'accord relatif à la gestion des stocks de poissons chevauchants et grands migrateurs de 1995[73]. Cet accord se focalise essentiellement sur la conservation des ressources halieutiques par le développement d'une approche de précaution et le renforcement du rôle des organismes régionaux de gestion des pêches[74]. Il comporte cependant une discrète dimension prohibitive. En effet, après avoir indiqué que le contrôle des navires en haute mer s'exerce au moyen de l'octroi de licences, l'article 18 demande aux États pavillonnaires d'interdire leurs navires de pêcher s'ils sont dépourvus d'une telle autorisation[75]. Cette interdiction est aggravée par la disposition suivante qui précise que les navires présents en haute mer doivent toujours être munis de cette licence, laquelle peut fait l'objet d'un contrôle. De même, les entités portuaires sont incitées à adopter des lois et règlements dans le but d'interdire le débarquement et le transbordement de tels stocks lorsque la capture « a été effectuée d'une manière qui compromet l'efficacité des mesures régionales [...] de conservation et de gestion en haute mer »[76].

Ces deux textes sont donc essentiellement animés par une volonté de conservation, mais cette approche n'exclut pas pour autant toute inclinaison répressive. L'État du pavillon et l'autorité côtière disposent de possibilités pour réprimer les atteintes aux ressources biologiques commises dans des espaces soumis à leur juridiction. Néanmoins, ni la Convention ni l'accord ne parviennent à donner une définition claire, commune à l'ensemble des États, de ce que constitue un acte de pêche illicite.

Cette incertitude sémantique a en partie été surmontée par le développement du concept de pêche illicite, non déclarée et non réglementée (ci-après « pêche INN »). Historiquement, ce concept a été initié par la commission pour la conservation de la faune et la flore marine de l'Antarctique (CCAMLR) en 1997[77]. Puis,

---

mesures de confiscation des navires de pêche aux fins de la gestion et la conservation des ressources biologiques marines ».

[73] Accord aux fins de l'application des dispositions de la convention des Nations unies sur le droit de la mer relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, New York, 8 septembre 1995.

[74] Articles 6 et 8 de l'accord sur les stocks chevauchants.

[75] 18 (3) b) ii) de l'accord sur les stocks chevauchants : « D'interdire à ces navires de pêcher en haute mer s'ils sont dépourvus d'une licence ou autorisation en bonne et due forme, ou de pêcher en haute mer selon des modalités différentes de celles stipulées par les licences, autorisations ou permis ». Voir ég. Boister, N., *An introduction to transnational criminal law*, *op. cit.,* 119.

[76] Article 23 (3) de l'accord sur les stocks chevauchants.

[77] Morin, M., « La lutte contre la pêche INN et les responsabilités des États », in Chaumette, P., *Espaces marins : surveillance et prévention des trafics illicites en mer*, éd. Gomylex, 86-87. Voir ég. Baird, R. (2004),

il a été repris par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) dans un plan d'action de 2001 qui a permis d'apporter davantage de contenance à ce concept général. Ce plan d'action procède à une longue définition de chacune des composantes de la pêche INN. De façon générale, une activité de pêche est considérée comme illicite lorsqu'elle ne respecte pas les prescriptions de l'État côtier dans sa mer territoriale ou zone économique exclusive, indistinctement du pavillon du navire. Il en est de même quand une activité de pêche ne respecte pas les exigences fixées par l'entité pavillonnaire en haute mer. Enfin, la pêche est pareillement réputée illicite lorsqu'elle ne respecte pas les mesures de pêche édictées par les organisations régionales de gestion des pêches pour les navires battant pavillon d'un État partie[78]. Elle est considérée comme non réglementée lorsqu'elle est accomplie dans une zone couverte par une organisation régionale par un navire sans pavillon ou par un navire qui bat le pavillon d'un État non membre d'une telle organisation[79]. Le plan d'action relève au passage que de tels actes peuvent être accomplis sans pour autant être contraires au droit international[80]. Enfin, l'activité de pêche dite non déclarée lorsqu'elle n'a pas été notifiée à l'État de rattachement, ou lorsque cette déclaration a été réalisée de façon mensongère[81]. En définitive, la pêche non déclarée se présente comme un condensé des deux autres[82].

Non content de spécifier le concept de pêche INN, le plan d'action incite également les États à adopter des législations internes qui doivent « porter de manière effective sur tous les aspects de la pêche illicite, non déclarée et non réglemen-

---

« Illegal, unreported and unregulated fishing, an analysis of the legal, economic and historical factors relevant to its development and persistence », *MJIL*, vol. 5, 30.

[78] Plan d'action international visant à prévenir, à contrecarrer et à éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, Rome, 2001 : Paragraphe 3.1 : « Par pêche illicite, on entend des activités de pêche : [...] effectuées par des navires nationaux ou étrangers dans les eaux placées sous la juridiction d'un État, sans l'autorisation de celui-ci, ou contrevenant à ses lois et règlements [...] effectuées par des navires battant pavillon d'États qui sont parties à une organisation régionale de gestion des pêches compétente, mais qui contreviennent aux mesures de conservation et de gestion adoptées par cette organisation et ayant un caractère contraignant pour les États ou aux dispositions pertinentes du droit international applicable ; ou [...] contrevenant aux lois nationales ou aux obligations internationales, y compris celles contractées par les États coopérant avec une organisation régionale de gestion des pêches compétente ».

[79] Plan d'action FAO 2001, paragraphe 3.3 : « Par pêche non réglementée, on entend des activités de pêche : [...] qui sont menées dans la zone de compétence d'une organisation régionale de gestion des pêches compétente par des navires sans nationalité, ou par des navires battant pavillon d'un État non partie à cette organisation, ou par une entité de pêche, d'une façon non conforme ou contraire aux mesures de conservation et de gestion de cette organisation ; ou [...] qui sont menées dans des zones, ou visent des stocks pour lesquels il n'existe pas de mesures applicables de conservation ou de gestion, et d'une façon non conforme aux responsabilités de l'État en matière de conservation des ressources biologiques marines en droit international ».

[80] Plan d'action FAO 2001, paragraphe 3.4 : « Nonobstant le paragraphe 3.3, il peut arriver que des activités de pêche non réglementée se déroulent sans contrevenir au droit international applicable et qu'il ne soit pas nécessaire, par conséquent, de prendre à leur encontre les mesures envisagées dans le Plan d'action international ».

[81] Plan d'action FAO 2001, paragraphe 3.2. : « Par pêche non déclarée, on entend des activités de pêche : [...] qui n'ont pas été déclarées, ou l'ont été de façon fallacieuse, à l'autorité nationale compétente, contrevenant ainsi aux lois et règlements nationaux ; ou [...] entreprises dans la zone de compétence d'une organisation régionale de gestion des pêches compétente, qui n'ont pas été déclarées ou l'ont été de façon fallacieuse, contrevenant ainsi aux procédures de déclaration de cette organisation ».

[82] Sodik, D. M. (2009), « Post-LOSC legal instruments and measures to address IUU fishing », *Asian YB Int'l L*, vol. 15, 76.

tée »[83]. En outre, les États sont encouragés à prendre à l'encontre des contrevenants des sanctions « d'une sévérité suffisante » de nature à priver de tout aspect lucratif l'acte de pêche accompli[84]. Ces sanctions ne sont pas perçues ici d'un point de vue pénal, mais uniquement administratif.

Ainsi, il est manifeste que ce plan d'action est animé des meilleures intentions. Il propose une définition des actes de pêche INN, et invite les États à adapter leurs législations nationales et à prendre des sanctions idoines. Toutefois, il est important de noter qu'il ne s'agit pas d'un texte contraignant. Il est dépourvu de force obligatoire pour les États. Il faut ajouter que la définition de la pêche INN de ce plan d'action a été reprise dans l'accord sur l'État du port adopté à Rome en 2009, lequel revêt cette fois-ci un caractère contraignant[85]. Ce dernier prévoit notamment que, lorsqu'un État dispose d'éléments probants qui lui laissent penser qu'un navire s'est livré à la pêche INN, il peut l'interdire d'entrée dans son port. Il peut également restreindre l'utilisation de ses ports pour le débarquement, le transbordement, le conditionnement et la transformation du produit de la pêche[86].

