

INSTITUT DU DROIT DE LA PAIX ET DU DÉVELOPPEMENT

École doctorale D.E.S.P.E.G.

Groupe d'Études et de Recherches sur les Évolutions du Droit International et Comparé –
G.E.R.E.D.I.C. (E.A. n° 3180)

L'OUVRAGE PUBLIC ET LE DROIT INTERNATIONAL

Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2015 par

M. Werner HOFFNER

Sous la direction de M. Thierry GARCIA

JURY

Directeur de recherches :

M. Thierry GARCIA

Maître de conférences en droit public à l'Université
de Nice - Sophia Antipolis

Rapporteurs :

Mme Laurence BOISSON DE CHAZOURNES

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

Mme Bérangère TAXIL

Professeur à l'Université d'Angers

Suffragants :

M. Albane GESLIN

Professeur à l'Institut d'Études Politiques de Lyon

M. Jean-Christophe MARTIN

Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à mon directeur de thèse, pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant d'encadrer mes recherches et pour les précieux conseils qu'il m'a prodigués tout au long de ce parcours. Je n'aurais pas pu achever ce travail sans son aide et sa rigueur.

Je tiens ensuite à remercier les membres du jury d'avoir accepté de lire et de discuter cette thèse ; je suis honoré par leur présence.

Mes pensées vont à ma famille et plus particulièrement à ma mère qui m'a donné le goût du travail et de l'exigence.

Mes remerciements vont ensuite à l'ensemble des personnes qui m'ont aidé dans la phase finale de la rédaction ainsi qu'à ceux qui m'ont accompagné au quotidien : Emilie, Jean-Christophe, Florian, Stéphane, Solenne, James A. Hetfield, Robert J. A. Halford et David Coverdale.

Je n'aurais jamais entrepris ce travail ni poursuivi mes études en droit international public si, un mercredi matin du mois de septembre 2005, je n'avais assisté pour la première fois au cours magistral du Professeur Louis BALMOND. Le cours du jour portait sur la plénitude de la compétence territoriale de l'Etat et sa nécessaire conciliation avec les droits et intérêts des Etats tiers. Par une subtile ironie du sort, notre séance s'était achevée sur l'affaire de la construction du pont au-dessus du détroit du Grand-Belt. Ces travaux lui sont dédiés.

À Emilie

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

A.C.D.I.	Annuaire de la Commission du droit international
A.F.D.I.	Annuaire Français de Droit International
A.I.D.I.	Annuaire de l'Institut du Droit International
A.J.D.A.	Actualité Juridique du Droit Administratif
C.D.E.	Cahiers de Droit Européen
C.I.J.	Cour Internationale de Justice
C.J.U.E.	Cour de Justice de l'Union européenne
C.P.A.	Cour permanente d'arbitrage
C.P.J.I.	Cour Permanente de Justice Internationale
J.D.I.	Journal du droit international (Clunet)
Mél.	Mélanges
P.E.V.	Politique Européenne de Voisinage
R.A.E.	Revue des Affaires Européennes
R.B.D.I.	Revue Belge de Droit International
R.C.A.D.I.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
R.D.P.	Revue de Droit Public et de Sciences Politiques
R.F.D.A	Revue Française de Droit administratif
R.G.D.I.P.	Revue Générale de Droit International Public
R.I.D.C.	Revue Internationale de droit comparé
R.S.A.	Recueil des sentences arbitrales
S.F.D.I	Société Française pour le Droit International

SOMMAIRE

PARTIE I. LA STRUCTURATION DE L'OUVRAGE PUBLIC PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Titre I - Le droit de l'Etat d'entreprendre unilatéralement la construction de l'ouvrage public

Chapitre I. La liberté d'aménager garantie par le droit international

Chapitre II. La liberté d'aménager protégée par le droit international

Titre II. L'obligation de concilier la construction de l'ouvrage public avec les droits et intérêts des Etats tiers

Chapitre III. L'aménagement des ressources en eau partagées

Chapitre IV. L'aménagement de la mer

PARTIE II. LA SOUMISSION DE L'OUVRAGE PUBLIC AU DROIT INTERNATIONAL

Titre III. L'obligation de l'Etat de respecter les normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public

Chapitre V. Le contenu des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public

Chapitre VI. L'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public

Titre IV. L'incitation de l'Etat à respecter les normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public

Chapitre VII. La subordination du financement de l'ouvrage public au respect de conditionnalités environnementales et sociales

Chapitre VIII. La responsabilité des bailleurs de fonds à raison du financement de l'ouvrage public

INTRODUCTION GENERALE

Cas n°1 - Saisie par la Finlande, la Cour internationale de Justice était amenée à statuer sur la licéité de la construction unilatérale d'un pont par le Danemark au-dessus du détroit du Grand-Belt. La Finlande alléguait que la construction de cet ouvrage public était de nature à créer un *fait accompli*, entravant la liberté de navigation dans le détroit. Durant les audiences relatives aux mesures conservatoires, le Danemark soutenait que les revendications de la Finlande ne pouvaient être satisfaites que par l'octroi de dommages et intérêts : la réparation par équivalent était le seul mode de réparation possible pour l'atteinte portée aux conditions de navigation résultant de la construction. La Cour rejeta cet argument, se réservant le droit d'ordonner le démantèlement complet du pont dans sa décision au fond en ces termes : « *on ne peut ni ne doit exclure a priori la possibilité d'une décision judiciaire ordonnant soit de cesser les travaux soit de modifier ou de démanteler les ouvrages* »¹. L'affaire fut rayée du rôle peu de temps après à la demande des parties et la construction de l'ouvrage public menée à son terme, au grand soulagement des institutions de l'Union européenne : le pont était l'un des maillons indispensables de la construction d'un grand réseau européen de transports et bénéficiait à ce titre des concours financiers de plusieurs bailleurs de fonds internationaux.

Cas n° 2 - Dans l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, les parties s'affrontaient sur le statut juridique de Qit'at Jaradah, minuscule formation maritime inhabitée, dépourvue de végétation et relevant de la souveraineté de Bahreïn. A marée basse, Qit'at Jaradah fait six-cent mètres de long sur soixante-quinze mètres de large ; à marée haute, douze mètres de long sur quatre mètres de large pour une altitude d'environ quarante centimètres. Rappelant qu'une île est définie en droit international comme « une étendue naturelle de terre entourée d'eau qui reste découverte à marée haute »², la Cour en a donc conclu que Qit'at Jaradah répondait à ces critères, bénéficiait conséquemment d'une mer territoriale et devait être prise en compte aux fins du tracé de la ligne d'équidistance³. La cause est entendue : quarante-huit mètres carrés de sable émergeant, à marée haute, à deux fois la hauteur du *Traité de droit international public* des professeurs A. Pellet, P. Daillier et M. Forteau peuvent générer jusqu'à douze milles marins de mer territoriale, soit un cercle de vingt-deux kilomètres. Ces conditions

¹ CIJ, *Affaire du Passage par le Grand-Belt* (Finlande c. Danemark), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, *CIJ Recueil*, 1991, § 31, p. 19, nos italiques.

² Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contigüe, art. 10, § 1 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 121, § 1.

³ CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), arrêt du 16 mars 2001, *Rec.* p. 63, § 195.

varient toutefois en fonction des phénomènes naturels de sédimentation et d'élévation du niveau de la mer et rien n'indique que Qit'at Jaradah sera encore émergée dans un futur proche. Dans son opinion individuelle, le juge Oda avait averti la Cour de l'interprétation qui pourrait être faite de ce passage de la décision. Le juge pointait précisément le risque que les Etats soient tentés de procéder à des travaux d'enrochement de ces minuscules éminences maritimes afin de le maintenir hors des flots en permanence : « Un autre point m'inquiète, qui est que la technologie moderne *permettra peut-être d'ériger sur de petites îles et des hauts-fonds découvrants divers ouvrages à vocation récréative ou industrielle*. La Convention des Nations Unies de 1982 contient certes quelques dispositions pertinentes en ce domaine (par exemple les articles 60 et 80), *mais j'estime que la question de savoir si ce genre d'ouvrages serait autorisé par le droit international et celle de savoir, le cas échéant, quel serait le statut juridique de ces ouvrages appellent débat*. Les passages du présent arrêt [...] pourraient avoir une incidence énorme sur l'évolution future du droit de la mer »⁴.

Cas n° 3 - La quatrième Convention de Genève fait interdiction à la puissance occupante de « procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle »⁵. Une association française s'était pourvue en justice, en France, contre deux entreprises françaises qui avaient obtenu de l'Etat d'Israël la conclusion d'un contrat en vue de la construction et de l'exploitation d'un tramway entre Jérusalem-Ouest et des implantations israéliennes à Jérusalem-Est. La décision sur la recevabilité et la compétence rendue en première instance avait ouvert la voie à la reconnaissance, d'une part, de l'invocabilité de l'article 49 de la quatrième Convention de Genève par des personnes privées, d'autre part, de la nullité d'un contrat passé par des personnes privées en contradiction avec ces dispositions⁶. Au fond, le tribunal de grande instance de Nanterre dit cependant que « la disposition en cause [...] adresse uniquement une prohibition à l'Etat occupant, sans créer de droits subjectifs au profit des ressortissants du territoire occupé, lesquels ne sont même pas mentionnés dans cet alinéa »⁷.

Cas n° 4. La construction d'une ligne et d'un pont ferroviaires destinés à la circulation de trains à grande vitesse avaient rendu nécessaire l'expropriation partielle de quatre familles par les autorités grecques. Les maisons de chacune d'entre elles se trouvaient, après la construction de l'ouvrage public, à une distance inférieure à cinq mètres des rails, avec toutes les nuisances qu'une telle situation entraînait. Les maisons de trois d'entre elles se trouvaient en contrebas du pont

⁴ CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), arrêt du 16 mars 2001, Opinion individuelle du juge ODA, § 9. Nos italiques.

⁵ Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, art. 49, § 6.

⁶ Tribunal de grande instance de Nanterre (France), *Association France Palestine Solidarité c. Veolia Transport, Alstom, Alstom Transport*, jugement du 15 avril 2009.

⁷ Tribunal de grande instance de Nanterre (France), 6e chambre, n° RG: 10/02629, jugement du 30 mai 2011.

ferroviaire, si bien que leur horizon était définitivement obstrué et qu'elles se trouvaient exposés à une pollution sonore et à des vibrations constantes. Les familles avaient été indemnisées suite à leur expropriation partielle. Cependant, elle se plaignaient devant le juge interne de n'avoir été indemnisées du préjudice résultant de la perte de valeur de la partie non expropriée de leurs biens entraînée par le fonctionnement l'ouvrage public : comment revendre le bien dans de telles conditions ? Ce type de contentieux est généralement appréhendé sous l'angle de la responsabilité sans faute de l'Administration, les requérants ne pouvant réclamer pareille indemnisation qu'en démontrant l'existence d'un préjudice « anormal et spécial ». Le juge interne avait ainsi refusé de faire droit à leur demande. Les requérants saisirent la Cour européenne des droits de l'homme et alléguaient d'une violation de l'article 1 du premier Protocole additionnel. Traditionnellement réticente à trancher ce type de différend dans lesquels les autorités nationales disposent d'une marge d'appréciation importante, la Cour va toutefois reconnaître la responsabilité de la Grèce : en refusant d'indemniser les requérants pour la baisse de la valeur de la partie non expropriée de leurs terrains, le juge interne avait rompu le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde des droits individuels et les exigences de l'intérêt général⁸.

*

Dans le premier cas se posait la question de la conciliation, avec la liberté de navigation, du droit de l'Etat d'entreprendre la construction d'un ouvrage public au-dessus d'un détroit. Mené au nom de l'intérêt général (en vue de désenclaver une région traversée par un détroit), s'intégrant plus largement dans un programme défini par une organisation internationale, sa licéité était contestée devant un juge international indiquant que ses pouvoirs s'étendent virtuellement jusqu'au démantèlement complet. Dans le second cas, l'absence de définition quantitative de « l'île » dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer permet d'entrevoir, avec l'évolution des techniques industrielles, l'usage qui peut être fait de l'ouvrage public en vue de garantir une prétention territoriale. Dans le troisième cas, se posait la question de l'invocabilité, par une personne privée, de la norme internationale prohibant la construction de l'ouvrage public par (ou pour le compte) de l'Etat devant le juge interne. Etaient ici directement visé ceux (les investisseurs) qui disposent des techniques permettant la construction de l'ouvrage public pourtant prohibé par le droit international. Dans le quatrième cas, était en jeu le contrôle exercé par une juridiction internationale sur l'analyse faite par le juge interne de l'équilibre nécessaire entre la sauvegarde des droits individuels et les exigences de l'intérêt général.

⁸ Cour EDH, *Athanasίου et autres c. Grèce*, 9 février 2006, n° 2531/02.

Ces quatre exemples illustrent tous, à des degrés variables, la complexité des rapports dialectiques entretenus par l'ouvrage public et le droit international (§2) qui font l'objet de cette thèse (§1).

§1. L'objet de l'étude

Notre étude part de l'hypothèse selon laquelle une réflexion d'ensemble sur les rapports entre l'ouvrage public (A) et le droit international (B) est nécessaire.

A. L'étude porte sur l'ouvrage public

Nous souhaitons analyser ces questions sous l'angle de l'ouvrage public et non sous celui d'un ouvrage public particulier. Une conception unitaire (2) sera ainsi préférée à une approche sectorielle portant sur un ouvrage public particulier (1).

1. L'exclusion d'une approche sectorielle portant sur un ouvrage public

Les analyses sectorielles qui portent sur un ouvrage public en particulier (le barrage⁹, le mur, le pipeline¹⁰, le canal¹¹, le tunnel¹², etc.) ont à la fois l'avantage et l'inconvénient de la précision et de la technicité. Avantage, car elles apportent une connaissance fondamentale du droit international applicable dans le cadre (géographique¹³, temporel, etc.) qu'elles précisent. Inconvénient, car leur champ d'application limite par essence la transversalité nécessaire à l'étude des dynamiques de fond du droit international.

Un exemple peut en être donné avec le rapport de la Commission mondiale des barrages. En avril 1997, avec le soutien de la Banque mondiale et de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), les représentants de divers groupes d'intérêt se réunirent en Suisse afin de

⁹ HAPPOLD M., « Dams and International Law », in BOISSON DE CHAZOURNES L., SALMAN S. M. A. (Drs.), *Les ressources en eau et le droit international*, Académie de droit international de La Haye, Travaux du Centre d'études et de recherches en droit international et relations internationales, 2005, pp. 577-604 ; BAINHAM A., « The Danube Dams and International Law », *Cambridge law journal*, vol. 57, n° 1, 1998, pp. 1-45 ; BAXI U., « What Happens Next is Up to You : Human Rights at Risk in Dams and Development », *American University International Law Review*, vol. 16, n° 6, 2001, pp. 1507-1529.

¹⁰ SOUBEYROL J., « La condition juridique des pipe-lines en droit international », *AFDI*, 1958, pp. 166-185.

¹¹ AURESCU B., « L'efficacité des dispositions sur le règlement des différends dans les conventions environnementales. Etude de cas : le projet ukrainien du canal navigable Bystroe dans le delta du Danube », in AURESCU B., PELLET A. (Drs.), *Actualité du droit des fleuves internationaux. Actes des journées d'étude des 24 et 25 octobre 2008*, Paris : Pedone, 2010, pp. 265-283 ; KLINGHOFFER V., *L'élargissement du canal de Panama*, Mémoire (non publié), SCAPEL Ch. (Dir.), Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 2008, 72 p ; MACK G., *The land divided : a history of the Panama Canal and other isthmian canal projects*, New-York : Octagon Books, 1974, 650 p.

¹² DARIAN-SMITH E., *Bridging divides : the Channel tunnel and English legal identity in the new Europe*, University of California Press, 1999, 256 p.

¹³ GROS ESPIELL H., « Le régime du Rio de la Plata », *AFDI*, 1964, pp. 725-737.

débattre de questions hautement litigieuses liées à la question des grands barrages. L'atelier accueillit trente-neuf participants, représentant les gouvernements, le secteur privé, les institutions financières internationales, les organisations de la société civile et des personnes elles-mêmes concernées. À l'issue de la réunion, il fut proposé que toutes les parties collaborent à la création de la Commission mondiale des barrages (CMB), avec pour mandat d'examiner l'impact des grands barrages en matière de développement et d'évaluer les options disponibles en ce qui concerne le développement des ressources en eau et en énergie ; et de mettre au point des critères, des lignes directrices et des normes acceptables à l'échelle internationale, concernant la planification, la conception, l'évaluation, la construction, l'exploitation et le contrôle des grands barrages, ou leur mise hors service. Les travaux de la CMB débutèrent en mai 1998, sous la présidence du Professeur Kader Asmal. En novembre 2000, la Commission publia son rapport final, *Barrages et développement : un nouveau cadre pour la prise de décisions* qui constitue depuis lors la référence à la fois en matière d'état des lieux des impacts des grands barrages, et de recommandations pour la mise en oeuvre des grands barrages.

Plusieurs questions fondamentales sont abordées dans ce rapport¹⁴ : le sort des peuples autochtones et de certaines populations particulièrement vulnérables (femmes et enfants), les déplacements massifs causés par la construction des systèmes d'écluse, la submersion de sites classés sur la Liste du patrimoine mondial de l'UNESCO, la nécessité de faire participer les individus à la prise de décision en matière d'aménagement, la diversité des bailleurs de fonds et la détermination de leurs éventuelles responsabilités, etc. Mais l'on voit mal en quoi ces questions sont *propres* aux barrages : elles se posent à l'identique à chaque fois que l'Etat procède à la construction de routes, de ponts, ou plus largement de toute opération d'aménagement du territoire d'une certaine envergure. Surtout, le choix d'un ouvrage en particulier peut vite devenir problématique : s'agissant des fleuves internationaux, il n'y a pas que les barrages qui sont susceptibles de générer les impacts susvisés, que l'on songe par exemple à l'élargissement artificiel des chenaux navigables ou à la construction des ouvrages annexes au projet principal (routes, réseaux d'alimentation, etc). Seule l'*ampleur* des impacts peut éventuellement servir de critère distinctif, mais il ne s'agit alors plus d'une question juridique et qui relève désormais du calcul économique (à charge pour les services de planification de l'Etat de choisir le type d'ouvrage générant le moins d'impact).

Cette question sémantique s'est également posée de façon très intéressante en marge de l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire de l'*Edification d'un mur en*

¹⁴ ASMAL K., « Introduction : World Commission on Dams Report, Dams and Development », *American University International Law Review*, vol. 16, n° 1, 2001, pp. 143-156 ; SALMAN S. M. A., « Dams, International Rivers, and Riparian States : an Analysis of the Recommendation of the World Commission on Dams », *American University International Law Review*, vol. 16, n° 6, 2001, pp. 1477-1505 ; SANCHEZ R. M., « To the World Commission on Dams : don't forget the law, and don't forget human rights : lessons from the U.S. – Mexico border », *The University of Miami inter-American law review*, vol. 30, n° 3, 1999, pp. 629-657.

territoire palestinien occupé. Un débat s'était élevé devant les juges sur le vocabulaire utilisé par les différents protagonistes pour qualifier les « ouvrages » édifiés par Israël en territoire palestinien. Dans son argumentation, le gouvernement israélien employait le terme « clôture » (« fence ») et contestait vigoureusement l'usage du vocable « mur » par l'Assemblée générale des Nations Unies et la Palestine. Le Secrétaire général des Nations Unies retenait quant à lui le terme « barrière » (« barrier »), arguant du fait qu'il s'agissait d'un terme plus général. J.-M. Sorel, officiant en qualité de conseil du Belize, fut le seul représentant à avoir évoqué les fondements terminologiques de l'affaire en ces termes : « l'expression même de « mur » est contestée par Israël qui le qualifie de « clôture » ou de « barrière ». De l'avis du Belize, cette distinction n'est pas pertinente. Qu'il s'agisse d'une construction en béton prenant la forme d'un véritable mur, ou de rangées de barbelés (...), les effets restent similaires quelles que soient les appellations utilisées »¹⁵. L'argumentation doit être saluée : le droit international n'isole pas de notion autonome de « mur », de « barrière », de « clôture » et seuls comptent les effets de la construction en cause dont la licéité doit être appréciée au regard des règles pertinentes du droit international. Analysant ce débat sous l'angle de la sémantique et de la sémiotique, A. Geslin s'était interrogée en ces termes : « Y a-t-il un terme adéquat ? Est-il un terme représentant *une plus grande généralité* que les autres et s'avérant ainsi susceptible de *mieux englober* cette réalité complexe que les autres ? »¹⁶. Si la Cour a éprouvé quelques difficultés à qualifier le « mur » israélien en Palestine dans son avis consultatif, elle n'en a éprouvé aucune en revanche à considérer qu'il s'agissait d'un « ouvrage »¹⁷. Plutôt qu'une approche visant une catégorie particulière d'aménagement, nous souhaitons proposer une étude fondée sur une conception unitaire portant sur l'ouvrage public.

2. Le choix d'une conception unitaire portant sur l'ouvrage public

Ce qui unit chacun des exemples cités précédemment, c'est la rencontre avec le droit international d'un *ouvrage public*, c'est-à-dire d'un bien immobilier résultant d'une opération d'aménagement par l'Etat (ou pour son compte) d'un espace relevant de sa souveraineté ou de sa juridiction en vue de la satisfaction d'un intérêt public. Le but méthodologique poursuivi par notre travail n'est pas de projeter une notion de droit administratif français dans le champ disciplinaire du droit international. Nous n'employons ici la terminologie issue du droit français¹⁸, et partagée par de

¹⁵ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, exposé oral de J.-M. SOREL au nom du Belize, Audience publique, 24 février 2004, Compte rendu 2004/3, §21, p. 20

¹⁶ GESLIN A., « *Sémantique, sémiotique et matérialité des murs* », in « *Les murs et le droit international* », Acte du colloque du CERDIN, Cahiers internationaux, n°24, Paris : Pedone, p. 51, nos italiques.

¹⁷ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 24 février 2004, *CIJ Recueil*, §67, p. 164.

¹⁸ Il est enseigné que par opposition au simple ouvrage de construction, « *bâtiment, édifice et plus généralement toute espèce de construction, tout élément concourant à la construction d'un édifice par opposition aux éléments*

nombreux systèmes juridiques étrangers¹⁹, que par commodité et non par analogie. Que plusieurs auteurs spécialistes de droit administratif pointent la déconstruction progressive de la notion de service public²⁰ en droit interne, phénomène qui atteint, par extension, celle d'ouvrage public²¹, est ici sans objet. Deux raisons dictent ce choix sémantique.

En premier lieu, ce terme nous permet de qualifier une pratique universelle qui accorde à l'Etat le pouvoir d'organiser et de répartir, sur les espaces relevant de souveraineté ou de sa juridiction, les infrastructures nécessaires à son développement. Même dans les Etats qui laissent une libre part à l'initiative privée dans l'accomplissement de cette mission s'exerce un contrôle étatique, fondée sur l'autorisation administrative accordée à un particulier d'entreprendre l'activité visée. Surtout, la question de l'ouvrage public se pose à l'ensemble des Etats indépendamment de leur niveau de développement. Tous les Etats sont confrontés à des problèmes communs de gestion et de valorisation de la domanialité publique²². Ils définissent à cet effet une politique économique et financière en matière de grands projets d'investissements, afin de développer les nouvelles infrastructures dont leur pays a besoin. Ils ordonnent la priorité entre les projets les plus importants et ceux considérés comme secondaires. Les nécessités de telles politiques sont connues : indispensable reconstruction d'un pays après des événements exceptionnels, volonté pour un gouvernement de laisser des marques visibles, influence du niveau et du mode de vie et d'une région entière, etc. Cette programmation politique induit nécessairement un certain interventionnisme de leur part. Il leur faut d'abord faire face aux bouleversements qui interviennent dans la géographie du travail. La croissance exige en effet une adaptation permanente, un déplacement continu des capitaux et des hommes des secteurs en déclin vers ceux qui bénéficient de perspectives favorables. Ces migrations internes nécessitent la construction d'infrastructures de transport permettant d'assurer la circulation effective des biens, services et personnes.

En second lieu, ce choix sémantique nous semble le mieux à même de saisir toute la complexité dialectique qu'entretiennent l'ouvrage public et le droit international. Nous l'avons choisi pour sa neutralité qui permet de se distancier d'une tendance académique de fond qui fait de l'« impact » (environnemental, social) le critère déterminant lorsqu'il s'agit de choisir des exemples

d'équipement », l'ouvrage public recouvre tout immeuble résultant d'un travail ou d'un aménagement affecté « [...] soit à l'usage direct du public soit à un service public » : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, v° Ouvrage, PUF, Coll. Quadrige, 7^e Ed., 2005, p. 637.

¹⁹ V. en anglais : « *public work* » (ouvrage public) ; « *public works* » (travaux publics), « *structure* » (ouvrage d'art) bien que le terme consacré en matière de politique de grands travaux soit celui d'« *internal improvement* ». En droit américain, un critère financier est utilisé pour distinguer les plus grands ouvrages : ceux impliquant une dépense publique supérieure à un milliard de dollars sont considérés comme « *mega projects* ». En droit italien : « *lavori pubblici* » (ouvrage et travaux publics).

²⁰ RAINAUD J.-M., *La crise du service public français*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1999, 128 p.

²¹ MELLERAY F., « Incertitudes sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 2005, p. 1376 et s.

²² BARBERIS J., « Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *AFDI*, 1999, pp. 132-147.

d'application²³. Cela revient mécaniquement à privilégier, d'une part, les *grands* ouvrages publics (dont le barrage gigantesque construit par un Etat riverain sur un fleuve international constitue la figure d'Epinal) et, d'autre part, induire indirectement l'idée qu'en deçà d'un certain seuil d'importance le droit international se désintéressait des ouvrages publics. Bien évidemment la question du filtrage des projets et de l'atténuation des impacts environnementaux et sociaux est fondamentale et occupera une place importante dans notre analyse ; mais il sera soutenu qu'elle n'épuise pas toute la dialectique entre l'ouvrage public et le droit international. Les règles du droit international intéressent-elles les nuisances minimales ? Apportent-elles une solution au riverain excédé par le bruit et la vibration des vitres de son salon suite à la construction récente d'une autoroute près de son quartier ? Le décalage entre la grandeur des buts assignés au droit international contemporain - la paix et le développement - et l'étroitesse des problèmes évoqués invite immédiatement à disqualifier ces conflits et les rejeter bien au-delà des « confins » de notre champ disciplinaire : le droit international n'a que faire des décharges nauséabondes, des collecteurs d'eau défectueux, des autoroutes bruyantes et des riverains en colère. Et pourtant, voilà certains riverains déboutés de leurs prétentions devant le juge interne et suffisamment déterminés pour s'emparer des articles 8 de la CEDH et 1er du premier Protocole additionnel pour plaider avec succès à Strasbourg l'altération des conditions de jouissance de leur bien immobilier suite à la construction de l'ouvrage public. Une dynamique identique s'observe dans les rapports interétatiques où il n'est nul besoin d'ouvrages gigantesques pour déclencher un différend international, que l'on songe à la prise en compte de l'ouvrage public dans le contentieux des effectivités où aux aménagements de petites formations maritimes en vue de leur assurer le statut d'île et par la même la génération de larges espaces maritimes. Ainsi défini, le terme choisi nous semble être le vecteur le plus propice à une analyse dialectique des rapports dialectiques entre l'ouvrage public et le droit international.

B. L'étude porte sur l'ouvrage public et le droit international

Notre étude n'a pas pour objet d'identifier une notion autonome d'ouvrage public *en* droit international, ce qui présupposerait qu'existe un régime juridique spécifique, s'appuyant sur des règles de domanialité publique communes à l'ensemble des Etats formant la Communauté internationale (1). *A contrario*, notre étude vise à analyser les rapports dialectiques entre l'ouvrage

²³ BASTMEIJER K., KOIVUROVA T. (Dir.), *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment*, Martinus Nijhoff, 2008, 397 p. ; BOWMAN M., BOYLE A. (Dir.), *Environmental Damage in International and Comparative Law : Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, 2002, 380 p. ; BRATSPIES R. M., MILLER R. A. (Dir.), *Transboundary Harm in International Law. Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge University Press, 2006, 372 p ; PEREZ M., « Biodiversité et droit de l'urbanisme », *Revue juridique de l'environnement*, Numéro spécial : « Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature : réflexion prospective », 2008, pp. 179-184.

public et le droit international (3) qui ne se limitent pas seulement aux ouvrages publics internationalisés par traité au profit de deux ou plusieurs Etats (2).

1. L'étude n'a pas pour objet d'identifier une notion autonome d'ouvrage public *en droit international*

Notre étude n'a pas pour objet d'identifier les contours d'une hypothétique notion d'ouvrage public *en* droit international, sorte de transposition héritée du droit interne, qui supposerait l'existence de règles de domanialité publique communes à l'ensemble des Etats de la Communauté internationale et l'existence d'autorités centralisées à même de les faire respecter. Le droit international ne singularise pas l'ouvrage public en tant que notion autonome. Si l'ouvrage public est soumis à un régime juridique c'est bien celui dicté par le statut du territoire sur lequel il se trouve : ce n'est pas *son* régime juridique. Que l'on ne s'y méprenne pas : le droit international n'attache ainsi aucun effet *propre* à l'ouvrage public dans les relations qu'il entretient avec le statut des territoires sur lesquels les Etats les construisent. Si le statut du territoire est sous cet angle déterminant pour le régime de l'ouvrage public, il ne l'est pas *en raison* de l'ouvrage. Les règles particulières qui trouveront à s'appliquer n'ont pas été définies *en vue de* répondre aux problèmes spécifiques posés par l'ouvrage public. Il se trouve simplement que l'ouvrage public est soumis aux règles qui s'appliquent à toute activité se déroulant sur le territoire sur lequel il est établi.

Cela explique que le droit international ne dise que très peu de choses des ouvrages publics : en dehors de rares traités multilatéraux intéressant *directement* certains ouvrages publics tels les barrages et qui n'ont été ratifiés (dans le meilleur des cas) que par un nombre très restreint d'Etat, il n'existe pas de règles *spécifiques* aux ouvrages publics tirées du droit international. On trouve bien quelques affaires contentieuses soumises à la juridiction internationale permanente ou à l'arbitrage, sans toutefois que les juges ou les arbitres saisis n'aient pu délimiter le périmètre d'obligations coutumières applicables à la construction, l'exploitation et le démantèlement des ouvrages.

2. L'étude n'est pas limitée à l'analyse du régime juridique de l'ouvrage public *international*

Notre conception du sujet n'est pas non plus limitée à l'internationalité directe de l'ouvrage public. En ce sens, notre étude ne sera pas limitée à l'ouvrage public *international*, c'est-à-dire celui exploité en commun par deux ou plusieurs Etats. Il s'agit là d'une question importante sur laquelle nous reviendrons dans nos développements, mais qui n'épuise pas à elle seule notre sujet : il s'agit simplement d'un régime juridique particulier visant les modalités d'exploitation d'un ouvrage public

mais qui n'altère pas la portée du droit international à son égard. Deux exemples suffisent pour s'en convaincre. Le tunnel sous la Manche devait être initialement un pont suspendu entre la France et le Royaume Uni au-dessus du Pas-de-Calais (qui ressort juridiquement de la catégorie des détroits) : le projet avait été abandonné et transformé en tunnel face à l'opposition des Etats tiers qui alléguaient que la liberté de navigation en serait irrémédiablement entravée. S'il avait été construit en dépit de ces oppositions, le fait qu'il s'agisse d'un ouvrage public international(isé) n'aurait influé qu'en second temps, quant aux questions de répartition de la responsabilité internationale entre la France et du Royaume-Uni. Mais cela n'aurait rien changé à la question première de la licéité du projet au regard du droit international (ici, l'interdiction d'entraver la navigation dans les détroits). De ce point de vue, l'ouvrage public ne se serait pas fondamentalement distingué du pont construit unilatéralement par le Danemark sur le détroit du Grand Belt.

Nous retiendrons ici une conception large des rapports entre l'ouvrage public et le droit international : si elle inclut la question des modalités d'exploitation transfrontalière par plusieurs Etats, elle n'y est pas limitée. Notre étude a pour objet d'analyser les rapports dialectiques entre l'ouvrage public et le droit international.

3. L'étude a pour objet d'analyser les rapports dialectiques entre l'ouvrage public et le droit international

Notre étude vise ainsi à analyser les rapports entre l'ouvrage public et le droit international public, ce qui suppose avant toute chose que nous précisions notre conception **(a)**. Notre étude repose sur l'hypothèse scientifique suivante : la construction d'un ouvrage public, acte d'aménagement du territoire par l'Etat qui est l'une des manifestations les plus tangibles de sa souveraineté territoriale, ne saurait s'exercer que dans les limites acceptables tracées par le droit international public **(b)**.

a. L'identification du cadre conceptuel de l'étude

Nous retiendrons en premier temps une conception ouverte des *sujets* du droit international. Ce choix est dicté par des raisons pragmatiques et il convient avant toute chose de se départir de l'idée selon laquelle la construction d'un ouvrage public serait le résultat d'un processus décisionnel ne faisant intervenir que l'Etat. Certes, ce dernier conserve le monopole de la planification des grands schémas d'infrastructures et de la répartition des compétences de ses collectivités infraétatiques par la loi. C'est encore sa responsabilité internationale qui sera engagée pour fait internationalement illicite, lorsque l'ouvrage public aura été construit et/ou exploité par lui ou pour son compte en méconnaissance d'une obligation internationale. Mais derrière cette unité de façade, il nous apparaît

fondamental de rappeler que le processus décisionnel concourant à la fois au choix de la nature, de la localisation, des modalités d'exploitation, etc., de l'ouvrage public s'exerce dans le cadre d'un système d'acteurs et de rapports de force complexe et instable.

Acteur polymorphe, « l'Etat y apparaît (...) sous de multiples facettes : producteur de normes, internes et internationales, contractant, objet lui-même d'obligations »²⁴. L'aménagement du territoire ne peut plus être regardé comme relevant des *seules* autorités nationales car il doit désormais s'accommoder de nouveaux acteurs territoriaux *infraétatiques* (collectivités territoriales²⁵), *a-étatiques* (entreprises²⁶, associations²⁷) ou *supraétatiques* (organisations intergouvernementales régionales d'intégration économique, au premier rang desquelles l'Union européenne²⁸ ; banques multilatérales de développement ; programmes de (re)construction portés par l'ONU, etc.). Comme le souligne Ph. Subra, « cet effacement progressif de la référence nationale au profit d'autres échelles, d'autres niveaux d'analyse, exprime un phénomène géopolitique majeur, qui est la crise de la représentation de la Nation, comme représentation géopolitique principale, c'est-à-dire comme territoire de référence, pour l'élaboration des politiques publiques, à la fois d'un point de vue technique (territoire pertinent) et d'un point de vue politique (territoire légitime) »²⁹. Des tendances évoquées, l'action des organisations internationales en matière de planification et d'aménagement du territoire est indéniablement celle qui fait l'objet des plus vigoureuses critiques de la part des défenseurs du modèle classique d'utilisation de l'espace. L'émergence d'une vision *supraétatique* de l'aménagement du territoire est donc par nature plus laborieuse. Les Etats membres se sont ainsi bien gardés de conférer toute compétence exclusive à l'Union européenne en la matière, ce qui ne les empêche pas pour autant de travailler avec les institutions en vue d'élaborer des scénarios spéciaux à moyen-terme pour dynamiser la cohésion territoriale de l'Union.

Cette diversification des sujets et des acteurs a pour première conséquence la multiplication des autorités amenées à se prononcer, à un moment ou un autre, sur tout ou partie d'un projet

²⁴ HAUPAIS N., « Les acteurs du droit international de l'eau », SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, p. 42.

²⁵ Les collectivités infraétatiques jouent désormais un rôle majeur dans l'aménagement du territoire des Etats décentralisés. En France, les collectivités territoriales (régions, départements, communes ou intercommunalités) se sont affirmées en ce sens après avoir hérité de nouvelles compétences avec les lois de décentralisation du début des années 1980.

²⁶ La libéralisation des investissements internationaux, tant au plan international que régional, a rendu aux entreprises leur liberté totale dans leur stratégie de localisation. L'implantation d'une entreprise dans un territoire donné est donc le fruit d'un rapport concurrentiel entre Etats. Dans ce contexte, l'aménagement et l'équipement du territoire constituent des facteurs déterminants dans l'attractivité des territoires et influent donc directement l'issue de ce rapport concurrentiel.

²⁷ Les associations jouent un rôle décisif en bloquant de nombreux projets d'équipement ou en influant, par la contestation, sur leur contenu, leur localisation, leur tracé et leur coût.

²⁸ L'Union européenne intervient à la fois comme bailleur de fonds, dans la définition de grands schémas d'infrastructures et par des réglementations spécifiques (directives Natura 2000 et Habitat, libéralisation du secteur des transports).

²⁹ SUBRA Ph., « Ce que le débat public nous dit du territoire et de son aménagement », *Géocarrefour*, vol. 81/4, 2006, § 7, p. 298.

d'ouvrage public, et exercer un contrôle plus ou moins resserré sur celui-ci. La décision d'aménagement, qui ressort en dernier lieu de l'Etat, fait ainsi intervenir d'autres Etats souverains (par l'entremise de financements bilatéraux consentis directement de gré à gré ou par le biais d'agence bilatérale de développement), une ou plusieurs organisations internationales (banques multilatérales de développement) indépendamment l'une de l'autre ou, au contraire, liées par un accord de cofinancement prévoyant les standards environnementaux applicables, voire occupant la fonction d'agence d'exécution d'un fonds internationalisé pour la protection de l'environnement. Pour peu que l'ouvrage public projeté doive être construit sur une ressource naturelle partagée (un fleuve international par exemple), il est probable qu'une commission mixte internationale associant tout ou partie des riverains soit compétente pour se prononcer sur le projet, voir l'approuver en dernier lieu. Que l'ouvrage public soit construit sur ou à proximité d'un site classé sur la Liste du Patrimoine mondial de l'UNESCO et l'Etat devra apporter la justification précise des mesures techniques envisagées au Comité compétent³⁰, etc.

La coopération internationale « classique » en faveur du développement reposait pour l'essentiel sur la coordination d'un nombre restreint d'acteurs relativement homogènes, munis de pouvoirs de décision et réunis dans le but de résoudre un problème donné. Cette coopération n'a jamais été organisée autour d'un organe centralisateur et s'est toujours accommodée d'un certain degré de diversité. Ainsi, à l'*institutionnel* (création d'organisations internationales spécialisées dans le financement du développement, faible nombre d'agences bilatérales de développement, création d'agences spécialisées des Nations Unies, par exemple) s'ajoutait le *relationnel* (enceintes informelles de négociations structurées en « Groupes » (G8, G20) constituant d'importants relais de pouvoir) sans que la cohérence globale de la coopération internationale pour le développement ne s'en trouva remise fondamentalement en cause. Ce schéma complexe n'a pas disparu aujourd'hui, loin s'en faut. Mais il doit désormais s'accommoder de la forte concurrence exercée par de nouveaux acteurs de la coopération en faveur de développement. Le « marché »³¹ de l'aide au développement en a été profondément marqué par un double mouvement de *prolifération* (augmentation du nombre d'intervenants) et de *fragmentation* (dispersion de l'activité des bailleurs).

La nécessité d'apporter une réponse efficace aux nouveaux défis du développement a d'abord conduit les *acteurs traditionnels* (Etats et organisations internationales) à modifier leurs pratiques. C'est le cas de la multiplication des *programmes multilatéraux* : les Nations Unies comptent ainsi

³⁰ PRIEUR M., « Les conséquences juridiques de l'inscription d'un site sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco », *Revue juridique de l'environnement*, 2007, pp. 101-112.

³¹ SEVERINO J.M., RAY O., « La fin de l'aide publique au développement : mort et renaissance d'une politique publique globale », *Revue d'économie du développement*, 2011/1, vol. 25, p. 11.

plus de soixante-dix organismes ou fonds spéciaux consacrés au développement³², soit un nombre plus important que les quarante-huit pays les moins avancés (PMA)³³ qu'ils sont censés aider³⁴. La Comité d'aide au développement de l'OCDE a pu dénombrer jusqu'à deux-cent-soixante-trois organismes multilatéraux actifs dans le domaine du développement³⁵. Cette catégorisation des fonds a eu pour effet de substituer une logique sectorielle (qui semble plus adaptée pour saisir des problèmes d'envergure mondiale) à l'échelle nationale qui prévalait jusqu'alors dans la coopération en faveur du développement. Le nombre d'*agences bilatérales de développement* a lui aussi augmenté. Alors que, dans les années 1960, l'aide bilatérale au développement provenait essentiellement des États-Unis, de France et de Grande Bretagne, on dénombre aujourd'hui près de soixante bailleurs bilatéraux. Beaucoup d'États qui bénéficiaient jusqu'à peu de l'aide publique au développement et dont certains sont emprunteurs auprès de la BIRD ont créé leur propre agence de développement bilatérale. Cette augmentation du nombre d'agences bilatérales ne s'est pas traduite par un accroissement significatif des transferts de fonds : toutes proportions gardées, l'irruption de ces nouvelles agences a au contraire entraîné une forte diminution de la taille moyenne des projets ou des opérations financées. Au-delà, les *entités infraétatiques* ont initié leurs propres projets bilatéraux. Cette coopération décentralisée prend la forme de réseaux dans lesquels de collectivités locales situées dans un État développé vont conduire des projets de développement (notamment urbain) sur le territoire d'une collectivité d'un État en développement.

Les procédés de densification institutionnelle de l'aide au développement que nous venons de décrire concernent les acteurs traditionnels. Ils portent la marque de la puissance étatique. La fin du monopole de l'État dans l'aide au développement, initiée dans les années 1990, a provoqué une explosion de l'offre privée. Une multitude d'ONG ont été créées dans tous les pays industrialisés. Les plus importantes d'entre elles sont dotées de budgets conséquents et sont devenues des acteurs incontournables de la solidarité internationale : leurs activités représentent désormais une part considérable des transferts financiers Nord-Sud. Les *fondations privées* sont également devenues des acteurs importants de l'industrie de la solidarité³⁶. Bien que l'essentiel de leurs activités ait trait à

³² ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DEVELOPPEMENT (AID), *Aid Architecture: An Overview of the Main Trends in Official Development Assistance Flows*, mai 2008, 47 p., not. pp. 11-13.

³³ Tels que dénombrés par la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (UNCTAD) au 28 mars 2014. Cette comparaison a notamment été mise en évidence par J.-M. Severino et O. Ray : SEVERINO J.M., RAY O., « La fin de l'aide publique au développement : mort et renaissance d'une politique publique globale », *Revue d'économie du développement*, 2011/1, vol. 25, p. 12.

³⁴ Ces nouveaux fonds représentaient 7 % de l'aide multinationale en 2005. Leur part n'a pas cessé d'augmenter depuis : KHARAS H., *Trends and Issues in Development Aid*, Document de travail du Wolfensohn Center for Development, novembre 2007, cité in SEVERINO J.M., RAY O., « La fin de l'aide publique au développement : mort et renaissance d'une politique publique globale », *Revue d'économie du développement*, 2011/1, vol. 25, p. 13.

³⁵ SEVERINO J.M., RAY O., « La fin de l'aide publique au développement : mort et renaissance d'une politique publique globale », *Revue d'économie du développement*, 2011/1, vol. 25, p. 13.

³⁶ Pour une étude globale, v. OCDE, *Fondations philanthropiques et coopération pour le développement*, tiré-à-part des dossiers du Comité d'aide au développement (CAD), 2003, vol. 4, n° 3, 86 p.

l'amélioration des conditions sanitaires des populations défavorisées, une part substantielle de leurs dons est affectée à des projets d'équipement du territoire de taille moyenne³⁷. Le même mouvement s'observe à l'égard des *entreprises privées* qui, outre leur participation à des activités de solidarité, tendent à rationaliser (de façon plus ou moins désintéressée) leurs activités par l'adoption de politiques de responsabilité sociale et environnementale³⁸. Les *banques privées* s'inscrivent dans la même dynamique lorsqu'elles souscrivent volontairement à une démarche de responsabilité sociale des entreprises dont l'expression la plus connue dans la matière qui nous intéresse est constituée par les Principes d'Equateur. Nous reviendrons sur cette diversification des sujets et acteurs de l'aménagement du territoire à l'occasion de la problématisation du sujet.

Le fait que l'ensemble du processus décisionnel concourant à l'ouvrage public s'exerce dans le cadre d'un système d'acteurs et de rapports de force complexe et instable détermine directement l'étendue des *sources* du droit international qui seront mobilisées durant nos travaux. Au plan substantiel, si l'on veut bien élargir la focale et considérer que l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'épuise pas la grande diversité des sources du droit international, il est aisé de trouver de nombreux textes intéressant directement notre sujet. Lier l'aménagement du territoire étatique et le respect du droit international n'a pas pour objectif de dénier aux Etats leur liberté de disposer de leur souveraineté territoriale pleine et exclusive : les règles de prohibition existent, mais demeurent limitées. Notre étude ambitionne au contraire de prendre la mesure des charges induites par le droit international sur ces opérations d'aménagement ; elle impose de considérer, à côté des sources formelles du droit international (le traité et la coutume seront pleinement mobilisés dans nos travaux), une large catégorie de sources informelles (la technique du standard sera pleinement acceptée dans nos travaux³⁹). La thématique de l'ouvrage public est ainsi l'un des terrains d'élection du droit souple, et en particulier celui généré par le droit des institutions économiques internationales qui offre de nombreux exemples de souplesse de l'*instrumentum* ou du *negotium*. Les standards

³⁷ A titre d'exemple, la fondation Hilton apporte son concours depuis 1990 au projet World Vision, qui vise à améliorer l'approvisionnement en eau dans les régions les plus déshéritées du Ghana, où la dracunculose existe à l'état endémique. Créée en 1944 par le magnat de l'hôtellerie Conrad N. Hilton, c'est l'une des rares fondations d'importance moyenne fortement orientées vers le développement international. Le projet Word Vision/Hilton a permis de creuser jusqu'en 2002 plus de 1 100 puits alimentant plusieurs centaines de milliers de personnes. Au Sommet mondial pour le développement durable, qui a eu lieu la même année à Johannesburg, la fondation Hilton et l'organisation USAID ont annoncé le lancement d'un partenariat public/privé pour étendre le projet à de nouvelles régions du Ghana, du Mali et du Niger. En 2003, 12 partenaires concourt à l'Initiative ouest-africaine pour l'eau (WAWI), parmi lesquels l'UNICEF, WaterAid ainsi que plusieurs ONG et institutions académiques ; il y avait également le Conseil mondial du chlore, une association professionnelle qui, (conjointement à l'Institut Vinyl) fournira des tuyaux PVC et d'autres dons aux participants.