Finalement, il est indéniable que le concept de pêche INN dispose d'une réelle légitimité au sein de la communauté internationale. Cependant, il reste insuffisant pour constituer une base pertinente à l'établissement d'une incrimination internationale[87], et cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il faut indiquer que ce concept s'est initié et développé dans une optique de conservation plutôt que dans une perspective répressive. C'est ce que relève Michel Morin pour qui cette notion « était commode pour parler d'activités de pêche posant problème du point de vue de la gestion des ressources, indépendamment du caractère licite ou non des activités en cause »[88]. Ensuite, la définition proposée se conjugue avec grandes difficultés aux principes mêmes du droit pénal. La définition proposée par le plan d'action est trop large et en ce sens, elle ne satisfait pas aux impératifs de précision qu'est supposée revêtir une norme de comportement[89]. De même, elle peut paraître d'une certaine manière redondante et donc superfétatoire. C'est le cas par exemple de la pêche non déclarée, qui réitère les dispositions applicables en matière de pêche illégale et de la pêche non réglementée. La conciliation de cette définition assez

---

[83] Plan d'action FAO, 2001, paragraphe 16.

[84] Plan d'action FAO, 2001, paragraphe 21.

[85] Accord relatif aux mesures du ressort de l'État du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, Rome, 22 novembre 2009. Voir ég. Morin M., « La lutte contre la pêche INN et les responsabilités des États », *op. cit.,* 21. Ég. Calley, D.; Hulme, K., and Ong, D. M., « New maritime security threats », *op. cit.,* 528.

[86] Article 9.4 et 9.6 de l'accord sur l'État du port, FAO, 2009.

[87] Boister, N., *An introduction to transnational criminal law*, *op. cit.,* 112 : « *This is poor stuff on which to base criminalization* ». Voir ég. Oanta, G. A., « Illegal fishing as a criminal act at sea », in Papastavridis E. D., et Trapp, K. N. (2014), *La criminalité en mer*, éd. Leiden Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 155.

[88] Morin, M., « La lutte contre la pêche INN et les responsabilités des États », *op. cit.,* 19.

[89] De Coning, E., « Fisheries crime », in Elliott, L., and Schaedla, W. H. (2016), *Handbook of transnational environmental crime*, éd. Edward Elgar Publishing, 158 : « *Attempts to criminalize activities based on such broad wording may potentially fail on the basis of the principle of legality* ».

vague avec les exigences de clarté et de nécessité de la loi pénale s'avère de ce point de vue assez difficile à satisfaire.

En définitive, la pêche INN, telle que conçue par la FAO, ne peut être perçue en elle-même comme une base pertinente pour permettre une réelle prohibition internationale des atteintes aux ressources biologiques marines. Cette expression demeure certes cohérente lorsqu'elle est employée à des fins de conservation, mais elle ne peut constituer un support à une incrimination conventionnelle.

2.2. L'orientation répressive de l'action internationale

Une approche internationale de lutte contre les pêches illicites fondée sur la conservation et la gestion des espèces est certes indispensable, mais elle doit également se voir accompagnée d'un volet répressif en vue de décourager les contrevenants aux réglementations étatiques et des organisations régionales des pêches[90]. De surcroît, compte tenu du caractère disparate des législations répressives internes, une harmonisation par une norme de droit international est nécessaire pour parvenir à une action réellement efficace à l'échelle commune des États.

Depuis une dizaine d'années, un changement d'approche émerge. La pêche n'est plus uniquement perçue sous le seul angle de la conservation des ressources, mais plutôt en tant que composante d'un ensemble d'activités réalisées par des réseaux criminels transnationaux. Ce constat a été réalisé dans le rapport annuel de 2008 sur les océans et le droit de la mer rendu dans le cadre des Nations Unies. Après avoir indiqué que la pêche INN « repose sur des réseaux complexes d'agents et d'entités [...] qui sapent les efforts internationaux de conservation et de gestion », le présent rapport ajoute qu'« une partie de la pêche INN est également associée au crime organisé et à d'autres activités illicites, par exemple à des actions visant à éviter la détection, au versement de pots-de-vin et à la corruption »[91]. Il est intéressant de relever que ce rapport met en lien les activités de pêche illicite et d'autres entreprises criminelles et délictueuses. Ce constat a été renouvelé par une résolution de l'Assemblée générale qui « encourage les États à étudier, dans le cadre des instances et organisations internationales appropriées, les causes et les méthodes de la pêche illicite et les facteurs qui y contribuent afin que ces liens éventuels soient mieux connus et mieux compris, et à rendre publics les résultats de ces études, en tenant compte des différents régimes juridiques et mesures applicables à la pêche illicite et à la criminalité internationale organisée, conformément au droit international »[92].

---

[90] Boister, N., *An introduction to transnational criminal law*, *op. cit.,* 113 : « *Without a more comprehensive criminal law approach, shifting flags, transferring of catch, the use of ports of convenience, and so forth, will mean that suppression of these forms of fishing will remain largely ineffective* ».

[91] Rapport du secrétaire général « Les océans et le droit de la mer », A/63/63, 10 mars 2008, paragraphes 99 et 100, 32-33.

[92] Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 5 décembre 2008, A/RES/63/112 paragraphe 59, 15. Voir ég. de Coning, E., « Fisheries crime », *op. cit.,* 151.

Par la suite, un rapport de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime en date de 2011 a été réalisé. Il se concentre essentiellement sur les liens entre la criminalité transnationale organisée et l'industrie de la pêche[93]. Ce rapport met en lumière deux données fondamentales. Il émet tout d'abord une critique de l'opportunité du concept même de pêche INN en matière criminelle. Il lui reproche en particulier sa définition trop générale qui pourrait viser certaines activités de pêche qui ne seraient pas en elles-mêmes illicites. Il regrette également son absence de prise en compte des activités connexes à la pêche illicite, telles que, par exemple, la fraude dans l'obtention des permis de pêche, la corruption, ou encore le blanchiment des produits de pêches[94]. S'appuyant sur ce constat, il procède à un changement de terminologie afin de se dégager de ce concept trop abstrait de pêche INN. Il lui préfère l'expression de « marine living resource crimes » pour renvoyer aux actes accomplis par des réseaux criminels dans le but d'exploiter illicitement les ressources marines.

Les réflexions sur cette forme particulière de criminalité se sont poursuivies dans le cadre des travaux menés par l'Organisation internationale de police criminelle dite Interpol. Cette dernière a initié un projet dédié à la lutte contre les pêches illicites dans lequel elle développe le concept de « fisheries crime » pour désigner les infractions transnationales réalisées en lien avec le secteur de la pêche[95]. En substance, ce concept ne diffère pas radicalement de celui de « marine living resource crimes » qui vient d'être évoqué. Tous deux renvoient à la même volonté d'attirer l'attention de la communauté internationale sur les actes illicites accomplis dans ce secteur sans se limiter seulement aux actes de surexploitation des ressources halieutiques, mais en appréciant l'ensemble des actes infractionnels qui gravitent autour. Tous ces rapports procèdent au même constat, celui de la relative absence de prise en compte de la pêche illicite comme composante d'une entreprise criminelle plus large, plus étendue, et qui nécessite d'adopter une nouvelle approche de ce phénomène[96]. Il ne s'agit pas pour autant de substituer à l'approche de conservation en vigueur, mais plutôt de l'accompagner par la conception d'outils juridiques répressifs dans le but de faciliter l'action internationale menée contre ce type d'activité illicite.

---

[93] UNODC, *Transnational organized crime in the fishing industry*, 2011.

[94] *Id.*, 96 : *« Many fishing vessels engaged in IUU fishing do so by avoiding conservation and management rules and regulations, but they do not necessarily operate in contravention of them. In other words, the term " IUU fishing " includes conduct that is not necessarily illegal. The concept of IUU fishing is also potentially problematic because its focus is largely on the activities of fishing vessels. From a crime perspective this focus may become too narrow since criminal activities may arise in the context of for instance aquaculture. The definition does not seem to include criminal activities up- and downstream of the illegal fishing activities such as money laundering, corruption, document fraud or handling of stolen goods ».*

[95] 1st INTERPOL International Fisheries Enforcement Conference, Lyon, 26-28 février 2013.

[96] Elliott, L., « Fighting transnational environmental crime », *Journal of International affairs*, vol. 66, nº 1, 89 : « *INTERPOL now formally recognizes the illegal exploitation of marine living resources, often referred to simply as 'fisheries crime' as part of this broader suite of criminal enterprise* ». Voir ég. de Coning, E., «Fisheries crime», *op. cit.,* 156 : « *TFC is a broader and perhaps more ambitious successor of the concept of 'illegal, unreported and unregulated fishing' (IUU-fishing)* ».

Pour ce faire, la doctrine propose d'apprécier ces « crimes halieutiques »[97] à l'aune des dispositions de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée[98]. Cette Convention largement ratifiée vise à s'appliquer aux infractions transnationales perpétrées par un groupe criminel organisé. Deux types d'infractions sont prévus par la Convention.

La première vise un ensemble de comportements réalisés par un « groupe criminel organisé », qui est défini en tant que « groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel »[99]. La Convention cible plusieurs actes accomplis par cette entreprise criminelle, tels que la participation à un groupe criminel, le blanchiment du produit du crime, la corruption, ainsi que l'entrave au bon fonctionnement de la justice par la Convention[100]. Chacune de ces infractions est définie, et accompagnée d'une obligation de retranscription dans les ordres juridiques nationaux[101]. Compte tenu des développements précédents et des différents rapports des organismes internationaux, il appert que ces actes sont susceptibles de se dérouler dans le milieu de la pêche[102]. Il est donc envisageable d'appliquer les dispositions de la Convention contre la criminalité transnationale organisée pour lutter contre les réseaux qui exploitent illicitement les ressources de la mer.

La Convention vise également les « infractions graves » telles qu'entendues au sens de l'article 2 de la Convention, c'est-à-dire « une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde ». Cette formulation quelque peu sibylline désigne en réalité le seuil minimal de la sanction. En d'autres termes, une « infraction grave » au sens de la Convention est une infraction passible d'au moins quatre ans d'emprisonnement. L'objectif de cette disposition est de donner aux États une certaine latitude pour connaître et réprimer d'autres actes illicites que ceux visés expressément par la Convention, et ainsi leur donner la possibilité de s'adapter à l'évolution de la criminalité internationale[103]. À nouveau, il est tout à fait envisageable que les actes criminels et délictueux réalisés dans le secteur de la pêche puissent

---

[97] Traduction réalisée par l'ONUDC, « Crime halieutique : mettre en lumière la tempête d'activités illégales dans le secteur de la pêche », 25 mai 2016.

[98] Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (ci-après UNTOC), New York, 15 juin 2000.

[99] Article 2.*a)* de la convention UNTOC.

[100] Articles 6, 8 et 23 de la convention UNTOC.

[101] Article 5 de la convention UNTOC : « Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque commis intentionnellement ».

[102] Voir de Coning, E., « Fisheries crime », *op. cit.,* 159 : « *First, participation in criminal groups, corruption, money laundering, obstruction of justice, human trafficking, migrant smuggling, and illicit manufacture and trafficking of firearms care all offences that can, possibly do, take place within the fisheries sector* ».

[103] Boister, N., « The UN Convention against transnational organised crime (2000) », in Hauck, P., and Peterke, S. (2016), *International law and transnational organized crime*, éd. Oxford University Press, 148 : « *The strength of the UNTOC - its flexibility, which means it can be adapted for use against emerging criminal activity while meeting relatively simple factual conditions* ». Voir ég. Schloenhardt, A., « Transnational or-

être appréciés comme une infraction grave au sens de cette Convention[104]. Toutefois, il faut bien avoir à l'esprit les limitations qui sont imposées par la CNUDM au pouvoir de sanction de l'État côtier pour les actes de pêche illicite réalisés en zone économique exclusive. Cet obstacle à l'application de la Convention contre la criminalité transnationale organisée n'est pas insurmontable, puisque l'article 73(3) de la CNUDM interdit l'emprisonnement des personnes appréhendées « à moins que les États concernés n'en conviennent autrement ». Une ouverture est donc possible pour assimiler les actes illicites en lien avec la pêche comme des « infractions graves » au sens de la Convention, même si cela semble potentiellement difficile à mettre en place sur le plan pratique[105].

Outre ces éléments de droit pénal substantiel, la Convention comprend également un volet procédural qui est absent de la plupart des textes internationaux relatifs à l'environnement. Elle intègre plusieurs dispositions essentielles pour faciliter la coopération entre les États sur le plan pénal, comme, par exemple des mécanismes d'entraide judiciaire ou d'extradition[106].

Ainsi, il est essentiel de relever que le cadre instauré par la Convention contre la criminalité transnationale organisée est susceptible de s'appliquer aux actes qui sont réalisés dans le secteur de la pêche. La doctrine juridique plaide à raison en faveur d'une prise en compte accrue par les États de cet instrument conventionnel dans l'action menée contre la pêche illicite[107]. D'autres se font plus ambitieux, et prêchent en faveur de l'adoption d'un nouveau protocole additionnel à la Convention qui serait dédié exclusivement à la protection de l'environnement[108].

---

ganised crime », in Boister, N., and Currie, R. J. (2015), *Routledge handbook of transnational criminal law*, éd. Routledge, 416.

[104] Telesetsky, A., « Laundering fish in the global undercurrents: illegal, unreported, and unregulated fishing and transnational organized crime », *op. cit.,* 968 : « *IUU fishing that is intentionally planned and executed should be characterized by Convention parties as a 'serious crime' for three reasons. First, IUU fishing causes environmental harm by recklessly destroying resources needed for current and future generations. Second, IUU fishing results in economic harms since smuggling activities undermine legitimate fishing operations, and result in tax evasion, which deprives states of funds. Finally, IUU fishing causes social harm by threatening the food security of vulnerable populations such as artisanal fishing communities, as well as breeding a culture of crime and complicity where incorrect origin declarations and underreporting of volumes become standard rather than exceptional practices* ».

[105] *Id.* 980 : « *While the ship may be forfeited as part of the coastal state's penalties for violating fisheries law and regulations, the crew may not face even a brief term of imprisonment " in the absence of agreements to the contrary by the states concerned " 235 In practice, this means that IUU fishing in a coastal state's EEZ by a non-national will only ever be treated as a " serious crime " if the crew member's state of nationality or the vessel's flag state chooses to prosecute, and has provisions under its code for a minimum sentence of four years. In reality, there is little deterrence since the flag state and the nationality states of the crew rarely penalize their flagged ships or crews* ».

[106] Articles 16, 17 et 18 de la convention UNTOC.

[107] De Coning, E., « Fisheries crime », *op. cit.,* 158-159 : « *Fisheries crime could therefore be defined as transnational organized crime for the purpose of the convention* ». Voir ég. Telesetsky, A., « Laundering fish in the global undercurrents : illegal, unreported, and unregulated fishing and transnational organized crime », *op. cit.,* 984 : « *One way to assist national enforcement efforts would be to harmonize fisheries laws that identify the acts of IUU fishing operations that make them profitable (including the use of shell companies to avoid taxes, flaghopping, laundering of legal and illegal cargos in transshipment, and dumping of illegal fish into wholesale markets) and criminalize these acts* ».