³⁸ Les sociétés transnationales perçoivent en effet de plus en plus clairement que leur réussite économique est liée à l'amélioration de leur image publique dans les pays où elles investissent, et à leur capacité à apporter des solutions aux principaux défis nationaux des politiques publiques.

³⁹ SHELTON D. (Dir.), *Commitment and compliance : the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford university Press, New York, 2000, 560 p. ; SHELTON D., « Introduction. Law, Non-Law and the problem of Soft-Law », in SHELTON D. (Dir.), *Commitment and compliance : the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford university Press, New York, 2000, pp. 1-18.

environnementaux et sociaux adoptés au sein des institutions financières internationales sont à la fois des éléments déterminants de la protection internationale de l'environnement et des personnes affectées par l'ouvrage public. La nature juridique de ces standards et leur place dans la légalité internationale fait toutefois l'objet de nombreuses controverses. Au plan formel, ces standards ne sont ni des traités, ni l'expression d'une norme coutumière, bien qu'ils puissent préfigurer l'émergence de nouveaux principes du droit international. Leur développement et leur mise en œuvre n'obéissent en rien au schéma traditionnel de production normative en droit international. Ils doivent bien moins aux États qu'aux institutions financières et aux réseaux de la société civile formés vue d'influencer ces institutions.

b. La présentation du cadre méthodologique de l'étude

L'étude des rapports dialectiques entre l'ouvrage public et le droit international n'implique pas la systématisation. Nous ferons, tout au long de notre étude, un certain nombre de choix afin de valoriser les exemples qui illustrent, selon nous, telle ou telle dialectique. Cela nécessite toutefois que nous précisions le cadre méthodologique strict observé à cet effet : notre étude portera sur la mise en œuvre, par l'Etat (ou pour son compte), de sa liberté d'aménager, au moyen d'un ouvrage public, un espace soumis à sa souveraineté ou relevant de sa juridiction.

Notre étude visera en premier lieu sur les ouvrages publics construits par (ou pour le compte) d'Etat(s). Deux conséquences découlent de ce premier choix.

D'abord, conformément à ce que nous avons indiqué plus haut, le terme Etat est ici entendu au-sens large comme désignant à la fois les autorités centrales de ce dernier ainsi que l'ensemble des collectivités soumises à son autorité (entités fédérées et collectivités infraétatiques) et de nature à engager sa responsabilité internationale. Si l'essentiels de nos développements intéresseront des hypothèses où s'exprime le pouvoir central de l'Etat sur l'ouvrage public, nous ménagerons une part restreinte de nos travaux à la question des ouvrages publics exploités en communs par les collectivités infraétatiques.

Ensuite, notre étude ne portera pas sur le statut des ouvrages construits par les organisations internationales en vue de l'accomplissement de leurs missions statutaires. Il ne sera pas question, par exemple, de qualifier la nature des travaux exercés sur le siège des organisations internationales et leur soumission au droit interne (ou non) de l'Etat lié par l'accord de siège. En revanche, nous intégrerons à plusieurs reprises les organisations internationales dans nos travaux lorsque ces dernières participent à la construction de l'ouvrage public par un Etat, soit *directement* (notamment

par l'entremise d'un financement accordé par une banque multilatérale de développement⁴⁰), soit *indirectement*. Cela sera par exemple le cas, s'agissant de cette dernière hypothèse, lorsqu'un Etat, placé sous administration internationale, est riverain d'un fleuve international et que se pose la question de sa notification suite au projet de construction d'un ouvrage public par un autre riverain : qui des organes administrants ou des représentants de l'Etat doit être bénéficiaire de la notification ?

Notre étude portera en second lieu sur l'ouvrage public construit par un Etat (ou pour son compte) sur un espace soumis à sa souveraineté ou relevant de sa juridiction. Deux conséquences découlent de ce second choix.

D'abord, nous limiterons nos travaux à la Terre et n'aborderons pas la question de la construction de l'ouvrage public sur la Lune et/ou les autres corps célestes. La question peut sembler légère, voire triviale. Il existe pourtant sur ce point un cadre juridique très précis qui pourrait tout à fait faire l'objet de développements substantiels dans le corps de nos travaux. Nous avons choisi de l'exclure et de ne le mentionner ici qu'en raison de l'absence de pratique étatique. L'Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes⁴¹ décrit très précisément le régime de la construction d'ouvrages publics. Ce texte interdit l'aménagement de bases, installations et fortifications militaires, les essais d'armes de tous types et l'exécution de manoeuvres militaires⁴². En revanche, le traité autorise l'utilisation de tout équipement ou installation nécessaire à l'exploration et à l'utilisation pacifiques de la Lune⁴³. Les États parties peuvent ainsi installer des stations habitées ou inhabitées sur la Lune. Un État partie qui installe une station n'utilise que la surface nécessaire pour répondre aux besoins de la station et fait connaître immédiatement au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies l'emplacement et les buts de ladite station. De même, par la suite, il fait savoir chaque année au Secrétaire général si cette station continue d'être utilisée et si ses buts ont changé⁴⁴. Les stations doivent être disposées de façon à ne pas empêcher le libre accès à toutes les parties de la Lune, du personnel, des véhicules et du matériel d'autres États parties qui poursuivent des activités sur la Lune. La Lune et ses ressources naturelles constituent le patrimoine commun de l'humanité, et ne peut faire l'objet d'aucune appropriation nationale par proclamation de souveraineté, ni par voie d'utilisation ou d'occupation, ni par aucun autre moyen. L'installation à la surface ou sous la surface de la Lune de personnel ou de véhicules, matériel, stations, installations ou équipements

⁴⁰ PLATER, Z. J. B., « Multilateral development banks, environmental diseconomies, and international reform pressures on the lending process : the example of Third World dam-building projects », *Boston College Third World Law Journal*, vol. 9, 1989, pp. 169-215.

⁴¹ Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes, 5 décembre 1979, UN doc. A/RES/34/68.

⁴² *Ibid*, art. 3, 4).

⁴³ *Ibid*, art. 7.

⁴⁴ *Ibid*, art. 9.

spatiaux, y compris d'ouvrages reliés à sa surface ou à son sous-sol, ne crée pas donc aucun droits de propriété sur la surface ou le sous-sol de la Lune ou sur une partie quelconque de celle-ci⁴⁵.

Ensuite, nos travaux portent sur la construction de l'ouvrage public par un Etat (ou pour son compte) sur un espace soumis à sa souveraineté ou relevant de sa juridiction. Nous analyserons à cet effet la dialectique de l'ouvrage public et du droit international à la fois sur le territoire terrestre de l'Etat ainsi que dans les espaces maritimes pertinents.

§2. La problématique de l'étude

L'ensemble du processus conduisant à la construction puis l'exploitation d'un ouvrage public par un Etat s'exerce dans le respect du droit international. La proposition peut surprendre, car les critères usuellement retenus pour juger de la pertinence d'un aménagement sont majoritairement liés à la situation interne propre à chaque Etat, tels la population, l'espace disponible et la demande de nouveaux services publics. Il y a là une manifestation des plus concrètes de la souveraineté territoriale des Etats, ces derniers n'entendant pas être soumis à un quelconque contrôle supranational de leurs opérations internes d'aménagement du territoire sans y avoir préalablement souscrit.

L'unilatéralité qui est la marque de fabrique de l'acte d'aménagement du territoire, matérialisé par l'ouvrage public, s'exprime dans un contexte général d'utilisations concurrentes des espaces par les autres souverains. Les limites les plus fondamentales imparties par le droit international à l'exercice de cette compétence visent donc en premier lieu le respect de la règle de l'exclusivité et de la plénitude de la compétence territoriale : l'Etat peut procéder à la construction de l'ouvrage public dans les espaces relevant de sa souveraineté ou de sa juridiction (lorsque le droit international le permet) sans que n'existe un mécanisme d'autorisation préalable par les autres souverains, mais il ne peut aménager que ceux-ci **(A)**. Le droit international tempère également le caractère exorbitant de l'action de l'Etat à l'égard de l'environnement et de la population affectée par l'ouvrage : la prévalence de l'intérêt général sur les intérêts particuliers ne constitue pas un motif d'inexécution des engagements internationaux concourant à la protection de l'environnement et au respect des droits de l'homme **(B)**.

⁴⁵ *Ibid*, art. 11.

A. La clarification des limites imposées au droit de l'Etat d'entreprendre unilatéralement la construction de l'ouvrage public au nom de la préservation des droits et intérêts des Etats tiers

Le droit international est un droit fondamentalement spatial dont la mission première (mais non exclusive) est la répartition harmonieuse des espaces entre Etats. Dans les rapports entre souverains, l'ouvrage public interpelle ainsi avant toute chose le statut juridique des territoires sur lesquels il est construit. L'ouvrage public peut en affecter la possession (s'il vise à consolider une prétention territoriale), en troubler le régime (lorsque sa construction conduit à soumettre un territoire à la juridiction d'un Etat autre que celui qui détient le titre de souveraineté), en préempter l'utilisation (lorsque l'ouvrage est construit unilatéralement sur une ressource naturelle partagée), etc. Il en résulte que l'ouvrage public sera nécessairement soumis à des règles différentes compte tenu de la nature particulière du statut du territoire sur lequel il est construit.

L'ouvrage public, opération matérialisant le choix d'aménagement opéré par l'Etat, est avant toute chose une utilisation privative et durable du territoire. L'aménagement du territoire s'attache à poser les problèmes par anticipation. Il néglige le court terme pour envisager un avenir lointain, en considérant la localisation des activités non telle qu'elle est, mais telle qu'elle devrait être pour permettre aux individus de mener une vie plus libre et plus saine et aux entreprises de se répartir d'une manière moins coûteuse pour le pays. Il montrera, par exemple, que les dépenses faites pour améliorer les transports dans une région dépeuplée auront, dix ou quinze ans plus tard, un rendement meilleur pour la productivité et la qualité de la vie que celles faites dans une région déjà saturée où elles entraîneraient un nouvel afflux de population. On retrouve ici le problème fondamental de toute politique économique, celui des sacrifices qui peuvent être imposés dans l'immédiat à un pays pour préparer son avenir. Au-delà de l'accompagnement des mutations, l'aménagement du territoire se fixe donc à long terme un but beaucoup plus ambitieux, qui est de promouvoir une croissance équilibrée. Il s'en suit qu'une fois qu'un projet d'ouvrage public a passé le test préliminaire de faisabilité technique et économique et attiré l'intérêt du gouvernement, des institutions de financement extérieures et des milieux politiques, le dynamisme qui sous-tend le projet l'emporte souvent sur de nouvelles estimations. L'ouvrage public engage sur le long terme : si sa construction est entreprise unilatéralement en violation du droit international et menée à son terme, les chances sont fortes que la situation de fait créée perdure et ne puisse être remise en cause, y compris par le juge international.

C'est ici que se trouve la première dialectique d'importance de notre sujet : le droit international *structure* l'ouvrage public dans la société interétatique en fournissant un cadre général

ordonnant à la fois le droit par l'Etat de procéder aux aménagements de son choix et le respect des droits et intérêts des Etats tiers. Le droit international prohibe ainsi l'imposition du fait accompli, c'est-à-dire une situation de fait résultant de la construction de l'ouvrage public en violation des règles cardinales de plénitude et d'exclusivité de la compétence territoriale. Les Etats sont tenus par une obligation générale de coopération⁴⁶ qui s'applique indifféremment à l'ouvrage public implanté sur le territoire terrestre ou maritime. Cette limite fondamentale à l'exercice unilatéral de la liberté d'aménager concerne *a minima* l'ensemble des ressources naturelles dites « partagées ». Elle implique le respect de l'obligation de prévention des dommages transfrontières, définie par la Commission du droit international (CDI) de la sorte : « les États intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une ou de plusieurs organisations internationales compétentes pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum »⁴⁷. Les ressources en eau partagées sont la terre d'élection de cette obligation. Comme l'a relevé la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la coopération s'y avère « d'autant plus indispensable lorsqu'il s'agit, comme dans le cas du fleuve Uruguay, d'une ressource partagée qui ne peut être protégée que par le biais d'une coopération étroite et continue entre les riverains »⁴⁸. Le milieu marin est également concerné, la Convention de Montego Bay posant le principe selon lequel « les États ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin »⁴⁹. Le caractère coutumier de cette obligation de coopération a été confirmé par la jurisprudence, au moins s'agissant de prévenir la pollution de l'environnement marin : « l'obligation de coopérer constitue, en vertu de la partie XII de la Convention [de Montego Bay] et du droit international général, un principe fondamental en matière de prévention de la pollution du milieu marin et qu'il en découle des droits que le Tribunal peut considérer approprié de préserver (...) »⁵⁰.

Certains obstacles structurels font encore obstacle à l'éviction totale des emprises irrégulières par le droit international. L'argument du « fait accompli » est ainsi régulièrement invoqué devant le juge international. La situation peut être résumée de la façon suivante. Du côté des Parties au litige, l'Etat qui conduit les activités contestées est tenu par l'obligation générale de ne pas aggraver le différend mais doit répondre, devant ses administrés, de la poursuite d'un projet de développement important. L'interruption des travaux engendre des coûts considérables (que l'on songe aux clauses de pénalité insérées dans les contrats de construction, ou à la dégradation des ouvrages durant la pause de suspension des travaux). L'Etat qui s'oppose aux travaux sait quant à lui que le droit international

⁴⁶ V. décl. 2625(XXV) relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États.

⁴⁷ CDI, Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, art. 4.

⁴⁸ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 22 avril 2010, § 81.

⁴⁹ CNUDM, art. 192.

⁵⁰ TIDM, ord. 3 déc. 2001, affaire de l'Usine Mox, § 82, nous soulignons.

coutumier ne lui confère aucun droit de veto sur les projets de construction entrepris par les autres souverains (sauf à ce que cette possibilité ait fait l'objet d'un aménagement conventionnel préalable). Il sait également qu'une fois construit l'ouvrage public aura très peu de chances d'être démantelé, y compris si le juge international conclut à l'illicéité de la construction. La *restitution in integrum*, qui est la règle, ne trouve que difficilement à s'appliquer ici. Pour prendre une comparaison tirée du droit interne français, « ouvrage public mal placé ne se détruit pas ». Quand bien même la destruction serait ordonnée par le juge international, il faut garder à l'esprit que les travaux de démantèlement sont loin d'être anodins : rien n'indique *a priori* qu'ils n'entraîneront pas de pollution(s) et seront dépourvus d'impact sur l'environnement.

Cet équilibre entre l'Etat demandeur (qui souhaite obtenir la suspension des travaux avant l'examen au fond du différend) et le défendeur (qui souhaite poursuivre un projet licite à ses yeux) est également fragilisé par la dynamique qui sous-tend l'office du juge international saisi pour trancher le différend. Les mutations importantes observées dans le droit international depuis plusieurs décennies (réduction du domaine réservé, codification des règles, diversification des sujets, développement d'un contrôle général de la licéité des actions entreprises par les Etats) n'en ont pas altéré la substance volontariste. Le consentement à la juridiction internationale demeure la règle et les juridictions pour fonctionner doivent continuer à susciter la confiance des Parties. Si l'affaire du *Passage par le Grand-Belt* n'avait pas été rayée du rôle à la demande des parties après que le débat sur les mesures conservatoires ait eu lieu, la Cour internationale de Justice aurait-elle prononcé l'illicéité de l'ouvrage public au regard de la liberté de passage dans le détroit international ? Aurait-elle imposé le démantèlement de l'ouvrage, comme elle l'avait laissé entendre dans l'ordonnance rendue plus tôt ? *In fine*, les Etats accepteraient-ils la compétence d'une juridiction internationale si elle était grevée de telles charges ?

Au-delà, c'est la question de l'identification de la responsabilité internationale à raison de la construction de l'ouvrage public, fait internationalement illicite, qui est posée. Celle-ci revient en premier à l'Etat qui est seul compétent en dernier lieu pour prendre la décision de continuer les travaux. Mais qu'en est-il des autres sujets du droit international qui sont amenés à participer directement à ce processus décisionnel et dont l'action permet de concrétiser le projet ? L'Etat qui accorde un prêt bilatéral à un Etat souhaitant construire un ouvrage public en violation du droit international peut-il voir sa responsabilité internationale engagée pour avoir fourni une aide et une assistance à la commission du fait internationalement illicite ? Les prêts conditionnels accordés par les banques multilatérales de développement⁵¹ sont-ils eux aussi susceptibles d'engager la

⁵¹ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Technical and financial assistance and compliance : the interplay », in BEYERLIN U., STOLL P.-T., WOLFRUM R. (Dir.), *Ensuring compliance with multilateral agreements. Dialogue between practitioners*

responsabilité internationale de l'organisation considérée ?⁵² Poser la question revient à y répondre : le droit de la responsabilité pour fait internationalement illicite (de l'Etat, de l'organisation internationale) exclut du champ de la responsabilité ces hypothèses, sauf à démontrer une intention caractérisée du bailleur de fonds (étatique ou multilatéral).

B. La clarification des obligations internationales de l'Etat concourant à l'atténuation de l'impact environnemental et social de l'ouvrage public

A cette première dialectique horizontale, fondée sur l'idée de structuration de l'ouvrage public dans la société interétatique, s'ajoute une seconde dialectique fondée, quant à elle, sur un rapport de verticalité. Elle prend acte de la place grandissante accordée et/ou occupée par les individus qui peuvent se prévaloir dans l'ordre juridique interne de droits directement conférés par le droit international et saisir, dans la mesure où cette possibilité a été prévue, un juge international pour faire constater (voire réparer) la violation par l'Etat de ses obligations internationales. L'idée peut être présentée de la façon suivante. La construction de l'ouvrage public, conduite au nom de l'intérêt général, présuppose l'emploi par la puissance publique de pouvoirs exorbitants primant les intérêts individuels. Dans cette hypothèse, le droit international se désintéresse fondamentalement de la détermination de l'utilité publique qui justifie la construction de l'ouvrage public : il s'agit là d'une mission qui ressort de l'Etat et de lui seul. En revanche, la mise en oeuvre des étapes successives du projet n'échappe pas au contrôle de conventionnalité : la licéité des décisions administratives prises par la puissance publique pour faciliter la construction (fixation du cadre procédural de l'enquête publique, consultation des populations, expropriations⁵³, etc.) puis l'exploitation (suivi environnemental, etc.) de l'ouvrage public doit être appréciée au regard des engagements internationaux conventionnels et des obligations tirées du droit international coutumier opposables à l'Etat. Que la décision contestée vise à établir un ouvrage public permettant l'amélioration des conditions de vie d'une part importante de la population n'est pas une cause permettant à l'Etat de ne pas exécuter ses engagements internationaux.

and academia, Coll. « Studies on the law of treaties », Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 273-300 ; LAMETHE D., « Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d'investissement », *JDI*, 1998, pp. 45-66.

⁵² SUZUKI E., NANWANI S., « Responsibility of International Organizations : the Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks », *Michigan journal of international law*, vol. 27, n° 1, 2005, pp. 177-225 ; BOISSON DE CHAZOURNES L., « Le Panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international », *RGDIP*, vol. 105, n° 1, 2001, pp. 145-162.

⁵³ LOMBAERT B., « La protection juridictionnelle de la propriété privée face aux empiètements de l'administration », *RTDH*, vol. 21, 1995, pp. 33-40 ; DEJEANT-PONS M., « Droits de l'homme et environnement : les travaux du Conseil de l'Europe concernant la dimension territoriale des droits de l'homme », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 25, n° 2, 2008, pp. 97-119 ; DEJEANT-PONS M., « Les droits de l'homme à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe », *RTDH*, vol. 60, 2004, pp. 861-888.

L'analyse mettra en évidence le paradoxe qui nourrit aujourd'hui l'importante conflictualité des opérations d'aménagement du territoire : les Etats ont souscrit de nombreux engagements internationaux qui forment le noyau dur encadrant les pouvoirs exorbitants de la puissance publique, mais l'efficacité desdites normes est sujette à caution car leur mise en oeuvre dans l'ordre juridique interne de l'Etat se heurte à de nombreux obstacles. Dès lors, la solution privilégiée aujourd'hui repose essentiellement sur l'imposition de conditionnalités financières, technique qui n'en présente pas moins des limites théoriques et pratiques importantes.

Une première tendance de fond vise à réduire le fossé qui sépare la décision d'aménagement, dont nous avons indiqué précédemment qu'elle est fréquemment le fruit d'un processus centralisateur, de l'individu. Le droit international prend alors en compte la forte conflictualité qui entoure l'ouvrage public et qui transcende les inégalités de développement, drainant d'importants mouvements de protestation qui diffèrent fondamentalement d'un projet à un autre. Il s'agit, d'une certaine façon, de rapprocher l'ouvrage de son public⁵⁴.

Une seconde dimension, l'atténuation des impacts environnementaux et sociaux de l'ouvrage public, est appréhendée essentiellement par un régime de protection des sites (culturels et naturels) auquel s'ajoute un régime visant assurer la prééminence du droit dans la mise en oeuvre de la puissance publique : il en va en premier lieu de l'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage (expropriations directes et indirectes et perturbation de la jouissance effective du bien à raison du fonctionnement de l'ouvrage). Il en va ensuite de l'octroi d'une protection renforcée aux populations particulièrement vulnérables dans l'exécution des projets de développement, que ce régime favorable soit justifié *ab initio* par le genre, l'âge ou l'identité culturelle (dont la spécificité à la terre des peuples autochtones constitue l'une des manifestations les plus satisfaisantes). Il en va, enfin, de la question de la nature, de l'étendue et des modalités de la protection devant être accordée aux populations déplacées et réinstallées contre leur volonté et dont l'appréhension par le droit international apparaît largement inadéquate.

Le droit international regorge ainsi de normes protectrices des droits des individus contre l'usage excessifs par la puissance publique de ses pouvoirs exorbitants à l'occasion de la construction de l'ouvrage public. Lesdites normes ont vocation à produire en leurs effets dans les relations entre un Etat et une personne privée, au sein de l'ordre juridique de cet Etat. Leur sort se joue devant des organes de l'Etat qui sont à la fois tenus par des normes constitutionnelles et insérés dans un système

⁵⁴ WOODHOUSE M., « Is public participation a rule of the law of international watercourses ? », *Natural Resources Journal*, vol. 43, 2003, pp. 137-183 ; VERSCHUUREN J., « Public Participation Regarding the Elaboration and Approval of Projects in the EU After the Aarhus Convention », *Yearbook of European Environmental Law*, vol. 4, 2005, pp. 29-48 ; TIGNINO M., « Les contours du principe de la participation publique et la protection des ressources en eau transfrontières », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors série 7, juin 2010 ; TAYLOR C. R., « The right of participation in development projects », *Dickinson journal of international law*, vol. 13, n° 1, 1994, pp. 69-102.

institutionnel de séparation des pouvoirs. L'exécution décentralisée est donc une phase particulièrement délicate, susceptible d'exposer « [...] la personne privée, toute titulaire de droits subjectifs internationaux qu'elle soit, à la raison d'Etat, à moins que ne soit instituée une juridiction internationale devant laquelle elle puisse exposer ses griefs contre l'Etat »⁵⁵. Affirmer l'existence d'un corpus juridique international protecteur de l'environnement et des droits des individus affectés par l'ouvrage public est un a priori, selon nous, une étape importante mais insuffisante de l'étude des rapports dialectiques entre l'ouvrage public et le droit international. Plus encore que leur existence, c'est leur efficacité qui importe car la proclamation de droits virtuels n'est d'aucun intérêt pour ceux qui ont été expropriés sans indemnisation suffisante, réinstallés à côté de lieux pollués, privés de leurs terres ancestrales, etc. Il sera soutenu que le principal critère d'efficacité de ces normes protectrices passe par leur mise en oeuvre dans l'ordre juridique de l'Etat devant le juge interne. Or, s'il est désormais admis qu'un traité international peut être source de droits et d'obligations pour les personnes privées, le droit international ne règle que de façon lacunaire la question centrale des modalités d'adoption de la norme internationale. En droit de la responsabilité internationale, il a été relevé à de nombreuses reprises que le Projet d'articles relatifs à la responsabilité de l'Etat ne règle ni la question des juridictions compétentes pour statuer sur la réparation due à une personne privée, ni celle du titulaire du droit d'action en réparation (l'Etat ou la personne privée elle-même)⁵⁶.

Certes, des progrès considérables ont été accomplis grâce à la création de juridictions internationales spécialisées pouvant connaître directement des requêtes individuelles, et la ténacité de certains requérants finit souvent par être récompensée. Mais il est vain de penser que le juge international puisse jouer un rôle autre que subsidiaire dans le contrôle du respect des normes internationales environnementales et sociales protégeant les droits des individus des effets induits directement ou indirectement par l'ouvrage public. D'abord, le juge international se refuse à contrôler l'utilité publique du projet : cette étape est du seul ressort de l'Etat et il ne lui appartient pas de questionner ce choix. Ensuite, parce que les réticences à voir le juge international s'immiscer dans le bien-fondé des politiques d'aménagement du territoire demeurent vivaces. Le juge international limitera souvent son contrôle en renvoyant à la « marge nationale d'appréciation » de l'Etat. Enfin, le rôle subsidiaire du juge international se déduit des conditions d'accès offertes aux individus : peuvent-ils saisir directement le juge ou la saisine est-elle à contraire conditionnée ?

⁵⁵ LAGRANGE E., « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *op. cit.*, p. 323.

⁵⁶ V. les deux dispositions envisageant que l'obligation violée puisse être due à une personne privée : art. 48 et, surtout, l'art. 33, § 2 qui dispose sans autres précisions que « La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement *au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat* ». V. les développements consacrés sur ce point par LAGRANGE E., « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2012, pp. 260-263) et ALLOTT P., « State Responsibility and the Unmaking of International Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 29, 1988, spéc. p. 26)

En second lieu, il appartient aux Etats de prendre les mesures d'exécution qui sont toujours indispensables pour qu'une règle ou une décision internationale puisse produire ses effets à l'égard des personnes privées. Comme l'a affirmé B. Conforti dans son cours général à l'Académie de droit international de La Haye, « le rôle véritablement juridique du droit international se joue justement dans les ordres juridiques étatiques. La solution du caractère obligatoire du droit international, ou mieux de sa capacité de recevoir une mise en œuvre concrète et stable, ne peut que passer par ceux que l'on peut appeler les « opérateurs juridiques externes », c'est-à-dire ceux qui, au sein de chaque communauté étatique, ont institutionnellement la tâche d'appliquer et de faire respecter le droit, en premier lieu par les juges »⁵⁷. En l'absence d'obligations procédurales spécifiques, la personne privée affectée par l'ouvrage public est captive du système interne de voies de recours avec ses complications et ses faiblesses si aucune action internationale n'est possible. Le contrôle des normes internationales environnementales et sociales par le juge interne n'est efficace qu'à la condition que soit réduit l'écart existant substantiellement entre le droit interne et le droit international. Une telle efficacité suppose que les actes internes soient susceptibles de contrôle juridictionnel pour que le juge national puisse annuler ou mettre à l'écart ceux qui contredisent une norme internationale, voire leur substituer une solution tirée de la norme d'origine internationale.

Face à ces difficultés, la solution privilégiée en droit positif pour assurer le respect de ces normes protectrices passe par l'imposition de conditionnalités environnementales et sociales par les bailleurs de fonds internationaux. Les Etats qui recourent à l'emprunt auprès des banques multilatérales de développement ne peuvent disposer des sommes décaissées comme ils l'entendent : la contrepartie des taux réduits et des facilités de paiement octroyés par ces institutions s'exprime dans la surveillance exercée par le personnel de l'institution chargé de conseiller l'Etat emprunteur dans la mise en œuvre du projet. Cette surveillance étroite se concrétise par l'analyse du droit interne de l'Etat emprunteur applicable au projet. Lorsqu'il apparaît que ce dernier est insuffisant aux yeux de la Banque, cette dernière subordonnera l'octroi des fonds au respect de ses politiques et directives opérationnelles⁵⁸. Cette analyse du projet engage la Banque dans des limites juridiques très précises. Les banques multilatérales de développement jouent alors un rôle stratégique au niveau universel en diffusant la technologie, en offrant la légitimité aux projets de barrages émergents, en formant les futurs ingénieurs et les agences gouvernementales et en prenant la tête de file des arrangements de

⁵⁷ CONFORTI B., « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 212, 1998, pp. 25-26.

⁵⁸ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Normes, standards et règles en droit international », in DUPUY P.-M. *et al.* (Dir.), *Common values in international law. Essays in honour of Christian Tomuschat*, Kehl : NP Engel, 2006, pp. 479-492. ; BOISSON DE CHAZOURNES L., « Standards and Guidelines : Some Interfaces with Private Investments », in TREVES T., SEATZU F., TREVISANUT S. (Dir.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, London : Routledge, 2013, pp. 100-114 ; BOISSON DE CHAZOURNES L., « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions », in BOISSON DE CHAZOURNES L., KOHEN M. (Dir.), *Le droit international et la quête de sa mise en œuvre. Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden : Brill, 2010, pp. 351-376.

financement. Or, nous avons vu précédemment que la multiplication des programmes et organisations internationales et agences bilatérales crée un véritable « marché » du financement du développement. Cet état de fait nuit à l'efficacité globale de l'aide et incite les Etats à pratiquer une politique du moins-disant environnemental et social en s'adressant aux bailleurs exerçant les contrôles les moins rigoureux sur l'atténuation des impacts environnementaux et sociaux de l'ouvrage public. En réaction, un mouvement de fond visant à la standardisation des conditionnalités environnementales et sociales de banques multilatérales de développement peut être observé⁵⁹. Cette tendance à l'harmonisation, qui s'exprime par une véritable émulation institutionnelle entre organisations internationales, tend aujourd'hui à dépasser le seul cadre des banques multilatérales de développement. Les standards édictés par ces institutions sont repris et modifiés par d'autres acteurs intervenant dans le financement de l'ouvrage public : les agences de crédit à l'exportation⁶⁰ et les banques commerciales privées⁶¹. Ce vaste rapprochement ne va pas sans poser de questions sur les attentes légitimes créées par cette conversation aux plus hautes exigences environnementales et sociales.

*

Au bénéfice de ces observations, nous soutiendrons que l'étude des rapports dialectiques entre l'ouvrage public et le droit international est rendue nécessaire à plusieurs titres. Il s'agit avant toute chose d'une question permanente et récurrente : si une large partie du monde souffre encore de sous-équipement chronique en infrastructures de base, notre sujet transcende les inégalités de développement. L'étude proposée nous apparaît également nécessaire car elle se situe au creuset de dynamiques classiques (l'obligation de coopération des Etats partageant une ressource naturelle, la prévention des dommages transfrontières causés aux espaces sous souveraineté ou sous juridiction nationale, etc.) et modernes (participation du public, place des standards opérationnels dans la légalité internationale, etc.) qui traversent le droit international. Nous démontrerons à cet effet que le choix d'une conception unitaire (l'ouvrage public plutôt qu'un ouvrage public en particulier) permet de mettre en évidence l'existence de deux dialectiques qui ne s'excluent pas mais se complètent : la

⁵⁹ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Partnerships, Emulation, and Coordination. Toward the Emergence of a Droit Commun in the Field of Development Finance », *The World Bank Legal Review*, vol. 3, 2012, pp. 173-187.

⁶⁰ KEENAN K., *Export Credit Agencies and the International Law of Human Rights*, Halifax Initiative Coalition, 2008, 16 p. ; SANT'ANA M., « Risk Managers or Risk Promoters ? The Impacts of Export Credit and Investment Insurance Agencies on Human Development and Human Rights », in DE SCHUTTER O., SWINNEN J., WOUTERS J. (Dirs.), *Foreign Direct Investment and Human Development : the Law and Economics of International Investment Agreements*, Routledge, 2013, pp. 189-232.

⁶¹ RICHARDSON B. J., « The Equator Principles : the Voluntary Approach to Environmentally Sustainable Finance », *European Environmental Law Review*, vol. 14, n° 11, 2005, pp. 280-290 ; RICHARDSON B. J., « Socially Responsible Investing Through Voluntary Codes », in DUPUY P.-M., VIÑUALES J. E. (Dirs.), *Harnessing Foreign Investment to promote Environmental Protection : Incentives and Safeguards*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, pp. 383-414.

structuration de l'ouvrage public *par* le droit international dans les rapports interétatiques (**Première partie**) et la *soumission au* droit international de l'ensemble du processus public en relation avec l'ouvrage public dans l'ordre juridique interne de l'Etat (**Seconde partie**).

Première partie. La structuration de l'ouvrage public par le droit international

Seconde partie. La soumission de l'ouvrage public au droit international

PARTIE I. LA STRUCTURATION DE L'OUVRAGE
PUBLIC PAR LE DROIT INTERNATIONAL

L'ouvrage public, opération matérialisant le choix d'aménagement opéré par l'Etat, est avant toute chose une utilisation privative et durable du territoire. Le droit international garantit ainsi à tout Etat souverain le droit d'aménager les espaces sur lesquels s'exerce sa souveraineté ou qui relèvent de sa juridiction.

C'est ici que se trouve la première dialectique d'importance de notre sujet : le droit international *structure* l'ouvrage public dans la société interétatique en fournissant un cadre général ordonnant à la fois le droit par l'Etat de procéder aux aménagements de son choix et le respect des droits et intérêts des Etats tiers. Quel que soit l'espace considéré, le droit international structure en premier lieu la construction de l'ouvrage public par l'obligation qui est faite à l'Etat de prévenir la survenance de dommages transfrontières à l'environnement et sa portée. Cette obligation se déduit du principe de l'utilisation non dommageable du territoire reconnue en droit international coutumier. Ce premier mouvement de structuration (l'exigence d'un aménagement innocent) est doublé, en droit international, de l'obligation d'un espace aménageable : l'Etat est libre de procéder aux aménagements de son choix dans les limites indiquées ci-dessus mais à la condition que l'espace aménagé relève de sa souveraineté ou de sa juridiction. Quand l'ouvrage public est construit en vue de consolider une prétention territoriale le droit international rechigne à prendre en compte cette catégorie particulière d'effectivités. Les Etats sont libres de convenir des modalités particulières de construction et d'exploitation de l'ouvrage public. La construction et l'exploitation d'ouvrages publics en communs, très fréquente en pratique, nécessite l'intervention préalable des Etats concernés, qui, dans un accord international, détermineront le cadre juridique de l'opération transfrontalière. Le droit international protège également la liberté de l'Etat d'aménager son territoire au moyen de l'ouvrage public. Au plan substantiel, l'Etat a le droit de déterminer lui-même les ouvrages publics devant être construits sur son territoire (ce qui pose la question des ouvrages publics imposés par une autorité autre que le souverain, comme ceux construits en situation d'occupation) et à le droit au respect de ses biens en situation de conflit armé (sous l'angle de la protection conférée par le droit international humanitaire). Au plan juridictionnel, le juge international joue un rôle central dans la protection de la liberté d'aménager : les Etats ne disposant d'aucun droit de veto sur les projets entrepris par leurs semblables, le recours au juge est souvent le seul moyen de trancher le différend. L'argument du « fait accompli » est ainsi régulièrement invoqué devant le juge international. La situation peut être résumée de la façon suivante (**Titre I**). Afin de faire ressortir la portée structurante du droit international à cet égard, nous avons choisi de prendre la mesure des obligations internationales applicables à l'aménagement des ressources en eau partagées ainsi qu'à la construction d'ouvrages publics en mer (**Titre II**).

TITRE 1. LE DROIT DE L'ÉTAT D'ENTREPRENDRE

UNILATERALEMENT LA CONSTRUCTION DE L'OUVRAGE PUBLIC

Le droit international garantit à tout Etat souverain le droit d'aménager les espaces sur lesquels s'exerce sa souveraineté ou qui relèvent de sa juridiction. Ainsi, le droit international n'interdit pas la réalisation de certains ouvrages : il encadre au contraire l'ensemble des étapes de la décision publique et impose la conciliation de la poursuite de l'intérêt national avec le respect des droits et intérêts des Etats tiers.

Le droit international garantit avant tout à l'Etat le droit d'aménager son territoire. Le droit international structure en premier lieu la construction de l'ouvrage public par l'obligation qui est faite à l'Etat de prévenir la survenance de dommages transfrontières à l'environnement et sa portée. Cette obligation se déduit du principe de l'utilisation non dommageable du territoire reconnue en droit international coutumier. Ce premier mouvement de structuration (l'exigence d'un aménagement innocent) est doublé de l'obligation d'un espace aménageable : l'Etat est libre de procéder aux aménagements de son choix dans les limites indiquées ci-dessus mais à la condition que l'espace aménagé relève de sa souveraineté ou de sa juridiction. Quand l'ouvrage public est construit en vue de consolider une prétention territoriale le droit international rechigne à prendre en compte cette catégorie particulière d'effectivités. Rien ne fait obstacle, tant que ces principes fondamentaux sont respectés, à ce que plusieurs Etats décident d'exploiter un ouvrage public en commun. Nous reviendrons à cet effet sur la spécificité des ouvrages publics transfrontaliers communs à plusieurs Etats. Nous ménagerons également une place dans nos développements à la question particulière de la coopération transfrontalière entre collectivités publiques infraétatiques (**Chapitre I**).

Le droit international protège la liberté de l'Etat d'aménager son territoire. Une fois identifiés les contours de la liberté de l'Etat d'aménager son territoire au moyen de l'ouvrage public, il nous faudra identifier les règles protégeant cette liberté. Nous établirons à cette occasion une distinction entre la protection substantielle du choix de l'Etat et la protection de l'ouvrage public. Nous verrons que l'Etat a le droit de déterminer lui-même les ouvrages publics devant être construits sur son territoire. En situation d'occupation, lorsque s'exerce l'autorité de la Puissance occupante, le droit de l'occupation prohibe ainsi à cette dernière de procéder à certains aménagements (protection de la liberté de l'Etat de choisir l'aménagement). Le droit international confère ensuite une certaine dose de protection directement à l'ouvrage en situation de conflit armé (protection du résultat de l'aménagement). Nous mettrons ensuite en évidence les mécanismes juridictionnels qui permettent de protéger la liberté de l'Etat d'aménager. Les Etats ne disposant d'aucun droit de veto sur les projets

entrepris par leurs semblables, le recours au juge est souvent le seul moyen de trancher le différend
(Chapitre II).

CHAPITRE I. LA LIBERTE D'AMENAGER GARANTIE PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Le droit international garantit à tout Etat souverain le droit d'aménager les espaces sur lesquels s'exerce sa souveraineté ou qui relèvent de sa juridiction. Ainsi, le droit international n'interdit pas la réalisation de certains ouvrages : il encadre au contraire l'ensemble des étapes de la décision publique et impose la conciliation de la poursuite de l'intérêt national avec le respect des droits et intérêts des Etats tiers. Nos premiers développements seront consacrés à l'identification des règles structurant l'exercice unilatéral par l'Etat de sa liberté d'aménagement (**Section 1**). Une ces règles mises en évidence, nous analyseront les règles de protection de la liberté d'aménager (**Section 2**).

Section 1. L'exercice unilatéral de la liberté d'aménager

Le droit international structure en premier lieu la construction de l'ouvrage public par l'obligation qui est faite à l'Etat de prévenir la survenance de dommages transfrontières à l'environnement et sa portée. Cette obligation se déduit du principe de l'utilisation non dommageable du territoire reconnue en droit international coutumier. La Cour internationale de Justice a fort opportunément rappelé le caractère coutumier de cette obligation de prévention dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. Le droit international exige ainsi que l'aménagement soit innocent (§1).

Ce premier mouvement de structuration est doublé, en droit international, de l'obligation d'un espace aménageable : l'Etat est libre de procéder aux aménagements de son choix dans le limites indiquées ci-dessus mais à la condition que l'espace aménagé relève de sa souveraineté ou de sa juridiction. Quand l'ouvrage public est construit en vue de consolider une prétention territoriale le droit international rechigne à prendre en compte cette catégorie particulière d'effectivités. Nous intégrerons ici l'activité des bailleurs de fonds multilatéraux amenés à financer la construction d'un ouvrage public dans un espace disputé. La nature particulière de la banque impose en effet un devoir de vigilance accrue sur ce point. afin d'éviter que des fonds destinés au développement soient utilisés pour consolider des prétentions territoriales (§2).

§1. L'exigence d'un aménagement innocent

Le droit international structure en premier lieu la construction de l'ouvrage public par l'obligation qui est faite à l'Etat de prévenir la survenance de dommages transfrontières à l'environnement et sa portée. Cette obligation se déduit du principe de l'utilisation non dommageable du territoire reconnue en droit international coutumier, non sans que ne demeurent certaines

incertitudes (A), telle l'obligation de consulter les populations affectées à par la construction de l'ouvrage (B).

A. L'obligation de prévention et les études d'impact environnemental

La Cour internationale de Justice a fort opportunément rappelé le caractère coutumier de cette obligation de prévention dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (1). L'affirmation de ce devoir n'est pas suffisante : pris isolément il ne permet pas d'identifier avec précision les obligations précises de l'Etat maître de l'ouvrage, induites par l'obligation générale de prévention. Cela revient à dire que pour déterminer l'existence d'un dommage transfrontière à l'environnement l'Etat doit procéder à une évaluation d'impact environnemental attestant de l'innocuité du projet et prendre les mesures d'atténuation et/ou d'évitement des impacts du projet en conséquence. Or, rien n'est dit par la Cour sur ce point : certes le caractère coutumier de l'obligation de procéder à l'impact environnemental fait partie du droit coutumier, mais son contenu et ses modalités sont abandonnées à l'Etat. La solution retenue manque singulièrement d'audace au regard de l'évolution du droit international conventionnel qui offre pourtant des critères minimaux permettant d'attester du sérieux de l'évaluation et d'éclairer pleinement la puissance publique sur les conséquences attachées à la construction de l'ouvrage public (2).

1. Le caractère coutumier de l'obligation de prévention des dommages transfrontières à l'environnement et sa portée

Bien avant que l'obligation de conduire une évaluation d'impact environnemental ne soit expressément consacrée en tant que principe du droit international général, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*⁶² a reconnu l'importance de l'évaluation continue de l'impact sur l'environnement en prescrivant des mesures détaillées de suivi environnemental. Aussi, parce que forgé dans un contexte transfrontière, ce corollaire du principe de prévention trouve-t-il précisément ses fondements originels dans le principe de l'utilisation non dommageable du territoire. Le devoir de surveillance de l'état de l'environnement fut souligné dans le cadre de l'affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros, où la CIJ a pu constater que « la conscience que l'environnement est vulnérable et la reconnaissance de ce qu'il faut continuellement évaluer les risques écologiques se sont affirmées de plus en plus dans les années qui ont suivi la conclusion du traité [de 1977]⁶³. Cette affaire fut l'occasion pour le juge Weeramantry de présenter certaines observations en sus de celles

⁶² SA, *Fonderie de Trail (États-Unis c. Canada)*, sentence arbitrale du 11 mars 1941.

⁶³ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *op. cit.*, § 112.

exprimées par la Cour, au sujet, notamment, de ce qu'il appelle : « le principe de l'évaluation continue de l'impact sur l'environnement »⁶⁴. Dans son opinion individuelle, le juge confirme, après avoir dressé un état non exhaustif de la pratique internationale en matière de monitoring, la reconnaissance croissante de la notion de contrôle continu dans le cadre de l'EIE⁶⁵. Toutefois, s'il est admis que « des considérations de prudence » semblent dicter la poursuite du processus d'évaluation d'impact à l'échelle des installations, ceci ne vaut qu'en présence d'un « projet d'une certaine envergure », en ce sens que « tout projet de ce genre peut produire des effets inattendus »⁶⁶.

Le rapport qu'entretiennent ces deux principes corollaires du principe de prévention fut, au demeurant, réaffirmé dans l'arrêt rendu en l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. Considérant, de manière générale, que compte tenu de la nature et l'ampleur d'un projet déterminé et de son impact négatif probable sur l'environnement, « une évaluation de l'impact sur l'environnement doit être réalisée avant la mise en œuvre du projet », la Haute juridiction ajoute qu'« une fois les opérations commencées, une surveillance continue des effets dudit projet sur l'environnement sera mise en place, qui se poursuivra au besoin pendant toute la durée de vie du projet ». La Cour a surtout affirmé que « le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise (« *due diligence* ») de l'État sur son territoire »⁶⁷. Elle renvoie ici aux affaires *Détroit de Corfou*⁶⁸ et *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁶⁹. Toutefois, la Cour précise la portée de ce principe de prévention. Alors qu'en 1996 (confirmé en 1997 dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* dans laquelle la Cour reprendra l'*obiter dictum* de 1996), les États avaient « [l']obligation générale (...) 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 », l'État est désormais tenu « de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour *éviter que les activités* qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, *ne causent un préjudice sensible à l'environnement* d'un autre État »⁷⁰.

La question demeure ouverte, cependant, de savoir à quel seuil de gravité renvoie le qualificatif « sensible ». Il s'agit indéniablement d'un préjudice moindre que celui exigé par l'article 1er de la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (ENMOD) de 1976⁷¹ ou par les articles 35,

⁶⁴ *Idem*, opinion individuelle du juge Weeramantry, p. 88.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 112.

⁶⁶ *Ibid.* p. 111.

⁶⁷ CIJ, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 22 avril 2010, § 101.

⁶⁸ CIJ, *Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, p. 22.

⁶⁹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, p. 242, § 29

⁷⁰ CIJ, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 22 avril 2010, § 101.