[108] Rose, G., « International jurisdictional challenges in the suppression of transnational criminal law in the suppression of transnational environmental crime », *op. cit.,* 342. « *UNTOC is considered here as the most*

Ces propositions montrent bien que des possibilités sont ouvertes afin de mener une action collective réellement dissuasive à l'encontre de ceux qui usent des ressources biologiques de la mer de façon illicite. De même, les travaux des différents organismes internationaux témoignent d'une évolution progressive du modèle qui gouverne la société internationale en matière de lutte contre les pêches illicites. De façon générale, l'instauration d'un cadre international prohibitif est le fruit de considérations variées que se partagent les États[109]. Or, dans les précédents développements, il a été montré que les conditions d'une prohibition internationale des infractions commises dans le secteur des pêches se réunissent progressivement. Il ne s'agit plus de focaliser la lutte contre cette activité uniquement sous l'angle de la conservation des ressources, mais de l'apprécier comme un phénomène criminel global, plus général, et non limité à la seule exploitation halieutique[110]. Aussi, il est intéressant de relever que cette évolution paradigmatique s'opère par un glissement institutionnel. Initialement circonscrit au domaine de compétence de la FAO, la prise en compte de la pêche illicite par des organismes spécialisés dans la lutte contre la criminalité internationale confirme ce processus en cours. Enfin, il semble que les actes de pêches illicites tendent à s'affirmer progressivement dans la conscience collective des États comme un acte criminel transnational. En atteste par exemple le code de conduite de Yaoundé de 2013 qui inclut dans sa définition des « actes criminels transnationaux organisés dans le domaine maritime » la pêche « illégale, illicite et non déclarée »[111]. Dans le même sens, les résolutions récentes de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les océans et le droit de la mer encouragent les États à poursuivre les réflexions sur les liens entre la criminalité internationale et la pêche illicite[112]. Il en résulte que si le cadre international

---

likely vehicle to accommodate advancement in harmonization and cooperation to combat TEC. It currently facilitates three protocols concerning some prevalent twenty-first century transnational crimes (that is, Trafficking in persons, smuggling of migrants, and illicit manufacturing and trafficking in firearms) and could accommodate a fourth on TEC ».

[109] Nadelmann, E. A., « Global prohibition regimes: the evolution of norms in international society », *International organization*, vol. 4, issue 4, 1990, 479 : « *International prohibition regimes, like municipal criminal laws, emerge for a variety of reasons: to protect the interests of the state and other powerful members of society; to deter, suppress, and punish undesirable activities to provide for order, security, and justice among members of a community; and to give force and symbolic representation to the moral values, beliefs, and prejudices of those who make the laws ».*

[110] De Coning, E., and Witbooi, E. (2015), « Towards a new " fisheries crime " paradigm: South Africa as an illustrative example », *Marine Policy*, vol. 60, 213 : « *It follows that we are thus not only concerned with " illegal fishing " per se (that is, the extraction of marine living resources in contravention of law, which is the current concern of the mainstream fisheries management discourse), but a whole range of criminal offences, including document fraud, customs and tax evasions, human trafficking, drug trafficking, money-laundering and insurance fraud ».*

[111] Article 1 5) i) du code de conduite relatif à la prévention et à la répression des actes de piraterie, des vols à main armée à l'encontre des navires et des activités illicites en Afrique de l'Ouest et du centre (code de Yaoundé), 25 juin 2013.

[112] Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 5 décembre 2017, 1/RES/72/72, paragraphe 98 : « Note également les inquiétudes que suscitent les liens éventuels entre la criminalité transnationale organisée et la pêche illicite dans certaines régions du monde, encourage les États à étudier, y compris par l'intermédiaire des instances et des organisations internationales compétentes en la matière, les causes et les méthodes de la pêche illicite et les facteurs qui y contribuent afin que ces liens éventuels soient mieux connus et compris, et à rendre publics les résultats de ces études, et prend note à cet égard de l'étude publiée par l'Office des Nations

en vigueur n'est en l'état guère suffisant pour apporter une réponse réellement répressive aux réseaux criminels qui exploitent les ressources marines, il tend à évoluer vers un renforcement de son caractère pénal.

3. CONCLUSION

Les conventions internationales spécifiques à l'environnement marin disposent d'une dimension répressive pour le moins fragmentée. Alors que les textes internationaux relatifs aux actes de pollution disposent d'un caractère pénal affirmé quoique bien souvent insuffisant, ceux qui ont trait aux ressources biologiques marines demeurent à l'heure actuelle éloignés de toute finalité répressive. Cette frilosité à l'internationalisation des droits pénaux étatiques s'explique en partie du fait de la crainte des États de perdre de leur monopole à pouvoir interdire un comportement, incarnation de leur souveraineté. L'échec de la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal du Conseil de l'Europe de 1998 [113] est à ce titre tout à fait emblématique de cet état de fait. Ce texte, qui intègre des dispositions de droit pénal substantiel et procédural n'a, à ce jour, été ratifié que par un seul État, alors que son entrée en vigueur ne nécessite que trois ratifications ! Cette déconvenue est représentative des difficultés rencontrées pour apporter une réponse pénale aux atteintes environnementales, même dans un cadre régional plus restreint. Ainsi, la dimension répressive des conventions internationales relatives à l'environnement marin reste dans une large mesure insuffisante. Les récentes initiatives des organisations internationales laissent espérer des changements, et pourquoi pas l'éclosion future d'un socle conventionnel qui réprimerait avec une sévérité accrue les actes qui portent atteinte à l'environnement marin.

Unies contre la drogue et le crime sur la criminalité transnationale organisée dans l'industrie de la pêche, en tenant compte des différents régimes et recours juridiques applicables en droit international à la pêche illicite et à la criminalité transnationale organisée ».

[113] Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, Strasbourg, 4 novembre 1998. Voir ég. Dandachi, A. S. (2003), « La convention sur la protection de l'environnement parle droit pénal », *RJE*, nº 3, 281.

CHAPTER 29

L'INSTRUMENT INTERNATIONAL JURIDIQUEMENT CONTRAIGNANT SE RAPPORTANT À LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LE DROIT DE LA MER : DERNIER ESPOIR OU NOUVEAU DÉPART JURIDIQUE POUR LA CONSERVATION DE L'OCÉAN ?

Danilo García Cáceres

Docteur en Sciences juridiques, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)
Enseignant-chercheur à l'Université Centrale de l'Équateur
Avocat-fonctionnaire du Comité d'éthique de l'Université Centrale de l'Équateur
Chercheur post-doctorant du programme ERC Human Sea, Université de Nantes

ABSTRACT : *UNCLOS itself does not constitute a sufficient legal instrument to ensure coordinated management of the high seas. Therefore, different organizations are responsible for managing the activities taking place in this area. Topics such as the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction, as well as the sharing of benefits for marine genetic resources, are examples to which the new Law of the Sea must manage while ensuring cooperation between all stakeholders to put in place a transfer of marine technologies.*
The high seas, where the principle of freedom sometimes translates into the law of the strongest or at best the rule of first come first served, presents several challenges. Thus, in order to ensure a better framework of governance on the high seas and the protection of biodiversity in areas beyond national jurisdictions, the UN is working on the development of a new agreement, the « instrument legally binding international convention relating to the United Nations Convention on the Law of the Sea and on the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction », said ZAJN Agreement.

The challenges of this binding agreement are paramount. Firstly, because this maritime area subject to the new law is vast. Secondly, because the risks of pollution and prejudices, but also the exploration and exploitation of resources coveted without limits condemn humanity to its own destruction. So, we can wonder : at this point, what is the record but also the legal and geopolitical perspectives concerning the negotiations of this Agreement ?

Keywords : *international instrument ; legally binding ; UNCLOS ; hope ; ocean ; conservation.*

RÉSUMÉ : *La convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) ne constitue pas, à elle seule, un instrument juridique suffisant pour permettre d'assurer une gestion coordonnée de la haute mer. Différents dispositifs et plusieurs organisations participent également, à l'échelle internationale, à la gestion des activités qui ont lieu dans cet espace maritime. Dans ce cadre, la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale, le partage des bénéfices concernant les ressources génétiques marines, ou encore le transfert de techniques marines sont autant de sujets que le nouveau droit de la mer doit appréhender en garantissant une coopération effective entre toutes les parties prenantes.*
La haute mer, espace dans lequel le principe de liberté se traduit parfois en une « loi du plus fort » ou, dans le meilleur des cas, en la règle du « premier arrivé, premier servi », porte de nombreux défis. Afin d'assurer un meilleur encadrement de la gouvernance en haute mer et la protection de la biodiversité dans les zones qui s'étendent au-delà de la juridiction nationale, l'Organisation des Nations Unies (ONU) travaille à l'élaboration d'un accord inédit : l'« Instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale », dit accord ZAJN. Les enjeux attachés à cet accord, envisagé comme un acte contraignant, sont primordiaux : en premier lieu, parce que cet espace maritime soumis au nouveau droit de la mer est vaste ; en second lieu, plus généralement, en raison des risques de pollution et de préjudices, mais aussi parce que l'exploration et l'exploitation sans limites de ressources très convoitées condamnent l'humanité à sa propre destruction. Dès lors, une question centrale se pose : en l'état actuel, quels sont le bilan ainsi que les perspectives juridiques et géopolitiques que l'on peut d'ores et déjà dégager des négociations de cet accord ?

Mots-clés *: instrument international ; juridiquement contraignant ; CNUDM ; espoir ; océan ; conservation.*

1. INTRODUCTION

La conférence intergouvernementale visant à élaborer un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM)[1] et portant sur la conservation et l'utilisation du-

[1] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n° 31363.

rable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale (ZAJN) a été convoquée par l'Assemblée générale des Nations Unies à travers sa résolution 72/249 du 24 décembre 2017[2]. Plus précisément, il est prévu que la conférence se réunisse à l'occasion de quatre sessions (la première a eu lieu du 4 au 17 septembre 2018, les deuxième et troisième sont envisagées pour 2019, et la quatrième au premier semestre 2020).

La décision d'organiser cette conférence a été prise en application des recommandations formulées par le comité préparatoire créé par la résolution 69/292[3]. En effet, dans son rapport en date du 31 juillet 2017, le comité préparatoire a recommandé à l'Assemblée générale que les éléments figurant dans les sections A et B dudit rapport soient examinés en vue de l'élaboration d'un projet d'instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale. Le rapport soulignait par ailleurs que ces questions ne faisaient pas l'objet d'un consensus au niveau mondial[4].

Étant donné que seuls trois pays au monde détiennent 70% des brevets déposés sur les organismes marins —les États-Unis, l'Allemagne et le Japon—, il est apparu impératif de pouvoir compter sur un instrument international contraignant en matière d'accès aux ressources génétiques marines dans les ZAJN afin, en particulier, de pouvoir organiser un partage des bénéfices qu'il est possible d'en tirer entre les États parties prenantes à l'accord envisagé.

Ainsi s'explique la décision de l'Assemblée générale des Nations Unies de convoquer cette conférence intergouvernementale placée sous ses auspices et chargée d'élaborer un texte mettant en place un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la CNUDM.

Précisons que le comité préparatoire a été créé en application des recommandations que le « groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale (ZAJN)[5] » a adressé à l'Assemblée générale, conformément à la résolution 68/70. En 2013[6], ont alors été tracées les grandes lignes ainsi que les

---

[2] Nations Unies, Résolution adoptée par l'Assemblée générale, le 24 décembre 2017. A/RES/72/249.

[3] Nations Unies, Résolution adoptée par l'Assemblée générale, le 19 juin 2015. A/RES/69/292.

[4] Nations Unies, Rapport du Comité préparatoire créé par la résolution 69/292 de l'Assemblée générale du 31 juillet 2017 intitulée « Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale », A/AC.287/2017/PC.4/2.

[5] Nations Unies, Division pour le Droit de la mer, « Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction ». Disponible en ligne : *http://www.un.org/Depts/los/biodiversityworkinggroup/biodiversityworkinggroup.htm* (consulté le 28 septembre 2018).

[6] Nations Unies, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 9 décembre 2013 intitulée « Les océans et le droit de la mer », A/RES/68/70.

possibilités d'application d'un instrument international élaboré dans le cadre de la CNUDM, en soulignant la nécessité que la question de la conservation et de l'utilisation durable de la biodiversité marine dans les ZAJN fasse l'objet d'un meilleur encadrement juridique au niveau international. Ce groupe de travail s'est réuni à neuf reprises entre 2006 et 2015.

En effet, force est de constater que la CNUDM ne constitue pas, à elle seule, un instrument juridique suffisant pour assurer une gestion coordonnée effective de la haute mer. Aussi est-il apparu impératif de pouvoir également compter sur des instruments internationaux contraignants dans ce domaine. Précisément parce que dans le cadre juridique existant, au-delà des règles concrètes telles que l'accord de 1994 concernant l'application de la partie XI de la CNUDM[7] et l'accord de 1995 sur les stocks chevauchants et les grands migrateurs[8], existent toutefois des règles inexactes pour la pratique, même à l'intérieur de la CNUDM, qui, par exemple, établit un régime de liberté de la pêche en haute mer (art. 87), tout en affirmant parallèlement (articles 116 à 120 du même instrument international) l'obligation de conservation et de gestion des ressources biologiques. Si les règles ne sont pas inexactes, l'interprétation et l'application des États le sont.

Négocié dans le cadre de la convention sur le droit de la mer, le projet d'accord sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine dans les ZAJN vise à encadrer, entre autres : l'exploitation des ressources génétiques marines, l'instauration de zones marines protégées et la mise en place de mécanismes d'évaluation des impacts des activités humaines développées en mer et en haute mer. Cette zone, la plus vaste de l'océan que le droit international lui-même ne définit pas exactement[9], et où le principe de liberté[10] se traduit parfois en une « loi du plus fort », est aujourd'hui caractérisée par plusieurs défis. C'est pourquoi, afin d'assurer un meilleur encadrement de la gouvernance en haute mer et de la protection de la biodiversité dans des zones qui se situent au-delà des juridictions nationales, l'ONU travaille à l'élaboration d'un accord inédit.

Approuvée par 140 États en 2017, l'une des dernières résolutions des Nations Unies a donc ouvert la voie à des négociations devant aboutir à la signature d'un traité international contraignant relatif à la préservation de la haute mer.

Quel est l'état actuel des négociations et quelles sont les perspectives juridiques et géopolitiques de l'accord envisagé qui ont d'ores et déjà été dégagées ?

Afin d'apporter des éléments de réponse à ces interrogations, il est en premier lieu nécessaire d'aborder les enjeux importants attachés à l'accord envisagé (1),

---

[7] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1836, 3.

[8] Accord aux fins de l'application des dispositions de la CNUDM relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2167, 3.

[9] CNUDM, partie VII Haute mer, art. 86.

[10] CNUDM, partie VII Haute mer, art. 87.

avant d'analyser l'ensemble des questions retenues par l'Assemblée générale (2), conformément à la résolution 72/249 adoptée par cette dernière.

2. LA HAUTE MER : QUELS SONT LES ENJEUX IMPORTANTS ATTACHÉS À L'ACCORD ZAJN ?

Il est prévu que tous les États du monde se réunissent dans le cadre de l'ONU pour une série de quatre réunions d'une durée de deux semaines entre septembre 2018 et le début de l'année 2020. Le traité final qui devrait en ressortir constituerait le troisième « accord d'application » de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui a été signée en 1982.

Un processus juridique sérieux a ainsi été engagé en vue de la désignation, la gestion efficace et la mise en place d'un réseau de zones protégées incluant les réserves marines situées au-delà des juridictions nationales (aires marines protégées [AMP] et réserves marines). Est aussi recherchée la mise en œuvre de mesures spécifiques visant à garantir que les évaluations de l'impact des activités humaines sur l'environnement soient cohérentes, complètes, responsables et rigoureuses. Ces sujets constituent les principaux points que certains États, ainsi que des ONG telle la High Seas Alliance (HSA), souhaitent traiter en priorité lors des négociations du traité afin de relever les défis actuels attachés à la haute mer[11]. Quels sont précisément les enjeux de ce processus de négociations qui requiert des synchronismes multilatéraux ?

Il s'agit de défis d'envergure, sachant que l'idée même d'élaborer un accord juridiquement contraignant portant sur la préservation de la haute mer est ambitieuse, son objectif large et sa problématique controversée.

Parmi les principaux défis à relever, mentionnons l'harmonisation des points de vue au regard de questions diplomatiques, de sujets scientifiques mais aussi de thèmes proprement juridiques. Afin de les analyser, nous traiterons, dans un premier temps, les enjeux qui avaient déjà été dégagés en amont des sessions de négociations de la conférence intergouvernementale (2.1) ; puis, nous envisagerons les enjeux qui, selon toute vraisemblance, surgiront des débats qui se tiendront dans le cadre de ces sessions et dont l'issue déterminera l'effectivité de l'accord envisagé (2.2).