⁷¹ « Chaque État partie à la présente Convention s'engage à ne pas utiliser à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles des techniques de modification de l'environnement ayant *des effets étendus, durables ou graves*, en tant que moyens de causer des destructions, des dommages ou des préjudices à tout autre État partie. » (italiques ajoutées).

paragraphe 3, et 55, paragraphe 1, du protocole additionnel n° 1 aux Conventions de Genève de 1949⁷². Est-ce cependant plus que le dommage « significatif » de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eaux internationaux à des fins autres que la navigation de 1997 ? Quoi qu'il en soit, et comme le relève une partie de la doctrine, « [peu] importe (...) que le dommage soit grave, il suffit que son existence, ainsi que le lien de causalité qui l'unit au fait générateur, puissent être prouvés »⁷³.

D'un point de vue substantiel, la Cour va déduire du principe de prévention des obligations positives à la charge des États afin d'éviter toute modification de l'équilibre écologique du fleuve. Ainsi en est-il de « [l']obligation d'adopter des mesures réglementaires ou administratives, que ce soit de manière individuelle ou conjointe, et de les mettre en oeuvre »⁷⁴. La Cour poursuit en précisant que « [cette] obligation [de diligence] 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 oeuvre 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 »⁷⁵.

Nous verrons tout au long de nos travaux que cette obligation de prévention des dommages causés à l'environnement transfrontières à l'environnement et sa portée joue un rôle fondamental et structurant dans l'ensemble du processus de construction et d'exploitation de l'ouvrage public. Il s'agit d'une obligation qui s'applique à tous les espaces terrestres et maritimes qui relèvent de la souveraineté ou de la juridiction de l'Etat. Le droit de la mer, tel que codifié par la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982, joue un rôle moteur dans la diffusion de ces exigences. La Convention énonce ainsi l'obligation continue de protéger et de préserver le milieu marin : « Les États s'efforcent, dans toute la mesure possible et d'une manière compatible avec les droits des autres États, directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes, d'observer, mesurer, évaluer et analyser, par des méthodes scientifiques reconnues, les risques de pollution du milieu marin ou les effets de cette pollution »⁷⁶. Les Etats ont donc un devoir de surveillance, du fait de l'existence d'un certain nombre d'incertitudes quant l'impact de la construction d'ouvrages publics sur le milieu marin. La Convention exige en particulier des États, qu'« ils surveillent constamment les effets de toutes les activités qu'ils autorisent ou auxquelles ils se livrent afin de déterminer si ces

⁷² « Il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, *des dommages étendus, durables et graves* à l'environnement naturel » ; « La guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages *étendus, durables et graves*. » (italiques ajoutées).

⁷³ KERBRAT Y., « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement » in SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, colloque d'Aix-en-Provence, Pedone, 2010, p. 133.

⁷⁴ CIJ, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 22 avril 2010, § 187.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 197.

⁷⁶ CNUDM, art. 204, §1.

activités risquent de polluer le milieu marin »⁷⁷. Cette obligation de surveillance continue de l'état du milieu marin n'est pas limitée aux seuls espaces maritimes sous compétence nationale et s'étend à la haute mer et à la Zone. En vue d'accroître les connaissances générales des impacts sur le milieu marin par l'exploitation des expériences passées, la Convention de 1982 dispose : « Les États publient des rapports sur les résultats obtenus en application de l'article 204 [Surveillance continue des risques de pollution et des effets de la pollution] ou fournissent, à intervalles appropriés, de tels rapports aux organisations internationales compétentes, qui devront les mettre à la disposition de tous les autres États⁷⁸. Cela étant dit, l'affirmation de cette obligation de prévention n'est pas suffisante en soi : elle présuppose que soit mise en oeuvre une évaluation de l'impact sur l'environnement en amont et en aval de la construction de l'ouvrage public.

2. L'évaluation de l'impact sur l'environnement

L'un des instruments permettant d'assurer le respect du principe de prévention est l'évaluation de l'impact environnemental des projets. Sur ce point, la Cour internationale de Justice a apporté un certain nombre de précisions formelles dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*. Toutefois, la solution retenue manque singulièrement d'audace au regard de l'évolution du droit international conventionnel. Dans cette affaire, le Statut de 1975 qui organisait l'aménagement du fleuve Uruguay n'exigeait nullement des États parties la mise en oeuvre d'une évaluation d'impact environnemental. La Cour va néanmoins en faire une interprétation évolutive et affirmer le caractère coutumier de l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement, en se fondant notamment sur les *Buts et Principes* du PNUE de 1987 en la matière. Ainsi,

« l'obligation de protéger et de préserver, énoncée à l'article 41 a) du statut, doit être interprétée conformément à une pratique acceptée si largement par les États ces dernières années que l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée »⁷⁹.

Ce faisant, la Cour rejoint (entre autres) l'Association de droit international dont la résolution relative à la mise en oeuvre transnationale du droit de l'environnement dispose que « [les] États veillent à ce que, lorsque les autorités publiques sont saisies d'une question, le processus décisionnel comprenne les enquêtes et études appropriées afin de prévoir et d'évaluer à l'avance les effets sur

⁷⁷ CNUDM, art. 204, §2.

⁷⁸ CNUDM, art. 205.

⁷⁹ CIJ, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 22 avril 2010, § 204.

l'environnement et de leur permettre de trouver un équilibre juste entre les différents intérêts en jeu, y compris ceux de personnes situées dans un autre État »⁸⁰. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour est allée encore plus loin en affirmant que son obligation de prévention ne serait pas respectée s'il n'avait pas procédé à cette évaluation, et ce quelles que soient les autres mesures adoptées par un État⁸¹. L'apport de la Cour est substantiel sur ce point puisqu'elle poursuit en imposant une obligation de suivi aux États, après la construction et la mise en exploitation de l'ouvrage public : « une fois les opérations commencées, une surveillance continue des effets dudit projet sur l'environnement sera mise en place, qui se poursuivra au besoin pendant toute la durée de vie du projet »⁸².

S'il faut s'en réjouir, il convient également de tempérer les avancées issues de la jurisprudence de la Cour. Les juges de La Haye sont demeurés très en retrait quant à la détermination du contenu de ces évaluations. En effet, la Cour délaisse aux États le soin de fixer le contenu suffisant de l'évaluation d'impact environnemental :

« il revient à chaque État de déterminer, dans le cadre de sa législation nationale ou du processus d'autorisation du projet, la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise »⁸³.

L'analyse de la Cour aurait gagné à s'appuyer sur l'innombrable série de textes qui fixent les bonnes pratiques en matière d'évaluation. *A minima*, la Cour aurait pu se référer au quatrième principe des Buts et Principes du PNUE de 1987. Ce texte identifie les éléments qui devraient être présents dans une étude d'impact environnemental sérieuse : « (a) a description of the proposed activity ; (b) a description of the potentially affected environment, including specific information necessary for identifying and assessing the environmental effects of the proposed activity ; (c) a description of practical alternatives, as appropriate ; (d) an assessment of the likely potential environmental impacts of the proposed activity and alternatives, including direct, indirect, cumulative, short-term and long term effects ; (...) (g) an indication of whether the environment of any other state or areas beyond national jurisdiction is likely to be affected by the proposed activity or alternatives... ». Au-delà, l'appendice II de la Convention d'Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière de 1991 détermine le contenu du dossier d'évaluation d'impact sur l'environnement : « a) Description de l'activité proposée et de son objet ; b) Description, s'il y a lieu, des solutions de remplacement (...) ; c) Description de l'environnement sur lequel l'activité proposée

⁸⁰ Résolution 6/2006, Session de Toronto, 72e conférence de l'Association de droit international, règle 2 (1).

⁸¹ CIJ, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 22 avril 2010, § 204.

⁸² *Ibid.*, § 205.

⁸³ *Ibid.*

et les solutions de remplacement sont susceptibles d'avoir un impact important ; d) Description de l'impact que l'activité proposée et les solutions de remplacement peuvent avoir sur l'environnement et estimation de son importance ; e) Description des mesures correctives visant à réduire autant que possible l'impact préjudiciable sur l'environnement ; (...) g) Inventaire des lacunes dans les connaissances et des incertitudes constatées en rassemblant les données requises ... ».

Comme nous le verrons tout au long des développements de notre seconde partie, le droit international est aujourd'hui traversé par d'importantes tensions qui visent à la consultation et la participation des populations concernées par la construction d'un ouvrage public. Une tendance profonde s'exerce, en ordre dispersé, pour faire du choix d'aménagement une décision collaborative entre la puissance publique et ceux qui seront amenés à supporter les coûts directs induits par la construction de l'ouvrage (expropriations, atteintes à l'environnement, etc.). La Cour avait l'occasion de se prononcer sur le caractère coutumier de cette obligation de consulter les populations concernées : nous verrons qu'il n'en a rien été.

B. La consultation des populations concernées

L'Argentine soutenait devant la Cour l'existence d'une obligation de consulter les populations concernées dans le cadre d'une évaluation de l'impact environnemental. Elle se référait pour ce faire aux « articles 2.6 et 3.8 de la Convention d'Espoo, l'article 13 du projet d'articles de la Commission du droit international de 2001 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et les principes 7 et 8 des Buts et Principes du PNUE »⁸⁴. La Cour ne fera aucun droit à ce moyen, se contentant d'affirmer « qu'aucune obligation juridique de consulter les populations concernées ne découle pour les Parties des instruments invoqués par l'Argentine »⁸⁵.

Les textes existent pourtant. Certes, les parties au différend n'étaient pas liées par ceux-ci, par la Cour aurait pu en profiter pour examiner l'émergence d'une norme coutumière en matière de consultation des populations. La Commission économique pour l'Europe (UNECE) a fourni d'importants travaux sur le sujet, principalement par l'adoption en 2006 des directives concernant la participation du public à l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière⁸⁶. La Convention d'Espoo mais surtout celle d'Aarhus posent le principe de consultation des populations riveraines des fleuves lors de l'évaluation de l'impact environnemental d'un projet. Il en va de même pour la consultation des personnes bénéficiant d'une protection renforcée à raison de leur identité culturelle propre et susceptibles d'être affectés par la construction

⁸⁴ *Ibid.*, § 215.

⁸⁵ *Ibid.*, § 216.

⁸⁶ UNECE, Directives concernant la participation du public à l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, *ECE/MP.EIA/7*, 2006.

d l'ouvrage public. L'exemple de la consultation des populations autochtones en est la meilleure illustration : la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail pose également, en son article 15, paragraphe 2, l'exigence d'une consultation des communautés autochtones affectées par les projets. Au-delà, les banques multilatérales de développement ont adopté une série de standards opérationnels qui adressent des obligations au personnel chargé du projet financé. Non seulement ces standards accordent une place centrale à l'empowerement des communautés (ce qui se traduit par l'obligation mise à la charge de l'emprunteur de les consulter), mais l'on observe de surcroît un phénomène d'harmonisation des standards opérationnels entre les différents bailleurs de fond. La Banque mondiale soulignait ainsi en 2005, à propos de la question autochtone, que « *the international instruments and practices (...), including the General Assembly Resolutions, indicate the emergence of international principles and practices, particularly with regard to (i) consultation with, and participation of indigenous peoples on decisions affecting them* »⁸⁷.

Le droit international structure en premier lieu la construction de l'ouvrage public par l'obligation qui est faite à l'Etat de prévenir la survenance de dommages transfrontières à l'environnement et sa portée. Cette obligation se déduit du principe de l'utilisation non dommageable du territoire reconnue en droit international coutumier. La Cour internationale de Justice a fort opportunément rappelé le caractère coutumier de cette obligation de prévention dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. L'affirmation de ce devoir n'est pas suffisante : pris isolément il ne permet pas d'identifier avec précision les obligations précises de l'Etat maître de l'ouvrage, induites par l'obligation générale de prévention. Cela revient à dire que pour déterminer l'existence d'un dommage transfrontière à l'environnement l'Etat doit procéder à une évaluation d'impact environnemental attestant de l'innocuité du projet et prendre les mesures d'atténuation et/ou d'évitement des impacts du projet en conséquence. Or, rien n'est dit par la Cour sur ce point : certes le caractère coutumier de l'obligation de procéder à l'impact environnemental fait partie du droit coutumier, mais son contenu et ses modalités sont abandonnées à l'Etat. La solution retenue manque singulièrement d'audace au regard de l'évolution du droit international conventionnel qui offre pourtant des critères minimaux permettant d'attester du sérieux de l'évaluation et d'éclairer pleinement la puissance publique sur les conséquences attachées à la construction de l'ouvrage public. Ce premier mouvement de structuration (l'exigence d'un aménagement innocent) est doublé, en droit international, de l'obligation d'un espace aménageable : l'Etat est libre de procéder aux aménagements de son choix dans les limites indiquées ci-dessus mais à la condition que l'espace aménagé relève de sa souveraineté ou de sa juridiction. Quand l'ouvrage public est construit en vue

⁸⁷ WORLD BANK, Legal note on Indigenous Peoples, April 8, 2005, § 28.

de consolider une prétention territoriale, bref quand il s'agit d'aménager des espaces faisant l'objet de revendications concurrentes par plusieurs souverains, le droit international rechigne à prendre en compte cette catégorie particulière d'effectivités.

§2. L'exigence d'un espace aménageable

Sur son territoire, l'Etat exerce des compétences caractérisées par la plénitude et l'exclusivité. Il est donc libre de choisir les aménagements les plus à même de satisfaire aux exigences du développement (plénitude), tout comme il est en droit de s'opposer à ce qu'un autre souverain ne procède à la construction d'un ouvrage public sur son territoire (exclusivité). Nous souhaiterions ici revenir uniquement sur la question de la construction d'ouvrages publics entreprise par un Etat dans un espace disputé, c'est-à-dire faisant l'objet de revendications concurrentes. Nous donnerons un éclairage sur la portée structurante du droit international à cet égard, qui consiste à la fois à n'accorder qu'un poids résiduel à ces effectivités lorsqu'il s'agit de trancher un conflit d'attribution entre plusieurs souverains et à priver d'effet toute construction d'ouvrage public visant à imposer le fait accompli **(A)**. Conformément à la ligne tracée dans nos propos introductifs, nous rappellerons que si les Etats sont les premières destinataires de ces obligations structurantes, d'autres sujet du droit international ont voix au chapitre de l'aménagement. C'est le cas des bailleurs de fonds multilatéraux qui relèvent juridiquement de la catégorie des organisations internationales. Une banque multilatérale de développement peut-elle accorder des financements à la construction d'un ouvrage public dans un espace disputé ? Nous apporterons une réponse à cette question en nous appuyant sur le texte le plus avancé en la matière : la politique opérationnelle 7.60 de la BIRD sur les projets situés dans les zones disputées **(B)**.

A. L'aménagement des espaces disputés

Nous reviendrons brièvement sur les règles générales dégagées par le juge international afin de trancher les prétentions territoriales contraires⁸⁸, en examinant plus particulièrement le sort des ouvrages publics **(1)**. Nous illustrerons les difficultés suscitées par cette question au moyen d'un exemple pratique d'une grande actualité tiré de la construction d'ouvrages publics en mer de Chine **(2)**.

⁸⁸ Nous renvoyons ici aux travaux de référence KOHEN M., *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Graduate Institute Publications, 1997.

1. Le sort des ouvrages publics dans l'analyse des effectivités territoriales

Aux fins de déterminer l'exercice de la souveraineté sur un territoire, les Etats ayant des prétentions territoriales devront établir l'existence et la portée de *titres territoriaux*, c'est-à-dire de « document[s auxquels] le droit international confère une valeur juridique intrinsèque aux fins de l'établissements de droits territoriaux »⁸⁹. La notion de titre vise « aussi bien tout moyen de preuve susceptible d'établir l'existence d'un droit que la source même de ce droit »⁹⁰. Dans le cadre de l'*uti possidetis juris*, le titre peut résulter par exemple des lois ou règlements internes fixant les limites entre les différentes entités administratives appartenant au même empire colonial.

En l'absence de titre, ou lorsque celui-ci fournit des indications trop générales ou ambiguës, il sera nécessaire de recourir aux effectivités, c'est-à-dire aux preuves de l'exercice d'une autorité effective par les Etats intéressés sur les parcelles litigieuses. L'objet de ce paragraphe a pour but de revenir brièvement sur la prise en compte des ouvrages publics, entendus au sens d'effectivités, par le juge international. La jurisprudence et la doctrine exigent la présence du *corpus* et de l'*animus possidendi* ; ces deux éléments ressortant nettement de l'arrêt rendu par la CPJI en l'affaire du *Statut juridique du Groenland oriental*, ce que l'avis consultatif sur le *Sahara occidental* rendu par la CIJ n'a pas désavoué. De la même façon, dans l'affaire des *Minquiers et Ecréhous*, la Cour de La Haye déclare :

« La Cour n'estime pas que les faits invoqués par le Gouvernement français suffisent à démontrer que la France ait un titre valable aux Minquiers. En particulier, les divers actes du XIXème et du XXème siècle mentionnés ci-dessus, y compris le balisage autour des récifs du groupe, ne sauraient être considérés comme preuve suffisante de *l'intention* de ce Gouvernement de se comporter en souverain sur les îlots ; d'autre part, ces actes ne présentent pas un caractère permettant des les considérer comme une *manifestation de l'autorité étatique* sur les îlots »⁹¹.

Les deux éléments constitutifs de la possession sont donc cumulatifs aux fins d'établir une souveraineté territoriale. Le droit des gens se réfère parfois à la possession pour désigner le seul élément matériel, car il peut y avoir possession autrement que dans le cadre d'une souveraineté, c'est par exemple le cas d'une administration territoriale. L'*élément matériel* présuppose l'exercice d'actes révélant la maîtrise, le contrôle d'un territoire, normalement assuré grâce à l'exercice des fonctions étatiques « classiques » (exécutive - ou « administrative » -, législative, judiciaire). Dans l'affaire des

⁸⁹ CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso / République du Mali)*, arrêt du 22 décembre 1986, Rec. 1986, p. 582, § 54.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 564, § 18.

⁹¹ CIJ, *Minquiers et Ecréhous*, (France / Royaume-Uni), arrêt du 17 novembre 1953, Rec. 1953, p. 71, *nous soulignons*.

Minquiers et Ecréhous, la Cour a considéré comme probants les « actes qui se rapportent à l'exercice de la juridiction et de l'administration locales, ainsi qu'à la législation ». Ainsi ont été considérés comme « jett[ant] de la lumière sur le différend » les actes relevant de la justice pénale, l'inscription de biens immobiliers et de navires sur les registres paroissiaux, les visites officielles des autorités jersiaises aux Ecréhous ; et « l'exécution par ces autorités de divers travaux et constructions sur ces îlots, tels que la construction d'un plan incliné en 1895, l'établissement d'un mât-signal en 1910, et l'installation d'une bouée d'amarre en 1939 »⁹² L'affaire du *Rann of Kutch* examine également divers actes de nature administrative pour établir l'élément matériel de la possession : l'utilisation du sel comme ressource régionale, l'établissement de douanes et d'un contrôle douanier, l'emplacement de la signalisation routière, et les *travaux publics* (routes, refuges, *dharamsalas*). Ces actes auraient pu être probants aux fins de la détermination de la frontière ; le tribunal arbitral ayant néanmoins conclu à une insuffisance des preuves⁹³. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, la Chambre rejeta les effectivités invoquées par les deux parties aux fins de la détermination de leur frontière. El Salvador s'appuyait sur l'existence d'une ligne de haute-tension, de travaux publics (routes, écoles), ainsi que d'hameaux (caserios). Pour la Chambre, les preuves fournies ne s'étendaient pas à la totalité de la zone litigieuse, et n'établissaient pas une administration effective des hameaux. L'arrêt semble même considérer que les preuves sont soumises sont insuffisantes aux fins d'établir les effectivités : « Même dans la mesure où la Chambre peut faire un rapprochement entre les divers noms de lieux, les zones en litige et la limite de l'*uti possidetis juris*, elle ne saurait considérer cette documentation comme la preuve suffisante d'effectivités, quelles qu'elles soient, dont elle puisse tenir compte pour déterminer le tracé de la frontière »⁹⁴.

Nous illustrerons à présent l'utilisation stratégique faite par les Etats de la construction d'ouvrages publics en vue de consolider des revendications territoriales.

2. Exemple d'application. La construction d'ouvrages publics en mer de Chine

En octobre 2015, l'achèvement par la République populaire de Chine de la construction – entamée le 26 mai 2015 - de deux phares sur les récifs de *Curateron* et *Johnson South* (appelés Huayang et Chigua par la Chine) a suscité des protestations de la part du Vietnam. Les phares, ayant fait l'objet d'une cérémonie d'inauguration par le ministère des transports chinois le vendredi 9 octobre 2015, avaient déjà fait l'objet de « dénonciations », à l'occasion de leur construction, par

⁹² *Ibid.*, p. 65-66, nous soulignons.

⁹³ SA, *The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan (India, Pakistan)*, RSA, vol. XVII, p. 556-559.

⁹⁴ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador / Honduras ; Nicaragua (intervenants))*, arrêt du 11 septembre 1992, Rec. 1992, p. 516, § 264.

plusieurs Etats parmi lesquels les Etats-Unis et les Philippines. L'Etat vietnamien a formulé des protestations formelles, estimant que cette édification constitue une violation de sa souveraineté et qu'elle est de nature à compliquer la situation. Selon le porte-parole du ministère des affaires étrangères, « [o]nce again, we affirm that Vietnam has full legal and historical evidence for its indisputable sovereignty over the Truong Sa and Hoang Sa archipelagos. That other countries conduct activities there without permission and agreement from Vietnam is illegal and completely worthless ». Du point de vue chinois, les phares relèvent d'un développement de services civils et visent à l'amélioration des conditions de navigation dans une zone de passage hautement fréquentée. Dans une optique de sécurité maritime, les phares apporteront une assistance en matière de recherche, de sauvetage, d'aide humanitaire, de protection environnementale, et favoriseront ainsi la sécurité de la navigation. L'Etat chinois n'exclut pas la construction d'autres installations, qui s'inscrivent dans le projet de réclamations chinoises sur la majorité des îlots, récifs et îles de la mer de Chine méridionale, explicité par la ligne de revendication en neuf traits (*Nine-dash line*) soumise à l'ONU en 2009. La construction des phares sur les récifs en question soulève toutefois la question de savoir si, en tant qu'acte accompli à titre souverain ou dans l'exercice d'un service d'utilité publique, cette édification peut soutenir la Chine dans ses revendications. La construction de phares et autres aides à la navigation ne constitue généralement pas une manifestation de l'autorité étatique⁹⁵. Or, et comme l'estime la Cour internationale de justice dans l'affaire de la *Délimitation maritime et Questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, « (l)a construction d'aides à la navigation, en revanche, peut être juridiquement pertinente dans le cas de très petites îles »⁹⁶. La Chine espérait peut-être que la construction de phares et l'exercice d'une telle aide à la navigation sur des îles de petites tailles, puissent être juridiquement pertinentes et consolider les considérations historiques que Pékin invoque en faveur de ses revendications de souveraineté. Il est en effet bien établi que la simple découverte d'une île ne donne pas forcément lieu à la souveraineté sur cette dernière⁹⁷. Cela étant, ces constructions interviennent après la naissance du différend, et ne peuvent donc pas être invoquées par la Chine pour consolider sa prétention, même si l'édification des phares peut être considérée comme relevant d'un service d'utilité publique.

Le droit international n'accorde qu'un poids résiduel à l'ouvrage public au titre des effectivités lorsqu'il s'agit de trancher un conflit d'attribution entre plusieurs souverains. Il prive par ailleurs le

⁹⁵ CIJ, *Minquiers et Ecréhous*, op. cit., p. 70-71 ; SA, *Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen)*, RSA, vol. XXII, p. 261-268, §200-238, spéc. p. 268, §237 ; CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca / Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (Malaisie / Singapour), arrêt du 23 mai 2008, Rec. 2008, p. 84 § 236.

⁹⁶ CIJ, *Délimitation maritime et Questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, arrêt du 16 mars 2001, Rec. 2001, p. 100, §197 ; CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie / Malaisie)*, arrêt du 17 décembre 2002, Rec. 2002, p. 685, § 147.

⁹⁷ SA, *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique c. France)*, RSA, vol. II, p. 1109 ; SA, *Island of Palmas Case (Netherlands, USA)*, RSA, vol. II, p. 839.

fait accompli de toutes conséquences juridiques lorsque les ouvrages sont construits après la date critique du différend. Il nous semble important, à ce stade de notre réflexion, de régler une question en suspend : celle bailleurs de fonds multilatéraux amenés à financer la construction d'un ouvrage public dans un espace disputé. La nature particulière de la banque (qui relève juridiquement de la catégorie des organisations internationales) et de ses activités (les prêts sont entérinés par le Conseil d'administration de la Banque au sein duquel siègent les représentants des Etats) imposent un devoir de vigilance accrue sur ce point. On admettrait difficilement en effet que des fonds destinés au développement soient utilisés pour consolider des prétentions territoriales. Nous apporterons une réponse à cette question en nous appuyant sur le texte le plus avancé en la matière : la politique opérationnelle 7.60 de la BIRD sur les projets situés dans les zones disputées.

B. La politique opérationnelle de la BIRD sur les projets situés dans des espaces disputés

La politique opérationnelle de la Banque relative aux projets sur les voies d'eau internationales repose sur le principe selon lequel la Banque doit prendre en compte l'ensemble des intérêts (et non pas uniquement ceux de l'Etat emprunteur) et ne causer aucun dommage appréciable aux Etats riverains. La Banque a étendu ces principes aux projets situés sur des zones faisant l'objet d'une contestation territoriale (1). Nous présenterons ensuite le contenu la politique opérationnelle 7.60 en détaillant son champ d'application et les obligations contenues dans ce texte. Ainsi, lorsque le texte est applicable la politique opérationnelle 7.60 est applicable, la Banque a l'obligation de refuser de financer un projet sur une zone contestée sauf à ce qu'il ne rentre dans l'une des exceptions limitativement énoncées par le texte. (2).

1. Fondements de la politique de la Banque sur les projets dans les zones contestées.

La Banque a élaboré ses règles en matière de financement des projets sur des zones contestées avec la parution, en 1983, du standard OMS 2.35, « Projects in Disputed Areas ». Ce texte s'ouvrait sur la reconnaissance des problèmes particuliers posés par le financement des projets sur des territoires contestés qui, « comme les projets financés par la Banque et construits sur des voies d'eau internationales »⁹⁸, sont susceptibles d'affecter les relations entre la Banque et l'Etat emprunteur et/ou entre l'Etat emprunteur et un ou plusieurs de ses voisins. Les projets implantés dans des zones contestées posent d'indéniables problèmes car de nombreux Etats n'admettent pas que la zone considérée fait l'objet d'un différend territorial. Comment répondre aux demandes de financement visant à l'aménagement et l'équipement d'une partie du territoire de l'Etat emprunteur faisant

⁹⁸ BANQUE MONDIALE, *Projects in Disputed Areas*, (OMS) 2.35, 1983, § 1.

parallèlement l'objet d'un différend avec un ou plusieurs autres Etats ? L'OMS 2.35 énonçait clairement pour la première fois l'interdiction faite à la Banque de ne pas tenir compte de l'existence d'un différend territorial⁹⁹. Le texte visait tant les différends terrestres que maritimes, ainsi que ceux portant sur les eaux partagées. L'OMS 2.35 fit l'objet d'une révision de sa forme (le texte devint la directive opérationnelle (OD) 7.60) et de son contenu en 1989. En 1994, la directive opérationnelle 7.60 élaborée six années plus tôt fut convertie en politique opérationnelle (OP) et procédure bancaire (BP) 7.60. Ces textes firent l'objet de modifications mineures en 2001 et 2012 afin de tenir compte de la réorganisation interne de la Banque. Les projets sur les voies d'eau internationales sont ainsi soumis aux dispositions des politiques opérationnelles 7.50 (« projets sur les voies d'eau internationales ») et 7.60 (« Projets sur les zones contestées ») lorsqu'un différend existe entre Etats riverains. Dans la plupart des cas, la zone contestée (qu'elle soit terrestre ou maritime) fait l'objet de revendications concurrentes, chaque partie jugeant la prétention de l'autre comme étant dénuée de fondement. Cette absence d'accord minimal semble justifier que la politique opérationnelle 7.60 relative aux projets sur les zones contestées ne contienne aucune disposition relative à la notification des Etats parties au différend territorial. La politique opérationnelle 7.60 est donc moins directrice que celle applicable aux projets sur les voies d'eau internationales (OP/BP 7.50), ouvrant la voie à une analyse casuistique de chaque projet¹⁰⁰.

2. Contenu

Nous présenterons le champ d'application de la politique opérationnelle 7.60 **(a)** avant de détailler plus précisément les obligations contenues dans ce texte **(b)**.

a. Champ d'application de la politique opérationnelle 7.60

Ratione materiae, la politique opérationnelle 7.60 s'applique aux prêts et dons accordés par la BIRD et l'AID, à l'exclusion des financements accordés par ces institutions pour les politiques de développement¹⁰¹. Le texte distingue quatre type de situations indiquant l'existence d'un différend entre l'Etat emprunteur et d'autres parties, selon que la zone fasse l'objet de revendications

⁹⁹ BANQUE MONDIALE, *Projects in Disputed Areas*, (OMS) 2.35, 1983, § 1 : « To the extent that projects involve physical investments or activities on land, on water, or in air- space, the Bank will hardly be able to avoid taking account of any issue which may arise relating to the sovereignty of the territories in which a proposed project is located ».

¹⁰⁰ Nous reviendrons de façon extensive dans nos développements *infra* sur le rôle joué par la politique opérationnelle 7.50 de la Banque en matière d'aménagement des fleuves internationaux.

¹⁰¹ BANQUE MONDIALE, *Projects in Disputed Areas*, politique opérationnelle (OP) 7.60, 2001 (version révisée de mars 2012), § 1.

concurrentes officielles, légales ou résultant de l'octroi de permis d'exploitation, ou que le différend ait été soumis à un mode de règlement juridictionnel (ou non) des différends.

La zone fait l'objet d'une contestation officielle. La zone devant accueillir le projet peut faire l'objet d'un différend international suite à des revendications concurrentes présentées officiellement par les autorités des Etats en cause. Ces revendications peuvent avoir été présentées officiellement à d'autres Etats ou organisations internationales régionales et universelles. L'adoption par ces dernières d'actes de droit dérivé reprenant les prétentions concurrentes des parties peut fournir une indication claire de l'existence du différend.

La contestation de la zone résulte du droit interne des Etats parties au différend. Le différend territorial peut également avoir pour origine l'adoption de législations concurrentes de la part de deux ou plusieurs Etats. De nombreux Etats ayant choisi de définir leurs frontières dans leur droit interne, que ce soit dans la Constitution ou par le biais de lois ordinaires, il n'est pas rare que des prétentions concurrentes s'expriment sur des territoires.

La contestation de la zone résulte de droit ou permis d'exploitation concurrents octroyés par les Etats parties au différend. Ensuite, l'octroi par plusieurs Etats de droits et/ou de permis d'exploitation afin d'exploiter les ressources minières, gazières ou pétrolifères sur une même zone constitue un indicateur de l'existence d'un différend déclenchant l'application de la politique opérationnelle 7.60. Le différend portant sur l'exploitation des ressources énergétiques et halieutiques de la mer Caspienne en constitue l'exemple le plus topique.

Le différend territorial a été soumis à une procédure de règlement des différends. Enfin, la soumission de la contestation territoriale à une procédure de règlement des différends entraîne également l'application de la politique opérationnelle 7.60.

Ratione personae, le texte ne fait pas uniquement référence aux différends territoriaux interétatiques et renvoie également par endroits au terme anglais « claimants », plus large que celui d'« Etat ». Ce faisant, la politique opérationnelle est susceptible de s'appliquer également aux différends opposant un Etat à un mouvement nationaliste. C'est ainsi que la Banque exigera du Lesotho de consulter le mouvement SWAPO au sujet du projet Lesotho Highlands Water.

b. Obligations

Lorsque la politique opérationnelle 7.60 est applicable, la Banque a l'obligation de refuser de financer un projet sur une zone contestée **(b.1.)**, sauf à ce que le projet d'ouvrage public ne rentre dans l'une des exceptions limitativement énoncées par le texte **(b.2.)**.

b.1. L'obligation de refuser de financer un projet sur une zone contestée

La politique opérationnelle et la procédure bancaire (OP/BP) 7.60 dérivent largement, quant à leur contenu, des dispositions des règles de la Banque relatives aux projets sur les voies d'eau internationales. Ainsi, l'existence d'un différend territorial entre l'Etat emprunteur et un ou plusieurs autres Etats doit être analysée le plus en amont possible par le personnel de la Banque chargé du projet devant être implanté dans la zone contestée. La politique opérationnelle 7.60 fait obligation à l'équipe chargée du suivi du projet d'informer les autorités hiérarchiques de la Banque et de les tenir informées de chaque étape ultérieure du projet. Cette information se fait par le biais de la rédaction d'un mémorandum par le personnel qui y indique :

- l'ensemble des informations pertinentes sur les aspects internationaux du projet, ainsi que les procédures suivies et à suivre. Un résumé des éventuels projets précédemment entrepris par la Banque dans la zone faisant l'objet du différend y est également joint.
- le mémorandum recommande la position à adopter à l'égard du projet.
- le mémorandum sollicite l'avis des autorités hiérarchiques de la Banque sur les mesures envisagées.

La politique opérationnelle 7.60 traite également de l'inclusion de cartes dans les documents accompagnant le projet conduit dans une zone disputée. La cartographie pose ici de plus amples problèmes que ceux rencontrés en matière de projets sur les voies d'eau internationales¹⁰². Les Etats répugnent en effet à ce qu'une partie de leur territoire soit présentée comme faisant l'objet de revendications concurrentes. La politique opérationnelle 7.60 relative aux projets sur les zones contestées ne rend ainsi pas obligatoire l'inclusion d'une carte dans ces cas précis, si le personnel chargé du projet a obtenu l'accord hiérarchique de la Banque¹⁰³. L'inclusion éventuelle d'une carte dans la documentation afférente au projet est obligatoirement accompagnée d'une mention précisant que la Banque n'entend exercer aucun jugement sur le statut juridique des territoires en cause.

b.2. Exceptions

Au plan substantiel, les documents d'approbation d'un projet devant être implanté dans une zone contestée doivent indiquer que le personnel de la Banque a pris en considération et peut

¹⁰² BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, procédure bancaire (BP) 7.50, juin 2001, § 14.

¹⁰³ BANQUE MONDIALE, *Projects in Disputed Areas*, politique opérationnelle (OP) 7.60, 2001 (version révisée de mars 2012), §6. Une dérogation équivalente est prévue par les règles de la Banque en matière de projets sur les voies d'eau internationales : BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, politique opérationnelle (OP) 7.50, juin 2001, § 13.

démontrer que les parties au différend autre que l'Etat emprunteur n'ont émis aucune objection au projet¹⁰⁴ ou considèrent que le projet peut être entrepris pendant que le différend est soumis à un mode (juridictionnel ou non) de règlement pacifique¹⁰⁵. Dans tous les autres cas, les documents du projet doivent indiquer qu'il existe des circonstances qui justifient que la Banque soutienne financièrement le projet en dépit de l'objection formulée par une ou plusieurs autres parties au différend ou, *a minima*, de leur absence d'accord à celui-ci. La politique opérationnelle 7.60 fait ici obligation au personnel de la Banque de démontrer que le projet ne causera aucun préjudice aux autres parties au différend (première justification envisageable) ou que le projet pourra être entrepris car l'opposition entre les parties ne constitue pas un différend international *per se*.

En 2000, l'Érythrée¹⁰⁶ et l'Éthiopie¹⁰⁷ demandèrent séparément à la Banque de les assister dans la reconstruction et la réhabilitation des zones affectées par le conflit armé bilatéral les ayant opposé entre 1998 et 2000. Les zones visées par le sujet étaient elles-mêmes à l'origine de ce conflit et furent soumises, à ce titre, aux dispositions de la politique opérationnelle 7.60. Ni l'Érythrée, ni l'Éthiopie n'objectèrent au projet soutenu par l'autre partie, pas plus qu'ils n'y consentirent. La Banque décida de poursuivre la construction du projet car elle considéra qu'il ne causerait aucun préjudice aux parties au différend : les deux Etats recevraient un traitement similaire et les crédits octroyés par l'AID visaient à la reconstruction et la réhabilitation d'infrastructures socio-économiques indispensables ayant été détruites par la guerre.

*

Le droit international structure en premier lieu la construction de l'ouvrage public par l'obligation qui est faite à l'Etat de prévenir la survenance de dommages transfrontières à l'environnement et sa portée. Cette obligation se déduit du principe de l'utilisation non dommageable du territoire reconnue en droit international coutumier. La Cour internationale de Justice a fort opportunément rappelé le caractère coutumier de cette obligation de prévention dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. L'affirmation de ce devoir n'est pas suffisante : pris isolément il ne permet pas d'identifier avec précision les obligations précises de l'Etat maître de l'ouvrage, induites par l'obligation générale de prévention. Cela revient à dire que pour déterminer l'existence d'un dommage transfrontière à l'environnement l'Etat doit procéder à une évaluation d'impact environnemental attestant de l'innocuité du projet et prendre les mesures d'atténuation et/ou

¹⁰⁴ BANQUE MONDIALE, *Projects in Disputed Areas*, politique opérationnelle (OP) 7.60, 2001 (version révisée de mars 2012), §3, a).

¹⁰⁵ BANQUE MONDIALE, *Projects in Disputed Areas*, politique opérationnelle (OP) 7.60, 2001 (version révisée de mars 2012), §2.

¹⁰⁶ *Eritrea - Emergency Reconstruction Project* (P044674, 2000)

¹⁰⁷ *Ethiopia - Emergency Reconstruction Projects* (P067084, 2000)

d'évitement des impacts du projet en conséquence. Or, rien n'est dit par la Cour sur ce point : certes le caractère coutumier de l'obligation de procéder à l'impact environnemental fait partie du droit coutumier, mais son contenu et ses modalités sont abandonnées à l'Etat. La solution retenue manque singulièrement d'audace au regard de l'évolution du droit international conventionnel qui offre pourtant des critères minimaux permettant d'attester du sérieux de l'évaluation et d'éclairer pleinement la puissance publique sur les conséquences attachées à la construction de l'ouvrage public.

Ce premier mouvement de structuration (l'exigence d'un aménagement innocent) est doublé, en droit international, de l'obligation d'un espace aménageable : l'Etat est libre de procéder aux aménagements de son choix dans les limites indiquées ci-dessus mais à la condition que l'espace aménagé relève de sa souveraineté ou de sa juridiction. Quand l'ouvrage public est construit en vue de consolider une prétention territoriale, bref quand il s'agit d'aménager des espaces faisant l'objet de revendications concurrentes par plusieurs souverains, le droit international rechigne à prendre en compte cette catégorie particulière d'effectivités. Nous sommes alors revenus brièvement sur les règles générales dégagées par le juge international afin de trancher les prétentions territoriales contraires, en examinant plus particulièrement le sort des ouvrages publics. Nous avons vu que le juge ne leur accorde que des effets relatifs et que le droit international prive de toutes conséquences en droit international les ouvrages publics imposés après la date critique du différend. Nous avons illustré ces difficultés au moyen d'un exemple pratique tiré de la construction d'ouvrages publics en mer de Chine. Une fois ces règles présentées, nous avons intégré dans notre réflexion l'activité des bailleurs de fonds multilatéraux amenés à financer la construction d'un ouvrage public dans un espace disputé. La nature particulière de la banque (qui relève juridiquement de la catégorie des organisations internationales) et de ses activités (les prêts sont entérinés par le Conseil d'administration de la Banque au sein duquel siègent les représentants des Etats) imposent un devoir de vigilance accrue sur ce point. On admettrait difficilement en effet que des fonds destinés au développement soient utilisés pour consolider des prétentions territoriales. La politique opérationnelle 7.60 de la Banque mondiale relative aux projets sur les voies d'eau internationales repose sur le principe selon lequel la Banque doit prendre en compte l'ensemble des intérêts (et non pas uniquement ceux de l'Etat emprunteur) et ne causer aucun dommage appréciable aux Etats riverains. La Banque a étendu ces principes aux projets situés sur des zones faisant l'objet d'une contestation territoriale. Nous avons ensuite présenté le contenu de la politique opérationnelle 7.60 en détaillant son champ d'application et les obligations contenues dans ce texte. Ainsi, lorsque le texte est applicable la politique opérationnelle 7.60 est applicable, la Banque a l'obligation de refuser de financer un projet sur une zone contestée sauf à ce qu'il ne rentre dans l'une des exceptions limitativement énoncées par le texte.

Ainsi s'achève l'étude des règles structurant l'exercice unilatéral par l'Etat de sa liberté d'aménager. Les principes dégagés s'appliquent en toute circonstance et nous les compléteront

ultérieurement par les règles spéciales tirées de l'aménagement des ressources en eaux partagées et de la construction d'ouvrages publics en mer. Avant cela, il faut nous d'abord revenir sur une modalité particulière d'exercice de la liberté d'aménager : la construction et l'exploitation en commun d'un ouvrage public par plusieurs Etats.

Section 2. L'exercice conjoint de la liberté d'aménager

La construction n'est pas un élément proprement international de l'opération dont elle constitue l'objet. Dans la pratique, on utilise souvent le terme *construction internationale*, mais en réalité c'est l'opération qui est internationale, la construction étant toujours interne, localisée dans le pays de la situation de l'ouvrage. Or, en l'occurrence, c'est la construction qui est par définition internationale. Il est en effet difficile de concevoir une opération de construction plus franchement internationale que l'opération transfrontalière. C'est l'objet même de la construction qui internationalise l'opération : tel est le cas du tunnel routier sous le Mont Blanc¹⁰⁸, ou du tunnel sous la Manche¹⁰⁹. La spécificité des travaux transfrontaliers nécessite l'intervention préalable des États concernés, qui, dans un accord international, détermineront le cadre juridique de l'opération transfrontalière. Cette dernière sera réalisée à l'intérieur de ce cadre, selon les termes et conditions qui résultent de l'accord international et des conventions d'exécution, parmi lesquelles figure le contrat de construction (§1). Nous ménagerons ensuite une place à la question particulière de la coopération transfrontalière entre collectivités publiques infraétatiques qui sont des acteurs particuliers des relations internationales. Cette coopération transfrontalière entre des entités qui ne sont pas des Etats (mais peuvent engager sa responsabilité internationale) s'effectue en marge des procédés classiques du droit international. De nombreuses organisations internationales – Conseil de l'Europe et Union européenne en tête – ont ainsi adopté à son égard une attitude de promotion par l'édiction d'outils juridiques mis à la disposition des décideurs locaux. Affirmée, la coopération transfrontalière en matière d'ouvrage public dispose désormais d'un cadre juridique en pleine consolidation dont il convient d'étudier les modalités (§2).

§1. Les ouvrages publics transfrontaliers communs à plusieurs Etats

La construction n'est pas un élément proprement international de l'opération dont elle constitue l'objet. Dans la pratique, on utilise souvent le terme *construction internationale*, mais en

¹⁰⁸ V. le texte de la convention reproduit in ADAM H. T., *Les établissements publics internationaux*, LGDJ, Paris 1957, p. 262.

¹⁰⁹ V. le texte reproduit in loi n°87-383 du 15 juin 1987 autorisant la ratification du traité franco-britannique concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-Manche, *JORF*, 16 juin 1987.

réalité c'est l'opération qui est internationale, la construction étant toujours interne, localisée dans le pays de la situation de l'ouvrage. Or, en l'occurrence, c'est la construction qui est par définition internationale. Il est en effet difficile de concevoir une opération de construction plus franchement internationale que l'opération transfrontalière¹¹⁰. C'est l'objet même de la construction qui internationalise l'opération. Telle la construction du tunnel routier sous le Mont Blanc¹¹¹, ou du tunnel sous la Manche¹¹². La spécificité des travaux transfrontaliers nécessite l'intervention préalable des États concernés, qui, dans un accord international, détermineront le cadre juridique de l'opération transfrontalière **(A)**. Cette dernière sera réalisée à l'intérieur de ce cadre, selon les termes et conditions qui résultent de l'accord international et des conventions d'exécution, parmi lesquelles figure le contrat de construction **(B)**.

A. Le cadre juridique international de l'opération transfrontalière

La réalisation d'une opération transfrontalière nécessite la coopération des gouvernements des pays voisins sur le territoire desquels l'ouvrage est construit **(1)**. Cette coopération prend la forme d'une convention internationale dont il convient de voir la nature et le contenu **(2)**.

1. L'absence de présomption du caractère international de l'ouvrage : la nécessité de l'intervention des Etats concernés

S'agissant de l'exploitation du domaine public appartenant à deux ou plusieurs États voisins, la réalisation d'un ouvrage transfrontalier n'est pas concevable sans l'accord préalable des États concernés ou de leurs émanations (collectivités territoriales). Il convient d'y ajouter la nécessité de satisfaire aux besoins communs en construisant un ouvrage techniquement cohérent, ce qui implique la centralisation des responsabilités pour l'exécution des travaux de construction, et, le cas échéant, la mise en commun des sources de financement dont les deux États peuvent disposer.

La décision de construire sur un territoire frontalier relève des États concernés et d'eux seuls, de même que rien ne peut se faire sans l'accord préalable de tous les copropriétaires d'un terrain sur lequel l'un d'eux souhaite construire. Cette décision fait l'objet d'un traité bilatéral, conclu *ad hoc*. Ce traité poursuit des objectifs divers, parmi lesquels figure la nécessité de donner un statut juridique à l'opération transfrontalière qui se distingue de toute autre opération de construction, interne ou

¹¹⁰ GLAVINIS P., *Le contrat international de construction*, Paris, Ed. GLN Joly, 1993, pp. 435-460.

¹¹¹ V. le texte de la convention reproduit in ADAM H. T., *Les établissements publics internationaux*, LGDJ, Paris 1957, p. 262.