2.1. Les enjeux dégagés en amont de la conférence intergouvernementale

Relevons tout d'abord que la participation de tous les États du monde à ce processus de discussions risque d'être mise en question par des évènements, d'ordre naturel mais aussi économique, qui pourraient de fait empêcher les pays plus

[11] High Seas Alliance, « Protecting the Ocean We Need - Securing the Future We Want ». Disponible en ligne : *http://highseasalliance.org/treaty-negotiations* (consulté le 29 septembre 2018).

pauvres d'y prendre part. C'est pourquoi, en application de la résolution 69/292 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2015, un fonds de contributions volontaires a été établi dans le but de permettre aux pays en développement (en particulier les pays les moins avancés, les pays en développement sans littoral et les petits États insulaires en développement) de participer effectivement aux réunions du comité préparatoire dans un premier temps, puis aux sessions de la conférence intergouvernementale.

L'assistance ainsi apportée a pu consister, par exemple, dans la prise en charge financière des billets d'avion aller-retour des participants, en classe économique. De plus, la résolution 72/249 de l'Assemblée générale des Nations Unies de 2017 prévoit que l'aide accordée au titre du fonds englobe le versement d'une indemnité journalière de subsistance qui s'ajoute à la prise en charge des frais de voyage en classe économique ; le document précisant néanmoins que les demandes d'assistance sont limitées à un représentant par État et par session[12]. Il s'agit, ce faisant, de garantir la participation d'au moins un(e) représentant(e) par État, autrement dit à assurer une représentation géographique la plus équitable.

2.2. Les enjeux qui surgiront vraisemblablement de la conférence intergouvernementale

L'un des enjeux majeurs de l'organisation des conférences, qui est déterminant pour la réussite du processus de négociations, est celui d'arriver à une entente des parties prenantes s'agissant de la nomination des personnalités chargées de diriger les négociations ; une question particulièrement délicate à traiter dans le cas d'initiatives importantes qui implique de nombreux États, comme l'est cette conférence intergouvernementale. Après de nombreux discussions, le bureau de la conférence a fini par nommer une présidente de conférence ainsi que des vice-présidents issus des pays suivants : Algérie, Bahamas, Belgique, Brésil, Bulgarie, Canada, Chine, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Japon, Maroc, île Maurice, Mexique, Micronésie (États fédérés de) et Pologne. Aboutir à un accord de tous les participants quant à ces nominations n'a cependant pas été sans difficultés.

Précisément, en application du paragraphe 5 de la résolution 72/249 de 2017, le président de l'Assemblée générale a nommé Rena Lee (Singapour) présidente de la conférence dans une lettre datée du 14 février 2018 ; une nomination confirmée par une élection au début de la réunion d'organisation de la conférence qui s'est tenue du 16 au 18 avril 2018[13]. La confirmation de cette nomination a été possible grâce au déploiement d'une importante diplomatie internationale en amont de la réunion d'organisation. Le bureau de la conférence a par ailleurs élu 15 vice-présidents : 12 ont été désignés par acclamation le premier jour de la session

[12] *Source :* Bureau des affaires juridiques, Division des affaires maritimes et du droit de la mer, NYC, 2017.

[13] Réunion d'organisation de la conférence qui s'est tenue du 16 au 18 avril 2018.

tandis que trois vice-présidents, venant de la région des États d'Amérique latine et des Caraïbes, ont été élus au scrutin secret le 6 septembre 2018[14].

Les débats qui ont eu lieu durant la première session de la conférence intergouvernementale chargée d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant en septembre 2018 ont en outre ajouté de nombreux sujets aux déjà innombrables questions préalablement mises en évidence. Toutefois, à l'issue de cette première rencontre, la conférence a finalement décidé d'adopter un ordre du jour sans procéder à des modifications substantielles au regard des points arrêtés en amont[15]. A également été adopté un programme de travail[16].

Compte tenu de la multiplicité des acteurs censés participer à cette conférence et de la diversité des thèmes qui y seront sans aucun doute abordés, un autre des défis à relever est celui d'une gestion efficace de l'information et d'une bonne organisation des interventions ; des objectifs qui ne seront pas aisés à réaliser compte tenu du nombre important de participants. C'est pourquoi, à l'issue de la première session de la conférence, la présidente avait prié les délégations de réfléchir de leur côté, en vue des négociations ultérieures, à ce qu'il conviendrait d'inclure dans l'instrument international juridiquement contraignant ; mais aussi à la façon de procéder des intervenants[17].

3. LES PERSPECTIVES JURIDIQUES ET GÉOPOLITIQUES DU PROJET D'ACCORD ZAJN

Plusieurs débats préliminaires[18] ont servi de base aux discussions qui se sont déroulées au cours de la première session de la conférence. Les délégations ont par ailleurs réaffirmé que la convention des Nations Unies sur le droit de la mer devait servir de socle à l'élaboration de l'instrument juridiquement contraignant[19].

Précisément, ce dernier devrait traiter quatre sujets clés (3.1), auxquels s'ajoutent d'autres questions sensibles au regard de la géopolitique actuelle (3.2).

3.1. Les quatre sujets clés de l'accord ZAJN

Le processus de préparation et d'élaboration de l'instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la convention des Nations Unies sur le

---

[14] *Source :* Déclaration de la présidente de la conférence, New York, 4 au 17 septembre 2018. A/CONF.232/2018/7 du 20 septembre 2018, 2/28.

[15] Ordre du jour de la conférence. *Source :* A/CONF.232/2018/4. Disponible en ligne : *http://undocs.org/FR/A/CONF.232/2018/4* (consulté le 5 septembre 2018).

[16] Programme du travail de la conférence. *Source :* A/CONF.232/2018/5. Disponible en ligne : *http://undocs.org/FR/A/CONF.232/2018/5* (consulté le 5 septembre 2018).

[17] Déclaration de Son excellence madame l'Ambassadrice chargée des questions relatives aux océans et au droit de la mer, Envoyée spéciale du Ministère des affaires étrangères de Singapour, Rena Lee. *Source :* A/CONF.232/2018/7, 3/28.

[18] Nations Unies, Assemblée générale. « President's aid to discussions », du 25 juin 2018, A/CONF.232/2018/3.

[19] Nations Unies, Assemblée générale, A/CONF.232/2018/7, 1/28.

droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale consiste, essentiellement, dans l'organisation de débats de fond concernant quatre questions essentielles retenues dès 2011 et énoncées au paragraphe 2 de la résolution 72/249 de 2017, à savoir[20] :

3.1.1. La conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale

Conserver et utiliser durablement la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale est l'un des objectifs majeurs de l'instrument international envisagé. Sa réalisation dépend cependant de la prise en considération d'autres sujets importants tels que le renforcement des capacités et le transfert de techniques marines. Ainsi, dès la première session de la conférence[21], plusieurs propositions ont été présentées quant à la façon de présenter les objectifs et les modalités d'un renforcement des capacités et d'un transfert de techniques marines.

Précisons que, dès à présent, un autre enjeu important attaché à la conservation durable de la biodiversité marine des ZAJN est celui concernant à la gouvernance de la haute mer. En effet, « la gouvernance pour être efficace doit impérativement rechercher l'équilibre entre les bénéfices économiques venant des activités s'exerçant sur les océans et les dangers et menaces qui sont infligés au milieu marin et à ses ressources en raison de ces activités »[22].

3.1.2. Les ressources génétiques marines et le partage des bénéfices qu'il est possible d'en tirer

S'agissant des questions portant sur la haute mer, les défis à relever tiennent notamment sur la portée géographique de l'instrument ainsi que sur certaines problématiques interdisciplinaires telles que : les problématiques au tour à la chasse à la baleine en haute mer ; le rapport entre la construction des îles artificielles et la biodiversité dans les zones situés au-delà de la juridiction nationale ; la pollution maritime par le plastique et les responsabilités des États ; le pouvoir juridictionnel sur les navires en haute mer et la prévention des pollutions ; l'utilisation des ressources génétiques marines ; la gouvernance et la conservation de la biodiversité en zones polaires ; ainsi que la coopération et le transfert des technologies entre les États.

---

[20] Nations Unies, Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/72/249, 2/4.

[21] Nations Unies, Déclaration de la présidente de la conférence à l'issue de la première session de la conférence intergouvernementale chargée d'élaboration de l'accord ZAJN. Assemblée générale du 20 septembre 2018, A/CONF.232/2018/7, 3/28.

[22] De Marffy-Mantuano, A., « La biodiversité marine à la recherche d'une gouvernance efficace », in de Paiva Toledo, A., et V. Tassin, J. M. (2018). *Guide de la Navigation de la biodiversité marine au-delà de la juridiction nationale*, Belo Horizonte, Brésil, Ed. D'Placido, 72.

Tout en avançant dans l'évolution du droit international de l'environnement, en 2010 a été adopté le protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, en prolongeant les notions de conservation de la biodiversité encadrés par la convention sur la diversité biologique de 1992[23], mais aussi en s'appuyant sur l'interprétation notionnel des instruments internationaux déjà en vigueur, par exemple (en sens chronologique) : la convention à propos de la chasse à la baleine, de 1946[24] ; la convention RAMSAR de 1971[25] ; la convention CITES de 1975[26], la convention de BONN de 1979[27].

Néanmoins, s'agissant des ressources génétiques marines, y compris le sujet du partage des bénéfices qu'il est possible d'en tirer, à l'occasion des premiers débats qui se sont tenus en septembre 2018, quelques propositions à ce sujet ont déjà été présentées, comme par exemple la création d'un centre d'échange d'informations et d'autres dispositifs institutionnels dont les fonctions ont été précisées[28].

3.1.3. Les outils de gestion par zone, y compris les aires marines protégées

Les outils de gestion par zone, y compris les aires marines protégées (AMP), sont des procédés visant à atteindre l'objectif principal de l'accord envisagé, à savoir la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine dans les ZAJN. Or, afin d'assurer un réel accès à ces outils ainsi qu'une coopération et une cohérence d'action des États dans l'utilisation de ces derniers, il est impératif que l'accord ZAJN prévoie son articulation effective, d'une part, avec les objectifs d'Aichi relatifs à la diversité biologique et, d'autre part, avec l'objectif de développement durable n° 14 des Nations Unies. La mise en place de réseaux connectés d'AMP afin d'assurer une conservation à long terme et une utilisation durable de la biodiversité marine a, par ailleurs, été mentionnée.

De plus, la nécessité de délimiter des zones dans lesquelles les activités humaines doivent être restreintes, cela au bénéfice de l'environnement marin, semble indéniable. Il convient toutefois de noter qu'outre l'identification de ces zones, la procédure de désignation, la mise en œuvre, le suivi et l'examen régulier des outils s'y rapportant sont autant d'éléments qui exigeront sans nul doute un nouveau consensus international.

---

[23] La convention sur la diversité biologique, dit CDB, a été ouverte à la signature le 5 juin 1992 lors de la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (le « Sommet de la Terre » de Rio).

[24] *Convention* internationale pour la réglementation de la *chasse à la baleine.* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 161, 72.

[25] Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, RAMSAR 2 février 1971. Telle qu'amendée par le protocole du 3 décembre 1982, les amendements du 28 mai 1987 et sa mise à jour du 30 septembre 2016.

[26] Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvage menacées d'extinction, 1975. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, 243.

[27] Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, 1983. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1651, 355.

[28] *Ibid.,* 4/28.

Les discussions approfondies qui ont marqué les débats de septembre 2018 semblent donc prometteuses en ce qui concerne de tels outils de gestion par zone, y compris s'agissant des AMP.

3.1.4. Les études d'impact sur l'environnement ainsi que le renforcement des capacités et le transfert de techniques marines

Le principe de coopération est l'un des piliers de la CNUDM, plus spécifiquement l'obligation de coopération internationale en matière de recherche scientifique marine. En effet, aux termes de cette convention, « les États Parties peuvent effectuer des recherches scientifiques marines dans la Zone. Ils favorisent la coopération internationale en matière de recherches scientifiques marines dans la Zone »[29].

Néanmoins, la façon d'intégrer à ce nouvel accord les objectifs de renforcement des capacités et de transfert de techniques marines afin de donner effet à cette obligation de coopération est un sujet qui a donné lieu à la confrontation de plusieurs points de vue.

Tout d'abord, se pose la question de savoir si le groupe de travail spécialisé veut/peut envisager d'intégrer plusieurs objectifs en matière de coopération internationale, ou s'il convient de ne se concentrer que sur un seul objectif afin d'éviter toute redondance dans le contenu de l'instrument envisagé, soit celui de conserver et d'utiliser durablement la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale[30].

De plus, concernant les types et modalités de renforcement des capacités et de transfert de techniques marines, le groupe de travail a prévenu dès la première session de la conférence intergouvernementale que ce classement serait probablement établi ultérieurement par les États. Il s'agit ainsi de permettre de prendre en compte le développement probable de la technologie et d'éviter que le classement des modalités soit une liste exhaustive. Celle-ci doit être suffisamment souple afin d'être actualisée selon les besoins qui surgiront à l'avenir.

S'agissant des études d'impact sur l'environnement, l'accord devrait s'orienter vers différentes modalités, en tenant compte notamment des différentes situations pour lesquelles la réalisation de telles études paraît nécessaire, voire obligatoire. La manière de procéder à ces études, les éléments qui y seraient inclus, ainsi que leur lien avec les procédures prévues par d'autres instruments et cadres juridiques pertinents (organes mondiaux, régionaux et sectoriels) sont autant éléments à considérer quant au rôle que l'accord souhaite accorder aux études stratégiques

---

[29] CNUDM, Art. 143.3.

[30] Travaux du groupe de travail officieux sur le renforcement des capacités et le transfert de techniques marines, Rapport oral présenté par le facilitateur lors de la séance plénière du 14 septembre 2018, A/CONF.232/2018/7.

d'impact sur l'environnement menées à l'échelle internationale. Il s'agit d'éviter que celles-ci soient de simples « modalités formelles » à accomplir telles qu'elles le sont devenues dans certains pays.

3.2. D'autres sujets sensibles à traiter

Outre, les quatre sujets précédemment analysés, au regard du paragraphe 2 de la résolution 72/249, la conférence devrait également être l'occasion d'examiner plusieurs questions relatives à l'organisation[31] ainsi qu'à la mise en œuvre des points sur lesquels les pays impliqués devraient s'accorder.

En plus du défi juridique du nouvel accord ZAJN s'évoque aussi la construction d'une structure institutionnelle qui puisse articuler les règles du nouvel accord en négociation. En effet, soit « en élargissant le mandat de l'Autorité internationale des fonds marins, une des alternatives plus simples, économiques et de facile exécution »[32], soit par l'établissement d'une toute nouvelle structure institutionnelle, tout le tissage juridique se prolonge vers l'effectivité de la norme juridique à naitre.

L'une des questions les plus sensibles à cet égard, qui donnera vraisemblablement lieu à plusieurs débats dans le futur, est celle du financement nécessaire pour permettre d'avancer les travaux et d'assurer la mise en œuvre réelle de chaque disposition du nouvel accord envisagé ; mais aussi, d'une façon plus ponctuelle, des questions qui impliquent généralement des variations de positions selon les pays, notamment celles de la coopération et du renforcement des capacités techniques. Or, l'accord envisagé vise en particulier à progresser davantage en matière de coopération internationale sur les questions de renforcement des capacités et de transfert de techniques marines.

3.2.1. Du financement et de l'efficacité de l'accord envisagé

Le financement des activités visant un renforcement des capacités doit être à la fois suffisant, durable et prévisible. À cet égard, il est intéressant de se rapporter aux exemples mis en évidence par un intervenant durant la première session qui s'est tenue en septembre 2018, tel celui présenté par le Fonds pour l'environnement mondial[33]. Certes, il est encore trop tôt pour envisager un consensus à ce pro-

---

[31] Conférence intergouvernementale chargée d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale, première session, New York, 4-17 septembre 2018.