¹¹² V. le texte reproduit in loi n°87-383 du 15 juin 1987 autorisant la ratification du traité franco-britannique concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-Manche, *JORF*, 16 juin 1987.

internationale, se déroulant de part et d'autre des frontières. L'intervention des Etats est nécessaire pour régler un certain nombre de problèmes qui relèvent exclusivement de leur compétence et qui résultent de la nouvelle situation de fait créée par l'opération transfrontalière. Contrairement à toute autre opération de construction qui trouve un cadre préétabli dans la loi et la réglementation locales en vigueur, l'opération transfrontalière nécessite l'adaptation des réglementations nationales immédiatement applicables.

L'exploitation des ressources naturelles par deux Etats peut concerner un ou plusieurs autres Etats de la région, qui ne participent pas à la réalisation de l'ouvrage, mais qui en sont directement concernés. C'est notamment le cas des travaux réalisés sur un fleuve international¹¹³. Le droit international public impose aux pays entrepreneurs des concertations avec les pays tiers, qui peuvent aller depuis la simple information jusqu'à la consultation¹¹⁴. Le problème a été également posé à propos du tunnel sous la Manche, dont une partie des travaux ont dû être exécutés sous la haute mer. Les rédacteurs du traité de 1986, conscients des conséquences que pourrait avoir l'opération pour d'autres Etats, ont prévu la disposition suivante : Article 2 (1) « Les Hautes Parties contractantes prennent les dispositions nécessaires pour que la construction et l'exploitation de la Liaison Fixe soient assurées dans le respect de leurs engagements internationaux. Elles coopèrent pour accomplir toutes les démarches nécessaires auprès des Organisations Internationales ». Les concessionnaires se sont également engagés à n'entreprendre aucune action qui conduirait l'un ou l'autre Etat à manquer à ses obligations internationales¹¹⁵.

2. Le contenu de l'accord interétatique

L'accord interétatique fixera généralement le cadre institutionnel **(a)** et juridique **(b)** de l'opération transfrontalière. Il s'agira dans un premier temps d'instituer une commission paritaire amenée à faciliter la prise de décision lors de la vie opérationnelle de l'ouvrage. Il s'agira ensuite de déterminer des questions aussi importantes que le régime de propriété ou la fixation de la frontière internationale.

¹¹³ DUPUY P.-M., « La gestion concertée des ressources naturelles : à propos du différend entre le Brésil et l'Argentine relatif au barrage d'Itaipu », *AFDI*, 1978, p. 866.

¹¹⁴ *Charte des droits et devoirs économiques des Etats*, art. 3 : « Dans l'exploitation des ressources naturelles communes à deux ou à plusieurs pays, chaque Etat doit coopérer sur la base d'un système d'information et de consultation préalable, afin d'assurer l'exploitation optimale de ces ressources, sans porter préjudice aux intérêts légitimes des autres Etats » (Rés. A.G. 3281 XXIX).

¹¹⁵ Traité de 1986, art. 13 (2).

a. L'organe intergouvernemental

Toutes les conventions interétatiques mettent en place un organe intergouvernemental ayant pour mission d'assurer l'application de la convention. Les Etats éprouvent ainsi le besoin d'institutionnaliser en partie une relation purement conventionnelle. L'article 8 de la convention franco-espagnole de 1964 pour la construction de deux ponts internationaux sur la Bidassoa exprime cette volonté « Pour assurer la bonne exécution des travaux et établir une liaison permanente entre les services intéressés des deux pays, une commission technique franco-espagnole est constituée pour chacune des opérations ». Cet organe, appelé Commission intergouvernementale¹¹⁶, Autorité¹¹⁷ ou Commission technique mixte¹¹⁸, existe dans tous les cas de figure.

b. Le cadre juridique de l'opération

Les Etats concernés doivent résoudre les difficultés d'ordre juridique, administratif et technique qui sont de nature à entraver l'opération transfrontalière. Ils prévoient les conditions dans lesquelles se réalisera l'opération et mettent en place le cadre juridique nécessaire pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage. Ils règlent ainsi un certain nombre de questions qui relèvent de l'exercice des compétences territoriales et qui sont d'ordre pénal, fiscal, social, douanier, monétaire et administratif en général. Le maître de l'ouvrage ne donne à l'entrepreneur l'ordre de commencer les travaux que lorsque le cadre juridique adéquat est entièrement en place, et notamment le traité et la concession¹¹⁹.

b.1. La détermination du régime de propriété de l'ouvrage public transfrontalier

La pratique démontre la préférence accordée par les Etats au régime juridique de la propriété commune **(b.1.1.)** dont il conviendra de préciser les effets quant à la gestion de l'ouvrage **(b.1.2.)**.

¹¹⁶ Traité franco-britannique de 1986 sur la construction du tunnel sous la Manche ; Convention franco-italienne de 1972 sur la construction du tunnel routier de Fréjus.

¹¹⁷ Convention de 1973 pour la construction du tunnel sous la Manche. Sur cette première convention franco-britannique, qui n'est jamais entré en vigueur faute d'avoir été ratifiée par le parlement britannique, v. JOUANNEAU D., « Le traité sur le tunnel de la Manche », *AFDI*, 1973, pp. 875-889. Pour des études anciennes, v. VAN DER MENSBRUGGHE Y., « Le tunnel sous la Manche », *RGDIP*, 1967, pp. 325 s.

¹¹⁸ Convention de 1967 entre l'Argentine et l'Uruguay pour la construction d'un pont international ; Convention franco-espagnole de 1968 pour la construction d'une route ; Convention franco-espagnole de 1973 pour la construction du « Pont Roy ».

¹¹⁹ Contract Agreement du Tunnel sous la Manche, art. 16.

b.1.1. Recours privilégié au régime juridique de la propriété commune

La plupart du temps, l'unité géophysique de l'ouvrage interdit techniquement la scission de l'opération transfrontalière (pont, tunnel, barrage)¹²⁰. La pratique démontre ainsi une nette propension à l'établissement d'une propriété commune des Etats sur l'ouvrage public transfrontalier. A titre d'exemple, le Paraguay et l'Argentine ont conclu le 3 décembre 1973 un traité par lequel ils ont créé l'Entité binationale Yacyretá afin d'exploiter l'énergie électrique du fleuve Paraná à la frontière entre les deux Etats¹²¹. L'article 5, alinéa 1, du traité dispose que « les installations destinées à la production d'énergie électrique et leurs ouvrages auxiliaires [. . .] constitueront une copropriété détenue à parts égales et n'entraîneront aucun changement concernant les limites entre les deux pays fixées dans les Traités en vigueur »¹²². Il en va de même de l'accord de 1967 entre l'Argentine et l'Uruguay concernant la construction d'un pont international¹²³, de la Convention franco-italienne relative à la construction du tunnel de Fréjus¹²⁴, etc.

Le recours à la propriété commune s'observe plus rarement dans le cadre de l'aménagement des fleuves internationaux. En l'absence d'un régime juridique général des ouvrages publics communs en droit international, leur statut est appréhendé par le biais de traités (généralement de portée bilatérale). Cette question a toutefois connu des développements remarquables par l'adoption de la Convention relative au statut juridique des ouvrages communs signée à Bamako le 21 décembre 1978 par les Chefs d'Etat et de Gouvernement du Mali, de la Mauritanie et du Sénégal¹²⁵. Aux termes de cet instrument, est considéré comme ouvrage commun tout ouvrage faisant l'objet d'un instrument juridique déclarant cet ouvrage propriété commune¹²⁶. Le caractère international de l'ouvrage ne se présume donc pas et ne peut être déduit qu'en vertu d'un processus conventionnel ou par le biais d'une résolution adoptée au sein de l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal (OMVS)¹²⁷.

¹²⁰ Il en va autrement pour la construction de routes, mais là encore un minimum de coopération est requis.

¹²¹ BARBERIS J., « L'exploitation hydro-électrique du Paraná et l'accord tripartite de 1979 », *AFDI*, 1986, pp. 779-793.

¹²² « [L]as instalaciones del aprovechamiento hidroeléctrico y sus obras auxiliares . . . constituirán un condominio, por partes iguales, de ambas Altas Partes Contratantes y no producirán variación alguna en los límites entre los dos países establecidos en los Tratados vigentes ».

¹²³ Accord de 1967, art. 12 : « Le pont sera la propriété commune et indivisible des Hautes Parties contractantes sur toute l'étendue de l'ouvrage d'art ».

¹²⁴ Convention franco-italienne relative à la construction du tunnel de Fréjus, art. 8 : « Lorsque les deux concessions prendront fin, soit à la date fixée ci-dessus, soit antérieurement pour une autre cause, le tunnel deviendra propriété commune des Etats français et italien et sera exploité en commun, à égalité de droits et de charges »

¹²⁵ Sur le régime du fleuve Sénégal, v. prioritairement MBENGUE M., SAMBOLY BA A., « Le régime juridique du fleuve Sénégal : aspects du droit des cours d'eau dans un contexte régional », *Annuaire africain de droit international*, 2006, pp. 309-347 (notamment, sur les étapes successives de fondation du régime juridique du fleuve, v. pp. 313-316). V. également GAUTRON J.-C., « L'aménagement du fleuve Sénégal », *AFDI*, 1967, pp. 690-702 ; KAISER J.-H., « Statut juridique des ouvrages communs au fleuve Sénégal » in *Im Dienste Deutschlands und des Rechts. Festschrift für Wilhelm GREWE*, 1981, pp. 493-506 ; NDIAYE E. H. M., « Le fleuve Sénégal et les barrages de l'OMVS : quels enseignements pour la mise en œuvre du NEPAD ? », *VertigO – La revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. 4, n° 3, décembre 2003.

¹²⁶ Convention relative au statut juridique des ouvrages communs, Bamako, 21 décembre 1978, art. 2.

¹²⁷ La convention procède à une énumération précise mais non limitative des ouvrages communs. V. la liste d'ouvrages communs donnée par la Convention dans son article 3.

Chaque convention spécifique organisera la répartition des coûts d'investissement et des charges d'exploitation. Les résultats d'exploitation seront également répartis proportionnellement à la contribution de chaque État. Cette répartition des coûts et des charges peut être réajustée périodiquement en fonction des résultats d'exploitation de l'ensemble du système d'infrastructure régionale.

Les ouvrages communs sont et demeurent pendant toute la durée de leur vie propriété commune et indivisible des Etats membres de l'OMVS. La propriété est réservée aux seuls Etats membres de l'OMVS. Ni la qualité d'Etat riverain, ni celle de partie à la Convention de 1972 relative au statut du fleuve ne confère de droit de propriété sur les ouvrages. Cette propriété collective emporte pour première conséquence que la construction d'ouvrage public sur le territoire d'un Etat ne lui octroie pas de droit préférentiel. Tous les Etats membres de l'OMVS ont un droit individuel à une quote-part indivisible et un droit collectif d'usage, de jouissance et d'administration de l'ouvrage commun de ses annexes et accessoires. La propriété collective emporte pour seconde conséquence l'obligation pour l'Etat sur le territoire duquel se trouve tout ou partie d'un ouvrage commun de ne mettre aucun obstacle à l'exercice par les autres Etats copropriétaires de leurs droits d'usage, de jouissance et d'administration. Par voie de conséquence, l'ouvrage commun est exempt de toute perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou toute autre forme de saisie ou de mainmise forcée de la part des pouvoirs législatif, exécutif ou judiciaire des Etats copropriétaires. La propriété commune, une fois déclarée pour l'ouvrage principal, s'étend à tous les ouvrages annexes et accessoires¹²⁸.

Il est également possible de trouver des cas dans lesquels la propriété de l'ouvrage transfrontalier est accordée *in extenso* à un seul Etat. Cette hypothèse vise prioritairement la question des réparations de guerre, comme en témoigne la question des ponts construits sur le Rhin entre la France et l'Allemagne. Ces derniers appartenaient, avant la signature du Traité de Francfort¹²⁹ à parts égales à la France et à l'Allemagne. La frontière internationale entre les deux Etats sur le Rhin était fixée d'une part sur le thalweg du fleuve et d'autre part sur la ligne mitoyenne des ponts. Après la guerre de 1870-1871 la France perdit l'Alsace-Lorraine et, avec elle, la propriété des ponts sur le Rhin. Le Traité de Versailles a réintégré dans la souveraineté française les territoires perdus en 1871. Certaines de ces dispositions étaient spécialement dédiées à la question des ponts qui furent attribués en pleine propriété à l'Etat français. L'article 66 du Traité de Versailles disposait ainsi que « les ponts de chemin de fer et autres existant actuellement dans les limites de l'Alsace-Lorraine sur le Rhin seront, dans toutes leurs parties et sur toute leur longueur, la propriété de l'Etat français qui

¹²⁸ Convention relative au statut juridique des ouvrages communs, *préc.*, art. 1.4 ; art. 5.

¹²⁹ Le Traité de Francfort, signé le 10 mai 1871, mit fin à la guerre de 1870-1871 entre la France et l'Allemagne.

en assurera l'entretien »¹³⁰. L'Allemagne céda donc sa part de propriété des ponts sur le Rhin à la France, tant pour des raisons d'ordre politique que militaire et stratégique. Cette disposition fut ultérieurement complétée par l'Arrangement provisoire du 1er juillet 1920 relatif aux ponts sur le Rhin¹³¹, puis supplantée par le Traité de délimitation du 14 août 1925¹³².

b.1.2. Conséquences juridiques attachée au régime juridique de la propriété commune

Le régime juridique de la propriété commune s'accompagne dans chaque traité d'une répartition des coûts entre les Etats, ainsi (le cas échéant) de la répartition des bénéfices. Rien n'indique que la propriété commune de l'ouvrage entraîne l'obligation pour les Etats de répartir les charges sur un principe égalitaire. La pratique est trop hétérogène pour donner ici des solutions affirmées. La propriété commune entraîne cependant plusieurs conséquences certaines¹³³.

D'abord, la copropriété des ouvrages ne confère à aucun Etat de droit de propriété ni de juridiction sur une partie quelconque du territoire de l'autre. Elle n'entraîne pas non plus de modification ni de changement des souverainetés respectives.

Ensuite, elle proscrit à un Etat co-propriétaire de céder ses droits à un tiers sans le consentement des autres Etats. La Convention relative au statut juridique des ouvrages communs de 1978 sécurise ainsi le régime de propriété dans l'éventualité où l'un des co-propriétaires dénoncerait la convention. L'Etat concerné est obligé, pour dénoncer le traité, d'engager des négociations avec les autres Etats copropriétaires et les tiers intéressés en vue de la liquidation de ses droits et obligations relatifs à la propriété commune et indivisible et aux engagements financiers de l'OMVS. La dénonciation ne deviendra alors effective que lorsque l'Etat aura souscrit à des accords de règlement jugés satisfaisants par les parties.

Enfin, la copropriété interdit toute modification unilatérale de l'ouvrage public transfrontalier sans l'accord de l'ensemble des copropriétaires. La question de la destruction unilatérale par l'un des copropriétaires se pose actuellement pour la « Chaussée » construite par la Singapour et la Malaisie. L'île principale de Singapour est séparée de la Malaisie au nord, à l'ouest et à l'est par le détroit de

¹³⁰ Traité de Versailles, 28 juin 1919, art. 66.

¹³¹ Cette disposition fut ultérieurement complétée par l'Arrangement provisoire du 1er juillet 1920 relatif aux ponts sur le Rhin, SDN, *Recueil des traités*, t. VIII, 1922, p. 88.

¹³² Sur la question des ponts sur le Rhin, v. l'indispensable étude de GOELLNER A., *Les ponts français sur le Rhin : une étude de droit international public dans le domaine de l'égalité des droits*, Paris : Rousseau, 1933, 194 p.

¹³³ V. not. BARBERIS J. A., « Quelques considérations sur le condominium en droit international public », in KOHEN M. (Dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 673-684.

Johor et séparée au sud de l'archipel indonésien par le détroit de Singapour. L'île principale est reliée à son voisin du nord, la Malaisie, par une digue portant une route et une voie ferrée (dite « la Chaussée », ou « the Causeway ») qui fut construite en 1923 et par une autre liaison routière inaugurée en 1998. Plusieurs parlementaires de Malaisie ont appelé à la destruction de la Chaussée avant 1996. Le Premier ministre malaisien d'alors, Mahathir Mohamad, avait proposé que la Chaussée soit remplacée par un pont suspendu, ce qui aurait permis de réouvrir le détroit à la navigation. La Malaisie avançait également que l'ouvrage actuel, situé en surface, entraîne une importante pollution en raison du trafic routier extrêmement important. Des consultations eurent lieu avec Singapour et un consortium (Gerbang Perdana) fut chargé de construire le pont au mois de décembre 1998. Aucun accord ne fut trouvé sur la Chaussée et, au mois d'octobre 2002, la Malaisie mit fin aux négociations et annonça vouloir procéder unilatéralement à la destruction de la Chaussée. Singapour protesta au mois d'octobre 2003 par le biais d'une note diplomatique rappelant que l'ouvrage public, propriété commune, ne pouvait être légalement détruit dans son accord. Les négociations reprirent en 2004, sans succès, jusqu'au mois d'avril 2006. La question est toujours non résolue et source de vives tensions au moment où nous rédigeons ces lignes (2015)¹³⁴.

Au-delà de la propriété commune, le traité organisant le statut de l'ouvrage public transfrontalier pourra également fixer le point de passage de la frontière internationale.

b.2. La fixation de la frontière internationale sur l'ouvrage public transfrontalier

En l'absence de dispositions relatives à la fixation de la frontière dans le traité, le principe est celui du report vertical de la frontière internationale valorisée par l'ouvrage public transfrontalier. La Cour internationale de Justice a appliqué ce principe dans l'affaire du *Différend frontalier (Bénin c. Niger)*¹³⁵ au sujet de deux ponts internationaux enjambant le fleuve international formant la frontière entre les deux Parties au différend. Nous reviendrons ici brièvement sur la solution dégagée par la Cour qui est transposable à l'ensemble des ouvrages publics transfrontaliers, quelle que soit la nature de la frontière traversée (terrestre ou maritime).

Dans l'affaire du *Différend frontalier (Bénin c. Niger)*, la Cour avait été saisie par compromis d'un différend concernant « la délimitation définitive de l'ensemble de [la] frontière » entre les deux Etats. Le Niger priait notamment la Cour de déterminer le tracé de la frontière sur les deux ponts internationaux entre Gaya (Niger) et Malanville (Bénin)¹³⁶. Les textes ayant présidé à leur

¹³⁴ CAMINO H., COGLIATI-BANTZ V. P., *The Legal Regime of Straits. Contemporary Challenges and Solutions*, Cambridge University Press, p. 330, note 5.

¹³⁵ CIJ, *Différend frontalier (Bénin c. Niger)*, arrêt du 12 juillet 2005, §§ 119-124, pp. 141-142.

¹³⁶ Le Bénin soutenait que la question n'entre pas dans le cadre du différend soumis à la juridiction aux termes du compromis et que la Chambre n'avait donc pas compétence pour donner suite à la demande du Niger. La Chambre relèvera

construction prévoient que l'utilisation et l'entretien doit être financés à égalité par les deux Parties. Or, la question du tracé de la frontière sur les ponts étant entièrement indépendante de celle de la propriété desdits ouvrages, qui appartiennent conjointement aux Parties. Rien n'était dit, toutefois, sur la fixation de la frontière au sein desdits ouvrages, les questions territoriales n'ayant pas été abordées par les deux Etats.

Le Niger affirmait que la frontière passait au milieu de chacun des ponts. Il faisait observer que la construction et l'entretien de ces ouvrages publics avaient été financés à parts égales par les Parties et qu'elles leur appartenaient conjointement. Il soutenait que si elle n'est pas la seule, la formule qui consiste à établir la limite au milieu du pont, indépendamment de l'endroit où passe la limite sur les eaux du fleuve, est largement pratiquée en matière de délimitation fluviale¹³⁷. Cette formule de fixation de la frontière sur l'ouvrage a pour avantage d'offrir une solution équitable permettant aux deux Etats riverains d'exercer leur souveraineté sur une partie égale de l'ouvrage¹³⁸. Selon le Niger, il en découlait logiquement que le tracé de la frontière devait passer au centre de ces ouvrages et ne suivait pas la ligne frontalière dans le fleuve lui-même.

Le Bénin soutenait pour sa part que les arrangements convenus pour la construction et l'entretien des ponts et toute disposition relative à la propriété conjointe de ceux-ci étaient sans rapport avec les questions de souveraineté territoriale. Il affirmait en outre qu'une absence de correspondance entre le tracé de la frontière sur les ponts et son tracé dans le fleuve au-dessous de ces structures serait illogique et conduirait à des incohérences juridiques.

La Cour ne verra pas dans la pratique invoquée par le Niger l'existence d'une règle de droit international coutumier relative à la délimitation territoriale dans le cas de ponts enjambant des cours d'eau internationaux. La Chambre observera qu'« au vu de l'absence d'accord entre les Parties la solution à retenir est celle du report vertical de la frontière tracée sur le cours d'eau. Cette solution

à cet égard que, dans le compromis, « [l]a Cour est priée de ... déterminer le tracé de la frontière ... dans le secteur du fleuve Niger ». Les ponts entre Gaya et Malanville étant situés dans ce secteur, la Chambre estime qu'elle a compétence pour déterminer le tracé de la frontière sur ceux-ci : CIJ, *Différend frontalier (Bénin c. Niger)*, préc., § 120.

¹³⁷ V., parmi une abondante pratique, Traité de paix de Lunéville entre la France et l'Empire, 9 février 1801, article III (ponts sur l'Adige) ; Traité définitif entre la France et la Grande Bretagne, 20 novembre 1815, article 1, 2) ; Traité de frontières entre la France et les Pays-Bas, 28 mars 1820, article 614 (ponts sur la Lys) ; Traité de frontières entre la France et l'Espagne, 2 décembre 1856, article XXVI (pont sur la Bidassoa) ; Déclaration entre la France et Bade au sujet de la limite de souveraineté sur les ponts du Rhin, 10 janvier 1861, articles 1-2 ; Convention entre la Belgique et les Pays-Bas fixant la frontière sur un pont enjambant la Meuse à Maseyck, 7 avril 1886, article 7 ; Traité entre la France et l'Allemagne portant délimitation de la frontière avec annexes, protocole et échange de notes, 14 août 1925, article 17 (ponts sur le Rhin) ; Echange de notes constituant un accord entre le Brésil et le Paraguay relatif à l'utilisation, l'entretien et la surveillance du pont international sur le Parana, 27 mars 1965, article II.

¹³⁸ V., en doctrine, BOUCHEZ L. J., « The fixing of boundaries in international boundary rivers », *International and Comparative Law Quarterly*, 1963, p. 817 ; DIPLA H., « Les règles de droit international en matière de délimitation fluviale : remise en question », *RGDIP*, 1985, p. 620 ; SCHROETER F., « Les systèmes de délimitation dans les fleuves internationaux », *AFDI*, 1982, p. 979 ; HERDEGEN M., « River Bridges », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, non paginé.

est conforme à la conception générale selon laquelle une frontière marque la séparation des souverainetés étatiques, autant sur la surface terrestre que dans le sous-sol et l'espace atmosphérique surjacent. En outre, la solution du report vertical de la frontière tracée sur le cours d'eau permet de pallier les difficultés que pourrait engendrer l'existence de deux limites distinctes se trouvant sur des plans géométriques très proches l'un de l'autre »¹³⁹.

La pratique internationale contient de nombreux exemples de traités allant dans le sens préconisé par la Cour. Il en va ainsi de l'article 11 de la Convention de 1967 conclue entre l'Argentine et l'Uruguay relative à la construction d'un point international dans la zone de Fray Bentos-Puerto Unzue : « Aux fins de la délimitation de leur juridiction respective sur le pont, les Hautes Parties contractantes conviennent que celle-ci s'étendra jusqu'à l'aplomb du point qui marque la limite de leur juridiction sur les eaux traversées par ledit pont »¹⁴⁰. Rien ne s'oppose toutefois à ce que les Etats conviennent d'un mode de fixation différent, quitte à complexifier singulièrement l'opération. L'article 3 (1) du traité de 1986 sur le tunnel sous la Manche dispose : « Pour toutes les questions relatives à la Liaison Fixe, la frontière entre la France et le Royaume Uni est la projection verticale de la ligne définie dans l'Accord signé à Londres le 24 juin 1982, relatif à la délimitation du plateau continental à l'Est de la longitude 30 minutes Ouest du méridien de Greenwich ; les Etats concernés exercent leur juridiction en conséquence ... ». Cette délimitation a soulevé le problème du droit qu'il fallait appliquer avant la jonction (qui a déjà eu lieu) à la partie du tunnel qui se situe à l'intérieur du territoire d'un Etat, mais dont le percement a commencé à partir du territoire de l'autre Etat. Cette question a été résolue par l'article 3 (3) du traité de 1986 : « Si, au cours de la construction de la Liaison Fixe, les travaux menés à partir de l'un des deux Etats se poursuivent au-delà de la frontière, la loi applicable dans cette partie est la loi de cet Etat en ce qui concerne les faits se produisant avant que la jonction soit effective ».

Les traités organisant le statut des ouvrages publics transfrontaliers prévoient fréquemment, en plus de la détermination du régime de propriété et de la fiction de la frontière, les modes de règlement des différends susceptibles de naître à l'occasion de leur interprétation ou de leur application.

¹³⁹ CIJ, *Différend frontalier (Bénin c. Niger)*, arrêt du 12 juillet 2005, § 123.

¹⁴⁰ Cf. aussi l'article 14 de la convention franco-italienne sur la construction du tunnel routier du Fréjus qui dispose « La frontière franco-italienne à l'intérieur du tunnel restera fixée à la verticale de la frontière à ciel ouvert ».

3. Le règlement des différends

Les accords interétatiques distinguent en règle générale trois catégories de différends¹⁴¹. D'abord, les différends entre Etats parties au traité. Tous les modes de règlement des litiges qui sont propres aux relations interétatiques peuvent être envisagés. En général, le traité prévoit que tout différend sur son interprétation et son application devrait être réglé par la voie diplomatique. A défaut, la plupart des traités prévoient un arbitrage *ad hoc* du droit international public. Le président de la CIJ est souvent désigné pour assister les parties à la constitution du tribunal arbitral. Le traité organisera ensuite les différends entre un Etat et un concessionnaire concernant l'interprétation et l'application de la concession, qui sont réglés en arbitrage de droit commun. Les différends entre les concessionnaires, seront réglés suivant le mode précisé dans la convention qui les lie.

Pour les différends interétatiques nés de l'application ou de l'interprétation du traité, l'article 17 de la convention de 1973 sur le Tunnel sous la Manche prévoyait leur règlement par un arbitrage du droit des gens. Quant aux différends qui pouvaient résulter des relations entre les Sociétés et les Gouvernements ou l'Autorité, ils devaient être soumis à un arbitrage distinct, conformément à une convention d'arbitrage qui serait conclue entre les Gouvernements et les Sociétés. En revanche, le traité de 1986 prévoit la mise en place d'un tribunal arbitral unique, ayant compétence pour résoudre les différends entre les deux Etats relatifs à l'interprétation et à l'application du Traité ; les différends entre les Gouvernements et les concessionnaires relatifs à la concession ; les différends entre les concessionnaires relatifs à l'interprétation et à l'application du traité. Les différends entre concessionnaires qui ne concernent pas l'interprétation et l'application du traité échappent ainsi à la compétence du tribunal arbitral. Le traité prévoit que si les concessionnaires sont parties au litige, ils auront le droit de désigner deux arbitres supplémentaires, en dehors des deux arbitres nommés par les Gouvernements. Le président du tribunal arbitral est alors désigné par les deux arbitres nommés par les Gouvernements, en accord avec les arbitres nommés par les concessionnaires. Or, la mission de ceux-ci se trouve limitée par rapport aux pouvoirs reconnus aux arbitres nommés par les Gouvernements. Aux termes du dernier alinéa de l'article 19 (2) (f), « les deux arbitres nommés par les concessionnaires ne prennent pas part à tout ou partie d'une décision relative à l'interprétation ou à l'application du présent traité ». Le droit applicable au fond n'est pas le même selon qu'il s'agit d'un différend interétatique ou d'un différend opposant les concessionnaires aux Gouvernements ou les concessionnaires entre eux. Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du traité seront tranchés sur la base des dispositions de ce dernier et des principes pertinents du droit international.

¹⁴¹ Pour un exemple d'application, v. VALLEE C., « L'affaire d'Aragnouet-Bielsa : impasse pour un tunnel », *AFDI*, 1974, pp. 354-374.

B. La réalisation de l'opération transfrontalière

Les conditions dans lesquelles l'opération transfrontalière sera réalisée sont tributaires du degré dans lequel les Etats concernés souhaitent s'y engager, au-delà de leur intervention initiale ayant pour objet de lui fournir le cadre juridique nécessaire. Ainsi, le contrat de construction peut être passé soit directement par l'un des Etats ou par un organisme public entièrement contrôlé par les Etats **(1)**, soit par une entreprise concessionnaire commune, à laquelle les Etats concèdent la construction et l'exploitation de l'ouvrage **(2)**. Dans la première hypothèse, le contrat de construction est un contrat Etat. Dans la seconde, le contrat d'Etat est l'accord de concession, alors que le contrat de construction est un contrat international comme un autre, passé entre deux personnes privées.

1. Hypothèse 1. Le contrat de construction est passé par un Etat ou un organisme public commun

Les Etats peuvent choisir soit de charger l'un d'entre eux de passer directement le contrat de construction avec le constructeur **(a)**, soit de constituer un organisme public qui passera lui-même le contrat de construction **(b)**. Dans les deux cas, les Etats demeurent énergiquement engagés dans la réalisation du projet.

a. Sous-hypothèse 1. Passation du contrat directement par l'un des Etats

Lorsque les Etats concernés peuvent prendre en charge le financement d'un ouvrage public transfrontalier, la construction d'un tel ouvrage s'effectuera comme pour les marchés publics nationaux. L'accord interétatique doit alors répartir les tâches entre les Gouvernements concernés, et désigner le Gouvernement qui aura la responsabilité de l'opération et qui passera directement le contrat de construction en mettant en œuvre la procédure nationale d'attribution des marchés publics. Une concertation est nécessaire pour assurer l'homogénéité technique de l'opération, dictée par l'unité géophysique de l'ouvrage. Les entrepreneurs ne pourront travailler sous la direction de deux maîtres d'ouvrage différents, sauf s'il s'agit d'un ouvrage qui peut être réalisé par tranches, comme c'est par exemple le cas d'une route.

Nous avons examiné trois conventions franco-espagnoles qui concernent la réalisation d'ouvrages d'infrastructure de taille moyenne : la convention de 1964 concernant la construction de deux ponts internationaux sur la Bidassoa, celle de 1968 concernant la construction d'une route reliant la vallée de Ronçal à Arette et celle de 1973 concernant la construction d'un pont international sur la Garonne. Toutes les trois établissent une Commission technique mixte qui a notamment pour mission de vérifier les dépenses effectuées et d'établir le montant des versements à effectuer par le

Gouvernement débiteur au Gouvernement chargé de la réalisation des travaux, en tenant compte des valeurs successives éventuelles des taux de changes et des révisions éventuelles des prix (article 8, 5, et 8 respectivement). S'agissant de la construction des ponts en particulier, chaque Gouvernement prenait à sa charge le coût de construction des voies d'accès au pont de part et d'autre, tandis que les dépenses correspondant à la construction du pont proprement dit étaient partagées par moitié (article 4 des conventions de 1964 et 1973). La réalisation des travaux était confiée à l'un des deux Gouvernements, désigné tantôt comme maître d'œuvre (convention de 1964), tantôt comme maître de l'ouvrage (convention de 1973). L'entrepreneur contractait directement avec l'Etat responsable ou la collectivité territoriale concernée. Selon l'article 6 de la convention de 1968, « les relations avec l'entrepreneur en ce qui concerne ladite route seront de la seule compétence de la Diputación Foral de Navarra ». Le Gouvernement chargé de l'étude du projet, de l'adjudication et de la direction des travaux était ainsi autorisé à opérer sur le territoire de l'autre Etat contractant, qui devait mettre à sa disposition les terrains nécessaires (article 9 de la convention de 1973). Lors de l'attribution des marchés, le Gouvernement maître de l'ouvrage devait pourtant accepter sur un pied d'égalité les offres en provenance d'entrepreneurs de l'autre Etat contractant. Aux termes de l'article 6 de la même convention que ci-dessus, « pour l'adjudication des travaux de l'opération les entrepreneurs des deux pays seront placés sur un pied d'égalité. Le personnel, les matériels, matériaux et accessoires ne seront l'objet d'aucune discrimination ».

Il est intéressant de constater que même pour les travaux qui devaient être exécutés en territoire français sur les voies d'accès au pont, c'était la législation et la réglementation espagnoles qui étaient déclarées applicables en matière de travail et de sécurité sociale (article 7 de la même convention). Quant à l'entrepreneur adjudicataire, il devait faire élection de domicile sur le territoire de l'Etat espagnol, même s'il devait opérer en territoire français (article 7).

La convention franco-espagnole de 1964 sur la construction de deux ponts internationaux désigne le Gouvernement espagnol comme maître d'œuvre du projet. Le contrat de construction est passé directement avec l'Etat espagnol ou une collectivité locale de cet Etat et a le caractère d'un marché public espagnol. L'article 13 de la convention prévoit en conséquence : « *Les difficultés contentieuses pouvant s'élever entre les services techniques et l'entrepreneur sont exclusivement de la compétence des autorités du pays du Gouvernement maître d'œuvre* »¹⁴²

b. Sous-hypothèse 2. Passation du contrat par un organisme public commun

L'organe intergouvernemental a une mission à contenu variable en fonction du degré d'intervention des Etats dans la réalisation du projet transfrontalier. Elle peut ainsi aller du simple

¹⁴² Même solution pour la convention franco-espagnole de 1973 concernant la construction du « Pont du Roy »

contrôle des dépenses ou de l'approbation des plans, à la passation des marchés et l'exploitation de l'ouvrage pour le compte des Gouvernements. Dans ce dernier cas, il s'agit d'un organisme public, mis en place et contrôlé par les Etats pour faire construire et exploiter l'ouvrage. L'intervention des Etats concernés dans la réalisation d'un ouvrage transfrontalier varie en fonction de leur participation au financement de l'opération. Le projet de construction d'un pont international unissant l'Argentine et l'Uruguay est un bon exemple à cet égard.

Avant l'accord de 1967, les deux gouvernements avaient créé dès 1960 une Commission technique mixte avec pour mission d'effectuer les études techniques nécessaires à la réalisation de l'ouvrage. Le traité de 1967 a chargé la Commission technique de réaliser la construction du pont routier (mise en place et suivi). Il lui a conféré à cet égard tous les pouvoirs d'un maître de l'ouvrage et, en particulier, le pouvoir de passer les contrats nécessaires, de surveiller leur exécution, d'effectuer la réception des travaux, d'approuver leur certification et de procéder aux paiements (article 5). Sous réserve de l'approbation des deux Gouvernements, la Commission devait choisir le constructeur moyennant un appel d'offres international. Selon l'article 4 de la convention, elle devait « lancer un avis de concours public et international destiné à sélectionner des candidats et à faire choix d'un projet pour la construction des ouvrages ». Le statut de la Commission passait celui d'une simple commission intergouvernemental. Le traité lui accordait, hormis la qualité de maître de l'ouvrage, une personnalité morale limitée¹⁴³.

La Commission ne jouissait pas d'une autonomie financière par rapport aux deux gouvernements qui l'avaient constituée. Ceux-ci s'engageaient à contribuer à part égale aux frais et autres dépenses entraînées par son fonctionnement (article 8). La Commission ne possédait pas des fonds propres, même si les Gouvernements, qui restaient propriétaires des ouvrages, lui confiaient l'exploitation du pont (article 13) et même si elle était tenue, tout comme les entrepreneurs et les autres constructeurs, de verser aux organismes de sécurité sociale des deux pays les contributions patronale et salariale (article 14). En réalité, la Commission gérât un budget que les Etats avaient mis à sa disposition pour une fin précise. Les deux Gouvernements avaient en fait la responsabilité du financement du projet. La construction et l'entretien des voies d'accès au pont avaient été pris en charge par les deux Gouvernements. Les Parties devaient en outre contracter directement et en commun des emprunts qui devaient être gérés par la COMPAU et garantis par chacun des Gouvernements au prorata du coût des voies d'accès qui relevaient de sa juridiction (article 10). Les droits de péage devaient permettre l'amortissement des emprunts contractés et couvrir les frais

¹⁴³ Aux termes de l'article 2 : « Les Hautes Parties Contractantes chargent la COMPAU de réaliser la construction... et lui confèrent à cette fin précise les pouvoirs juridiques requis pour acquérir des droits et contracter des obligations. La COMPAU aura son siège dans la ville de Montevideo »

d'entretien, de conservation et de fonctionnement de la liaison routière pendant son amortissement et son utilisation future (article 13).

2. Hypothèse 2. Le contrat de construction est passé par l'entité concessionnaire

Selon cette formule, les Etats ne sont pas les maîtres d'ouvrage immédiats. Ils mettent en place une entité avec laquelle ils passent le contrat de concession **(a)**. C'est cette entité qui passera ensuite les différents contrats de construction et d'exploitation de l'ouvrage transfrontalier **(b)**.

a. La mise en place d'une concession

La concession de l'exploitation d'un ouvrage d'infrastructure n'est pas seulement un moyen de gestion de cet ouvrage une fois construit, il est aussi et surtout un moyen de remboursement des fonds qui ont permis sa construction. Pour les grands travaux transfrontaliers qui ne peuvent être construits sur financement public des Etats concernés, la concession présente l'avantage de pouvoir réunir plus facilement des fonds importants, en faisant intervenir des entreprises intéressées qui sont implantées dans tous les pays concernés.

En application de l'accord interétatique, le contrat de concession est conclu entre les Etats et les sociétés concessionnaires, une pour chaque Etat. En réalité, il s'agit donc d'une double concession, aux termes de laquelle les entreprises concessionnaires s'engagent à faire financer, construire et exploiter l'ouvrage transfrontalier. Les deux concessionnaires se font représenter auprès de l'organe intergouvernemental et les Gouvernements par un organe mixte. L'article 13.1 du traité de 1986 du tunnel sous la Manche prévoit que « les concessionnaires agissent conjointement vis-à-vis des Gouvernements et sont représentés auprès d'eux par un exécutif unique. Ils sont responsables conjointement et solidairement pendant toute la durée de la concession ».

Le statut du concessionnaire est loin d'être identique dans tous les cas de figures. Ainsi, l'article 13 de la convention franco-italienne du tunnel du Fréjus prévoit la constitution d'un organisme commun auquel les deux concessionnaires donnent mandat d'exploiter pour leur compte les installations concédées. La convention de 1972 entre la France et l'Italie concernant le tunnel routier de Fréjus prévoit la construction et l'exploitation du tunnel par deux concessionnaires, une société française et une société italienne, choisies d'un commun accord par les deux Gouvernements. Les deux concessionnaires se partageront les dépenses par moitié. Le traité prévoyait également la possibilité de la création dans l'avenir d'une société unique, concessionnaire des deux

Gouvernements, si le droit européen le permettait¹⁴⁴. Le même traité prévoyait la création par les sociétés concessionnaires d'un organisme commun d'exploitation du tunnel une fois construit. Selon l'article 13, « cet organisme commun pourra être une société, ayant son siège social soit en France, soit en Italie, dont le capital sera souscrit par moitié par les deux concessionnaires et restera reparti par moitié entre eux et dont le conseil d'administration comprendra un nombre égal de représentants de chaque concessionnaire. Sous réserve de l'application des dispositions découlant du Traité de Rome instituant la CEE, les modifications au droit des sociétés qui interviendraient dans le pays du siège après la constitution de la société ne seront applicables qu'avec l'accord des Gouvernements. Cet organisme commun pourra prendre la forme d'une société de droit européen s'il apparaît possible au cours de la concession de créer une telle société ».

L'intervention des Etats, considérable dans le premier traité de 1973, qui n'est jamais entré en vigueur faute de ratification par le Parlement britannique, a été sensiblement réduite dans le traité en vigueur, signé en 1986. Aux termes de l'article 2 de la première convention, « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à assurer en commun la construction, l'exploitation, l'entretien et l'extension d'un ouvrage ferroviaire sous la Manche »¹⁴⁵. Il est significatif que la formule utilisée dans l'article 1er du traité de 1986 est bien plus souple : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à permettre la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-Manche (...) ». Le nouveau traité reflète le rôle prépondérant des sociétés concessionnaires, dû essentiellement au mode de financement choisi (financement sur projet). Le traité de 1986 (art. 1er) exclut expressément la participation étatique dans le financement du projet transfrontalier : « La liaison fixe trans-Manche sera financée sans qu'il soit fait appel à des fonds des Gouvernements ou à des garanties gouvernementales de nature financière ou commerciale ». Pour le traité de 1973, assurer en commun la construction du tunnel signifiait essentiellement fournir les moyens administratifs et financiers nécessaires. Le complexe juridique qui devait être mis en place pour assurer la construction et l'exploitation de l'ouvrage prévoyait quatre niveaux d'intervenants : les deux gouvernements ; l'Autorité, organe intergouvernemental qui ne s'identifiait pas tout à fait avec les Gouvernements qui gardaient une certaine autonomie d'action au sein du projet¹⁴⁶ ; les deux Organismes publics

¹⁴⁴ Art. 3 Concession de l'ouvrage (5). « S'il est possible dans l'avenir de constituer une seule société de droit européen, les parties contractantes se concerteront en vue de prendre toutes dispositions utiles pour favoriser la constitution d'une telle société, qui sera concessionnaire des deux Gouvernements.

¹⁴⁵ La même formule a été utilisée dans la convention de 1972 entre la France et l'Italie pour la construction du tunnel du Fréjus. Art. 1 : « Les parties contractantes s'engagent à assurer en commun la construction et l'exploitation d'un tunnel routier entre Modane et Bardonnèche ».

¹⁴⁶ V. en particulier l'article 8 (8) de la convention de 1973, selon lequel l'Autorité était tenue de se conformer aux instructions qu'elle recevait des Gouvernements agissant conjointement. En outre, l'Autorité répondait de l'exécution de ses missions devant les Gouvernements.

nationaux¹⁴⁷ et les deux sociétés nationales, qui devaient assurer la construction de l'ouvrage au moyen d'accords passés directement avec les Gouvernements français et britannique¹⁴⁸.

Le schéma était lourd mais conforme au rôle important que se réservaient les Etats. L'Autorité devait exercer sa mission fondamentale d'exploitation de l'ouvrage par l'intermédiaire des deux organismes nationaux, dont les administrateurs seraient nommés par les gouvernements¹⁴⁹. Aussitôt l'ouvrage achevé, il devait être remis immédiatement aux Gouvernements, qui devaient le mettre à la disposition des organismes nationaux¹⁵⁰. L'Autorité devait gérer l'ouvrage comme une entreprise commerciale en concurrence avec les autres moyens de transport à travers la Manche et respecter le principe de non discrimination entre le trafic routier et le trafic ferroviaire, sans que cela fasse obstacle à la mise en œuvre de pratiques commerciales normales¹⁵¹.

Le traité de 1986 adopte un schéma moins compliqué, adapté au faible degré d'intervention étatique dans la réalisation et l'exploitation du projet. La Commission intergouvernementale y représente les deux Gouvernements auprès des entreprises concessionnaires et les tiers. La Commission est autorisée à prendre des décisions au nom des deux Gouvernements pour l'exécution de la concession, mais elle n'est plus dans le nouveau traité l'instrument central du projet. Les organismes publics nationaux ont également disparu. La concession règle tous les problèmes de la construction et de l'exploitation de l'ouvrage, alors que, dans la convention de 1973, la construction seule était assurée directement par l'autorité, les accords avec les sociétés à cet égard devant être passés directement avec les Gouvernements et non pas avec les organismes publics nationaux, dont la mission essentielle était l'exploitation de l'ouvrage.

La liberté d'action des concessionnaires est tributaire du degré d'intervention des Etats dans la réalisation et dans l'exploitation de l'ouvrage transfrontalier. Selon l'article 12 du traité de 1986 sur le tunnel sous la Manche, les concessionnaires jouissent d'une liberté de gestion suffisante pour permettre le remboursement des prêts consentis et l'amortissement du capital investi¹⁵².

¹⁴⁷ V., pour l'organisme français, la loi n°74-1104 du 26 décembre 1974 portant création de l'établissement public national du tunnel sous la Manche qui a été abrogée par la loi n° 87-384 du 15 juin 1987.

¹⁴⁸ Il s'agissait de la Société Française du Tunnel sous la Manche et *The British Channel Tunnel Company Ltd*. Les sociétés devaient également prendre participation dans le capital des organismes nationaux.

¹⁴⁹ Convention de 1973, art. 9 (2). Après l'entrée en service de l'ouvrage, d'autres administrateurs des organismes publics nationaux pourraient être nommés parmi des personnes proposées par les sociétés nationales (art8(3)b).

¹⁵⁰ Convention de 1973 art. 9 (8).

¹⁵¹ Convention de 1973, art 8 (3).

¹⁵² Traité de 1986, art. 12, 1) : Les deux Gouvernements garantissent aux Concessionnaires, dans le cadre des droits nationaux et communautaire, la liberté de fixer leur politique commerciale, leurs tarifs et la consistance des services offerts, pendant la durée de la Concession. *Contra*, v. La solution retenue par la convention du tunnel du Fréjus. Aux termes de l'article 12 (Péages) de cette convention : « Les concessionnaires percevront, des usagers du tunnel, des péages dont les tarifs maximaux seront fixés d'un commun accord par les Gouvernements après avis de la Commission et dont les tarifs d'application seront approuvés par la Commission. Les tarifs maximaux et les tarifs d'application tiendront compte des charges des concessionnaires ».

b. Le contrat de construction

Le contrat de construction passé par l'entité concessionnaire est un contrat entre parties privées, dont le caractère international n'est pas à démontrer. Il pose trois problèmes qui influent sur la configuration à la fois de l'ensemble contractuel et du contrat de construction lui-même : le problème de la mise en place du complexe contractuel pour la réalisation de l'ouvrage transfrontalier, le problème de l'harmonisation des trois principaux instruments adoptés dans le cadre de l'opération, à savoir du traité, de la concession et du contrat, et le problème de la synthèse des deux droits nationaux.