[32] Viera Hazin, F. H., « Recursos pesqueiros e o novo acordo internacional para a conservaçâo e uso sustentàvel da biodiversidade em áreas além da jurisdiçâo nacional », in de Paiva Toledo, A., et Tassin, V. J. M. (2018), *Guide de la Navigation de la biodiversité marine au-delà de la juridiction nationale*, Belo Horizonte, Brésil, Ed. D'Placido, 390.

[33] Le Fonds pour l'environnement mondial (FEM), qui regroupe 176 pays membres, est un mécanisme financier international qui a pour objectif de résoudre les problèmes environnementaux à l'échelle mondiale tout

pos, la conférence ne s'étant réunie qu'une seule fois à ce jour. Force est en effet de constater l'existence de divers points de vue concernant la question de savoir si le financement du renforcement des capacités et du transfert de techniques marines devrait être fourni à titre obligatoire ou volontaire par les États ainsi que d'autres acteurs impliqués et selon quelles proportions.

Les difficultés relatives à la recherche de financement ne sont pas seulement liées au caractère obligatoire ou non de celui-ci ; elles portent aussi et surtout sur la manière de le rendre durable. Rappelons qu'une discussion semblable existe en ce qui concerne le financement des aires marines protégées en haute mer, précisément au regard de la notion de non-appartenance. Ainsi, le problème de financement ne concerne pas uniquement les mécanismes attachés aux quatre sujets principaux précités, mais aussi l'accomplissement de l'objectif principal de l'accord envisagé, qu'il importe de rendre durable.

Lors de la première session de la conférence intergouvernementale chargée d'élaborer l'accord, le groupe de travail officieux sur le renforcement des capacités et le transfert de techniques marines a étudié un autre sujet sensible : leur suivi à travers des examens réguliers. Cette question est délicate, car elle exige un consensus sur la manière dont ces examens devraient être menés et un accord sur qui devrait les mener. Elle est aussi conflictuelle, car les opinions à ce sujet sont diverses. Cependant, la création d'un organe subsidiaire, qui rendrait compte à un organe de décision également à instituer, a déjà trouvé quelques soutiens[34].

3.2.2. La relation avec d'autres instruments internationaux et les systèmes juridiques nationaux des États

L'un des sujets qui a provoqué le plus d'effervescence juridique dans les centres académiques partout dans le monde à propos de l'accord ZAJN en cours d'élaboration est celui de la hiérarchie des normes. Précisément, la question se pose de savoir quel serait le niveau juridique du nouvel instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la CNUDM ?

Afin de répondre à cette interrogation, il convient de rappeler comment s'entend la hiérarchie des normes internationales.

À cet égard, suivant le professeur Santiago Villalpando, rappelons que l'idée d'une hiérarchie des normes internationales a été proposée par la convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), avec une catégorie comprenant des normes impératives de droit international général (*jus cogens*) reposant sur le principe selon lequel : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général »[35]. Outre les disposi-

---

en encourageant un développement durable au niveau national. Source : site officiel du FEM/GEF, *https://www.thegef.org/about/funding*.

[34] *Source :* A/CONF.232/2018/7, 9/28.

[35] CVDT, Art. 53.

tions de la CVDT relatives au *jus cogens*, il est également important de mentionner des articles de cette même convention portant sur la survenance d'une norme impérative, sur le règlement des différends[36], ou encore sur les conséquences de la nullité d'un traité en conflit avec une norme impérative du droit international général[37].

En outre, la CVDT précise : « Aux fins de la présente Convention (CVDT), une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »[38]. C'est pourquoi, dans l'examen du régime du *jus cogens,* il convient de distinguer les effets prévus par la CVDT et ceux qui relèvent du droit international général[39].

Rappelons par ailleurs qu'en ce qui concerne l'insertion des conventions internationales dans les systèmes juridiques nationaux et leur place hiérarchique par rapport à ces derniers, deux principales conceptions sont généralement adoptées. Selon la hiérarchie des normes retenue par la *Common Law*, et plus spécifiquement la doctrine dite de l'incorporation, le droit international est considéré comme faisant partie du droit interne de sorte qu'il y a une absence de primauté du premier sur le second[40]. En revanche, dans les pays de droit civil, dont la tradition juridique a eu une forte influence sur le système juridique des pays non anglophones, il est généralement admis que le droit international prévaut sur le droit interne[41], c'est-à-dire, en posent clairement le principe de primauté des engagements internationaux par rapport à la loi[42].

Enfin, il est aussi important de noter que le nouvel instrument international envisagé doit être juridiquement contraignant, donc obligatoire pour les États parties à la CNUDM. Toutefois, il peut arriver qu'à l'issue du processus d'élaboration de l'accord ZAJN, un État partie de la CNUDM ne souhaite finalement pas le signer. Une telle situation a d'ailleurs été prévue par l'Assemblée générale des Nations Unies qui, à travers les résolutions 69/292 et 72/249, a considéré que l'instrument

---

[36] CVDT, Art. 64 et Art. 66, alinéa *a.*

[37] CVDT, Art. 71

[38] CVDT, Art. 53.

[39] Villalpando, S. (2005), *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*. Nouvelle édition, Genève, Graduate Institute Publications (généré le 24 décembre 2018). DOI : 10.4000/books.iheid.1154, 75-123.

[40] Grosdidier de Matons, J., *Les instruments juridiques internationaux de facilitation du transport et du commerce en Afrique*, Programme de politiques de transport en Afrique SSATP, La Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Washington, États-Unis, 2e édition, 2014, 8. Voir également : van Bogaert, E. (1968), « Les antinomies entre le droit international et le droit interne », Revue générale de droit international public, 346.

[41] *Ibid.,* 10.

[42] En droit français, le rapport entre les traités et la loi est réglé par l'article 55 de la constitution de 1958, aux termes duquel : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». *Source :* le service public de la diffusion du droit *Legisfrance*, « Constitution du 4 octobre 1958, version consolidée au 21 octobre 2009 ».

en question ne devait pas porter préjudice aux instruments et cadres juridiques en vigueur ; ni aux organes mondiaux, régionaux et sectoriels existants.

4. CONCLUSION

La conférence intergouvernementale, dont l'objectif est d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la CNUDM, examinera donc en particulier les questions de la conservation et de l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale. Il s'agira, pour les États participant aux négociations, de prendre conjointement des décisions à propos de plusieurs questions : celle des ressources génétiques marines, y compris concernant le partage des bénéfices que l'on peut en tirer ; celle des instruments à mettre en place à cette fin, tels que des outils de gestion par zone, y compris dans les aires marines protégées ; celle des études d'impact sur l'environnement à réaliser ; enfin, celle du renforcement des capacités et du transfert de techniques marines.

Des innombrables propositions exposées lors des débats qui se sont tenus durant la première session de la conférence en septembre 2018, il ressort en particulier que parmi les défis les plus difficiles à relever figure celui de l'effectivité de l'accord ZAJN qui implique l'obligation pour les États signataires de le respecter et une possible sanction de ceux-ci en cas de non-respect de celle-ci.

Afin d'assurer cette effectivité, il semble dès à présent nécessaire d'envisager des arrangements institutionnels établissant un organe décisionnel mondial : une conférence des parties, un comité scientifico-technique, un comité de respect des obligations, ou bien un secrétariat permanent. Il s'agirait aussi de prévoir des dispositions relatives au règlement des litiges et un mécanisme assurant un financement pérenne afin de permettre une réelle mise en œuvre de l'accord.

L'instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la CNUDM doit favoriser le renforcement de la coopération entre les États et les autres parties prenantes, pour garantir la conservation et une utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale, en même temps qu'une cohérence des politiques publiques nationales et internationales à ce sujet, notamment entre les organismes régionaux et sectoriels compétents.

Il est également nécessaire que l'instrument repose dans une large mesure sur les cadres et organes existants, ce qui contribuerait à mieux garantir son effectivité. De plus, en dépit des règles relatives à la hiérarchie des normes présentes dans la convention de Vienne (CVDT) ou bien établies par la doctrine, il serait souhaitable d'établir explicitement une hiérarchie entre le nouvel accord ZAJN et les autres instruments internationaux et régionaux. Enfin, il paraît également essentiel d'instaurer un réseau mondial de coordination de mécanismes compatibles avec les objectifs de l'accord ZAJN.