La logique veut que, dans un tout premier temps, les deux Etats se concertent pour mettre en place le cadre de l'opération et la structure qui sera chargée de la réaliser; que la concession soit mise en place dans un second temps et que le contrat de construction soit passé entre l'entité concessionnaire et le constructeur dans un troisième temps. En réalité, les trois phases de l'opération transfrontalière s'imbriquent dès la première phase du projet. La décision de procéder à la réalisation du projet, enregistrée dans le traité bilatéral, repose sur une étude préalable de faisabilité qui apporte des réponses satisfaisantes à tous les problèmes techniques, financiers et institutionnels de l'opération. Le choix du concessionnaire est effectué sur la base de son offre, qui incorpore l'offre du constructeur que ce dernier aura déjà faite au concessionnaire retenu par les Gouvernements. Dès ce premier stade, les entreprises de construction ont donc un rôle important à jouer. Un consortium est mis en place auquel participent des entreprises des deux pays concernés. La nationalité des constructeurs est un problème essentiel qui doit être résolu au niveau du traité¹⁵³.

Pour rédiger les conditions générales du contrat de construction, les parties doivent procéder à une synthèse des droits nationaux impliqués. Le lieu de construction de l'ouvrage est un élément important de l'opération internationale de construction. Le droit international privé en tire les conséquences pour la détermination du droit applicable. Or, le contrat de construction d'un ouvrage transfrontalier est exécuté par le même entrepreneur sur le territoire d'au moins deux Etats. Certes, la plupart des questions sont réglées dans l'accord de couverture. La détermination d'un droit applicable perd ainsi beaucoup de son utilité. Il n'empêche que des questions peuvent être posées, notamment pour interpréter les clauses contractuelles. Le contrat de construction du tunnel sous la Manche donne un bon exemple de cet effort de synthèse, car la concession demandait, sur certains points, à être conciliée avec la législation française. L'harmonisation visait plus particulièrement, au regard du droit

¹⁵³ Par exemple, la convention franco-italienne pour la construction du tunnel du Fréjus met à la charge des concessionnaires l'obligation de lancer un appel d'offres au niveau communautaire. Aux termes de l'article 13.2 du traité du tunnel sous la Manche, les concessionnaires doivent respecter les règles communautaires applicables à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe.

des entreprises en difficulté, l'introduction dans la concession du mécanisme de substitution et de sûretés prenant en compte les particularités du financement de projet d'art (art. 31 et 32). Ces règles étaient ignorées du droit français, mais il était important de garantir leur application en l'espèce. Le caractère dérogatoire de certaines clauses se justifiait par l'importance de l'ouvrage, l'origine privée du financement et la longueur des délais de réalisation. Il tenait aussi à l'option fondamentale d'assurer un régime juridique unique à l'ouvrage de part et d'autre de la Manche¹⁵⁴. L'harmonisation des différents textes est également assurée par le jeu des clauses d'entrée en vigueur. L'ordre de commencer les travaux n'est donné que lorsque le traité et la concession sont entrés en vigueur. De même, le maître de l'ouvrage se voit attribuer la possibilité de mettre fin au contrat, si, pour quelque raison que ce soit, le traité ou la concession prennent fin. Toujours est-il que le concessionnaire se voit attribuer une sorte de prérogative de droit public traditionnellement réservée à un maître de l'ouvrage public. C'est ce qui différencie le concessionnaire d'un ouvrage transfrontalier d'un maître de l'ouvrage ordinaire.

*

La spécificité des travaux transfrontaliers nécessite l'intervention préalable des États concernés, qui, dans un accord international, détermineront le cadre juridique de l'opération transfrontalière. Il s'agira dans un premier temps d'instituer une commission paritaire amenée à faciliter la prise de décision lors de la vie opérationnelle de l'ouvrage. Il s'agira ensuite de déterminer des questions aussi importantes que le régime de propriété ou la fixation de la frontière internationale. La réalisation de l'opération, c'est-à-dire la construction de l'ouvrage public, sera réalisée à l'intérieur de ce cadre, selon les termes et conditions qui résultent de l'accord international et des conventions d'exécution, parmi lesquelles figure le contrat de construction. Les conditions dans lesquelles l'opération transfrontalière sera réalisée sont tributaires du degré dans lequel les États concernés souhaitent s'y engager, au-delà de leur intervention initiale ayant pour objet de lui fournir le cadre juridique nécessaire. Ainsi, le contrat de construction pourra être passé soit directement par l'un des États ou par un organisme public entièrement contrôlé par les États, soit par une entreprise concessionnaire commune, à laquelle les États concèdent la construction et l'exploitation de l'ouvrage. Dans la première hypothèse, le contrat de construction est un contrat État. Dans la seconde, le contrat d'État est l'accord de concession, alors que le contrat de construction est un contrat international comme un autre, passé entre deux personnes privées.

Nous comparerons cet encadrement juridique avec celui qui est applicable à la coopération transfrontalière des collectivités publiques infraétatiques. Cette coopération transfrontalière entre des

¹⁵⁴ V. not. Loi n°87-384 du 15 juin 1987 portant approbation *en tant que de besoin* de la concession concernant la conception, le financement, la construction et l'exploitation du tunnel sous la Manche (JO, 16 juin 1987).

entités qui ne sont pas des Etats (mais peuvent engager sa responsabilité internationale) s'effectue en marge des procédés classiques du droit international, ce qui souligne incidemment des limites de la portée structurante du droit international à l'égard de l'ouvrage public.

§2. Les ouvrages publics transfrontaliers communs à plusieurs collectivités publiques infraétatiques

Les collectivités publiques infra-étatiques sont des acteurs particuliers des relations internationales. La coopération transfrontalière en matière d'ouvrage public ne saurait être négligée en raison de son caractère dérogatoire par rapport au droit international public. De nombreuses organisations internationales – Conseil de l'Europe et Union européenne en tête – ont adopté à son égard une attitude de promotion par l'édition d'outils juridiques mis à la disposition des décideurs locaux. Affirmée **(A)**, la coopération transfrontalière en matière d'ouvrage public dispose désormais d'un cadre juridique en pleine consolidation dont il convient d'étudier les modalités **(B)**.

A. L'affirmation de la coopération transfrontalière infraétatique en matière d'ouvrage public

Si le tunnel sous la Manche et la station d'épuration commune exploitée par les communes de Sarreguemines et Sarrebruck¹⁵⁵ sont juridiquement des ouvrages publics exploités en commun, le droit international public semble n'avoir un rôle à jouer que pour la première de ces deux réalisations. Bien au contraire, la coopération transfrontalière, si « [...] elle se réalise entre collectivités publiques infra-étatiques », « résulte d'un accord international »¹⁵⁶. L'inopérance du droit international en ce domaine n'est pas absolue. S'il n'est « ni pertinent, ni approprié pour régler des problèmes d'évacuation des eaux sales ou de lignes d'autobus », sa place ne saurait être minorée. Son inadaptabilité, relative **(2)**, rend plus que nécessaire une véritable coopération transfrontalière en matière d'ouvrage public **(1)**, préfigurant l'étude des modalités juridiques utilisées par les collectivités concernées.

¹⁵⁵ Convention entre la ville de Sarreguemines et le « Abwasserverband Saar », établissement public, à Sarrebruck, pour la construction en commun d'une station d'épuration des eaux, doc. O.C.D.E., ENV/TFP/77.7, p. 18

¹⁵⁶ SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, v° « Coopération », spéc. « Coopération transfrontalière », p. 271.

1. L'établissement de rapports juridiques internationaux entre collectivités publiques infraétatiques

Loin des imposantes constructions étatiques, la coopération transfrontalière en matière d'ouvrage public obéit à la satisfaction des besoins élémentaires des populations¹⁵⁷. Dans la mesure où les relations entre les deux pays voisins sont telles que la coopération est possible, celle-ci est régie par les principes de la complémentarité et de la subsidiarité des services existants d'un côté ou de l'autre de la frontière. En matière d'ouvrages publics, l'approvisionnement en eau d'agglomérations à partir de sources situées de l'autre côté de la frontière, phénomène fréquent, peut-être assuré par des techniques juridiques diverses : accord intergouvernemental réglant directement la question, accord-cadre entre gouvernements autorisant et encourageant les collectivités locales à coopérer, notamment en formant des syndicats, en concluant des arrangements de droit public et en constituant des groupes de travail communaux ou contrats directement conclus entre collectivités locales. S'agissant de l'assainissement et de l'épuration des eaux, la coopération se déroule moins souvent au niveau intergouvernemental : en fait, la plupart des accords qui la prévoient réunissent des collectivités ou des services publics locaux ou régionaux. Il s'agit presque toujours de réaliser des opérations très concrètes, soit sur le plan des études de la surveillance, soit dans le domaine de la planification soit en construisant ou en utilisant en commun des stations d'épuration. Dans un domaine comparable, le traitement des déchets solides, dans un certain nombre de cas, les contrats entre pouvoirs locaux prévoient que cette opération sera assurée par les services d'une municipalité pour des communes situées au-delà de la frontière.

C'est le droit constitutionnel de chaque Etat qui déterminera quels sont ceux qui peuvent participer à des activités transfrontalières : le degré de centralisation ou de décentralisation propre à chaque Etat a une importance capitale à cet égard. La coopération entre gouvernements centraux et organes déconcentrés est la forme la plus traditionnelle de la coopération. Elle se situe incontestablement dans le cadre du droit international puisque ce sont des gouvernements, représentant leurs Etats respectifs, qui entrent en contact et s'engagent, même si l'objet de l'engagement est ponctuel avec une importance régionale, voire locale. Les formes juridiques que revêt la coopération sont celles du droit international : accords intergouvernementaux parfois conclus, par ailleurs, vue la portée limitée des engagements, en forme simplifiée. Toutefois, les traités les plus importants intervenus en la matière sont soumis à la ratification ou du moins confient aux parties

¹⁵⁷ LEVRAT N., *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques*, Paris, P.U.F., Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, 1994, pp. 25-34.

contractantes le soin d'accomplir les formalités prévues par leurs procédures constitutionnelles respectives¹⁵⁸.

Les Etats ont toutefois progressivement accepté de reconnaître à leurs collectivités publiques infra-étatiques une certaine marge de manœuvre pour entreprendre des projets de coopération, laissant entrevoir l'établissement d'un cadre juridique consolidé.

2. L'inadéquation du droit international à la coopération transfrontalière infraétatique

La coopération transfrontalière entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats limitrophes prend, dans la pratique contemporaine, plusieurs formes selon que les intéressés ambitionnent d'établir des consultations ou concertations réciproques, de conclure des accords écrits ou de constituer des structures ou organismes de coopération. Cette dernière possibilité, la plus élaborée, est celle qui entretient les liens les plus étroits avec la notion d'ouvrage public. Revêtues ou non de la personnalité juridique, ces structures peuvent simplement servir de support à la concertation et à la coordination mais également « exercer les missions qui présentent un intérêt pour chacune des personnes publiques participantes et de *créer et gérer des services publics et les équipements afférents* »¹⁵⁹. Ces organismes ne doivent pas être confondus avec les commissions mixtes frontalières¹⁶⁰ nées de la coopération entre gouvernements d'Etats voisins ou avec les établissements publics internationaux¹⁶¹. Les structures opérationnelles permettent aux autorités frontalières de porter ensemble un projet transfrontalier commun. Leur vocation peut être généraliste¹⁶² ou circonscrite¹⁶³ à la gestion d'un service public ou à une maîtrise d'ouvrage. La création d'organismes de coopération transfrontalière entre entités publiques infra-étatiques, quels que soient leurs buts et moyens, s'est longtemps heurtée à de considérables obstacles juridiques et politiques.

L'unité de l'Etat dans l'ordre international est à ce titre une des justifications théoriques les plus souvent avancées, basée sur le monopole étatique de la personnalité juridique internationale : seul le gouvernement possède la compétence pour engager l'Etat par un accord conclu avec une autorité publique étrangère. En conséquence, les collectivités locales ou autorités publiques décentralisées

¹⁵⁸ Ce fut le cas de la convention franco-italienne du 28 septembre 1967 relative à l'approvisionnement en eau de la ville de Menton.

¹⁵⁹ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales, art. 187 insérant un article L.1115-4-1 dans le Code général des collectivités territoriales, J.O. n° 190 du 17 août 2004

¹⁶⁰ Créées par traités, elles constituent des lieux de discussion de toutes les politiques de voisinage que les Etats concernés jugent bon de coordonner.

¹⁶¹ Créés par traités, ils sont investis par les Etats d'une tâche déterminée de service public, par exemple la gestion d'un ouvrage public le plus souvent frontalier.

¹⁶² Par exemple le développement socio-économique et la coopération culturelle.

¹⁶³ Elles peuvent alors être qualifiées, selon l'expression d'un auteur, de « structures opérationnelles à objet unique » : LEJEUNE Y., « *La nature juridique des organismes de coopération transfrontalière entre autorités régionales ou locales* », in LEJEUNE Y. (dir.), « *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts : les expériences franco-belge et franco-espagnole* », Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 97.

seraient dépourvues du pouvoir de contracter avec leurs homologues transfrontaliers à moins d'y avoir été antérieurement autorisées, soit par un traité international préalable, soit par habilitation dans l'ordre interne par l'autorité supérieure compétente. A défaut, l'Etat risquerait de se voir engagé contre sa volonté dans l'ordre international par le contrat transfrontalier : « sauf à considérer une telle méconnaissance comme une « violation manifeste » du droit interne, dans le sens de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le droit international n'a pas à connaître du statut interne de l'organe ayant agi internationalement »¹⁶⁴. Le *dictum* de la CIJ. dans l'affaire des *Emprunts norvégiens* est également avancé : « au point de vue du droit international, ces personnes publiques se confondent avec l'Etat [...] »¹⁶⁵. Cette argumentation est confirmée par les articles 4 et 5 du projet de la CDI consacrés à l'imputation du fait internationalement illicite qui considèrent comme faits de l'Etat les comportements de ses démembrements¹⁶⁶ « [habilités] par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique »¹⁶⁷. La raison principale se trouve dans le fait que ces démembrements ne bénéficient de prérogatives de puissance publique que parce qu'elles leur sont déléguées par l'Etat qui en est le véritable titulaire dans la mesure où elles dérivent de la souveraineté. La jurisprudence internationale, via la question de la responsabilité des Etats fédéraux du fait des comportements de leurs Etats membres, consacre fermement cette solution¹⁶⁸.

Cette approche, contredite par l'évolution juridique, l'est également par la logique : M. Dupuy relevait, en 1977, qu'une approche moins stricte du principe de l'unité de l'Etat dans l'ordre juridique international apparaissait nécessaire, « [...] à moins de se satisfaire de l'idée que, dans beaucoup de cas, les seuls Etats d'Europe occidentale sont aujourd'hui engagés dans des accords internationaux contre leur gré, et, parfois, en violation de leurs règles internes, ce qui traduirait pour le moins un fâcheux laxisme de la part des administrations centrales ! »¹⁶⁹. Le droit, prisonnier de ses propres schémas et préjugés, a pris du retard sur le fait social ; ces relations de « frontière » qui passent par-dessus les frontières politiques des Etats mais se situent également à la frontière de beaucoup de savoirs spécialisés : « résultats des viols répétés de la géographie par l'histoire, ou de l'écologie par la politique, ou de la culture par les intérêts économiques et des raisons de prestige étatique, les frontières actuelles ont été fixées pour des raisons historiques qui pour la plupart, ont cessé d'être des

¹⁶⁴ DUPUY P.-M., « La coopération régionale transfrontière et le droit international », *AFDI*, 1977, p. 845.

¹⁶⁵ C.I.J., « Affaire des emprunts norvégiens », arrêt du 6 juillet 1957, *Rec. C.I.J., Mémoires et plaidoiries*, 1957, p. 72.

¹⁶⁶ « Cette expression vise les communes, les provinces, les régions, les cantons et les Etats membres des Etats fédéraux, les administrations autonomes des territoires dépendants, mes établissements publics et même les personnes morales de droit privé investies de prérogatives de puissance publique » : PELLET A., DAILLIER P., FORTEAU M., *Traité de droit international public*, 2010, p. 778.

¹⁶⁷ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, art. 5, in *ACDI*, 2001, vol. II (2), pp. 96-100.

¹⁶⁸ S.A., « *Montijo* » (Etats-Unis c. Colombie), 26 juillet 1875, *R.A.I.*, t. III, p. 663 ; C.I.J., « *Application de la Convention de Vienne sur les relations consulaires* » (Paraguay c. Etats-Unis), *Ord. En indication de mesures conservatoires*, 9 avril 1998 ; *Comm. Des réclamations France-Mexique*, « *Pellat* », 7 juin 1929, *R.S.A.*, vol. V, p. 534.

¹⁶⁹ DUPUY P.-M., *art. préc.*, p. 846.

raisons »¹⁷⁰. Comme l'écrit J. Verhoeven, « sans doute le droit dans l'abstraction et la formalisation que lui a données l'Occident, implique-t-il nécessairement une manière de défiguration de la réalité qui est aussi configuration pour les besoins d'un langage particulier ; il est propre cependant au droit des gens d'avoir démesurément étendu ces déformations en s'efforçant d'ordonner l'Histoire à partir d'un postulat : la communauté des Etats, qui en paralyse les évolutions fondamentales »¹⁷¹.

B. Les modalités juridiques de la coopération transfrontalière infraétatique en matière d'ouvrage public

Longtemps demeuré non maîtrisé, le mouvement de la coopération décentralisée en matière d'ouvrage public subit un profond renouvellement du fait de l'action croisée du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. Elaborée au sein de la première de ces institutions, la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales avait pour ambition de substituer au vide juridique de l'action concertée des collectivités publiques infra-étatiques relevant d'Etats distincts un régime complet. En dépit de l'importance politique du texte, le recours aux modèles d'accords, de statuts et de contrats qu'il prévoit demeure subsidiaire **(1)**. A ses côtés, un instrument récent, institué par le règlement communautaire 1802/2006, met en place une structure juridique viable dédiée à la gestion concertée d'ouvrages publics : le groupement européen de coopération transfrontalière **(2)**.

1. Le recours à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités territoriales

Le Conseil de l'Europe, dont il est souvent enseigné qu'il constitue un formidable « laboratoire de l'Europe », a permis d'offrir « un cadre juridique européen pour accompagner des développements de la pratique que les règles et schémas existants n'avaient pas même envisagés » en matière de coopération transfrontalière¹⁷². D'un point de vue institutionnel, il demeure une organisation européenne au sein de laquelle sont représentées les collectivités territoriales¹⁷³, proposant d'autres

¹⁷⁰ ROUGEMONT D., rapporteur de la confrontation européenne des régions frontalières organisée à Strasbourg en 1972 par le Conseil de l'Europe, cité in LEVRAT N., *op. cit.*, p. 320.

¹⁷¹ VERHOEVEN J., « L'Etat et l'ordre juridique international », *RGDIP*, 1978, p. 755.

¹⁷² LEVRAT N., « L'émergence des instruments juridiques de la coopération transfrontière au sein du Conseil de l'Europe », in LEJEUNE Y. (dir.), « Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts : les expériences franco-belge et franco-espagnole », Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 17.

¹⁷³ La Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe (C.P.L.R.E.) réunit chaque année, en une assemblée plénière tenue à Strasbourg, des représentants des collectivités territoriales des Etats membres de l'organisation.

modalités d'intégration européenne¹⁷⁴. N. Levrat relève également que la capacité limitée du Conseil de l'Europe d'adopter des instruments juridiques obligatoires permet une plus grande souplesse des ministères des Affaires étrangères¹⁷⁵ et il ne semble pas exagéré d'affirmer qu'il est parvenu, en un laps de temps relativement contenu, à poser de solides bases à l'établissement d'un « droit européen de la coopération transfrontière »¹⁷⁶. La Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales en constitue la pierre angulaire¹⁷⁷. Impulsée par l'Association des régions frontalières d'Europe (A.R.F.E.) réunissant des pouvoirs locaux frontaliers, la convention divisera les gouvernements nationaux qui s'opposeront longuement à l'adoption de ce texte, « avant d'en vider le contenu de toute norme pouvant comporter des obligations juridiques claires à leur égard »¹⁷⁸. Il s'agissait pourtant d'« [...] offrir à ces régions que le voisinage d'une frontière internationale handicape dans la gestion de leurs compétences propres – notamment en matière d'aménagement du territoire, de fourniture de services publics de type industriel (eau, énergie), de gestion de la mobilité des population (transports) ou de protection de l'environnement – une solution juridique coordonnée au niveau européen »¹⁷⁹. Le résultat final est paradoxal : privé du moindre effet juridique direct par les Etats, le texte demeure à bien des égards, par sa portée politique, un instrument majeur ayant pesé de façon considérable sur le développement de la pratique de la coopération transfrontalière en Europe.

Juridiquement, le contenu du texte est excessivement modeste, celui-ci assignant à la plupart de ses dispositions un contenu normatif minimal. Tout au plus un semblant d'obligation juridique peut-il être observé dans l'article premier qui dispose que « chaque Partie contractante s'engage à faciliter et à promouvoir la coopération transfrontalière entre les collectivités ou autorités territoriales relevant de sa juridiction et les collectivités ou autorités territoriales relevant de la compétence d'autres Parties contractantes. Elle s'efforcera de promouvoir la conclusion des accords et arrangements qui s'avèreront nécessaires à cette fin dans le respect des dispositions constitutionnelles propres à chaque Partie ». Le *Rapport explicatif* de la Convention en confirme le caractère impraticable¹⁸⁰ sur un plan

¹⁷⁴ Dès 1972, la C.L.P.R.E. organisera la première « Confrontation des régions frontalières de l'Europe » dont il ressortira la nécessité d'une solution juridique coordonnée au niveau européen pour les régions frontalières européennes.

¹⁷⁵ LEVRAT N., *op. cit.*, pp. 19-20.

¹⁷⁶ LEJEUNE Y., « Vers un droit européen de la coopération transfrontalière », in LEJEUNE Y. (dir.), « Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts : les expériences franco-belge et franco-espagnole », Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 3-13.

¹⁷⁷ DECAUX E., « La convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités locales et des autorités locales », *RGDIP*, 1984, pp. 557-620. Ouverte à la signature à Madrid le 21 mai 1980, cette Convention-cadre est en vigueur, à la date du 8 mars 2008, pour trente-cinq Etats membres du Conseil de l'Europe sur les quarante-sept que compte l'organisation.

¹⁷⁸ LEVRAT N., *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁹ LEVRAT N., *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁰ *Rapport explicatif relatif à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales*, §15 : « [...] Il s'agit d'un engagement de caractère général tenant compte de la situation existant dans les différents Etats ratifiant la Convention. Il implique notamment de leur part une attitude favorable à l'égard des problèmes de coopération qui leur sont soumis, en particulier pour ce qui est de la conclusion d'accords et d'arrangements ».

pratique. *De facto*, le seul intérêt du texte demeure, *a priori*, l'établissement de « modèles et schémas d'accords, de statuts et de contrats en matière de coopération transfrontalière » mis à la disposition des Etats membres et de leurs collectivités territoriales. Sur un plan pratique, ni les Etats ni les collectivités territoriales des Etats ayant ratifié la Convention-cadre n'utilisent ces modèles et schémas tels quels¹⁸¹. L'apport juridique en matière de gestion commune d'un ouvrage public est proche du néant.

Politiquement, la Convention-cadre marque la reconnaissance formelle de l'existence du phénomène de la coopération transfrontalière et conduit au développement d'accords internationaux de portée géographique limitée conclus entre Etats voisins désireux de promouvoir le développement d'une telle coopération. Le texte a également permis de donner une apparence de normalité aux réalisations institutionnelles transfrontalières telles, par exemple, la Communauté de Travail des Alpes occidentales ou le Conseil du Léman. La Convention-cadre est complétée par deux protocoles additionnels dont le premier a été adopté le 9 novembre 1995¹⁸² dans un contexte politique plus favorable et moins emprunt des craintes des ministères des Affaires étrangères de se voir dépossédés de leur monopole des relations internationales de l'Etat. Son apport au texte initial est substantiel et marqué par la reconnaissance d'un véritable droit subjectif des collectivités territoriales de développer des relations transfrontalières. L'article 1^{er} §1 dispose à cet effet que « Chaque Partie contractante reconnaît et respecte le droit des collectivités ou autorités territoriales soumises à sa juridiction et visées aux articles 1^{er} et 2 de la Convention-cadre de conclure, dans les domaines communs de compétence, des accords de coopération transfrontalière avec les collectivités ou autorités territoriales d'autres Etats, selon les procédures prévues par leurs statuts, conformément à la législation nationale et dans le respect des engagements internationaux pris par la Partie en question ». Afin de conférer une existence juridique aux organismes de coopération transfrontaliers, il est prévu que « les accords de coopération transfrontalière conclus par les collectivités ou autorités territoriales peuvent créer un organisme de coopération transfrontalière, ayant ou non la personnalité juridique »¹⁸³. Le cas échéant, cette personnalité juridique sera « définie par la loi de la Partie contractante dans laquelle il a son siège »¹⁸⁴. Le second protocole additionnel¹⁸⁵ a été ouvert à la signature le 5 mai 1988 à Strasbourg et est entré en vigueur le 1^{er} février 2001. Alors que l'article 2 de la Convention-cadre de 1980 établit

¹⁸¹ Sur l'étude menée par le Secrétariat du Conseil de l'Europe, v. LEVRAT N., *op. cit.*, p. 23.

¹⁸² Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales, 9 novembre 1995, S.T.C.E. n° 159. Le protocole est actuellement ratifié par dix-huit Etats membres dont la France depuis le 5 janvier 2000.

¹⁸³ *Ibid.*, art. 3.

¹⁸⁴ *Ibid.*, art. 4.

¹⁸⁵ Protocole n° 2 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif à la coopération interterritoriale, S.T.C.E., n° 169. Ce protocole a été ratifié par 17 Etats dont la France le 7 mai 2007.

un lien consubstantiel entre les notions de voisinage et de coopération transfrontalière¹⁸⁶ dans le sens où les règles élaborées ne s'appliquent qu'à des relations de voisinage, le second protocole s'applique aux relations entre collectivités territoriales qui ne se situent pas dans un tel rapport de proximité géographique. La notion d'ouvrage public en droit international impliquant un rapport de voisinage on se bornera à rappeler que ce nouvel instrument transpose de façon générale les solutions adoptées dans la Convention-cadre et dans le premier protocole à la coopération inter-territoriale.

Jugeant le Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne insuffisant, le Comité d'experts sur la coopération transfrontalière du Conseil de l'Europe (L.R.-C.T.) a entrepris en 2004 l'élaboration d'un traité établissant un statut harmonisé des Eurorégions et des organismes de coopération transfrontalière entre autorités régionales et locales. L'ensemble du projet de protocole relatif à l'institution de groupements eurorégionaux de coopération devait reposer sur l'équilibre entre les intérêts des autorités locales et ceux des Etats eux-mêmes, ordonné selon plusieurs principes. Dans un premier temps, l'équilibre devait être préservé par la formulation de règles uniformes relativement détaillées fondées sur des principes communs aux Etats membres du Conseil de l'Europe¹⁸⁷, disposant du caractère *self-executing* et ne renvoyant au droit national que pour les matières non réglées par le projet. Ensuite, le futur texte devait permettre l'attribution à l'organisme de la personnalité de droit public ou de droit privé par les lois de l'Etat dans lequel ce groupement a son siège statutaire. L'organisme doté de la personnalité juridique possèdera la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par les lois nationales. Qu'il soit de droit public ou de droit privé, il pourra se voir attribuer des prérogatives de puissance publique par des collectivités ou autorités territoriales d'un Etat autre que celui de son siège statutaire, dans la mesure où les conditions du droit interne seront réunies à cet effet. Enfin, la faculté de faire usage du statut en projet ne devait pas porter atteinte au droit des collectivités ou autorités territoriales relevant des Parties contractantes de recourir à d'autres possibilités offertes par les autres réglementations internes ou internationales.

Ce projet de protocole n° 3 à la Convention-cadre de Madrid s'est transformé, au cours de l'été 2005, en un avant-projet de convention européenne « portant loi uniforme relative aux groupements transfrontaliers de coopération territoriale (G.T.C.T.) ». Sur le plan formel, le L.R.-C.T. a opté pour

¹⁸⁶ Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales, *préc.*, art. 2 : « est considérée comme coopération transfrontalière, au sens de la présente convention, toute concertation visant à renforcer et à développer les rapports de voisinages entre collectivités ou autorités territoriales relevant de deux ou plusieurs Parties contractantes ».

¹⁸⁷ Parmi ces règles de fond il est possible de relever que l'organisme ne peut avoir de but lucratif ou encore que des personnes morales de droit privé et d'autres personnes de droit public peuvent participer à un tel organisme à la condition que la loi nationale ne s'y oppose pas. Pour un examen approfondi de ces règles, v. LEJEUNE Y., « *La nature juridique des organismes de coopération transfrontalière entre autorités régionales ou locales* », in LEJEUNE Y. (dir.), « *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts : les expériences franco-belge et franco-espagnole* », Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 141.

la formule de la loi uniforme annexée au traité¹⁸⁸, accompagnée de quelques obligations d'exécution normative et de la faculté donnée aux Parties contractantes d'énoncer quelques réserves unilatérales. Le choix a par ailleurs été fait d'abandonner toute liaison formelle entre le projet de loi uniforme et la Convention-cadre de Madrid bien que la terminologie et les définitions données par celle-ci soient systématiquement reprises. Cette nouvelle logique se justifie principalement par les nouveaux buts assignés à cette loi uniforme : il ne s'agit plus seulement de désigner la ou les lois nationales applicables à l'organisme transfrontalier mais de proposer à ses membres un droit matériel uniforme relativement détaillé. Certaines règles statutaires ont subi des modifications par rapport au projet initial. Il en va ainsi de l'attribution au groupement de prérogatives de puissance publique par des collectivités ou autorités territoriales relevant d'un Etat autre que celui du siège statutaire. Cette attribution soulevait des problèmes de constitutionnalité et de territorialité du droit public chez certains Etats. Pour contourner ces difficultés, la loi uniforme propose de faire application des principes de réciprocité et de non discrimination en reconnaissant à chaque G.T.C.T. de droit public étranger les mêmes prérogatives que celles dont jouissent les G.T.C.T. de droit public constitués selon le droit local¹⁸⁹.

Certaines dispositions de la Charte européenne de l'autonomie locale trouvent également matière à s'appliquer en matière de coopération transfrontalière. Signée au sein du Conseil de l'Europe le 15 octobre 1985, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1988, cette Charte est considérée comme un instrument majeur dont la portée dépasse largement les enjeux relatifs à la coopération transfrontière. Son article 10, §3 retient une formule plus convaincante que celle consacrée dans l'article 1^{er} de la Convention-cadre : « les collectivités locales peuvent, dans des conditions éventuellement prévues par la loi, coopérer avec les collectivités d'autres Etats ». Toutefois, ni la Charte ni son rapport explicatif ne prévoient les modalités pratiques nécessaires à la matérialisation de cette possibilité puisqu'il est fait référence aux dispositions de la Convention-cadre « [...] qui sont particulièrement pertinentes à ce propos »¹⁹⁰ (sic).

Néanmoins, l'attitude française à l'égard des instruments européens de promotion de la coopération frontalière est marquée par une certaine méfiance. La France avait déclaré au moment de la signature de la Convention que son gouvernement « subordonne l'application de celle-ci à la conclusion d'accords interétatiques ». Le gouvernement retirera cette réserve le 26 janvier 1994, le texte de la Convention s'appliquant sans réserve depuis cette date. Pour autant, le traité de Bayonne

¹⁸⁸ Le corps du traité contient les engagements conventionnels des Parties, parmi lesquels la transposition intégrale de la loi uniforme dans l'ordre interne et l'adoption des mesures complémentaires nécessaires à la bonne application de celle-ci.

¹⁸⁹ Le projet de protocole n° 3 autorisait l'attribution au G.T.C.T. de prérogatives de puissance publique par des collectivités ou autorités territoriales relevant d'une autre Partie contractante que celle du siège statutaire « dans la mesure où les conditions du droit interne sont réunies à cet effet ».

¹⁹⁰ *Rapport explicatif de la Charte européenne de l'autonomie locale*, S.T.C.E. n° 122, <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/html/122.htm>.

et l'Accord de Bruxelles s'en remettent à la création de cadres juridiques circonstanciés, pour une très large part indépendants de la Convention élaborée par le Conseil de l'Europe. Le traité de Bayonne du 10 mars 1995 relatif à la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales¹⁹¹ est l'instrument principal établissant un cadre juridique pour la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales de l'Espagne et de la France. La Convention-cadre du Conseil de l'Europe, en plus des faiblesses découlant de son caractère général, était insuffisante pour pouvoir mener une coopération transfrontalière efficace du fait des réserves française et espagnole¹⁹². Par ailleurs, le droit français subordonnait la participation de collectivités territoriales étrangères à des organismes français dotés de la personnalité juridique à la conclusion d'un accord international entre la France et l'Etat concerné de telle sorte qu'il faudra attendre 1992¹⁹³ pour que la conclusion d'accords de coopération ou la création d'organismes de coopération transfrontalière dotés de la personnalité juridique soit possible et 1995¹⁹⁴ pour que les mêmes dispositions soient applicables aux organismes de coopération transfrontalière dotés de la personnalité juridique relevant du droit espagnol. Comme le relève un auteur, « en somme, un traité bilatéral fixant le cadre juridique de la coopération transfrontalière franco-espagnole était indispensable pour pouvoir mener une coopération transfrontalière efficace »¹⁹⁵.

Le Traité de Bayonne a pour objectif de « faciliter et promouvoir la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales françaises et espagnoles dans le respect du droit interne et des engagements internationaux de chacune des Parties contractantes et en particulier dans le respect des compétences qui sont reconnues en droit interne aux collectivités territoriales »¹⁹⁶. Le texte n'adopte pas, quant à son champ d'application, la solution de la pure contiguïté frontalière : comme le souligne la même source, « ce critère aurait limité la coopération transfrontalière, du côté espagnol, à cinquante-huit communes »¹⁹⁷. Le traité prévoit deux modes de coopération – informelle¹⁹⁸ et formelle – seule cette dernière catégorie trouvant un intérêt direct dans l'étude de l'ouvrage public. L'instrument juridique choisi est la convention de coopération transfrontalière qui a pour objet de permettre aux collectivités ou autorités territoriales de coordonner leurs décisions, de réaliser et de

¹⁹¹ TAMBOU O., « *Le traité de Bayonne : un succès relatif pour le développement de la coopération transfrontalière à l'échelle de la frontière franco-espagnole* », *RBDI.*, 1998, p. 538 et s.

¹⁹² La déclaration espagnole exigeait au moment de la signature la conclusion préalable d'un traité avec les Etats concernés par la coopération transfrontalière des collectivités territoriales espagnoles souhaitant conclure des accords de coopération. La France avait formulé la même réserve jusqu'à son retrait en 1994.

¹⁹³ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 concernant l'administration territoriale de la République, J.O., 8 février 1992.

¹⁹⁴ Loi d'orientation n° 95-115 pour l'aménagement et le développement du territoire, J.O., 5 février 1995.

¹⁹⁵ FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI C., « *Le traité de Bayonne et l'accord de Bruxelles sur la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales* », in LEJEUNE Y. (dir.), « *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts : les expériences franco-belge et franco-espagnole* », Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 40.

¹⁹⁶ Traité de Bayonne du 10 mars 1995 relatif à la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales, art. 1.

¹⁹⁷ FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI C., *art. préc.*, p. 43.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 43-44.

gérer ensemble des équipements ou des services publics d'intérêt local commun. Ces conventions sont conclues pour une durée qui ne peut pas excéder dix années à l'exception de celles qui ont pour objet la création ou la gestion d'un ouvrage public, qui peuvent être conclues pour une durée égale à celle de l'utilisation de cet équipement mesurée par la durée de son amortissement. Les Parties peuvent également prévoir à cette fin la création d'organismes de coopération transfrontalière dotés ou non de la personnalité juridique. Le traité prévoit trois hypothèses non exhaustives et non limitatives : le recours aux groupements d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte locales pour le droit français et le recours au *consorcio* de droit espagnol. Son article 5 §3 laisse toutefois une porte ouverte vers l'avenir en tenant compte d'organismes de coopération non visés par le texte mais ouverts ultérieurement aux collectivités territoriales étrangère par les droits français et espagnol après son entrée en vigueur. L'article 3 précise de manière expresse que ni les pouvoirs de police, ni ceux de réglementation, ni les attributions que les collectivités territoriales exercent en tant qu'agent de l'Etat, tant pour la partie française qu'espagnole, ne peuvent faire l'objet de conventions de coopération transfrontalière. Le traité instaure également un organisme de suivi matérialisé dans une « Commission franco-espagnole de coopération transfrontalière »¹⁹⁹ dont il faut signaler la création antérieure à la signature du traité par un échange de notes du 21 octobre 1994²⁰⁰. Le système mis en place semble recevoir la confiance de ses destinataires puisque de nombreuses conventions ont été conclues. En matière de gestion commune de services publics locaux on citera, à titre d'exemple, la convention entre le Syndicat espagnol de services de Txingudi et la commune française d'Hendaye du 14 avril 2003 concernant l'utilisation transfrontalière d'une installation de valorisation de déchets domiciliaires et assimilables.

Le cadre juridique de la coopération transfrontalière des entités locales dans la zone frontalière franco-belge est fixé par l'Accord de Bruxelles, signé le 16 septembre 2002 entre la République française, le Royaume de Belgique, la Communauté flamande, la Région flamande, la Communauté française et la Région wallonne. En droit belge, « le seul fondement interne explicite de la compétence d'autorités infra-étatiques belges est le décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale en Région flamande. L'article 4 de ce décret autorise « les communes et les groupements de coopération qu'elles ont formés en vertu du décret à participer à des personnes morales de droit public qui sont transfrontalières en raison de cette participation, quel que soit le système juridique auquel ces personnes morales sont soumises »²⁰¹. De façon plus générale, le fondement interne du droit de coopérer est implicite puisqu'il repose tant sur la liberté contractuelle reconnue à tout sujet de droit du Code civil belge que sur les diverses dispositions constitutionnelles

¹⁹⁹ Traité de Bayonne du 10 mars 1995, *préc.*, art. 11.

²⁰⁰ J.O., 10 mars 1995, p. 87.

²⁰¹ LEJEUNE Y., « *Le projet d'accord franco-belge sur la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales et organismes publics locaux* », Chroniques de droit public, 2002, p. 405

qui délimitent les compétences respectives des Communautés, Régions, provinces, communes et organismes publics locaux belges. L'Accord de Bruxelles « a pour objet de préciser le cadre juridique relatif à la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales et organismes publics s'inscrivant dans l'ordre juridique des Parties, dans leurs domaines de compétence et dans le respect du droit interne et de leurs engagements internationaux »²⁰². En conséquence, il n'est pas surprenant que ce texte retienne, du fait des spécificités territoriales existantes en Belgique, un champ d'application plus large que celui retenu par le Traité de Bayonne²⁰³.

L'Accord de Bruxelles retient également, *mutadis mutandis*, le recours à la convention de coopération transfrontalière, sans toutefois en prévoir la durée. Comme dans le Traité de Bayonne, les Parties peuvent prévoir la création d'organismes de coopération transfrontalière dotés ou non de la personnalité juridique, en tenant notamment compte d'organismes de coopération non visés par le texte mais ouverts ultérieurement aux collectivités territoriales étrangères par les droits français et espagnol après son entrée en vigueur²⁰⁴. A la différence du traité franco-espagnol, l'Accord envisage une figure nouvelle : le groupement local de coopération transfrontalière (G.L.C.T.), dont le régime est développé de façon exhaustive dans les articles 12 à 15²⁰⁵, qui peut être créé par les collectivités territoriales et organismes publics locaux en vue de réaliser des missions et services qui présentent un intérêt pour chacun d'entre eux et qui est soumis au droit interne applicable aux établissements publics de coopération intercommunale de la Partie où il a son siège. Enfin, l'Accord ne prévoit aucun organe chargé de suivre son application.

La pratique des collectivités publiques infra-étatiques n'est donc pas marquée par un recours systématique aux instruments juridiques prévus dans la Convention-cadre. La portée de ce texte est plus politique que juridique, les collectivités concernées recourant en pratique – et dans une très large mesure – au contrat de droit public pour gérer en commun un ouvrage public. Il faut chercher du côté du droit communautaire pour trouver un nouvel instrument juridique novateur, le groupement européen de coopération transfrontalière, susceptible d'influer la pratique des collectivités en matière d'ouvrage public.

²⁰² Accord de Bruxelles, 16 septembre 2002, art. 1^{er}.

²⁰³ L'article 2 de l'Accord de Bruxelles précise longuement la liste des entités territoriales ou administratives des Régions flamande et wallonne, des structures publiques de coopération intercommunale qui excèdent les limites territoriales des Régions ou encore des représentants de l'Etat dans les différents territoires et structures administratives.

²⁰⁴ Accord de Bruxelles, 16 septembre 2002, art. 10 §3.

²⁰⁵ L'article 12 fixe le contenu minimal des statuts du G.L.C.T., l'article 13 en détermine les organes, l'article 14 traite de son mode de financement et l'article 15 de sa dissolution.

2. Le recours au groupement européen de coopération transfrontalière institué par le Règlement 1082/2006

Comme le relève M. Casteigts, « le dispositif de soutien et d'accompagnement de la coopération transfrontière en Europe est marqué par une situation paradoxale qui affecte sa cohérence : ses instruments financiers sont mis en place par l'Union européenne au titre de l'initiative INTERREG mais son cadre juridique est fixé par la Convention-cadre de Madrid, négociée sous l'égide du Conseil de l'Europe et complétée par des accords bilatéraux »²⁰⁶. Toutefois, le droit communautaire tend, de plus en plus, à s'approprier juridiquement le concept de coopération transfrontalière par la création de nouveaux instruments tels le groupement européen de coopération transfrontalière.

Si les rôles semblent avoir été distribués entre le Conseil de l'Europe et les Communautés européennes, ces dernières tendent à l'élaboration d'un régime juridique supplémentaire. La suppression des entraves à la coopération transfrontalière contribuerait en effet à réaliser l'objectif de cohésion économique et sociale prévu par les traités communautaires. Le traité de Rome mentionnait ainsi dans son préambule l'objectif de développement harmonieux et de réduction des écarts entre les différentes régions sans pour autant prévoir de politique spécifique pour atteindre cet objectif. L'Acte unique officialisera la politique régionale européenne comme compétence communautaire, par l'insertion dans le Traité d'un nouveau chapitre intitulé « cohésion économique et sociale » aux articles 130 A et 130 E, dans le but de promouvoir « un développement harmonieux de l'ensemble de la Communauté ». Pour atteindre cet objectif, l'Acte Unique imposait à la Commission de préparer et de proposer au Conseil une réforme des fonds structurels, destinée à en faire des instruments encore plus efficaces du développement économique et social. Dans cette perspective étaient prévus, d'une part le doublement des ressources affectées à ces fonds et d'autre part une profonde modification de leurs règles de fonctionnement. L'ensemble de ces mesures avait pour mission de prévoir une série d'instruments susceptibles de compenser les effets dévastateurs du marché à court et moyen terme pour les régions européennes. L'essence de la politique régionale était la réduction des inégalités entre régions riches et régions pauvres²⁰⁷. Le Traité de Maastricht marque une nouvelle avancée puisque la cohésion économique et sociale, au nom de la réduction des disparités régionales, devient une priorité²⁰⁸.

²⁰⁶ CASTEIGTS M., « *Cadre juridique et enjeux politiques du financement de la coopération transfrontalière en Europe* », in LEJEUNE Y. (dir.), « *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts : les expériences franco-belge et franco-espagnole* », Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 165.

²⁰⁷ La création en 1975 du Fonds européen de développement régional (FEDER) après le premier élargissement (Danemark, Irlande, Royaume-Uni) introduisait un principe de redistribution entre régions riches et régions pauvres de la Communauté.

²⁰⁸ Art. 2 T.U.E.

Une telle évolution n'est qu'une première étape, d'ores et déjà dépassée sous l'impulsion du droit communautaire, par l'établissement d'un Groupement européen de coopération transfrontalière (G.E.C.T.). Les conclusions du troisième rapport de la Commission européenne sur la cohésion économique et sociale²⁰⁹ évoquaient le souhait de proposer un nouvel instrument juridique sous la forme d'une structure coopérative européenne afin de permettre aux Etats membres, aux régions ainsi qu'aux autorités locales de mettre en œuvre des activités de coopération transfrontalière. En décembre 2002, le Comité des Régions de l'Union européenne et le Congrès des Pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe avaient soutenu les conclusions du rapport de la Commission, conditionnant toutefois le maintien de leur confiance à la double condition que le groupement européen de coopération transfrontalière soit compatible avec la Convention-cadre européenne et qu'il préserve les acquis de la coopération entre Etats membres et Etats non membres de l'Union européenne.

Forte de ces soutiens, la Commission européenne a donc présenté le 14 juillet 2004 une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil « relative à l'institution d'un groupement européen de coopération transfrontalière »²¹⁰ qui conduira à l'adoption, le 5 juillet 2006, du règlement n° 1082/2006²¹¹. Le G.E.C.T. a pour objectif de faciliter et promouvoir la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale entre ses membres. Il est composé d'Etats membres, de collectivités régionales, de collectivités locales et / ou d'organismes de droit public à titre facultatif. Ses compétences sont fixées dans une convention de coopération obligatoire qui est créée à l'initiative de ses membres. Ils décident si le G.E.C.T. est une entité juridique séparée ou s'ils confient les tâches à l'un de ces membres. Les pouvoirs de puissance publique, les pouvoirs de police et de réglementation sont exclus de la convention. Dans les limites de ses attributions, le G.E.C.T. agit au nom et pour le compte de ses membres. Il possède ainsi la capacité juridique reconnue aux personnes morales par les législations nationales. Il peut se voir confier soit la mise en œuvre des programmes cofinancés par la Communauté, soit toute autre action de coopération transfrontalière avec ou sans intervention financière communautaire. Les membres d'un G.E.C.T. sont situés sur le territoire d'au moins deux Etats membres. La convention précise la tâche, la durée et les conditions de dissolution du G.E.C.T. Elle est limitée au domaine de coopération choisi par les membres et précise leurs responsabilités. Le droit applicable pour l'interprétation et l'application de la convention est celui de l'Etat membre où est établi le siège officiel. L'adoption de cette proposition permet l'apparition d'une nouvelle figure institutionnelle tout à fait inédite au regard du droit administratif, « à savoir une personne juridique rassemblant, notamment, des collectivités territoriales françaises et en charge de

²⁰⁹ Commission européenne, « *Un nouveau partenariat pour la cohésion : convergence, compétitivité, coopération* », 205 p.

²¹⁰ Commission européenne, doc. COM (2004) 496 final du 14 juillet 2004.

²¹¹ Règlement (C.E.) n° 1082/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relatif à un groupement européen de coopération territoriale, J.O.C.E., L. 210 du 31 juillet 2006.

la gestion de services publics au moins partiellement français, mais créée par une convention dont il est admis qu'elle puisse être soumise non seulement à une loi étrangère mais également à la compétence des juridictions propres à celle-ci en cas de litige »²¹². Autrement dit, la gestion d'un service public français pourra être assurée par une personne publique de droit étranger.

*

Conclusion du Chapitre I

Le droit international garantit à tout Etat souverain le droit d'aménager les espaces sur lesquels s'exerce sa souveraineté ou qui relèvent de sa juridiction. Ainsi, le droit international n'interdit pas la réalisation de certains ouvrages : il encadre au contraire l'ensemble des étapes de la décision publique et impose la conciliation de la poursuite de l'intérêt national avec le respect des droits et intérêts des Etats tiers. Notre analyse fut menée en deux temps. D'abord, nous avons étudié les règles présidant à l'exercice unilatéral par l'Etat de sa liberté d'aménagement. Ensuite, nous sommes revenus sur la question particulière de l'exercice conjoint de cette liberté, matérialisée par la construction et l'exploitation en commun d'un ouvrage public par plusieurs Etats.

S'agissant des règles présidant à l'exercice unilatéral par l'Etat de sa liberté d'aménagement, le droit international structure en premier lieu la construction de l'ouvrage public par l'obligation qui est faite à l'Etat de prévenir la survenance de dommages transfrontières à l'environnement et sa portée. Cette obligation se déduit du principe de l'utilisation non dommageable du territoire reconnue en droit international coutumier. La Cour internationale de Justice a fort opportunément rappelé le caractère coutumier de cette obligation de prévention dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. L'affirmation de ce devoir n'est pas suffisante : pris isolément il ne permet pas d'identifier avec précision les obligations précises de l'Etat maître de l'ouvrage, induites par l'obligation générale de prévention. Cela revient à dire que pour déterminer l'existence d'un dommage transfrontière à l'environnement l'Etat doit procéder à une évaluation d'impact environnemental attestant de l'innocuité du projet et prendre les mesures d'atténuation et/ou d'évitement des impacts du projet en conséquence. Or, rien n'est dit par la Cour sur ce point : certes le caractère coutumier de l'obligation de procéder à l'impact environnemental fait partie du droit coutumier, mais son contenu et ses modalités sont abandonnées à l'Etat. La solution retenue manque singulièrement d'audace au regard de l'évolution du droit international conventionnel qui offre pourtant des critères minimaux permettant d'attester du sérieux de l'évaluation et d'éclairer pleinement la puissance publique sur les conséquences attachées à la construction de l'ouvrage public.

²¹² AUDIT M., « Veille de droit administratif transnational », *Dr. Adm.*, n° 4, avril 2005, alerte 9, p.2.

Ce premier mouvement de structuration (l'exigence d'un aménagement innocent) est doublé, en droit international, de l'obligation d'un espace aménageable : l'Etat est libre de procéder aux aménagements de son choix dans les limites indiquées ci-dessus mais à la condition que l'espace aménagé relève de sa souveraineté ou de sa juridiction. Quand l'ouvrage public est construit en vue de consolider une prétention territoriale, bref quand il s'agit d'aménager des espaces faisant l'objet de revendications concurrentes par plusieurs souverains, le droit international rechigne à prendre en compte cette catégorie particulière d'effectivités. Nous sommes alors revenus brièvement sur les règles générales dégagées par le juge international afin de trancher les prétentions territoriales contraires, en examinant plus particulièrement le sort des ouvrages publics. Nous avons vu que le juge ne leur accorde que des effets relatifs et que le droit international prive de toutes conséquences en droit international les ouvrages publics imposés après la date critique du différend. Nous avons illustré ces difficultés au moyen d'un exemple pratique tiré de la construction d'ouvrages publics en mer de Chine. Une fois ces règles présentées, nous avons intégré dans notre réflexion l'activité des bailleurs de fonds multilatéraux amenés à financer la construction d'un ouvrage public dans un espace disputé. La nature particulière de la banque (qui relève juridiquement de la catégorie des organisations internationales) et de ses activités (les prêts sont entérinés par le Conseil d'administration de la Banque au sein duquel siègent les représentants des Etats) imposent un devoir de vigilance accrue sur ce point. On admettrait difficilement en effet que des fonds destinés au développement soient utilisés pour consolider des prétentions territoriales. La politique opérationnelle 7.60 de la Banque mondiale relative aux projets sur les voies d'eau internationales repose sur le principe selon lequel la Banque doit prendre en compte l'ensemble des intérêts (et non pas uniquement ceux de l'Etat emprunteur) et ne causer aucun dommage appréciable aux Etats riverains. La Banque a étendu ces principes aux projets situés sur des zones faisant l'objet d'une contestation territoriale. Nous avons ensuite présenté le contenu de la politique opérationnelle 7.60 en détaillant son champ d'application et les obligations contenues dans ce texte. Ainsi, lorsque le texte est applicable la politique opérationnelle 7.60 est applicable, la Banque a l'obligation de refuser de financer un projet sur une zone contestée sauf à ce qu'il ne rentre dans l'une des exceptions limitativement énoncées par le texte. Les principes dégagés s'appliquent en toute circonstance et nous les compléterons ultérieurement par les règles spéciales tirées de l'aménagement des ressources en eaux partagées et de la construction d'ouvrages publics en mer.

S'agissant, dans un second temps, de la question particulière de l'exercice conjoint de cette liberté, nous nous sommes ensuite employés à souligner la spécificité des travaux transfrontaliers. La construction et l'exploitation d'ouvrages publics en communs, très fréquente en pratique, nécessite l'intervention préalable des Etats concernés, qui, dans un accord international, détermineront le cadre juridique de l'opération transfrontalière. Cette dernière sera réalisée à l'intérieur de ce cadre, selon

les termes et conditions qui résultent de l'accord international et des conventions d'exécution, parmi lesquelles figure le contrat de construction. Nous avons également ménagé une place dans nos développements à la question particulière de la coopération transfrontalière entre collectivités publiques infraétatiques qui sont des acteurs particuliers des relations internationales. Cette coopération transfrontalière entre des entités qui ne sont pas des Etats (mais peuvent engager sa responsabilité internationale) s'effectue en marge des procédés classiques du droit international. De nombreuses organisations internationales – Conseil de l'Europe et Union européenne en tête – ont ainsi adopté à son égard une attitude de promotion par l'édiction d'outils juridiques mis à la disposition des décideurs locaux. Affirmée, la coopération transfrontalière en matière d'ouvrage public dispose désormais d'un cadre juridique en pleine consolidation.

Notre analyse doit désormais nous conduire à envisager les règles de protection de la liberté de l'Etat de construire un ouvrage public.

*

CHAPITRE II. LA LIBERTE D'AMENAGER PROTEGEE PAR LE DROIT INTERNATIONAL

La liberté de l'Etat d'aménager son territoire fait l'objet d'une double protection par le droit international. Au plan *substantiel*, le droit international protège à la fois la liberté de *choix* de l'aménagement et le *résultat* de cette opération (**Section 1**). Au plan *juridictionnel*, le juge international est régulièrement amené à connaître de différends portant directement ou indirectement sur un ouvrage public, que l'on songe à la construction d'un pont sur le Grand-Belt, aux travaux de poldérisation entrepris par Singapour dans le détroit de Johor, à l'aménagement du Lac Lanoux, au système d'écluse de Gabickovo-Nagymaros, etc. Nous présenterons les voies contentieuses ouvertes à l'Etat souhaitant se prémunir des effets de l'ouvrage public construit par un Etat tiers. Nos développements seront centrés, à cet effet, sur le contentieux conservatoire des travaux et ouvrages publics ainsi que sur certains principes applicables lors de l'examen au fond. Nous travaillerons également sur la question de la preuve qui revêt ici, comme dans tous les différends environnementaux, une importance particulière. Nos développements seront alors consacrés à la charge de la preuve des effets de l'ouvrage sur l'environnement et nous aborderons à titre incident la question des experts qui sont systématiquement mobilisés en nombre sur ce type de contentieux. Enfin, au plan substantiel, nous terminerons notre analyse sur le contrôle de proportionnalité exercé par le juge (**Section 2**).

Section 1. La garantie substantielle de la liberté d'aménager

Le droit international garantit substantiellement la liberté d'aménagement de l'Etat. Il confère dans un premier temps à l'Etat le droit à déterminer lui-même les ouvrages publics devant être construits sur son territoire. En situation d'occupation, lorsque s'exerce l'autorité de la Puissance occupante, le droit de l'occupation prohibe à cette dernière de procéder à certains aménagements. Lorsqu'elle procède à la construction d'ouvrages publics sur le territoire occupé, la Puissance occupante est tenue par les obligations découlant du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes mais également des obligations découlant du droit de l'occupation, et plus particulièrement du Règlement de La Haye de 1907 et de la IV^e Convention de Genève.

Le droit international protège alors le *choix* d'aménagement (**§1**).

Nous verrons ensuite que le droit international encadre les attaques dirigées contre les ouvrages publics en situation de conflit armé. La première protection, générale, est ordonnée autour du principe de distinction entre ouvrages publics civils et militaires et de plusieurs principes relatifs aux méthodes et moyens de combat : principe de précaution, principe de proportionnalité, et le principe de limitation des moyens de nuire à l'ennemi. La seconde protection, spéciale, est octroyée

à certains ouvrages publics bénéficient d'une protection renforcée contre les attaques en raison des risques que leur destruction fait peser sur la population civile : les « ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses ».

Le droit international protège alors le *résultat* de l'aménagement (§2).

§1. La protection du choix d'aménagement. La question des ouvrages publics construits par la Puissance occupante sur le territoire de l'Etat occupé

Le droit de l'occupation régit les rapports juridiques entre la Puissance occupante et l'Etat occupé. Ce droit, tiraillé entre protection maximale de la souveraineté de l'Etat occupé et prise en compte de l'autorité de fait de l'occupant, prohibe la construction de certains ouvrages publics par l'occupant qui ne saurait se conduire comme un souverain. Nous analyserons sur ces points l'apport de l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé. Quelles étaient, en droit, les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale ? Il convient avant toute chose de préciser que les Etats ont le droit de construire des murs, tant que ces ouvrages publics sont implantés sur leur territoire. Nous renvoyons sur ce point notre lecteur aux règles structurantes de droit international étudiées plus haut. Ainsi, la Cour internationale de Justice a exclu de son analyse les parties du mur qui étaient construites sur le territoire même d'Israël. En revanche, aucune obstacle ne s'élève à ce que la licéité des travaux et ouvrages exécutés sur le territoire occupé par une Puissance occupante soit appréciée au regard du droit international. En l'espèce, c'est bien plus d'une série d'ouvrages qu'un mur unique dont il était question : une clôture équipée de détecteurs électroniques ; un fossé (pouvant atteindre 4 mètres de profondeur) ; une route de patrouille asphaltée à deux voies ; une route de dépistage (bande de sable lisse permettant de détecter des empreintes de pieds) parallèle à la clôture et six boudins de barbelés empilés qui marquent le périmètre des installations. L'ouvrage a une largeur de 50 à 70 mètres, mais peut atteindre 100 mètres à certains endroits.

Lorsqu'elle procède à la construction d'ouvrages publics sur le territoire occupé, la Puissance occupante est tenue par les obligations découlant du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (A) mais également des obligations découlant du droit de l'occupation, et plus particulièrement du Règlement de La Haye de 1907 et de la IV^e Convention de Genève (B).

A. La Puissance occupante doit s'abstenir de porter atteinte au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

La Cour relèvera également que le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été consacré dans la Charte des Nations Unies et réaffirmé par la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale déjà mentionnée, selon laquelle «[t]out Etat a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait de leur droit à l'autodétermination ... les peuples mentionnés [dans ladite résolution]». L'article 1er commun au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et au pacte international relatif aux droits civils et politiques réaffirme le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes et fait obligation aux Etats parties de faciliter la réalisation de ce droit et de le respecter, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies. La Cour rappellera qu'en 1971 elle a souligné que l'évolution actuelle du « droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires ». La Cour a ajouté que « du fait de cette évolution il n'y a[vait] guère de doute que la « mission sacrée » visée au paragraphe 1 de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations « avait pour objectif ultime l'autodétermination ... des peuples en cause »²¹³. La Cour s'est référée à ce principe à plusieurs reprises dans sa jurisprudence²¹⁴. La Cour a même précisé qu'aujourd'hui le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable *erga omnes*²¹⁵.

La Cour relèvera que le tracé du mur tel qu'il a été fixé par le Gouvernement israélien incorpore dans la « zone fermée » environ 80% des colons installés dans le territoire palestinien occupé. Ce tracé sinueux a été fixé de manière à inclure dans la zone la plus grande partie des colonies de peuplement installées par Israël dans le territoire palestinien occupé (y compris Jérusalem-Est). En ce qui concerne ces colonies, la Cour notera que, selon le sixième alinéa de l'article 49 de la quatrième convention de Genève : « La puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle ». Cette disposition prohibe non seulement les déportations ou transferts forcés de population tels qu'intervenues au cours de la seconde guerre mondiale, mais encore toutes les mesures que peut prendre une puissance occupante en vue d'organiser et de favoriser des transferts d'une partie de sa propre population dans le territoire occupé. A cet égard, les informations fournies à la Cour montrent qu'à partir de 1977 Israël a mené une politique et développé des pratiques consistant à établir des

²¹³ Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 52-53.

²¹⁴ *Sahara occidental*, avis consultatif C.I.J. Recueil 1975, p. 68, par. 162.

²¹⁵ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29.

colonies de peuplement dans le territoire palestinien occupé, contrairement aux prescriptions ainsi rappelées du sixième alinéa de l'article 49.

Aussi bien le Conseil de sécurité a-t-il considéré que cette politique et ces pratiques « n'ont aucune validité en droit ». Il a en outre demandé « à Israël en tant que puissance occupante de respecter scrupuleusement » la quatrième convention de Genève, et « de rapporter les mesures qui ont déjà été prises et de s'abstenir de toute mesure qui modifierait le statut juridique et le caractère géographique des territoires arabes occupés depuis 1967, y compris Jérusalem, et influerait sensiblement sur leur composition démographique et en particulier de ne pas transférer des éléments de sa propre population civile dans les territoires arabes occupés)). La Cour a donc logiquement conclu que les colonies de peuplement installées par Israël dans le territoire palestinien occupé (y compris Jérusalem-Est) l'ont été en méconnaissance du droit international.

Tout en notant l'assurance donnée par Israël que la construction du mur n'équivaut pas à une annexion et que le mur est de nature temporaire, la Cour a accueilli favorablement certaines craintes exprimées devant elle d'après lesquelles le tracé du mur préjugerait la frontière future entre Israël et la Palestine, et à la crainte qu'Israël pourrait intégrer les colonies de peuplement et les voies de circulation les desservant. La Cour estime que la construction du mur et le régime qui lui est associé créent sur le terrain un « fait accompli » qui pourrait fort bien devenir permanent, auquel cas, et nonobstant la description officielle qu'Israël donne du mur, la construction de celui-ci équivaudrait à une annexion de facto. En d'autres termes, le tracé choisi pour le mur consacre sur le terrain les mesures illégales prises par Israël et déplorées par le Conseil de sécurité en ce qui concerne Jérusalem et les colonies de peuplement. La construction du mur risque également de conduire à de nouvelles modifications dans la composition démographique du territoire palestinien occupé, dans la mesure où elle occasionne le départ de populations palestiniennes de certaines zones. Cette construction, s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse ainsi un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit.

Ainsi, la Puissance occupante doit s'abstenir de porter atteinte au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Elle est également tenue de respecter le droit de l'occupation lorsqu'elle procède à la construction d'ouvrages publics sur le territoire occupé.

B. La Puissance occupante doit respecter le droit de l'occupation lorsqu'elle procède à la construction d'ouvrages publics sur le territoire occupé

Lorsqu'elle procède à la construction d'ouvrages publics sur le territoire occupé, la Puissance occupante est tenue par les obligations découlant du Règlement de La Haye de 1907 **(1)** et de la IVe Convention de Genève **(2)**.

1. Obligations découlant du Règlement de La Haye de 1907

Le règlement de La Haye de 1907 traite dans sa section III de l'autorité militaire dans les territoires occupés. Cette section inclut notamment les articles 43, 46 et 52, applicables dans le territoire palestinien occupé. L'article 43 donne à l'occupant le devoir de prendre «toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays)). L'article 46 ajoute que la propriété privée doit être «respecté[e]» et «ne peut pas être confisquée)). Enfin, l'article 52 autorise dans certaines limites les réquisitions en nature et des services pour les besoins de l'armée d'occupation. Or, la construction du mur a entraîné la destruction ou la réquisition de propriétés dans des conditions contraires aux prescriptions des articles 46 et 52 du règlement de La Haye de 1907 et de l'article 53 de la quatrième convention de Genève qui dispose qu'« il est interdit à la puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'Etat ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales et coopératives, sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ».

2. Obligations découlant de la IVe Convention de Genève

La quatrième convention de Genève distingue, elle aussi, entre les dispositions applicables lors des opérations militaires ayant conduit à l'occupation et celles qui demeurent applicables pendant toute la durée de l'occupation. Elle dispose en effet dans son article 6 :

« La présente convention s'appliquera dès le début de tout conflit ou occupation mentionnés à l'article 2. Sur le territoire des parties au conflit, l'application de la convention cessera à la fin générale des opérations militaires. En territoire occupé, l'application de la présente convention cessera un an après la fin générale des opérations militaires ; néanmoins, la puissance occupante sera liée pour la durée de l'occupation - pour autant que cette puissance exerce les fonctions de gouvernement dans le territoire en question - par les dispositions des articles suivants de la présente convention: 1 à 12, 27, 29 à 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 à 77 et 143.

Les personnes protégées, dont la libération, le rapatriement ou l'établissement auront lieu après ces délais resteront dans l'intervalle au bénéfice de la présente convention ».

Dans l'affaire du Mur, la Cour, au vu du dossier, n'a pas été convaincue que la poursuite des objectifs de sécurité avancés par Israël nécessitait l'adoption du tracé choisi pour le mur. Le mur tel que tracé et le régime qui lui est associé portent atteinte de manière grave à de nombreux droits des Palestiniens habitant dans le territoire occupé par Israël sans que les atteintes résultant de ce tracé puissent être justifiées par des impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public. La construction d'un tel mur constitue dès lors une violation par Israël de diverses obligations qui lui incombent en vertu des instruments applicables de droit international humanitaire et des droits de l'homme. Ainsi, la Cour a conclu que la construction du mur est un acte non conforme à diverses obligations juridiques internationales incombant à Israël.

Le droit international garantit substantiellement la liberté d'aménagement de l'Etat. Il confère dans un premier temps à l'Etat le droit à déterminer lui-même les ouvrages publics devant être construits sur son territoire. En situation d'occupation, lorsque s'exerce l'autorité de la Puissance occupante, le droit de l'occupation prohibe à cette dernière de procéder à certains aménagement. Lorsqu'elle procède à la construction d'ouvrages publics sur le territoire occupé, la Puissance occupante est tenue par les obligations découlant du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes mais également des obligations découlant du droit de l'occupation, et plus particulièrement du Règlement de La Haye de 1907 et de la IV^e Convention de Genève. Le droit international protège alors le choix d'aménagement. Nous verrons à présent que le droit international protège également le résultat de l'aménagement, l'ouvrage public, en situation de conflit armé.

§2. La protection du résultat de l'aménagement. Le régime juridique des attaques contre les ouvrages publics en situation de conflit armé

L'encadrement des attaques dirigées contre les ouvrages publics en situation de conflit armé est organisée autour de l'interdiction générale des attaques dirigées contre les ouvrages publics non affectés à un usage militaire et de l'interdiction spécifique d'attaquer les ouvrages publics renfermant des forces dangereuses. La première protection, générale, est ordonnée autour du principe de distinction entre ouvrages publics civils et militaires et de plusieurs principes relatifs aux méthodes et moyens de combat : principe de précaution, principe de proportionnalité, et le principe de limitation des moyens de nuire à l'ennemi **(A)**. La seconde protection, spéciale, est octroyée à certains ouvrages publics bénéficient d'une protection renforcée contre les attaques en raison des risques que leur destruction fait peser sur la population civile : les « ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses » **(B)**.

A. L'interdiction générale des attaques dirigées contre les ouvrages publics non affectés à un usage militaire

L'interdiction générale des attaques dirigées contre les ouvrages publics non affectés à un usage militaire est ordonnée autour du principe de distinction entre ouvrages publics civils et militaires (1) et plusieurs principes relatifs aux méthodes et moyens de combat (2).

1. Le principe de distinction entre ouvrages publics civils et militaires

Le principe de distinction est une règle cardinale du droit des conflits armés qui fait obligation aux belligérants de toujours distinguer entre combattants et civils, objectifs militaires et biens spécifiquement protégés. La distinction entre objectif militaire et bien civil n'est pas tranchée de façon rigide par le droit des conflits armés. L'article 52, § 2, du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève définit les objectifs militaires comme les « biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation, apportent une contribution effective à l'action militaire de l'ennemi et dont la destruction offre en sus un avantage militaire précis ». Ces deux conditions sont cumulatives et contribuent ainsi à éviter une définition trop large de la notion d'objectif militaire légitime, ce même si l'imprécision des termes de la définition retenue offre une marge d'appréciation importante aux parties en conflit²¹⁶. Les dispositions de l'article 52 § 2 reflètent l'état du droit international coutumier²¹⁷ et sont applicables tant dans les conflits armés internationaux que non internationaux. L'article 52, § 3, précise qu'en tout état de cause, « en cas de doute, un bien qui est normalement affecté à un usage civil, tel qu'un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire ». L'article 54 du Protocole I énonce par ailleurs l'interdiction d'attaques visant des biens indispensables à la survie de la population civile, tels que les installations et réserves d'eau potables. Cette interdiction ne s'applique pas si le bien en question est utilisé par la Partie adverse comme appui direct d'une action militaire à condition toutefois de n'engager en aucun cas contre ces biens des actions dont on pourrait attendre qu'elles laissent à la population civile si peu de nourriture ou d'eau

²¹⁶ BOOTHBY W. H., *The law of targeting*, Oxford : Oxford University Press, 2012, 603 p. HENDERSON I., *The Contemporary Law of Targeting : Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff, 2009, 268 p. ; ROGERS A. P. V., « What is a Legitimate Military Target ? », in BURCHILL R., WHITE N. D., MORRIS J. (dirs.), *International Conflict and Security Law. Essays in Memory of Hilaire McCoubrey*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 160-184 ; DÖRMANN K., « The Definition of Military Objectives », in BERUTO G. L. (Dir.), *Conduct of Hostilities revisiting the Law of Armed Conflict*, Milano : Nagard, 2008, pp. 85-90.

²¹⁷ TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, aff. IT-98-29-T, Chambre de première instance I, § 45, p. 24 ; COMMISSION DES RECLAMATIONS ERYTHREE-ETHIOPIE, Sentence partielle, Front occidental, Bombardements aériens et demandes assimilées. Réclamations de l'Erythrée n°1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 et 26, 19 décembre 2005, §§ 112-113 : « article 52, paragraph 2, of Geneva Protocol I, which defines the objects that are legitimate military objectives [...] is widely accepted as an expression of customary international law ».

qu'elle serait réduite à la famine. La protection conférée aux biens civils et biens protégés ne s'applique que dans la mesure où ces biens ne sont pas affectés à des fonctions militaires. Cette protection disparaît, en effet, si le bien protégés jouent un rôle dans la conduite des hostilités. La Commission des réclamations Erythrée-Ethiopie a ainsi considéré que le bombardement, par l'Ethiopie, d'un réservoir d'eau considéré comme essentiel à la survie de la population civile contrevenait aux dispositions de l'article 54 du Protocole I et engageait la responsabilité de l'Ethiopie²¹⁸. Si l'identification des installations, des équipements et des moyens de transport des forces armées, les usines d'armement en tant qu'objectifs militaires ne suscitent pas de difficultés particulières, un bien civil n'est pas, en revanche, un bien militaire sauf s'il est utilisé à des fins militaires et qu'il remplit au surplus les deux conditions cumulatives précitées.

A cet égard, l'analyse révèle que le TPIY contrôle attentivement le respect de ces conditions, en encadrant strictement la notion d'objectif militaire, ce qui le conduit souvent à conclure que l'attaque visait une cible civile²¹⁹. L'appréciation que cela induit suscite cependant des difficultés particulières d'interprétation et d'application pratique lorsqu'un bien revêt un double usage, à la fois civil et militaire. La guerre aérienne complexifie encore davantage l'opération de détermination précise de la nature du bien visé, en raison notamment des bombardements à haute altitude et à grande vitesse. La Commission des réclamations Erythrée-Ethiopie a eu, pour sa part, l'occasion de se prononcer sur la nature juridique d'une centrale électrique lors de la sentence relative aux bombardements aériens qu'elle a rendue le 19 décembre 2005²²⁰. Il s'agit de la sentence la plus controversée rendue par la Commission en ce qui concerne l'application des règles du droit international humanitaire. Cette controverse est d'ailleurs illustrée par le fait que la sentence a été rendue à la majorité alors que l'ensemble des autres sentences a été rendue à l'unanimité, son président ayant joint à la sentence une opinion individuelle. La controverse en l'espèce portait sur le point de savoir si le bombardement par l'Ethiopie, en 2000, de la centrale électrique d'Hirgigo en Érythrée, contrevenait aux dispositions de l'article 52, paragraphe 2, du Protocole I. La Commission

²¹⁸ COMMISSION DES RECLAMATIONS ERYTHREE-ETHIOPIE, sentence partielle, Front occidental, Bombardements aériens et demandes assimilées. Réclamations de l'Erythrée n°1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 et 26, 19 décembre 2005, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, § 105, p. 330 : « Recalling the purpose of Article 54, the Commission concludes that the provisions of Article 54 that prohibit attack against drinking water installations and supplies that are indispensable to the survival of the civilian population for the specific purpose of denying them for their sustenance value to the adverse Party had become part of customary international humanitarian law by 1999 and, consequently was applicable to Ethiopia's attacks on the Harsile reservoir in February 1999 and June 2000. Therefore, those aerial bombardments, which fortunately failed to damage the reservoir, were in violation of applicable international humanitarian law. As no damage has been shown, that finding, by itself, shall be satisfaction to Eritrea for that violation ».

²¹⁹ AILINCAI M., « La justification devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie des pertes civiles ou de la destruction de biens civils par l'argument de la nécessité militaire », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 342-344.

²²⁰ COMMISSION DES RECLAMATIONS ERYTHREE-ETHIOPIE, Sentence partielle. Front occidental, bombardements aériens et demandes assimilées. Réclamations de l'Erythrée n°1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26. Décision du 19 décembre 2005, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, 2009, pp. 291-349).

s'est ainsi attachée à déterminer si une centrale électrique pouvait constituer un objectif militaire légitime et faire l'objet d'une attaque. Dans la droite ligne de la doctrine dominante, elle a considéré qu'une centrale électrique ne constituait pas un bien civil par essence²²¹ et que sa destruction pouvait, dans certains cas, contribuer effectivement à l'action militaire²²². C'est sur ce fondement que la Commission a d'abord conclu que la centrale électrique d'Hirgigo aurait effectivement contribué à l'action militaire de l'Erythrée parce qu'à partir du moment où elle aurait été opérationnelle, elle aurait fourni l'énergie nécessaire au fonctionnement du port de Massawa qui constituait lui-même un objectif militaire. S'agissant ensuite de l'avantage militaire précis, la Commission a relevé que la centrale électrique revêtait une importance économique pour l'Erythrée et que sa destruction partielle, alors que l'Ethiopie tentait d'obtenir la cessation des hostilités de la part de l'Erythrée, offrait justement un avantage militaire précis²²³. La Commission a par conséquent conclu que le bombardement aérien de cette centrale par l'Ethiopie s'avérait licite. Le Président de la Commission a néanmoins exprimé ses doutes, considérant que l'avantage militaire précis procuré par la destruction de la centrale n'avait pas été présenté de manière suffisamment concluante. Il a, à cet égard, fait valoir que « [t]he infliction of economic loss or the undermining of morale through the destruction of a civilian object, or the probability that the destruction may bring the decision-makers to the negotiation table, do not make that object a military objective »²²⁴. Nous rejoignons cette observation dans la mesure où la nature de la centrale en tant qu'objectif militaire légitime a, en l'occurrence, été déterminée de manière indirecte à partir de la nature d'un autre bien – le port de Massawa – dont le caractère d'objectif militaire légitime ne faisait, quant à lui, aucun doute. En outre, la seule contribution générale d'un bien à la capacité militaire de l'ennemi, ou la probabilité que sa destruction conduirait les dirigeants à la table des négociations ne sont pas, à notre avis, en eux-mêmes suffisants pour établir l'avantage militaire précis qui est requis.

²²¹ COMMISSION DES RECLAMATIONS ERYTHREE-ETHIOPIE, Sentence partielle. Front occidental, bombardements aériens et demandes assimilées ..., *préc.*, § 117 : « electric power stations are generally recognized to be of sufficient importance to a State's capacity to meet its wartime needs of communication, transport and industry so as usually to qualify as military objectives during armed conflicts ».

²²² *Ibid.*, § 117 : « not all such power stations would qualify as military objectives, for example, power stations that are known, or should be known, to be segregated from a general power grid and are limited to supplying power for humanitarian purposes, such as medical facilities, or other uses that could have no effect on the State's ability to wage war ».

²²³ *Ibid.*, § 121.

²²⁴ *Ibid.*, Opinion individuelle d'Hans van Houtte, § 4.

2. Les principes relatifs aux méthodes et moyens de combat

Le droit des conflits armés énonce trois grands principes relatifs aux méthodes et moyens de combat qui régissent l'attaque des ouvrages publics : le principe de précaution **(a)** le principe de proportionnalité et le principe de limitation des moyens de nuire à l'ennemi **(b)**.

a. Le principe de précaution

Le principe de précaution oblige le belligérant à veiller constamment à ce que les attaques dirigées contre les forces belligérantes adverses ne causent pas de blessures ou de pertes en vies humaines aux personnes civiles, de dommages aux biens civils et aux biens protégés ou, en tout cas, à ce que les pertes, blessures et dommages collatéraux soient réduits au minimum²²⁵. Le principe comporte aussi une obligation d'avertissement lorsque la population civile ou des biens protégés risquent d'être touchés par une attaque aérienne. La règle la plus importante concernant la conduite des hostilités est que seuls des objectifs militaires peuvent être attaqués. Aussi, si une attaque est dirigée contre un objectif militaire, elle ne devient pas illégale du simple fait qu'elle touche également des civils ou des biens de caractère civil. Cette affirmation reste correcte même lorsque les pertes civiles incidentes d'une attaque étaient prévues ou prévisibles pour autant que l'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ces dommages soient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu de l'attaque.

Néanmoins, même lors d'attaques licites, des mesures de précaution doivent être prises par la partie qui attaque et par la partie attaquée en vue d'éviter (dans la mesure du possible) ou de réduire au minimum les effets incidents de la conduite des hostilités sur des personnes et objets qui ne sont pas des objectifs légitimes. L'article 57 du Protocole I distingue trois catégories de mesures de précaution dans l'attaque. Au titre de la première catégorie, l'article 57 pose le principe que des précautions dans l'attaque doivent être prises (alinéas 1 et 4). Au titre de la seconde catégorie, l'article 57 fait obligation à l'Etat partie de s'assurer que l'interdiction d'attaquer des objectifs non militaires (ou de provoquer des pertes civiles incidentes excessives en attaquant des objectifs militaires) est respectée (alinéa 2(a)(i) et (iii) ainsi que (b)). L'article vise ici notamment les règles procédurales visant à éviter des attaques délibérées ou incidentes d'objectifs non militaires (ou des attaques provoquant des pertes civiles incidentes excessives). On peut citer comme exemple l'obligation de vérifier que l'objectif soit bien militaire et d'annuler les attaques illicites. La troisième catégorie concerne les mesures qui doivent être prises lors de la conduite d'attaques licites afin d'éviter ou de réduire au minimum les pertes parmi la population civile (alinéas 2(a)(ii) et (c) ainsi que 3). Cette

²²⁵ Premier Protocole additionnel, art. 57.

catégorie comprend notamment l'obligation de choisir des moyens et méthodes d'attaque présentant le moins de danger pour la population civile. On trouve aussi dans cette catégorie l'obligation d'avertir la population civile de l'attaque.

L'article 57 (2) (a) (i) prévoit que « ceux qui préparent ou décident une attaque doivent faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires (...) et que les dispositions du présent Protocole n'en interdisent pas l'attaque ». Les personnes les plus directement impliquées dans l'attaque ont peu de possibilités (et de temps) pour la vérification. Dans la guerre aérienne en particulier, ceux qui sont dans l'obligation de vérifier les objectifs sont souvent dépendants des renseignements collectés par d'autres personnes, généralement d'un rang hiérarchique inférieur²²⁶. Ils ont par contre une obligation continue de collecter, évaluer et distribuer des renseignements sur les cibles en temps utile.

La première vérification à opérer est de déterminer si la cible est un objectif militaire. Dans ce contexte, il convient de se demander si certains objets doivent être présumés ne pas être des objectifs militaires. Les Etats Parties au Protocole I sont liés par son article 52 al. 3 qui prévoit que « [e]n cas de doute, un bien qui est normalement affecté à un usage civil, tel qu'un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire ». Cette disposition impose un standard de vérification plus élevé pour certains objets identifiés comme de nature intrinsèquement civile²²⁷.

Cette présomption couvre uniquement les cas de doute. Lorsque rien n'indique qu'un objet contribue à l'effort militaire, il ne doit pas être attaqué. Ainsi, seuls de très forts indices peuvent faire douter du caractère civil d'un lieu de culte, d'une maison ou d'une école. Dans ce sens, ces objets bénéficient d'une présomption de fait qu'ils ne contribuent pas à l'effort militaire. Ensuite, en cas de véritables doutes, il n'y a pas de présomption contraire que l'objet en question est un objectif militaire. L'individu qui prendra la décision de l'attaque devra, comme à chaque fois qu'il ne possède pas les informations nécessaires, faire tout son possible pour obtenir de tels renseignements. Il s'agit d'une sorte d'obligation procédurale découlant de l'obligation coutumière de distinguer des biens de caractère civil d'objectifs militaires.

En plus de vérifier que la cible est un objectif militaire, la partie qui attaque doit vérifier que les autres règles de DIH sur la conduite des hostilités sont respectées, notamment des obligations de respecter des objets et des personnes spécifiques. Si l'attaque est dirigée contre un objectif militaire,

²²⁶ BROWN B. L., « The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification », *Cornell International Law Journal*, vol. 10, 1976-1977, pp. 145-146.

²²⁷ V. cependant BART G. R., « The Ambiguous Protection of Schools Under the Law of War : Time for Parity with Hospitals and Religious Buildings », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 40, n° 2, 2009, pp. 405-446.

la plupart de ces règles sera respectée du fait même que ces objets et personnes spécifiquement protégées ne sont précisément pas des objectifs militaires. Par exemple, les hôpitaux ne le sont simplement pas. Certaines règles interdisent cependant l'attaque d'objectifs qui sont militaires pour protéger l'objectif en soi²²⁸. L'article 35 (3) du Protocole I et une règle correspondante en droit coutumier prévoient que « [i]l est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ».

L'article 57 (3) du Protocole I prévoit que « [l]orsque le choix est possible entre plusieurs objectifs militaires pour obtenir un avantage militaire équivalent, ce choix doit porter sur l'objectif dont on peut penser que l'attaque présente le moins de danger pour les personnes civiles ou pour les biens de caractère civil ». L'article 57 (2) (b) du Protocole I prévoit que « une attaque doit être annulée ou interrompue lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou qu'il bénéficie d'une protection spéciale ou que l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ».

b. Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité est une règle de droit coutumier et est codifié à l'article 51 (5) (b) de Protocole I. La règle interdit les attaques, même dirigées contre des objectifs militaires, si on peut attendre de ces attaques « qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ». Ceux qui préparent et décident de telles attaques doivent s'abstenir de les lancer. La vérification du respect du principe de proportionnalité touche autant une question d'information qu'un problème d'évaluation. Malgré la qualification de l'avantage militaire à l'article 57 (2) (a) (iii), il reste très difficile de comparer cet avantage avec les pertes civiles incidentes, particulièrement lorsqu'il n'est pas absolument clair que la balance penche de l'un ou de l'autre côté.

L'article 57 (2) (a) (ii) du Protocole I prévoit que « ceux qui préparent ou décident une attaque doivent prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la

²²⁸ V. articles 9 et 11 de la Convention pour la protection des biens culturels de 1954; articles 12 et 13 du Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens de 1999; article 21 de la Convention I ; article 35 de la Convention II; article 19 de la Convention IV.

population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment ». En ce qui concerne le choix des méthodes de guerre, l'exemple classique est celui du moment de l'attaque. Le Manuel militaire du Royaume-Uni explique que "[i]f it is known, for example, that a bridge is heavily used by civilians during the day but hardly at all at night, a night-time attack would reduce the risk of civilian casualties »²²⁹. Il a ainsi été soutenu que durant la guerre du Golfe de 1991, la coalition n'aurait pas dû attaquer de jour des cibles telles que des ponts et des usines lorsqu'elles n'étaient pas utilisées en soutien direct des opérations militaires puisqu'il était probable que des civils s'y trouvaient²³⁰. Au Kosovo, après une attaque de jour sur un pont de la ville de Varvarin qui entraîna des pertes civiles, les pilotes furent instruits de ne plus attaquer des ponts durant la journée, les week-ends, les jours de marché ou les jours fériés²³¹. Si ces faits sont avérés, ces attaques auraient en effet dû avoir lieu la nuit. Le choix des méthodes d'attaque comprend celui de la direction depuis laquelle une attaque est lancée et du point précis visé sur la cible. Durant la guerre du Golfe, une bombe lâchée d'un bombardier britannique manqua sa cible, un pont de Falluja, et tomba sur une place de marché. Après cet incident, les pilotes prirent des précautions supplémentaires pour viser le centre d'un pont lors d'un bombardement, et plus l'extrémité comme c'était le cas auparavant. Aussi, les pilotes volèrent en logeant les rivières dans le but d'assurer qu'une bombe qui ne suivrait pas la trajectoire prévue tomberait avant ou après sa cible sans qu'il en résulte de pertes incidentes²³².

L'article 57 (2) (c) du Protocole I prévoit que « dans le cas d'attaques pouvant affecter la population civile, un avertissement doit être donné en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas ». La question est très controversée, l'élément de surprise étant souvent crucial. Cette pratique était par ailleurs soutenue par les actes préparatoires des Règles de La Haye qui suggèrent que l'exception de l'assaut concerne tous les cas où l'effet de surprise est nécessaire. La pratique effective des belligérants depuis 1977 est difficile à évaluer du fait de l'exception contenue dans la règle. Durant la guerre du Kosovo, certains pilotes, avant d'attaquer un pont, le survolaient en inclinant les ailes, ce qui fut correctement interprété par la population locale comme le signe de se retirer du pont²³³. Dans tous les cas, même un avertissement efficace ne rend pas une attaque illégale légale. Il n'enlève pas non plus l'obligation de l'attaquant de prendre des mesures de précautions pour les civils qui ne donnent pas suite à l'avertissement.

²²⁹ Manuel du Royaume-Uni, § 5.32.6.

²³⁰ « Legal Standards, Conclusions and Unanswered Questions », cité in SASSOLI M., « Le principe de précaution dans la guerre aérienne », in Millet-Devalle A.-S., *La guerre aérienne et le droit international humanitaire*, actes du colloque de Nice, Pedone, 2015, p. 105.

²³¹ SASSOLI M., « Le principe de précaution dans la guerre aérienne », in Millet-Devalle A.-S., *La guerre aérienne et le droit international humanitaire*, actes du colloque de Nice, Pedone, 2015, p. 107.

²³² *Ibid.*, p. 112.

²³³ *Ibid.*, p. 113.

B. L'interdiction spécifique d'attaquer les ouvrages publics renfermant des forces dangereuses

En sus de la protection générale conférée par le droit international humanitaire, certains ouvrages publics bénéficient d'une protection renforcée contre les attaques en raison des risques que leur destruction fait peser sur la population civile : les « ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses ». Nous reviendrons sur la genèse de cette protection **(1)** avant d'en examiner le contenu précis **(2)**.

1. L'élaboration de la protection spéciale conférée aux ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses

L'histoire des guerres humaines regorge d'exemples d'opérations militaires contre des « installations contenant des forces dangereuses », telles que des barrages et des digues ; les conflits du 20^e siècle ont été particulièrement destructifs pour cette catégorie d'installations. Ainsi, en 1938, les autorités chinoises ont dynamité les digues du fleuve jaune afin de freiner l'offensive des troupes japonaises. C'est dans le même objectif que la Hollande a ouvert les digues, laissant la mer inonder de vastes surfaces agricoles. Au cours de la Seconde Guerre mondiale, les barrages de l'Eder et la Möhne en Allemagne devinrent les cibles de l'ennemi en 1943. Il est inutile de préciser que ces opérations infligèrent, à l'époque, des dégâts colossaux. Les guerres de Corée et du Vietnam ont également été le théâtre d'attaques similaires. Ces exemples sont la preuve que les installations contenant des forces dangereuses ont souvent été endommagées au cours des conflits armés, non seulement par l'ennemi, mais également délibérément détruites dans le cadre de stratégies de défense. Ces événements ont conduit le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) à insérer, dans le « Projet de règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre », qu'elle avait élaboré dès 1956, un article (alors l'article 17) relatif à la protection spéciale des installations contenant des forces dangereuses.

D'après ce projet, les États devaient convenir, en temps de paix, d'une « procédure ad hoc permettant d'assurer une immunité générale », lors de conflits armés, à des ouvrages « tels que les barrages et les digues des centrales hydroélectriques », qui sont destinés à des fins essentiellement pacifiques. Par ailleurs, les États devaient s'entendre, en temps de conflit, pour conférer une immunité spéciale à celles de ces installations dont l'activité n'avait ou n'aurait aucun rapport avec la conduite des opérations militaires. La liste des installations contenant des forces dangereuses a été complétée de façon à inclure les centrales nucléaires. Le projet de la Croix-Rouge n'a pas reçu un accueil favorable lors des conférences d'experts gouvernementaux de 1971 et 1972, principalement parce

que plusieurs représentants l'ont jugé inapplicable dans la pratique car il prévoyait la conclusion d'accords en période de conflit armé. Le CICR a par conséquent rédigé un nouveau Projet en 1968 qui propose que les barrages, les digues et les centrales nucléaires soient protégés en toutes circonstances lors des conflits armés et que les parties au conflit s'abstiennent de placer des objectifs militaires à proximité de telles installations. À l'issue de longs débats, le Groupe de travail chargé de cette question a adopté par consensus l'article 56 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (Protocole I). Ce Traité a été adopté par la Conférence diplomatique, qui a siégé de 1974 à 1977, sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés. L'article 56 du Protocole I est rédigé dans les termes suivants :

« 1. Les ouvrages d'art ou installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique ne seront pas l'objet d'attaques, même s'ils constituent des objectifs militaires, lorsque de telles attaques peuvent provoquer la libération de ces forces et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile. Les autres objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou installations ou à proximité ne doivent pas être l'objet d'attaques lorsque de telles attaques peuvent provoquer la libération de forces dangereuses et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile.

2. La protection spéciale contre les attaques prévues au paragraphe 1 ne peut cesser :

a) pour les barrages ou les digues, que s'ils sont utilisés à des fins autres que leur fonction normale et pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires, et si de telles attaques sont le seul moyen pratique de faire cesser cet appui ;

b) pour les centrales nucléaires de production d'énergie électrique, que si elles fournissent du courant électrique pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires, et si de telles attaques sont le seul moyen pratique de faire cesser cet appui ;

c) pour les autres objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou installations ou à proximité, que s'ils sont utilisés pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires, et si de telles attaques sont le seul moyen pratique de faire cesser cet appui.

3. Dans tous les cas, la population civile et les personnes civiles continuent de bénéficier de toutes les protections qui leur sont conférées par le droit international, y compris des mesures de précaution prévues par l'article 57. Si la protection cesse et si l'un des ouvrages, l'une des installations ou l'un des objectifs militaires mentionnés au paragraphe 1 est attaqué, toutes les précautions possibles dans la pratique doivent être prises pour éviter que les forces dangereuses soient libérées.

4. Il est interdit de faire de l'un des ouvrages, de l'une des installations ou de l'un des objectifs militaires mentionnés au paragraphe 1 l'objet de représailles.

5. Les Parties au conflit s'efforceront de ne pas placer d'objectifs militaires à proximité des ouvrages ou installations mentionnés au paragraphe 1. Néanmoins, les installations établies à seule fin de défendre les

ouvrages ou installations protégés contre les attaques sont autorisées et ne doivent pas être elles-mêmes l'objet d'attaques, à condition qu'elles ne soient pas utilisées dans les hostilités, sauf pour les actions défensives nécessaires afin de répondre aux attaques contre les ouvrages ou installations protégés et que leur armement soit limité aux armes qui ne peuvent servir qu'à repousser une action ennemie contre les ouvrages ou installations protégés.

6. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit sont instamment invitées à conclure entre elles d'autres accords pour assurer une protection supplémentaire des biens contenant des forces dangereuses.

7. Pour faciliter l'identification des biens protégés par le présent article, les Parties au conflit pourront les marquer au moyen d'un signe spécial consistant en un groupe de trois cercles orange vif disposés sur un même axe comme il est spécifié à l'article 16 de l'Annexe I au présent Protocole [à l'article 17 de l'Annexe révisée]. L'absence d'une telle signalisation ne dispense en rien les Parties au conflit des obligations découlant du présent article ».

2. Le contenu de la protection spéciale conférée aux ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses

L'étude du contenu de la protection spéciale conférée aux ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses nécessite d'identifier successivement les ouvrages publics éligibles ainsi que les bénéfices attachés à cette protection **(a)** avant d'envisager les cas dans lesquels cette dernière est susceptible de cesser **(b)**.

a. Les installations protégées et le concept de protection

Le principe fondamental de l'article 56 est que les installations ne doivent pas être l'objet d'attaques si cet acte de violence, qu'il soit de nature offensive ou défensive, risque de libérer des forces engendrant de lourdes pertes parmi la population civile. Le paragraphe 1 de l'article 56 énumère trois catégories d'installations protégées, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires. À propos de cet article, la première question soulevée par les analystes a trait au fait qu'il omet d'autres installations contenant elles aussi des forces dangereuses, telles que certaines usines chimiques ou installations pétrolières. Il convient de noter que la nécessité de compléter la liste des installations protégées, et notamment d'assurer la protection des raffineries et des installations de stockage de pétrole avait déjà été abordée au cours des négociations relatives au Protocole. Les propositions à ce sujet ont par la suite été retirées, ce qui s'explique peut-être par le fait que l'article 55 du Protocole I comporte une disposition distincte relative à l'environnement naturel et que des attaques visant des installations de stockage du pétrole, des raffineries ou des usines chimiques constitueraient une violation de l'interdiction de causer des dommages à l'environnement naturel.

Dans le Protocole, les centrales nucléaires constituent la troisième catégorie d'installations protégées. Cela implique que le Protocole I *ne vise à protéger que les centrales nucléaires destinées à des fins pacifiques* et que même les dispositions correspondantes ne s'appliquent qu'à un seul sous-groupe d'installations nucléaires civiles. Le Protocole I traite uniquement de la protection des « centrales nucléaires de production d'énergie électrique ». Cela signifie que cette protection ne s'étend pas aux réacteurs de recherche qui constituent une autre catégorie importante d'installations nucléaires utilisées à des fins pacifiques. Cet oubli est l'une des grandes lacunes du Protocole. Le nombre et la puissance des réacteurs nucléaires de recherche, de même que leur proximité avec les centres de population, peuvent faire redouter de lourdes pertes parmi la population civile s'ils sont pris pour cibles. La protection dont jouissent ces réacteurs est d'une grande actualité étant donné que plusieurs réacteurs de recherche, dans lesquels on soupçonnait que les matières nucléaires étaient utilisées à des fins militaires, ont été la cible d'attaques. La première a eu lieu le 7 juin 1981, lors du bombardement par Israël du réacteur de recherche de fabrication française OSIRAK, d'une puissance de 40 MW, situé sur le site de Tuwaitha, aux environs de Bagdad. Lors de la première guerre du Golfe en 1991, les forces aériennes américaines ont attaqué ce même complexe nucléaire. Dans les deux cas, les responsables ont justifié leur intervention militaire en invoquant la violation par l'Irak de ses obligations au titre du Traité de non-prolifération et son intention d'utiliser les matières du réacteur pour produire des armes nucléaires, et en la faisant en outre admettre comme une mesure visant à empêcher la propagation des armes nucléaires. Toutefois, l'ajout des réacteurs de recherche à la liste des installations contenant des forces dangereuses, pose la question de savoir comment traiter les réacteurs de recherche produisant des matières fissiles destinées aux armes nucléaires.

La définition des « attaques » contre les installations protégées qui figure à l'article 49 du Protocole ne s'applique pas uniquement aux actes de violence offensifs contre l'adversaire, mais également aux contre-attaques défensives. En outre, les dispositions du paragraphe 2 de cet article concernant les attaques s'appliquent à toutes les attaques, quel que soit le territoire où elles ont lieu, y compris le territoire national appartenant à une partie au conflit mais se trouvant sous le contrôle d'une partie adverse. Si l'on revient sur le cas des installations protégées au titre du paragraphe 1 de l'article 56, cela signifie que les barrages, les digues et les centrales nucléaires bénéficient d'une protection, même s'ils sont passés sous le contrôle d'un adversaire. D'autre part, ce paragraphe n'interdit pas la destruction, par un État, de barrages ou de digues situés sur un territoire dont il a le contrôle, dans le cadre d'une stratégie visant à bloquer ou freiner l'avancée ennemie. En vertu de l'article 53 de la quatrième Convention de 1949 relative au droit humanitaire, deux éléments doivent être soulignés dans ce contexte. Premièrement, un belligérant ne peut entreprendre une telle action sur son territoire national pour arrêter l'ennemi ou freiner sa progression, sauf dans les cas où ces destructions sont rendues absolument nécessaires par les opérations militaires. Deuxièmement, la

puissance qui ordonne l'action doit s'assurer, même dans ces circonstances, que la population civile est protégée, c'est-à-dire qu'elle ne subit aucun dommage. Dans la deuxième phrase de l'article 56, paragraphe 1, la protection – qui s'applique aux barrages, aux digues et aux centrales nucléaires – est étendue aux « objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou installations ou à proximité » qui, en cas d'attaque, peuvent entraîner la libération de forces dangereuses et causer de lourdes pertes parmi la population civile. En d'autres termes, tout autre ouvrage de génie civil – pont, ligne de chemin de fer, etc. – ne peut servir d'objectif militaire, s'il est situé à proximité immédiate d'un barrage, d'une digue ou d'une centrale nucléaire et si une attaque dirigée contre lui est susceptible de libérer des forces dangereuses.

b. Le problème de la cessation de la protection spéciale

Le paragraphe 2 de l'article 56 indique que la protection spéciale des installations contenant des forces dangereuses peut cesser dans certains cas. Il convient de préciser avant tout que la cessation de la protection est subordonnée à la condition que les attaques dirigées contre les installations contenant des forces dangereuses *soient le seul moyen pratique de mettre un terme à leur fonction d'appui d'opérations militaires*. S'agissant de la cessation de la protection spéciale, le Protocole établit une distinction entre les barrages et les digues d'un côté, et les centrales nucléaires de l'autre. Dans le premier cas, la protection spéciale ne peut cesser que lorsque les trois conditions suivantes sont réunies : un barrage ou une digue sont utilisés à des fins autres que leur fonction normale ; un barrage ou une digue sont utilisés pour *l'appui régulier* (et non occasionnel), *important et direct d'opérations militaires* ; les attaques sont le seul moyen pratique de faire cesser cet appui. Dans le cas des centrales nucléaires, la protection ne peut cesser que si les attaques sont *le seul moyen pratique de faire cesser un appui important et direct d'opérations militaires*.

Ces dispositions qui prévoient la levée de la protection des installations nucléaires sont regrettables à plusieurs égards. La cessation de la protection des centrales nucléaires est destinée à empêcher qu'elles continuent à servir d'appui aux opérations militaires. Ainsi que le souligne le commentaire du Protocole I, il est possible d'avoir recours à d'autres moyens pour mettre un terme à cet appui, à savoir détruire les lignes électriques et empêcher ainsi toute utilisation à des fins militaires de l'électricité produite par ces centrales. Par ailleurs, la mise en application pratique des dispositions relatives à la cessation de la protection des installations nucléaires peut s'avérer délicate, étant donné qu'il n'est pas facile de déterminer la provenance de l'électricité dans un réseau électrique intégré. Sachant qu'il existe d'autres moyens que l'attaque des centrales nucléaires pour les empêcher de servir d'appui pour les opérations militaires, il serait alors bien plus rassurant de prévoir que les installations nucléaires civiles bénéficient d'une protection absolue en toutes circonstances. Le fait

qu'une attaque dirigée contre une installation nucléaire civile causerait probablement de lourdes pertes parmi la population vient également soutenir l'idée d'une protection absolue de ce type d'installations. L'expérience dramatique de la catastrophe de Tchernobyl montre que les conséquences se ressentent bien au-delà du territoire de l'État sur lequel est située l'installation, à plusieurs centaines de kilomètres. En d'autres termes, de lourdes pertes peuvent être à déplorer non seulement parmi les belligérants, mais également dans la population civile d'un État tiers ou d'un État neutre. On sait que les barrages et les digues peuvent remplir diverses fonctions. Non seulement les centrales hydrauliques produisent de l'énergie, mais elles servent à approvisionner la population en eau. Dans ce cas, les attaquer est contraire à l'article 54 du Protocole relatif à la protection des biens indispensables à la survie de la population civile. Si la protection des installations contenant des forces dangereuses cesse, la population civile continue de bénéficier, au titre du paragraphe 3 de l'article 56, de « toutes les protections qui [lui] sont conférées par le droit international ». Cet article renvoie en fait aux articles 51 et 57 du Protocole relatifs à la protection de la population civile et aux mesures de précaution qui doivent être prises lors de toute attaque. Conformément aux dispositions des articles 51 et 57, même en cas de cessation de la protection, toutes ces considérations concourent dans un premier temps à *interdire les attaques sans discrimination*, c'est-à-dire des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le Protocole I et qui sont de nature à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil. Les protections visent ensuite à exiger le respect de la règle de *proportionnalité*, c'est-à-dire qu'il est interdit de lancer une attaque qui, en raison du nombre de victimes qu'elle occasionnerait dans la population civile et/ou de l'étendue des dommages qu'elle causerait si l'on exclut les cibles militaires, serait excessive au regard de l'avantage militaire direct et concret qu'elle conférerait. La dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 56 souligne en particulier que si la protection des barrages, digues et centrales nucléaires cesse, toutes les précautions possibles dans la pratique doivent être prises pour éviter que les forces dangereuses soient libérées.

*

Cette partie de notre étude visait à isoler les règles de protection substantielle de la liberté d'aménager qui s'exprime par deux thématiques : la protection du *choix* et du *résultat* de l'ouvrage public, résultat de l'opération d'aménagement.

Il revient dans un premier temps à l'Etat le droit à déterminer lui-même les ouvrages publics devant être construits sur son territoire. En situation d'occupation, lorsque s'exerce l'autorité de la Puissance occupante, le droit de l'occupation prohibe à cette dernière de procéder à certains aménagement. Lorsqu'elle procède à la construction d'ouvrages publics sur le territoire occupé, la

Puissance occupante est tenue par les obligations découlant du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes mais également des obligations découlant du droit de l'occupation, et plus particulièrement du Règlement de La Haye de 1907 et de la IVe Convention de Genève.

Nous avons ensuite rappelé que le droit international encadre les attaques dirigées contre les ouvrages publics en situation de conflit armé. La première protection, générale, est ordonnée autour du principe de distinction entre ouvrages publics civils et militaires et de plusieurs principes relatifs aux méthodes et moyens de combat : principe de précaution, principe de proportionnalité, et le principe de limitation des moyens de nuire à l'ennemi. La seconde protection, spéciale, est octroyée à certains ouvrages publics bénéficient d'une protection renforcée contre les attaques en raison des risques que leur destruction fait peser sur la population civile : les « ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses ».

Nos travaux doivent désormais nous amener à analyser la façon dont le juge international protège la liberté d'aménager de l'Etat : à la protection substantielle succède donc la protection juridictionnelle.

Section 2. La garantie juridictionnelle de la liberté d'aménager

Le juge international est régulièrement amené à connaître de différends portant directement ou indirectement sur un ouvrage public, que l'on songe à la construction d'un pont sur le Grand-Belt, aux travaux de poldérisation entrepris par Singapour dans le détroit de Johor, à l'aménagement du Lac Lanoux, au système d'écluse de Gabickovo-Nagymaros, etc. Nous souhaiterions procéder ici non pas à une étude exhaustive de l'ensemble des principes du contentieux international mais à une présentation synthétique de questions transversales amenées à se poser dans tous les différends impliquant un ouvrage public. Cela sera d'abord le cas des demandes en indication de mesures conservatoires par un Etat en vue d'obtenir la suspension de la construction d'un ouvrage public dont le démantèlement imposé par le juge international demeure juridiquement possible, mais très compliqué en pratique (§1). Nos pas nous mèneront ensuite du côté du contentieux plénier de l'ouvrage public. Nous étudierons à cette occasion deux questions procédurales et une question substantielle. Au plan procédural, prenant acte de l'introduction de clauses compromissoires dans de nombreux traités ayant trait à l'ouvrage public, nous reviendrons sur les règles gouvernant les situation de concurrence de titres de compétence. Nous travaillerons également sur la question de la preuve qui revêt ici, comme dans tous les différends environnementaux, une importance particulière. Nos développements seront alors consacrés à la charge de la preuve des effets de l'ouvrage sur l'environnement et nous aborderons à titre incident la question des experts qui sont systématiquement

mobilisés en nombre sur ce type de contentieux. Enfin, au plan substantiel, nous terminerons notre analyse sur le contrôle de proportionnalité exercé par le juge (§2).

§1. Le contentieux conservatoire des ouvrages publics

Les Etats ne disposant d'aucun droit de veto sur les projet entrepris par leurs semblables, le recours au juge est souvent le seul moyen de trancher le différend. Dans cette optique, le contentieux conservatoire des travaux publics joue un rôle central dans la protection de la liberté d'aménager. Nous verrons que les Etats en font une utilisation stratégique qui est centrée sur le caractère irréversible de l'ouvrage public une fois construit. Cette invocation du « fait accompli » est un passage obligé des plaidoiries devant le juge international (A). S'il est facile de se figurer les effets attachés à une emprise irrégulière causée par l'ouvrage public, il convient de préciser que les conditions nécessaires à l'indication de mesures conservatoires demeurent les mêmes. En ce sens, rien n'indique à coup sûr que le juge international prononcera la suspension des travaux contestés (B). Nous terminerons par l'étude des effets obligatoires attachés à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires frappant l'Etat naître de l'ouvrage. Nous reviendrons à cet effet sur une importante décision du TIDM en la matière (C).

A. L'utilité stratégique des mesures conservatoires dans le contentieux impliquant l'ouvrage public

Le recours aux mesures conservatoires par les parties sera systématique dans les affaires touchant à la construction d'un ouvrage public. La crainte est en effet grande pour l'Etat demandeur de voir le projet mené à bout avant que le différend ne soit tranché au fond. L'argument du « fait accompli » est ainsi régulièrement invoqué devant le juge international. Nous rappellerons le but poursuivi par les mesures conservatoires (1) avant de mettre en évidence leur utilisation stratégique par les Etats parties à un différend portant sur un ouvrage public (2).

1. Le but poursuivi par les mesures conservatoires

Le but des mesures conservatoires est de permettre à la Cour de préserver tout à la fois l'utilité de sa fonction judiciaire (au nom de l'intérêt objectif de garantir la bonne administration de la justice) et de « sauvegarder les droits de chacun des droits respectifs des Parties en attendant que la Cour rende sa décision »²³⁴ (au nom de l'intérêt subjectif des parties à demander la protection de tel ou de

²³⁴ CPIJ, *Affaire relative à la Dénonciation du Traité sino-belge du 2 novembre 1865*, sér.ie A, n° 8, p. 6.

tel de leurs droits *pendente lite*). Nous distinguerons le volet subjectif (1) du volet objectif (2) des mesures conservatoires.

a. Le volet subjectif des mesures conservatoires : la préservation des droits des parties

Prises dans leur sens subjectif, les mesures conservatoires ont pour finalité de sauvegarder les droits des parties pendant la durée de la procédure de manière à ce que la substance de ces droits ne soit pas anéantie ou privée de tout effet utile. Les mesures conservatoires visent à préserver les conditions de fait nécessaires à l'exercice sensé des droits en cause contre les atteintes susceptibles de leur porter un « préjudice irréparable ». Cette mise en balance des droits respectifs des parties apparaît particulièrement difficile dans le contexte des opérations d'aménagement et d'équipement du territoire. Ainsi, si un Etat demande au fond que son droit de passage en transit ne soit pas rendu matériellement impossible par la construction d'un pont au dessus d'un détroit international servant à la navigation, il est possible, à défaut de mesures conservatoires, que l'espace considéré soit totalement et irrémédiablement obstrué au moment du jugement par la continuation du chantier à un rythme soutenu. Dans cet exemple, la construction du pont n'altère pas l'existence même du droit au libre passage en transit pour l'Etat demandeur. Elle en compromet gravement en revanche la substance, c'est-à-dire la capacité de jouissance. Ne pas indiquer de mesures conservatoires visant à geler la construction de l'ouvrage revient à accorder un prime indéniable au fait accompli et risquer de priver consécutivement le jugement final de tout effet pratique.

Certes, le juge international disposera, lors de la procédure au fond, de la faculté d'ordonner la destruction totale ou partielle des ouvrages construits en violation du droit international (à supposer que cette illicéité soit démontrée). Rien n'indique toutefois que le juge se rangera à pareille application de la *restitutio in integrum* : pas plus que la construction en premier lieu, le démantèlement des ouvrages n'est une opération neutre et indolore. Elle s'accompagnera nécessairement d'importants dommages économiques (que l'on songe au coût direct de l'opération et aux charges induites résultant de la rupture des contrats pertinents conclus avec l'entreprise chargée de l'exploitation de l'ouvrage, des contrats d'emprunts conclus avec les bailleurs de fond, sans même envisager les conséquences macroéconomiques sur la croissance de l'Etat reconnu responsable), environnementaux (*quid* de l'atteinte portée par l'opération de démantèlement à la biodiversité ?), sociaux (*quid* du sort d'éventuelles populations autochtones déplacées en premier lieu sur des terres alternatives par la construction de l'ouvrage ?) ou culturels ? Quand bien même le juge international mettrait en garde l'Etat à l'initiative du projet, dès le stade des mesures conservatoires, contre « la possibilité d'une décision judiciaire [au fond] ordonnant soit de cesser les travaux, soit de modifier

ou de démanteler les ouvrages »²³⁵, la tendance ne sera-t-elle pas alors de se plier au fait accompli et de n'allouer tout au plus que des indemnités ?²³⁶. *A contrario*, et pour reprendre l'exemple des travaux de construction d'un pont de nature à entraver l'exercice du droit de passage en libre transit, la Cour peut-elle simplement interdire provisoirement la construction de l'ouvrage ? Si le calendrier établi avec les parties laisse entrevoir une procédure longue, l'ordonnance en indication de mesures conservatoires ne fait-elle pas porter sur le défendeur une limitation excessive de sa liberté, sans mentionner les pertes économiques directes (résultant de la suspension des contrats de construction, de l'altération des équipements productifs et matériels, etc) et indirectes (que l'on songe ici au retard pris dans le développement du territoire accueillant l'ouvrage, aux conséquences concrètes sur la population destinataires du projet, sur le tissu économique, etc) consécutives. L'affirmation d'un tel pouvoir de suspension des travaux ne nuirait-il pas indirectement à la fonction judiciaire de la Cour en détournant les Etats de l'acceptation de la compétence de la juridiction internationale ? La Cour n'est pas en situation de pouvoir éviter d'être confrontée à ces questions fondamentales compte tenu de la fréquence d'introduction des requêtes en indication de mesures conservatoires par les parties. A la préservation des droits des parties s'ajoute une dimension éminemment stratégique de l'emploi des mesures conservatoires par les Etats. L'introduction d'une requête unilatérale contre un Etat est fréquemment accompagnée, soit immédiatement, soit dans de brefs délais, par une demande en indication de mesures conservatoires. La CPJI a connu de six demandes, la CIJ a fait face jusqu'ici à une quarantaine de demandes. Obtenir une ordonnance en indication de mesures conservatoires de la part de la Cour met l'Etat défendeur dans une position délicate puisque la juridiction pourra tirer toutes les conséquences au fond de l'inexécution des mesures.

b. Le volet « objectif » des mesures conservatoires : l'indication de mesures conservatoires en l'absence de demande préalable des parties

Les missions imparties à la Cour imposent de lui octroyer le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires indépendamment de la faculté des parties d'en demander en fonction de leurs objectifs propres. Comme le relève R. Kolb, « ce but serait manifestement contrecarré et l'efficacité même du jugement final mise en danger si les parties pouvaient librement aggraver les termes de la dispute et vider les droits en cause de leur sens, du moment qu'elles ne demanderaient pas de leur côté des mesures conservatoires »²³⁷. L'article 41 du Statut garantit l'indépendance de la Cour sur point en lui accordant « pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent », des mesures

²³⁵ CIJ, *Passage par le Grand Belt* (Finlande c. Danemark), ordonnance en indication de mesures conservatoires du 29 juillet 1991, § 31, p. 19.

²³⁶ KOLB R., *La Cour internationale de Justice*, Pedone, 2012, pp. 811-XXX, spéc. pp. 814-815.

²³⁷ KOLB R., *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2012, p. 818.

conservatoires. La juridiction dispose à cet effet de la possibilité d'indiquer des mesures conservatoires en l'absence de demande des parties. Dans cette dernière hypothèse, la juridiction peut « à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires que les parties ou l'une d'elles devraient prendre ou exécuter »²³⁸. Au-delà, la Cour n'est pas liée par les demandes en indication de mesures conservatoires présentée par le demandeur, puisque dans ce cas « [...] la Cour peut indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées, ou des mesures à prendre ou à exécuter par la partie même dont émane la demande »²³⁹. Dans la jurisprudence de la Cour, le volet objectif a tourné dès le début autour de la notion de la « non-aggravation du différend »²⁴⁰. Dans l'affaire du *Statut juridique du territoire du Sud-Est du Groënland*, la CPII avait envisagé qu'il lui était peut-être loisible d'adopter proprio motu des mesures « dans le seul dessein de prévenir des occurrences regrettables et des incidents fâcheux »²⁴¹. Dans l'affaire *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, la CPII la Cour, tout en rappelant que l'article 61, § 4, du Règlement de l'époque lui permettait d'indiquer des mesures autres que celles demandées par les parties, a affirmé que ces parties étaient tenues, selon un principe universellement admis, de « s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature que ce soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend »²⁴².

Au vu de l'ampleur et de la portée considérables de telles mesures, la CIJ s'est longtemps abstenue de se lancer dans l'exercice de ce pouvoir. Il est impossible d'analyser ici en termes généraux tout ce que pourrait comprendre la « non-aggravation » du différend dans un cas concret. Il faut à cet égard renvoyer par analogie aux devoirs de préservation d'un objet conventionnel ou de l'utilité d'une négociation selon le droit international général²⁴³. La Cour peut-elle même concrétiser les besoins de non-aggravation en présentant aux parties des injonctions spécifiques, soit contraignantes soit recommandatoires. Ces besoins peuvent aller du respect de normes du droit international général nommées jusqu'à la constitution d'une commission de surveillance.

²³⁸ Règlement, article 75, §1.

²³⁹ Règlement, article 75, §2.

²⁴⁰ PALCHETTI P., « The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute », *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, p. 623 ss.

²⁴¹ CPII, *Statut juridique du territoire du Sud-Est du Groënland* (1932), sér.A/B,n°48, p.284.

²⁴² CPII, *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* (1939), CPII, sér.A/B, no79, p.199.

²⁴³ KOLB R., *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, p. 182 ss, 278 ss, 586 ss, avec des renvois à la littérature et à la pratique.

2. L'utilisation stratégique des mesures conservatoires dans le contentieux international de l'ouvrage public : de l'intangibilité de l'ouvrage public au fait accompli

Le recours aux mesures conservatoires par les parties sera systématique dans les affaires touchant à la construction d'un ouvrage public. La crainte est en effet grande pour l'Etat demandeur de voir le projet mené à bout avant que le différend ne soit tranché au fond. L'argument du « fait accompli » est ainsi régulièrement invoqué devant le juge international. La situation peut être résumée de la façon suivante. Du côté des Parties au litige, l'Etat qui conduit les activités contestées est tenu par l'obligation générale de ne pas aggraver le différend mais doit répondre, devant ses administrés, de la poursuite d'un projet de développement important. L'interruption des travaux engendre des coûts considérables (que l'on songe aux clauses de pénalité insérées dans les contrats de construction, ou à la dégradation des ouvrages durant la pause de suspension des travaux). L'Etat défendeur quant à lui, sait que le droit international coutumier ne lui confère aucun droit de veto sur les projets de construction entrepris par le demandeur (sauf à ce que cette possibilité ait fait l'objet d'un aménagement conventionnel préalable). Il sait également qu'une fois construit l'ouvrage public aura très peu de chances d'être démantelé, y compris si le juge international conclut à l'illicéité de la construction. La *restitution in integrum*, qui est la règle, ne trouve que difficilement à s'appliquer. Pour prendre une comparaison tirée du droit interne français, « ouvrage public mal placé ne se détruit pas ». Quand bien même la destruction serait ordonnée par le juge international, il faut garder à l'esprit que les travaux de démantèlement sont loin d'être anodins : rien n'indique *a priori* qu'ils n'entraîneront pas de pollution(s) et seront dépourvus d'impact sur l'environnement. Qu'un juge international déclare contraires au droit international les travaux de poldérisation massive entrepris en mer de Chine au moment où nous écrivons ces lignes et fasse obligation à l'Etat de procéder à la remise en l'état fait sens au plan juridique. Au plan technique, l'opération est au moins aussi dangereuse pour l'environnement marin que la construction initiale.

Cet équilibre entre l'Etat demandeur (qui souhaite obtenir la suspension des travaux avant l'examen au fond du différend) et le défendeur (qui souhaite poursuivre un projet licite à ses yeux) est également fragilisé par la dynamique qui sous-tend l'office du juge international saisi pour trancher le différend. Les mutations importantes observées dans le droit international depuis plusieurs décennies (réduction du domaine réservé, codification des règles, diversification des sujets, développement d'un contrôle général de la licéité des actions entreprises par les Etats) n'en ont pas altéré la substance volontariste. Le consentement à la juridiction internationale demeure la règle et les juridictions pour fonctionner doivent continuer à susciter la confiance des Parties. Si l'affaire du *Passage par le Grand-Belt* n'avait pas été rayée du rôle à la demande des parties après que le débat sur les mesures conservatoires ait eu lieu, la Cour internationale de Justice aurait elle prononcé

l'illicéité de l'ouvrage public au regard de la liberté de passage dans le détroit international ? Aurait-elle imposé le démantèlement de l'ouvrage, comme elle l'avait laissé entendre dans l'ordonnance rendue plus tôt ? Si l'on élargit l'angle d'analyse, la construction du pont suspendu au dessus du détroit du Grand-Belt était certes un projet porté par le Danemark. Mais il s'agissait surtout d'un maillon de la constitution d'un réseau européen de transport, isolé par les institutions communautaires comme prioritaire et bénéficiant à ce titre de fonds européens de développement. La demande conjointe des deux Etats de rayer l'affaire du rôle est intervenue juste après que la Cour ait indiqué que l'on ne pouvait exclure la perspective d'une décision au fond obligeant l'Etat aménageur à procéder au démantèlement de l'ouvrage public.

L'affaire des *Travaux de poldérisation dans le détroit de Johor* fournit un bon exemple de ces tensions. Nous y reviendrons plus longuement dans nos développements consacrés à structuration des ouvrages publics par le droit de la mer. Ici, nous nous contenterons de rappeler que Singapour avait entrepris d'importants travaux de poldérisation dans le détroit de Johor qui menaçaient directement la liberté de navigation de la Malaisie. D'un côté, ce projet devait permettre à Singapour de pallier à la pression démographique extrême qui s'exerce sur ses côtes. De l'autre, la Malaisie soutenait que les travaux étaient contraires au droit international et pointait le risque de fait accompli :

« Il serait nécessaire de dire quelques mots concernant les demandes en mesures conservatoires demandées par la Malaisie. Celles-ci sont adéquates, car elles tiennent compte de l'urgence de la situation et des risques irréparables pouvant lui être causés par les projets de Singapour. D'abord, le risque de dommages irréparables. Que se produirait-il si l'on ne prescrivait pas de mesures conservatoires et si l'on permettait à Singapour de continuer de violer les droits de la Malaisie ? *Si Singapour achève le projet qu'elle a engagé actuellement, il n'y aura pas de possible retour en arrière. Rappelons-nous les caractéristiques de projets entrepris actuellement à Pulau Tekong pour comprendre qu'une fois les travaux achevés, ces terres ne seront pas rendues à la mer. Ces projets ne sont pas prévus pour être de nature temporaire. Ils visent un caractère permanent et impliquent une méthode de construction irréversible. Ils impliquent le dépôt d'environ 2 000 millions de tonnes de sable et des ouvrages en béton qui ne pourront, quelle que soit la décision, être démolis ou modifiés. Compte tenu de ces faits, si Singapour avait le droit de poursuivre ces travaux de poldérisation, le préjudice serait irréparable à l'égard des droits de la Malaisie et du milieu marin. C'est pourquoi il est essentiel que Singapour suspende ses activités de poldérisation actuelles, comme la Malaisie*

le demande, et que Singapour fournisse toutes les informations nécessaires concernant ses projets et permette à la Malaisie de prendre position sur lesdits travaux »²⁴⁴.

Cette irréversibilité caractérise ainsi les différends environnementaux. La question demeure de savoir si les conditions matérielles nécessaires à l'indication de mesures conservatoires permettent d'appréhender ces questions de façon efficace.

B. Les conditions matérielles pour l'indication de mesures conservatoires

Certaines conditions doivent être réunies avant que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires. Ces conditions se comprennent à la lumière du fait que ces mesures limitent parfois significativement la liberté d'action d'une partie à l'instance. Le demandeur devra satisfaire à la fois à des conditions procédurales **(1)** et à des conditions substantielles, tenant à la nature des travaux contestés **(2)**.

1. Les conditions procédurales

L'Etat demandeur souhaitant se prémunir des travaux de construction de l'ouvrage public portant atteinte à ses droits peut demander au juge international d'indiquer des mesures conservatoires sous le respect de certaines conditions procédurales. Il devra en premier lieu démontrer que la juridiction saisie est compétente *prima facie* pour connaître de la demande **(a)** et, en second lieu, apporter la démonstration que les mesures conservatoires demandées ont pour but de préserver les droits invoqués dans l'instance de fond **(b)**.

a. La juridiction internationale saisie doit être compétente *prima facie* pour connaître du différend

La première condition tient à la nature même des mesures conservatoires qui ne peuvent pas être sollicitées hors du cadre d'une instance pendante devant la Cour. Elles se greffent obligatoirement sur une instance principale et sont de nature purement incidente. La Cour doit ensuite être compétente *prima facie* sur le fond du litige. Cette seconde condition sera aisément remplie si l'ensemble des parties ont consenti à la compétence de la Cour sur le fond de litige. *A contrario*, lorsque la compétence de la Cour est contestée (comme cela peut être le cas suite à l'introduction d'une requête

²⁴⁴ TIDM, Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), Audience publique tenue le jeudi 25 septembre 2003, ITLOS/PV.03/01, intervention de M. Eli Lauterpacht, p. 16

unilatérale), la Cour mettre en oeuvre un test de compétence *prima facie*²⁴⁵. La Cour vérifiera successivement l'absence d'une « incompétence manifeste », et déterminera s'il existe une « prépondérance de probabilités » qu'elle soit compétente au fond. L'établissement de la compétence *prima facie* de la Cour se limite à la détermination de sa compétence probable sur le fond du litige. L'état actuel de la jurisprudence n'exige pas que la requête de fond ait des chances suffisantes et raisonnables de succès. La question demeure débattue dès lors qu'il est désormais admis que les mesures conservatoires décidées par la Cour ont un caractère obligatoire. Dans ces conditions, la Cour peut-elle imposer au défendeur des mesures restrictives (ici, la suspension des travaux) au seul bénéfice du test de compétence *prima facie* lorsqu'il apparaît dans le même temps que la requête au fond du demandeur n'aura peu (ou pas) de chances de l'emporter ? Inversement, ajouter une telle condition supplémentaire au test pratiqué par la Cour nuirait à son image auprès de ses justiciables. Cette question n'est pas propre à la Cour, et se pose également devant le TIDM. Dans l'affaire du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique*, le jeu *ad hoc* Mensah a ainsi relevé, après l'octroi à la Côte d'Ivoire de mesures conservatoires : « 1. J'ai quelques doutes quant à la revendication de la Côte d'Ivoire portant sur les zones maritimes contestées. En particulier, je ne pense pas que cette revendication ait de sérieuses perspectives d'aboutir lors de l'examen de l'affaire au fond. Toutefois, je souscris à la conclusion de la Chambre selon laquelle cette revendication est plausible, parce que j'accepte le fait que le test de plausibilité soit l'unique test applicable à ce stade de la procédure, où la Chambre ne connaît pas encore du fond de l'affaire »²⁴⁶.

Il faut relever que le Tribunal international du droit de la mer dispose d'une compétence obligatoire dans les cas indiqués à l'article 290, § 1, de la CNUDM ;

« 1. Si une cour ou un tribunal dûment saisi d'un différend considère, *prima facie*, avoir compétence en vertu de la présente partie ou de la section 5 de la partie XI, cette cour ou ce tribunal peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive.

2. Les mesures conservatoires peuvent être modifiées ou rapportées dès que les circonstances les justifiant ont changé ou cessé d'exister.

²⁴⁵ V. pour la première application de ce test dans la jurisprudence de la Cour, l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil Cy., CIJ, *Recueil*, 1951, p. 93.

²⁴⁶ TIDM, *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), ordonnance en indication de mesures conservatoires, 25 avril 2015, Opinion individuelle de M. le Juge *ad hoc* Mensah, § 1.

3. Des mesures conservatoires ne peuvent être prescrites, modifiées ou rapportées en vertu du présent article qu'à la demande d'une partie au différend et après que la possibilité de se faire entendre a été donnée aux parties.

4. La cour ou le tribunal notifie immédiatement toute mesure conservatoire ou toute décision la modifiant ou la rapportant aux parties au différend et, s'il le juge approprié, à d'autres Etats Parties.

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

6. Les parties au différend se conforment sans retard à toutes mesures conservatoires prescrites en vertu du présent article »²⁴⁷.

L'article 290, paragraphe 1, prévoit que des mesures conservatoires peuvent être prescrites non seulement pour préserver les droits respectifs des parties en litige, mais aussi « pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive ». Cette disposition exceptionnelle montre l'importance que les rédacteurs de la CNUDM ont voulu attacher à la protection et à la préservation de l'environnement marin. Il s'agit d'une disposition importante et novatrice dont la portée a été mise en exergue par le TIDM en plusieurs occasions antérieures²⁴⁸.

Outre la compétence du juge saisi, les mesures conservatoires demandées par les parties doivent viser à préserver les droits invoqués dans l'instance de fond. En sus de la démonstration par le demandeur de la compétence *prima facie* de la juridiction internationale saisie, les mesures

²⁴⁷ CNUDM, art. 290, § 1.

²⁴⁸ TIDM, *Thon à nageoire bleue* (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil* 1999, p. 280 ; TIDM, *Usine MOX* (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Recueil* 2001, p. 95 ; TIDM, *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor* (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Recueil* 2003, p. 10 ; TIDM, *Navire « Louisa »* (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne), mesures conservatoires, ordonnance du 23 décembre 2010, *TIDM Recueil* 2008-2010, p. 58.

conservatoires demandées par les parties doivent viser à préserver les droits invoqués dans l'instance de fond.

b. Les mesures conservatoires demandées par les parties doivent viser à préserver les droits invoqués dans l'instance de fond

Les mesures conservatoires demandées par les parties doivent viser à préserver les droits invoqués dans l'instance de fond. Aussi, la partie demanderesse n'est pas fondée à demander la protection de droits ne formant pas l'objet du litige principal au fond²⁴⁹. Pour reprendre l'expression du juge Jiménez de Aréchaga, « le pouvoir spécifique dévolu à la Cour en vertu de l'article 41 du Statut vise à protéger les droits qui font l'objet du procès ; il ne consiste pas en un pouvoir de police en vue d'assurer le maintien de la paix internationale ni en une compétence générale pour formuler des recommandations en matière de règlement pacifique des différends »²⁵⁰. Les mesures demandées par les parties doivent servir directement à sauvegarder les droits de fond en litige et celles avancées par la Cour d'office à protéger la procédure contre des atteintes significatives par l'aggravation du différend. Le juge ne refusera les mesures conservatoires que dans le cas où ces droits sont manifestement inexistantes. Si les droits paraissent exister mais qu'ils ne peuvent être exercés pour une raison ou pour une autre, il n'y aura pas lieu d'adopter des mesures conservatoires protégeant leur substance (puisque les droits en tant que tels ne peuvent pas être atteints par des actes matériels).

2. Les conditions tenant aux travaux contestés

L'Etat demandeur devra, en sus des conditions procédures examinées précédemment, démontrer que les travaux contestés doivent porter un préjudice irréparable à la substance des droits invoqués par le demandeur **(a)** et que la condition d'urgence est remplie, c'est-à-dire que le fait accompli résultant de la construction de l'ouvrage public est imminent **(b)**.

a. Les travaux contestés doivent porter un préjudice irréparable à la substance des droits invoqués par le demandeur

Pour pouvoir être ordonnées, les mesures conservatoires doivent viser des atteintes susceptibles de causer un « préjudice irréparable » à la substance des droits invoqués par le demandeur. Elles ont « [...] pour objet de sauvegarder le droit de chacune des parties en attendant

²⁴⁹ CPJI, *Réforme agraire polonaise et la minorité allemande*, série A/B, n° 58, p. 177) : les mesures conservatoires « [...] tendent à sauvegarder les droits objet du différend dont la Cour est saisie ».

²⁵⁰ CIJ, *Plateau continental de la Mer Egée*, opinion individuelle Jiménez de Aréchaga, Recueil, 1976, p. 16.

que la Cour rende sa décision et présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire »²⁵¹. Il convient cependant de préciser immédiatement que cette condition ne vise, dans la jurisprudence de la Cour, que les mesures conservatoires demandées par les parties. Ce critère n'est pas retenu par la Cour s'agissant des mesures qu'elle adopte *proprio motu* et qui peuvent être indiquées de manière autonome pour prévenir « l'aggravation ou l'extension du différend »²⁵².

Le préjudice irréparable est celui qui est insusceptible de réparation ou dont la seule compensation financière serait inadéquate. Lorsqu'elle apprécie ce critère, la Cour accorde un poids déterminant à la préservation de l'exécution pleine et entière du jugement qu'elle pourrait être amenée à rendre au fond. La jurisprudence originelle de la Cour permanente sur ce point était particulièrement restrictive, les juges liant l'indication des mesures conservatoires à l'existence d'un préjudice irréparable *en droit*. Le préjudice irréparable était alors entendu comme celui qui « ne saurait être réparé moyennant le versement d'une simple indemnité ou par une autre prestation matérielle »²⁵³. Il en résultait que les mesures conservatoires avaient toutes les chances d'être rejetées avec une grande régularité, puisque « dans la grande majorité de cas – pour ne pas dire dans tous, du point de vue juridique le plus étroit – une telle réparation par équivalent reste possible »²⁵⁴. La Cour permanente infléchit sa jurisprudence dans les affaires de l'*Usine de Chorzów*²⁵⁵ et du *Statut juridique du territoire du Sud-Est du Groënland* dans laquelle elle a considéré que le préjudice doit être « irrémédiable en droit ou en fait »²⁵⁶. Cette extension bienvenue aux préjudices irrémédiables en fait a permis d'ouvrir l'analyse de la Cour à l'ensemble des circonstances concrètes ainsi qu'à la gravité concrètement attendue de la situation encourue à défaut d'indication de mesures conservatoires. Comme le relève R. Kolb,

« S'il s'agit de faits indépendants de la volonté des justiciables, la Cour ne peut pas ignorer la probabilité de réalisation d'un événement contraire aux droits de fond et les conséquences

²⁵¹ CIJ, *Application de la Convention du Génocide*, 1993, CIJ, *Recueil*, 1993, p. 19, § 34. La condition relative à l'existence du préjudice irréparable est exigée de façon constante par la Cour : CIJ, *Anglo-Iranian Oil Cy.*, *Recueil*, 1951, p. 93 ; *Interhandel*, *Recueil*, 1957, p. 112 ; *Compétence en matière de pêcheries*, *Recueil*, 1972, pp. 16-17, 34-35 ; *Procès des prisonniers de guerre pakistanais*, *Recueil*, 1973, p. 330 ; *Essais nucléaires*, *Recueil*, 1973, p. 103 et s. ; *Plateau continental de la mer Egée*, *Recueil*, 1976, pp. 9, 11 et s. ; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis d'Amérique à Téhéran*, *Recueil*, 1979, pp. 19-20 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Recueil*, 1984, p. 180 et s. ; *Différend frontalier* (Burkina Faso c. Mali), *Recueil*, 1986, p. 8 et s. ; *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989* (Guinée-Bissau c. Sénégal), *Recueil*, 1990, pp. 69-70 ; *Passage à travers le Grand-Belt*, *Recueil*, 1991, p. 16 et s., etc.

²⁵² CIJ, *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo*, CIJ, *Recueil*, 2000, p. 127-128, § 44.

²⁵³ CPJI, *Dénonciation du Traité sino-belge du 2 novembre 1865*, 1927, série A, n° 8, p. 7.

²⁵⁴ KOLB R. *La Cour internationale de Justice*, *préc.*, p. 835.

²⁵⁵ CPJI, *Usine de Chorzów*, 1927, série A, n° 12, p. 6 : la Cour avait exigée le versement d'une somme d'argent à titre conservatoire « vu que, sans paiement immédiat, le montant du dommage et de l'indemnité grandirait considérablement, et [...] serait matériellement irréparable ».

²⁵⁶ CPJI, *Statut juridique du territoire du Sud-Est du Groënland*, 1932, série A/B, n° 48, p. 284.

les plus probables de cet événement. Au contraire, s'il s'agit de faits dépendant de la volonté des justiciables, il sera nécessaire de scruter les relations particulières entre les parties, les engagements pris, la tension ou l'harmonie régnant entre elles, car ces facteurs seront décisifs pour donner forme et figure aux probabilités de survenance de ces faits et aux conséquences à en attendre. Il est manifeste que si les actes ou faits dommageables sont déjà survenus, la Cour peut se borner à examiner leur effet sur les droits en litige et indiquer des mesures conservatoires à teneur positive, obligeant l'Etat visé à agir pour rétablir dans la mesure du possible la situation *quo ante* »²⁵⁷.

Il convient de rester quelques instants sur la question importante des engagements pris à l'instance par l'Etat procédant à la construction de l'ouvrage public. Dans l'affaire des *Travaux de poldérisation dans le détroit de Johor*, Singapour avait déclaré publiquement être étai, si des éléments de preuve étaient apportés, à « [réexaminer] sérieusement les travaux qu'elle mène et [à envisager] de prendre toutes mesures nécessaires et adéquates, y compris une suspension, pour remédier à l'effet dommageable en question ». La bonne foi devant être présumée²⁵⁸, ces engagements pris par le défendeur seront analysés avec attention par le juge international qui pourra en déduire l'absence de préjudice irréparable à la substance des droits invoqués par le demandeur. Déjà dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal arbitral avait relevé qu'il « ne saurait être allégué que, malgré cet engagement, [l'assurance que le Gouvernement français ne portera, en aucun cas, atteinte au régime ainsi établi] l'Espagne n'aurait pas une garantie suffisante, car il est un principe général du droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas »²⁵⁹.

L'Etat demandeur devra également démontrer que la condition d'urgence est remplie, c'est-à-dire que le fait accompli résultant de la construction de l'ouvrage public est imminent.

b. Le fait accompli résultant des travaux doit être imminent

L'urgence constitue, avec la preuve de l'existence d'une menace de préjudice irréparable, l'un des deux principaux obstacles à l'indication de mesures conservatoires. Faute d'urgence, les mesures conservatoires ne sont d'aucune nécessité. Même en présence d'une menace de préjudice irréparable, la Cour se refusera à prononcer les mesures demandées par les parties si l'urgence de la situation n'est pas avérée. En contrepartie, l'Etat demandeur demeure libre de soumettre une nouvelle demande à la Cour dès que la situation de fait change et que l'urgence se présente. L'urgence est analysée par le juge au moment où les mesures conservatoires sont demandées, sur la base d'une appréciation in

²⁵⁷ KOLB R. *La Cour internationale de Justice, préc.*, p. 836.

²⁵⁸ CPJI, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt n° 5, 1925, C.P.J.I. série A no 5, p. 43.

²⁵⁹ SA, *Lac Lanoux*, RSA, vol. XII, p. 305.

concreto. Cela revient à dire, pour ce qui nous intéresse, que la fin de la construction de l'ouvrage public doit pouvoir être attendue avant la date prospective du jugement final pour rendre « urgentes » les mesures conservatoires. Tel n'était pas le cas dans l'affaire du Passage par le Grand Belt, la Cour internationale de Justice a estimé qu'il n'existait aucune urgence à indiquer des mesures conservatoires concernant la construction d'un pont étant donné que les obstacles au passage dans le Belt, dont se plaignait le demandeur, ne deviendraient actuels au plus tôt qu'en 1994, date à laquelle la Cour espérait avoir déjà pu trancher le fond de l'affaire. Les juges ont statué en même sens dans l'affaire des *Usines à pâte à papier* : dans le contexte de la construction d'usines et de prétendus barrages argentins bloquant la circulation sur le pont international construit entre les deux Etats, aucun risque imminent de préjudice irréparable n'avait pas été établi²⁶⁰.

A supposer que le demandeur arrive à démontrer l'ensemble des conditions procédurales et substantielles, le juge international ordonnera les mesures conservatoires qui sont obligatoires pour les Etats parties au différend.

C. Les effets des mesures conservatoires sur les travaux

L'Etat maître de l'ouvrage contre lequel aura été rendu une ordonnance en indication de mesures conservatoire à l'obligation de suspendre les travaux jusqu'au règlement du différend au fond (et bien sûr de respecter l'ensemble des mesures préconisées par la Cour). Les parties demeurent liées par l'obligation de ne pas aggraver le différends tant qu'il n'a pas été tranché au fond **(1)**. Nous souhaiterions apporter ici un éclairage sur une importante ordonnance rendue par le TIDM en l'affaire de la *Frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire*. Dans cette affaire, le Tribunal a déduit l'existence d'une obligation de ne pas modifier les caractéristiques physiques d'un espace maritime ou insulaire disputé jusqu'au règlement du différend **(2)**.

1. L'obligation de suspendre les travaux jusqu'au règlement du différend au fond

Depuis l'affaire *LaGrand*, la Cour a affirmé explicitement le caractère obligatoire des mesures conservatoires qu'elle indique²⁶¹, mettant fin à une longue controverse. Quelles sont les conséquences juridiques qui découlent du caractère obligatoire des mesures conservatoires pour l'Etat maître de l'ouvrage ? En premier lieu, la poursuite de la construction constitue un fait internationalement illicite. L'Etat demandeur qui a obtenu l'indication des mesures conservatoires n'est pas autorisé pour

²⁶⁰ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, CIJ, Recueil, 2007-I, p. 13, § 42 : « Considérant, en outre, qu'il n'a pas été démontré que, quand bien même il existerait un tel risque de préjudice aux droits allégués par l'Uruguay en l'espèce, celui-ci serait imminent ».

²⁶¹ CIJ, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis)*, arrêt du 27 juin 2001, §§ 102-104.

autant à prendre des contre-mesures car il demeure soumis au devoir général de ne pas aggraver le différends durant le procès. La nécessité de telles contre-mesures fait défaut car la Cour pourra elle-même réagir au non-respect de son ordonnance et en tenir compte dans l'arrêt final.

2. L'obligation de ne pas modifier les caractéristiques physiques d'un espace maritime ou insulaire disputé jusqu'au règlement du différend : l'ordonnance rendue pr le TIDM en l'affaire de la *Frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire*

Nous consacrerons les prochains développements à l'étude de l'ordonnance rendue pr le TIDM en l'affaire de la *Frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire*. Après avoir rappelé les faits **(a)**, nous analyserons l'apport majeur de cette affaire relatifs à l'appréciation des dommages graves au milieu marin résultant des activités contestées **(b)** et, plus largement, des dommages résultant des activités pétrolières menées par le Ghana **(c)**. Nous tacherons de démontrer que cette ordonnance ouvre très largement le contentieux maritime aux mesures conservatoires.

a. Présentation du différend

Le Ghana et la Côte d'Ivoire (tous deux parties à la CNUDM) se disputent une zone riche en pétrole située à la limite de leurs frontières maritimes. Faute de frontière maritime formellement établie, les deux Etats ont toujours utilisé une ligne médiane partant de la position du point côtier de leur frontière terrestre. Ce dernier a été défini en 1893 par un accord anglo-français, basé sur la position d'un bâtiment occupé par les officiels britanniques dans les années 1880. La zone disputée est riche en hydrocarbures dont l'exploitation est vitale pour le développement économique des deux parties. La question de la délimitation maritime a été formellement soulevée auprès des autorités ghanéennes par la Côte d'Ivoire pour la première fois en juillet 1988, à l'occasion de la XVe session ordinaire de la Commission mixte de réajustement de la frontière terrestre tenue à Abidjan. Le conflit frontalier opposant le Ghana à la Côte d'Ivoire a éclaté en 2007, suite à la découverte d'un important gisement pétrolier au large des côtes ghanéennes. Ces prétentions concurrentes ont donné naissance à une zone litigieuse, dont l'existence est reconnue par les parties, qui s'étend de la côte à la limite extérieure du plateau continental. Jusqu'à la limite des 200 milles marins, la zone litigieuse couvre une surface d'environ 30.000 km² (soit à peu près 9.000 milles marins ²). Bien que les parties aient décidé de ne pas exploiter les nappes qui pourraient se trouver dans la zone litigieuse, le Ghana a fini par passer outre et a accordé des permis d'exploration dans la zone. En avril 2013, la Côte-d'Ivoire a accusé le Ghana d'avoir empiété sur une partie de son territoire maritime riche en hydrocarbures.

Des négociations étaient en cours entre les deux pays pour leur permettre de trouver une méthode de délimitation consensuelle de leurs frontières respectives. Une commission mixte fut créée au mois de novembre 2013, mais les discussions achoppèrent sur la question de la répartition des ressources pétrolières. Chacune des deux parties s'arc-boutait sur la méthode de délimitation qu'elle jugeait devoir être choisie : la Côte d'Ivoire souhaitait que la méthode de la bissectrice soit retenue, à la différence du Ghana qui militait pour l'utilisation de l'équidistance. Aucune méthode consensuelle de délimitation n'ayant pu être trouvée en dépit des nombreux cycles de négociations, le Ghana décida de confier la délimitation à un tribunal arbitral sur le fondement l'article 287 de l'annexe VII de la Convention de 1982. Il y a là une illustration du particularisme du règlement des différends en droit de la mer. Les rédacteurs de la CNUDM ont, pour les différends relevant de la Section 2 de la Partie XV de la Convention, opté pour le principe du règlement obligatoire par une décision obligatoire : la juridiction est obligatoire, mais les Etats parties à la Convention ont le droit de choisir le tribunal international devant lequel les différends qui les impliquent sont soumis. Lorsque les Etats concernés ne sont pas d'accord sur le choix du tribunal, c'est un tribunal arbitral de l'annexe VII de CNUDM qui est compétent de plein droit. Les deux délégations furent néanmoins invitées, au début du mois de décembre 2014, par le Président du TIDM à tenir des discussions sur l'opportunité de transférer le différend à une chambre spéciale du Tribunal spécialement créée pour l'occasion²⁶². Les deux parties y consentirent par l'adoption formelle d'un compromis le 3 décembre 2014.

Au moins deux raisons principales sous-tendent ce premier succès mis à l'actif du Tribunal. D'abord, parce que la procédure devant la juridiction permanente est bien moins onéreuse que devant la juridiction arbitrale. Ensuite, parce que la souplesse offerte par le Statut du Tribunal rapproche très nettement la procédure de la chambre spéciale du fonctionnement d'un tribunal arbitral. Dans les deux cas, les Etats exercent un véritable pouvoir sur le choix des arbitres/juges. En l'espèce, les parties ont désigné comme Président de la chambre spéciale le juge algérien M. Bouguetaia, Vice-Président du Tribunal. A ses côtés, les parties ont également désigné les juges Wolfrum (Allemagne) et Paik (République de Corée). Les deux Etats ne comptant pas de juge de leur nationalité au sein du Tribunal, ils ont en outre exercé leur droit de désigner chacun un juge *ad hoc*. Le Ghana désigna M. Thomas Mensah (juge ghanéen au Tribunal entre 1996 et 2005 et ancien Président), la Côte d'Ivoire choisissant quant à elle M. Ronny Abraham, Président de la Cour internationale de Justice. Le calendrier procédural établi lors de la réunion du 18 février 2015 est tel que la décision au fond ne

²⁶² L'article 15, § 2, de son Statut autorise le Tribunal à créer une chambre spéciale pour un différend déterminé, à la demande des parties : 15, § 2, Du Statut : « Le Tribunal constitue une chambre pour connaître d'un différend déterminé qui lui est soumis si les parties le demandent. La composition de cette chambre est fixée par le Tribunal avec l'assentiment des parties ».

saurait intervenir avant le deuxième semestre 2017, soit dans plus de deux ans. Il est vite apparu que le Ghana n'entendait pas attendre l'aboutissement de la procédure au fond pour poursuivre ses activités pétrolières dans la zone litigieuse, et ce en dépit des assurances données initialement par le Président ghanéen à son homologue ivoirien. Quatre jours après avoir assuré aux autorités de Côte d'Ivoire que l'introduction de la procédure arbitrale était le meilleur moyen de répondre au « pressing need for certainty in regard to the location of the maritime boundary so as to allow economic and other activities to continue unimpeded »²⁶³, le Ghana déclara par la voix de son Agent, Mme Marietta Brew Appiah-Oppong, Ministre de la Justice, que « oil companies could continue to operate during the arbitration process, which could take up to three years »²⁶⁴.

Dans le cadre de cette procédure, la Côte d'Ivoire soumit le 27 février 2015 à la Chambre Spéciale une demande en prescription de mesures conservatoires en application de l'article 290, paragraphe 1, de la CNUDM qui dispose que « si une cour ou un tribunal dûment saisi d'un différend considère, *prima facie*, avoir compétence en vertu de la présente partie ou de la section 5 de la partie XI, cette cour ou ce tribunal peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige (première hypothèse) ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive (seconde hypothèse) ». Comme le releva le Professeur A. Pellet à l'audience, « il s'agit donc d'une affaire en apparence classique de délimitation maritime – mais compliquée par le fait accompli qu'a créé le Ghana dans la zone litigieuse et qu'il s'emploie à y maintenir »²⁶⁵.

b. Les dommages graves au milieu marin résultant des activités pétrolières menées par le Ghana

L'article 290 §1 de la CNUDM ne confère pas seulement au tribunal le pouvoir de prescrire des mesures conservatoires pour préserver les droits éventuels des parties, mais aussi pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves. Dans sa demande en prescription de mesures conservatoires, la Côte d'Ivoire faisait valoir au titre de son argumentation relative à l'atteinte portée

²⁶³ Courrier adressé par S.E. M. J. D. Mahama au Président de la Côte d'Ivoire, S.E. M. Alassane Ouattara, le 19 septembre 2014, reproduit in TIDM (Chambre spéciale), *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)*, Demande en prescription de mesures conservatoires présentée par la République de Côte d'Ivoire conformément à l'article 290, §1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 27 février 2015, annexe 9.

²⁶⁴ Déclaration de Madame Marietta Brew Appiah-Oppong, Ministre de la Justice et Agent du Ghana, rapportée par Reuters dans sa dépêche du 23 septembre 2014, reproduit in TIDM (Chambre spéciale), *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)*, Demande en prescription de mesures conservatoires présentée par la République de Côte d'Ivoire conformément à l'article 290, §1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 27 février 2015, annexe 10.

²⁶⁵ TIDM, *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), ordonnance en indication de mesures conservatoires, 25 avril 2015, Audience publique tenue le dimanche 29 mars 2015, à 10 heures, plaidoirie du Prof. A. Pellet, p. 11.

à ses droits et que la supervision des opérations pétrolières par le Ghana dans la zone litigieuse était insuffisante. Pour le défendeur, les conditions dans lesquelles le Ghana attribue des droits pétroliers n'apportent aucune garantie quant aux compétences techniques des sociétés pétrolières intervenant dans la zone litigieuse. Cet argument prépare le second moyen présenté par la Côte d'Ivoire : les mesures conservatoires doivent être accordées à raison des dommages graves au milieu marin résultant des activités pétrolières menées par le Ghana. Des carences supposées du Ghana dans la supervision des activités entreprises dans la zone litigieuse découlerait un risque de pollution accidentelle. La Côte d'Ivoire s'appuyait sur des images satellitaires de la zone litigieuse permettant d'identifier une pollution endémique (essentiellement des rejections de boues de forage, des dégazages et des rejets d'hydrocarbures de navires et plateformes qui interviennent sur la zone) liée à l'exploitation pétrolière sur plusieurs secteurs. De l'avis du demandeur, cette pollution est d'autant plus préoccupante que le Ghana ne disposerait pas de moyens suffisants de lutte contre la pollution marine issue de l'activité pétrolière, voire démontrerait une certaine indifférence à cet égard. En conséquences, la Côte d'Ivoire demandait à la Chambre spéciale qu'elle ordonne « [...] toute mesure nécessaire à la préservation du plateau continental, des eaux qui lui sont surjacentes, et de son sous-sol [...] ». La Chambre spéciale ne fera droit qu'indirectement à l'argumentation présentée par la Côte d'Ivoire. Pour les juges, cet Etat n'a pas apporté de preuve suffisante pour appuyer ses allégations selon lesquelles les activités menées par le Ghana dans la zone litigieuse seraient de nature à créer un risque imminent de dommages graves au milieu marin²⁶⁶. La Chambre spéciale se déclare toutefois particulièrement préoccupée par le risque que des dommages graves soient causés au milieu marin²⁶⁷ et est d'avis que les Parties devraient, dans les circonstances de l'espèce, « agir avec prudence et précaution pour éviter tout dommage grave au milieu marin »²⁶⁸. Même en l'absence de risque avéré d'atteinte grave à l'environnement, la Chambre impose ainsi aux deux Etats parties des mesures conservatoires qui donnent corps à l'obligation générale qui pèse sur tout Etat de préserver l'environnement marin, y compris dans son propre domaine maritime. A l'unanimité, les juges ordonnent aux Parties « de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir tout dommage grave au milieu marin, y compris le plateau continental et ses eaux surjacentes, dans la zone litigieuse, et coopéreront à cette fin »²⁶⁹. Cette obligation partagée se double d'une mesure particulière mise à la charge du Ghana qui devra exercer « un contrôle rigoureux et continu sur les activités menées par lui,

²⁶⁶ TIDM, *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), ordonnance en indication de mesures conservatoires, 25 avril 2015, § 67.

²⁶⁷ *Ibid.*, § 68.

²⁶⁸ *Ibid.*, § 72.

²⁶⁹ *Ibid.*, point 1), d) du dispositif.

ou avec son autorisation, dans la zone litigieuse pour empêcher tout dommage grave au milieu marin »²⁷⁰.

c. Les atteintes aux droits en litige de la Côte d'Ivoire résultant des activités pétrolières menées par le Ghana

Nous reviendrons sur les arguments invoqués par la Côte d'Ivoire pour justifier la prescription de mesures conservatoires : les atteintes aux fonds marins et à son sous-sol étaient multiples et bien établies (c.1) et le Ghana risquait d'acquiescer des informations relatives aux ressources (c.2.).

c.1. Premier argument invoqué par la Côte d'Ivoire pour justifier la prescription de mesures conservatoires : les atteintes aux fonds marins et à son sous-sol sont multiples et bien établies

Les opérations pétrolières comportent une phase d'exploration (réalisation d'analyses géologiques au moyen d'études sismiques et de forages du sous-sol, aux fins de localiser des hydrocarbures, d'identifier leurs caractéristiques et d'évaluer leur potentiel commercial) et une phase d'exploitation, divisée elle-même en une phase de développement (mise en place des infrastructures nécessaires à la production d'hydrocarbures, dont notamment les forages des puits et leur raccordement au centre de production et l'installation des différents équipements de traitement et de transport des hydrocarbures) et une phase de production (extraction des hydrocarbures du sous-sol et leur traitement). Chacune de ces phases suppose la réalisation d'opérations portant une atteinte *physique* au plateau continental situé dans la zone disputée. Les activités pétrolières réalisées par le Ghana ou son nom dans la zone litigieuse vont bien au-delà de simples activités d'exploration sismiques en ce qu'elles comprennent des forages s'accompagnant « de l'établissement d'installations sur le fond ou au-dessus du plateau continental »²⁷¹ : forage dans le sous-sol de nombreux puits d'exploitation, installation sur le sous-sol de conduits et pipe-line sur plus de 150 km de longueur ; mise en place de systèmes sous-marins, et notamment de têtes de puits sous-marines, dans le sous-sol, etc. Ces activités provoquent une modification définitive du milieu marin. Chaque découverte de gisement se fait en moyenne au prix d'une dizaine de tentatives de forages infructueux effectués sur le sous-sol. Chacun de ces essais se fait au moyen d'immenses colonnes de forage (les « train de tiges »), vastes assemblages continus de tubes cylindriques en acier à paroi épaisse (les « tiges de forage »), dont la longueur peut atteindre des milliers de mètres pour forer la croûte terrestre.

²⁷⁰ *Ibid.*, point 1), c) du dispositif.

²⁷¹ CIJ, *Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, Ordonnance, 11 septembre 1976, Mesures conservatoires, Rec. CIJ 1976, p. 10, par. 30.

Une fois fixées dans la roche, ces colonnes de forage permettent l'injection d'un fluide de forage (boue de forage) via des pompes à boue. La plupart du temps, les trains de tiges sont abandonnés dans la roche du sous-sol. Le forage est par nature irréversible, puisque la roche, une fois broyée, ne peut se reconstituer. Un puits peut être bouché avec du ciment, mais son cuvelage demeure. La remise en l'état du sous-sol est donc impossible.

Le Ghana s'opposait vigoureusement à l'argumentation ivoirienne au motif qu'une suspension des activités pétrolières porterait « un coup dur à l'industrie pétrolière du Ghana, provoqueraient d'importantes perturbations dans tous les secteurs de l'économie et ferait prendre un retard de plusieurs années au développement économique du pays »²⁷². Le défendeur pointait les conséquences désastreuses pour le Ghana et ses entreprises contractantes, sous-traitants, acteurs communautaires et bailleurs de fonds. Selon lui, « [p]our exécuter un projet d'une telle ampleur et d'une telle complexité, il est nécessaire de réunir une multitude d'entreprises contractantes, de sous-traitants, d'acteurs communautaires et de bailleurs de fonds au sein de dispositifs extrêmement complexes et interdépendants »²⁷³. Au surplus, « [l]es effets les plus marqués » de l'interruption du projet « se feraient sentir sur les investissements déjà réalisés dans l'infrastructure et l'équipement, pour lesquels les travaux sont déjà bien avancés » et que « [l]es équipements se dégraderaient et le Ghana perdrait peut-être complètement ses entreprises contractantes »²⁷⁴. Le Ghana rejetait également l'argumentation ivoirienne relative à l'altération définitive des caractéristiques physiques de la zone disputée. La défense soutenait à cet effet que « la Côte d'Ivoire ne peut montrer ni qu'il existe effectivement un risque que des dommages soient causés à ses droits, ni que les dommages qu'elle revendique seraient reconnus en droit comme étant « irréparables », vu qu'ils pourraient aisément faire l'objet d'une indemnisation à l'issue de la procédure »²⁷⁵. Ainsi, de l'avis de l'équipe ghanéenne, « la seule perte que la Côte d'Ivoire pourrait subir pendant toute la durée de la procédure serait la perte des recettes [...] tirées de la production de pétrole par le Ghana dans toute zone que la Chambre spéciale déclarerait appartenir au territoire de la Côte d'Ivoire » et qu'« [il] s'agit d'une perte purement financière à laquelle il serait possible de faire face [...] par l'octroi d'une indemnité le moment venu »²⁷⁶.

²⁷² TIDM (Chambre spéciale), *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)*, opinion individuelle du juge Th. Mensah, 25 avril 2015, §§ 7-8.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Ibid.*, § 85.

²⁷⁵ TIDM (Chambre spéciale), *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)*, ordonnance en indication de mesures conservatoires, 25 avril 2015, § 87.

²⁷⁶ *Ibid.*, § 88.

La Chambre spéciale du TIDM va reconnaître que les activités unilatérales du Ghana modifient de façon importante et permanente le caractère matériel de la zone en litige. A ce titre, les activités entreprises portent atteinte à la préservation des droits éventuels de la Côte d'Ivoire - La Chambre spéciale va rejeter les arguments du Ghana. Certes, elle relève que « la perte alléguée de revenus tirés de la production pétrolière pourrait faire l'objet d'une indemnisation adéquate à l'avenir »²⁷⁷. S'en tenir à cette seule constatation devrait donc conduire les juges à rejeter la demande en prescription de mesures conservatoires. Mais l'unilatéralisme ghanéen entraîne des conséquences bien plus profondes qui confinent à l'établissement du fait accompli dans la zone contestée : de l'aveu du collège, « la poursuite des activités d'exploration et d'exploitation menées par le Ghana dans la zone litigieuse entraînerait une modification des caractéristiques physiques du plateau continental »²⁷⁸. La voie est alors tracée : dans quelques paragraphes particulièrement lumineux la Chambre spéciale considère qu'il « existe un risque de préjudice irréparable notamment lorsque les activités entraînent une modification importante et permanente du caractère matériel de la zone en litige et que ladite modification ne peut être réparée complètement par une indemnisation financière »²⁷⁹, et que, « quelle que soit la nature du dédommagement octroyé il ne pourrait jamais rétablir les fonds marins et leur sous-sol dans le *statu quo ante* »²⁸⁰. Cette situation peut porter atteinte aux droits de la Côte d'Ivoire de façon irréversible si, dans sa décision sur le fond, la Chambre spéciale reconnaît que tout ou partie de la zone en litige appartient à la Côte d'Ivoire²⁸¹. La Chambre conclut, par conséquent, que « les activités d'exploration et d'exploitation que prévoit le Ghana peuvent entraîner un préjudice irréparable aux droits souverains et exclusifs revendiqués par la Côte d'Ivoire sur le plateau continental et les eaux surjacentes de la zone en litige avant qu'une décision ne soit rendue au fond par la Chambre spéciale, et que le risque d'un tel préjudice est imminent »²⁸².

La reconnaissance par la Chambre des impacts des activités unilatérales du Ghana sur le caractère matériel de la zone disputée ouvrirait alors la voie au prononcé de mesures conservatoires. Le demandeur y obtiendra satisfaction sur l'essentiel de ses prétentions. A titre de mesure principale, la Côte d'Ivoire ne demandait pas moins que la suspension immédiate des concessions pétrolières déjà accordées par le Ghana dans la zone disputée en l'attente de la délimitation des frontières maritimes. La Chambre ne fera pas droit à cette demande extrêmement audacieuse au regard de l'exigence d'équilibre poursuivie par le droit des mesures conservatoires. L'équilibre indispensable à la préservation des droits éventuels des parties serait en effet rompu et ferait courir le risque de

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ *Ibidem.*

²⁷⁹ *Ibid.*, § 89.

²⁸⁰ *Ibid.*, § 90.

²⁸¹ *Ibid.*, § 91.

²⁸² *Ibid.*, § 96.

pertes financières considérables au Ghana si la suspension, partielle ou totale, des activités était accordée par la juridiction. Il en va ainsi de la suspension des activités pour lesquelles des forages ont déjà été effectués²⁸³. Au-delà de la préservation de l'équilibre entre les parties, la Chambre a été particulièrement sensible à l'argument ghanéen relatif au dommage causé au milieu marin du fait du prononcé de l'ordonnance. L'Etat défendeur soutenait à cet effet qu'accorder la suspension des activités au titre de mesure de conservatoire aurait un effet contre-productif sur l'environnement : en l'attente d'une décision au fond sur la délimitation maritime, les contractants du Ghana frappés d'une mesure suspendant leurs activités seraient obligés d'immobiliser leurs équipements et matériels. La détérioration de ces derniers serait de nature à causer des dommages au milieu marin²⁸⁴. La Côte d'Ivoire demandait également à la Chambre d'ordonner au Ghana de s'abstenir d'octroyer toute nouvelle autorisation d'exploration et exploitation pétrolières dans la zone litigieuse. Les juges feront droit à cette demande, sans doute plus raisonnable que la suspension intégrale des concessions d'ores et déjà accordées : au visa de la préservation des droits de la Côte d'Ivoire, la Chambre ordonne 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 litigieuse²⁸⁵. Le demandeur souhaitait également que le Ghana suspende, et s'abstienne de toute activité unilatérale qui comporte un risque de préjudice aux droits de la Côte d'Ivoire et de toute action unilatérale pouvant conduire à l'aggravation du différend. La Chambre fera droit à cette demande, mais mettra cette obligation à la charge des deux parties qui devront coopérer et s'abstenir de toute action unilatérale pouvant conduire à l'aggravation du différend (TIDM (Chambre spéciale), Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire), ordonnance en indication de mesures conservatoires, 25 avril 2015, § 102, et point 1), e) du dispositif).

L'innovation introduite par la Chambre spéciale dans cette ordonnance concerne la préservation des droits éventuels des parties. La lecture de la demande en prescription de mesures conservatoires présentée par la Côte d'Ivoire n'incitait pas, à vrai dire, à envisager une issue aussi favorable. Le caractère irréversible du préjudice résultant des activités pétrolières entreprises par le Ghana ou en son nom semblait devoir être écarté car il apparaissait à première vue comme de nature strictement économique (et donc réparable). L'altération physique du sous-sol du plateau continental ne paraissait pas fournir de base tangible, compte tenu de la prudence traditionnelle du juge international à l'égard des opérations d'aménagement du territoire. La solution retenue a le mérite d'offrir une protection efficace contre le fait accompli en conférant à tout Etat engagé dans un différend maritime le pouvoir de se prémunir contre les modifications des caractéristiques physiques

²⁸³ *Ibid.*, § 99.

²⁸⁴ *Ibid.*, §§ 100-101.

²⁸⁵ *Ibid.*, § 102, et point 1), a) du dispositif.

des espaces disputés. Comme le souligne Ph. Weckel, « ainsi tout Etat partie à un différend maritime est en droit d'exiger le respect de l'intégrité physique des espaces disputés jusqu'au règlement définitif du différend. S'il obtient finalement la confirmation de ses prétentions, son droit d'exploiter ou de ne pas exploiter les ressources et son droit d'y procéder à des aménagements de son choix dans le respect de la préservation de l'environnement seront reconnus »²⁸⁶.

La solution est-elle pour autant promise à un avenir au-delà du seul différend relatif aux concessions pétrolières accordées par le Ghana dans l'espace maritime disputé par son voisin ? Le raisonnement développé dans l'ordonnance est transposable à l'ensemble des travaux d'aménagement des espaces maritimes disputés à partir du moment où ces activités entraînent une modification importante et permanente du caractère matériel de la zone en litige et que ladite modification ne peut être réparée complètement par une indemnisation financière. Ce faisant, la Chambre spéciale ouvre largement le contentieux des différends sur les espaces maritimes à la procédure des mesures conservatoires.

La composition de la Chambre spéciale témoigne également d'un brassage sociologique entre les différentes instances qui se partagent le contentieux de la mer et invite à la pérennisation de la solution. L'ordonnance a été rendue à l'unanimité des cinq membres désignés par les Parties dont trois sont juges au Tribunal (MM. Bouguetaia, Wolfrum, Paik), l'un des deux juges ad hoc y a préalablement officié en qualité de Président (M. Th. Mensah) quand l'autre siège à la Cour internationale de Justice en qualité de juge depuis le 15 février 2005 et de Président depuis le 6 février 2015 (M. R. Abraham). L'article 290 § 5 CNUDM de la Convention confère au TIDM une compétence provisoire pour prescrire des mesures conservatoires dans l'attente de la constitution du tribunal saisi du différend au fond. Ainsi tous les travaux entrepris par un Etat sur une éminence maritime pour l'aménager ou toute action de forage dans une zone disputée peuvent sans délai être portés devant le TIDM.

Un autre point mérite notre attention dans cette ordonnance : les atteintes résultant de l'acquisition par le Ghana d'informations relatives aux ressources.

c.2. Les atteintes résultant de l'acquisition par le Ghana d'informations relatives aux ressources

La Côte d'Ivoire priait la Chambre spéciale de prescrire à titre de mesures conservatoires que le Ghana prenne toutes les mesures nécessaires pour empêcher que les informations résultant des

²⁸⁶ Weckel Ph., « TIDM (Chambre spéciale), Frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire. Ordonnance du 25 avril 2015 », *Sentinelle*, bulletin n° 432.

activités passées, en cours et à venir, d'exploration dans la zone litigieuse menées par le Ghana, ou avec son autorisation, soient utilisées de quelque manière que ce soit au détriment de la Côte d'Ivoire. Pour le demandeur, la collecte passée et en cours par le Ghana, et des sociétés pétrolières privées, d'informations relatives aux ressources naturelles de la zone litigieuse constitue une atteinte grave à ses droits en litige. Les études et analyses sismiques ainsi que les forages procurent des informations concernant les ressources pétrolières et gazières dans la zone litigieuse, comme la géométrie externe du réservoir, son architecture interne et sa taille, ainsi que l'accessibilité et la qualité des ressources. Ces informations sont essentielles pour évaluer la valeur potentielle des ressources pétrolières et gazières de telle sorte que le contrôle de ces informations est un corollaire indispensable des droits exclusifs de l'État côtier sur ses ressources, notamment dans ses relations économiques avec des sociétés pétrolières privées. Dès lors que l'exclusivité du contrôle de ces informations est perdue du fait de leur divulgation à des sociétés pétrolières, l'équilibre des rapports économiques entre l'Etat et celles-ci change radicalement, et le pouvoir de négociation des contrats pétroliers du premier est diminué au profit des dernières. Ainsi, alors que l'État côtier aurait pu espérer voir affluer les candidats souhaitant investir dans les activités d'exploration, avec la promesse de la création de nombreux emplois, le nombre d'investisseurs potentiels peut se trouver réduit à rien ou presque. Nous pensons devoir souligner ce point car la construction d'ouvrages publics repose, comme nous le verrons ultérieurement, sur la mise en concurrence des opérateurs privés par le biais d'une procédure de passation des marchés publics. L'objectif poursuivi par cette procédure est d'obtenir la meilleure fourniture de travaux et de services correspondant au meilleur rapport qualité/prix. Ce rapport est par définition en tension et risque d'être faussé si d'aventure les travaux devaient être suspendus et/ou déclarés contraires au droit international par le juge : l'entreprise ayant remporté le contrat disposerait d'informations commerciales sensibles qu'elle pourrait utiliser à mauvais escient en vue d'altérer les rapports de concurrence.

La Côte d'Ivoire arguait de l'aggravation continue du préjudice au gré de l'avancement des opérations d'exploration sismique et de la réalisation de forages d'exploration. Elle pointait également le caractère irréversible du préjudice subi, le retour à la situation *ex ante* étant rendu impossible du fait de la circulation de l'information. A l'appui de ses prétentions, la Côte d'Ivoire indiquait que les droits souverains de l'État côtier aux fins de l'exploration du plateau continental et de l'exploitation des ressources naturelles de celui-ci incluent non seulement le droit pour l'Etat côtier d'en réglementer l'accès, mais aussi celui de disposer et de contrôler toute information les concernant. Ceci recouvre les informations relatives à la disponibilité des ressources, la nature, l'étendue et l'emplacement des réserves, ou encore à la viabilité économique de leur extraction. Cette information est d'une importance essentielle pour l'État côtier car elle conditionne sa capacité à formuler et mettre en œuvre sa politique énergétique nationale. Le caractère exclusif de ces droits est illustré par la

différence de traitement réservée par la CNUDM entre la recherche marine purement scientifique et celle conduite à des fins commerciales sur le plateau continental et dans la zone économique exclusive. Ainsi, l'article 246, paragraphe 3, enjoint aux Etats côtiers de consentir à la réalisation des projets de recherche scientifique marine si ceux-ci sont menés « en vue d'accroître les connaissances scientifiques sur le milieu marin dans l'intérêt de l'humanité toute entière ». A l'inverse, l'article 246, paragraphe 5 laisse l'Etat côtier libre de s'opposer à l'exécution d'un projet de recherche si celui-ci « a une incidence directe sur l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques » (sous-paragraphe a), ou s'il « prévoit des forages dans le plateau continental, l'utilisation d'explosifs ou l'introduction de substances nocives dans le milieu marin » (sous-paragraphe b). Ce contrôle est essentiel pour l'Etat côtier qui possède ces ressources et lui permet de s'assurer qu'il peut déterminer quand et comment il souhaite exploiter ces ressources dans l'intérêt de ses citoyens, et finalement en percevoir les avantages correspondants. La Chambre fera droit à la demande ivoirienne, prenant compte des assurances données par le Ghana lors des audiences en vue de conserver les informations visées en l'attente de la résolution définitive du différend. A l'unanimité, la Chambre spéciale décide donc que le « Ghana doit prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher que les informations qui résultent des activités d'exploration passées, en cours et à venir menées par le Ghana ou avec son autorisation, et qui ne relèvent pas déjà du domaine public, soient utilisées de quelque manière que ce soit au détriment de la Côte d'Ivoire »²⁸⁷.

Les Etats ne disposant d'aucun droit de veto sur les projet entrepris par leurs semblables, le recours au juge est souvent le seul moyen de trancher le différend. Dans cette optique, le contentieux conservatoire des travaux publics joue un rôle central dans la protection de la liberté d'aménager. Notre analyse nous a conduit a mettre en évidence l'utilisation stratégique faite par les Etats des mesures conservatoires. Cette invocation du « fait accompli » est un passage obligé des plaidoiries devant le juge international, mais qui ne dispense pas l'Etat demandeur souhaitant se prémunir des effets des travaux et de l'ouvrage public d'apporter la démonstration de l'existence des critères conditions nécessaires à l'indication de mesures conservatoires demeurent les mêmes. L'ordonnance rendue par la chambre spéciale du TIDM dans le différend entre le Ghana et la côte d'Ivoire contribue à ouvrir largement le contentieux du droit de la mer aux mesures conservatoires. Le Tribunal a notamment relevé l'existence d'une obligation de ne pas altérer la structure physique des espaces disputés avant le règlement au fond du différend. Nous reviendrons à présent sur le contentieux plénier des ouvrages publics.

²⁸⁷ TIDM (Chambre spéciale), *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)*, ordonnance en indication de mesures conservatoires, 25 avril 2015, § 102, et point 1), b) du dispositif.

§2. Le contentieux plénier des ouvrages publics

Nous souhaiterions aborder ici certains points choisis de contentieux international susceptibles de jouer un rôle important dans le règlement des différends liés à l'ouvrage public, tant au plan procédural (A) que substantiel (B).

A. Aspects procéduraux des différends internationaux portant sur l'ouvrage public

Les Etats sont amenés à conclure de nombreux traités dont les dispositions intéressent l'ouvrage public (que l'on songe aux traités d'exploitation en commun d'un ouvrage public, étudié précédemment, ou aux traités de gestion concertée d'une ressource naturelle dont nous traiterons abondamment ultérieurement). Ces instruments prévoient fréquemment des clauses compromissoires en vue d'anticiper le recours au juge international. Vu l'importance accordée à ce dernier dans le cadre de notre étude, nous examinerons brièvement la question de la concurrence des titres de compétence qui peuvent élargir très opportunément l'accès au prétoire du juge international (1). Une fois cette étude menée, nous reviendrons sur la question probatoire. Les différends internationaux portant sur l'ouvrage public posent invariablement la question de la preuve des impacts sur l'environnement. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* la Cour a eu l'occasion d'examiner les conséquences du principe de précaution sur le fardeau de la charge de preuve et le rôle grandissant joué par les experts (2).

1. La concurrence des titres de compétence

La construction d'ouvrages publics dans les espaces partagés (fleuves internationaux, aquifères transfrontaliers, espaces maritimes) est souvent appréhendée par l'entremise de traités spécialement conclus par les Etats en vue d'ordonner la gestion commune de l'espace considéré. L'exemple type est celui du traité conclu par tout ou partie des Etats riverains d'un fleuve international. Ces instruments conventionnels contiennent fréquemment des dispositions relatives au règlement juridictionnel des différends. Un grand nombre d'entre eux donnent à cet effet compétence à la Cour internationale de Justice. Nous souhaiterions revenir ici sur les questions de compétence qui peuvent être soulevées devant le juge international, et plus particulièrement celles portant sur l'existence de titres concurrents. La situation la plus fréquente est celle d'une compétence sur la base des clauses facultatives cumulée avec une compétence fondée sur les clauses compromissoires ou juridictionnelles contenues dans un traité. Qu'advient-il si un différend portant sur l'ouvrage public est porté devant la Cour en application d'une clause compromissoire contenue dans le traité de gestion

de la ressource naturelle considérée mais que l'un des Etats a antérieurement déposé une déclaration facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire plus restrictive ?

Dans cette hypothèse, la Cour se trouve confrontée à plusieurs titres de compétence applicables en même temps. Le principe général applicable en la matière est celui de l'indépendance et de l'égalité des titres de compétences : ils peuvent être additionnés les uns aux autres pour déterminer le champ concret dans lequel la Cour pourra exercer sa compétence. Cette règle connaît quelques exceptions, par exemple lorsqu'un titre de compétence précise expressément qu'il reste subordonné à tel autre titre de compétence et qu'il ne s'appliquera que subsidiairement à lui. Hormis l'existence d'une telle exception, le domaine de compétence de la Cour correspondra à la somme du champ des titres applicables en l'espèce. Le domaine de compétence fixé par une clause compromissoire peut ainsi être élargi par les clauses facultatives (qui peuvent permettre de connaître de l'ensemble du droit international général dans le même litige). Ce principe a été énoncé pour la première fois par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* : « [l]a multiplicité d'engagements conclus en faveur de la juridiction obligatoire atteste chez les contractants la volonté d'ouvrir de nouvelles voies d'accès à la Cour plutôt que de fermer les anciennes ou de les laisser se neutraliser mutuellement pour aboutir finalement à l'incompétence. [...] [O]n ne saurait se prévaloir du traité pour empêcher que lesdites déclarations [facultatives] produisent leurs effets et que le différend soit ainsi soumis à la Cour »²⁸⁸. Ce principe interdit donc de transférer les réserves contenues dans un titre vers un autre, sauf stipulation expresse en ce sens²⁸⁹. Le principe ne permet pas non plus de déduire d'une déclaration facultative postérieure et plus restrictive la volonté de l'Etat de ne se soumettre que de manière plus limitée à la compétence de la Cour, si bien qu'une clause compromissoire antérieure et plus large devrait être considérée comme ayant subi une dérogation.

Les titres supplémentaires ne seront toutefois pas nécessairement applicables automatiquement ou d'office. La partie intéressée à l'élargissement de la compétence doit les invoquer à son bénéfice devant la Cour.

2. La question de la preuve dans les différends internationaux portant sur l'ouvrage public

Les différends internationaux portant sur l'ouvrage public posent invariablement la question de la preuve des impacts sur l'environnement. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* la Cour à

²⁸⁸ CPIJ, *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Exceptions préliminaires, 1939, CPIJ, sér. A / B, n° 77, p. 76.

²⁸⁹ Il sera donc impossible d'arguer que les réserves contenues dans la déclaration facultative doivent s'appliquer aussi dans le cadre d'une clause compromissoire / juridictionnelle ou vice versa.

eu l'occasion d'examiner les conséquences du principe de précaution sur le fardeau de la charge de preuve **(a)** et le rôle grandissant joué par les experts **(b)**.

a. Le principe de précaution et la charge de la preuve

Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, l'Argentine soutenait que, en vertu du principe de précaution, la charge de la preuve reposait sur l'Uruguay, ce dernier ayant l'obligation de démontrer que l'usine ne causait pas de dommage significatif à l'environnement. L'Uruguay contestait cette position, affirmant que la charge de la preuve devait reposer sur le demandeur, faute de disposition conventionnelle prescrivant cette inversion de la charge. La Cour, conforme à sa jurisprudence antérieure, a réaffirmé que le contentieux environnemental ne modifiait pas la règle fondamentale qui fait peser la charge de la preuve pèse sur le demandeur. L'approche de précaution inhérente aux problématiques environnementales n'entraîne donc aucun renversement de la charge de la preuve²⁹⁰. La Cour va toutefois répartir la charge de la preuve entre les deux parties, et affirmer que si « [le] demandeur doit naturellement commencer par soumettre les éléments de preuve pertinents pour étayer sa thèse », « [cela] ne signifie pas pour autant que le défendeur ne devrait pas coopérer en produisant tout élément de preuve en sa possession »²⁹¹.

b. Le rôle de l'expert

Dans un domaine aussi complexe que la protection des écosystèmes, l'expertise a un rôle majeur à jouer²⁹². L'affaire des *Usines de Pâte à papier* a montré les ornières d'un débat d'experts techniques, à la fois nombreux et peu en accord entre eux. Les experts sont appelés à exprimer leur opinion sur des domaines techniques dans lesquels ils possèdent des connaissances spéciales. Ils peuvent être appelés par la Cour ou par les parties. L'expert est auditionné par la Cour et peut être interrogé par les conseils de la partie adverse. Il est possible de soulever des objections à la qualification de l'expert, que ce soit pour répondre à certaines questions précises ou en général sur l'ensemble de l'objet de son intervention. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour a pu déplorer la confusion des genres. Relevant que l'Argentine et l'Uruguay ainsi que la Société financière internationale (SFI) ainsi que la SFI ont présenté nombreuses études établies par des experts et des consultants, la Cour a indiqué que « [c]ertains de ces experts se sont également présentés devant la Cour comme conseils de l'une ou l'autre Partie pour fournir des éléments de

²⁹⁰ CIJ, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, préc., §§ 162-164. Ce serait « demander l'apport d'une preuve négative souvent qualifiée de *probatio diabolica*. (...) les faits négatifs ne se prouvent pas » : CAZALA J., *Le principe de précaution en droit international*, Anthémis, 2006, p. 418.

²⁹¹ *Ibid.*, § 163.

²⁹² RIOS RODRIGUEZ J., *L'expert en droit international*, Paris, Pedone, 2010, 362 p.

preuve »²⁹³. Elle rappellera toutefois les parties à plus de rigueur quant au choix d'inclure des experts dans leurs conseils : « la Cour aurait trouvé plus utile que les Parties (...) les présentent en tant que témoins-experts en vertu des articles 57 et 64 du Règlement de la Cour. Elle considère en effet que les personnes déposant devant elle sur la base de leurs connaissances scientifiques ou techniques et de leur expérience personnelle devraient le faire en qualité d'experts ou de témoins, voire, dans certains cas, à ces deux titres à la fois, mais non comme conseils, afin de pouvoir répondre aux questions de la partie adverse ainsi qu'à celles de la Cour elle-même »²⁹⁴.

Les Etats sont amenés à conclure de nombreux traités dont les dispositions intéressent l'ouvrage public et prévoient des clauses compromissaires en vue d'anticiper le recours au juge international. Vu l'importance accordée à ce dernier dans le cadre de notre étude, nous avons examiné la question de la concurrence des titres de compétence qui permettent d'élargir l'accès au prétoire du juge international. Le principe est le suivant : sauf stipulations exprès, les titres de compétence concurrents s'ajoutent et ne s'excluent pas, à la condition que l'Etat l'ait demandé au juge. Nous sommes ensuite revenus sur la question probatoire. Les différends internationaux portant sur l'ouvrage public posent invariablement la question de la preuve des impacts sur l'environnement. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* la Cour a eu l'occasion d'examiner les conséquences du principe de précaution sur le fardeau de la charge de preuve (il n'opère aucun renversement) et le rôle grandissant joué par les experts dans le procès. Nous analyserons ci-après une question, non plus d'ordre procédural, mais substantielle : la question du contrôle de proportionnalité du juge.

B. Le contrôle de proportionnalité du juge international

L'affaire du *Passage par le Grand-Belt* a mis en évidence la question de l'évaluation des intérêts en jeu en matière de construction d'ouvrages publics. Le pont qui devait être construit n'était qu'un élément d'une liaison routière et ferroviaire plus importante au-dessus du Grand-Belt. La mise en œuvre des autres parties du projet d'ensemble ne manquaient pas de rendre plus difficile toute modification du projet de construction du pont. On touche ici un point fondamental : les ouvrages publics ne sont souvent qu'un élément d'un réseau plus vaste (ici impulsé par la politique communautaire des transports). Le calcul des intérêts pratiqués pour ce type de projet devenu une infrastructure routière d'importance primordiale amène en fait à faire des choix drastiques qui laissent peu de place à un équilibre des intérêts en présence.

²⁹³ *Ibid.*, § 165.

²⁹⁴ *Ibid.*, § 167.

Selon le Danemark, en vertu des principes équitables, les intérêts de la communauté danoise dans son ensemble passaient avant les intérêts privés de la société finlandaise dont les plateformes ne pouvaient plus emprunter le détroit. Que pesaient les intérêts d'une seule société commerciale privée face à un tel projet qui s'intégrait de plus dans un ensemble communautaire ? La Finlande considérait au contraire que la comparaison des intérêts économiques avait déjà été prise en compte par le droit de la mer à travers les concepts de mer territoriale, de passage inoffensif et de passage en transit. Elle n'exigeait donc pas un abandon du projet mais une modification de celui-ci.

Le conflit en cause opposait deux types d'intérêts : les droits souverains d'exploitation de la mer territoriale par un Etat côtier et le droit de passage innocent à travers la mer territoriale. La Finlande reconnaissait au Danemark le droit souverain de construire l'ouvrage public dès lors que le détroit conservait son caractère navigable. Ce conflit juridique repose ici sur un conflit réel : les intérêts en cause s'excluent mutuellement et ne peuvent être résolus que par l'identification d'un intérêt qui va prévaloir. Comme le souligne E. Cannizzaro, « le rôle de la proportionnalité est alors celui de déterminer les conditions auxquelles l'ordre juridique international reconnaît la primauté d'un intérêt sur les autres »²⁹⁵. Il s'agit d'une appréciation non-parétienne de intérêts, dans le sens où la réalisation des intérêts en jeu (la construction de l'ouvrage public) se traduisait par un sacrifice à la charge des autres. On touche ici aux limites de la méthode de coordination entre positions juridiques fondées sur la proportionnalité. Même si le résultat peut être considéré comme proportionnel du point de vue normatif, la situation concrète qui en résulte est loin de l'être. Dès lors, « en l'absence dans l'ordre juridique international de mécanismes capables de redistribuer sur la collectivité le coût social de la réalisation de l'intérêt qui est finalement jugé dominant, on ne peut que penser à une forme de compensation entre l'Etat qui a réalisé ses objectifs et l'Etat dont les positions subjectives ont été atteintes par l'exercice d'une activité qui est toutefois parfaitement licite »²⁹⁶.

*

²⁹⁵ CANNIZZARO E. « Pouvoirs discrétionnaires et proportionnalité dans le droit de la mer », *Actualité et droit international*, vol. 106, n° 2, 2002, p. 19.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 21.

CONCLUSION DE CHAPITRE II

Cette partie de notre étude visait à isoler en premier lieu les règles de protection substantielle de la liberté d'aménager qui s'exprime par deux thématiques : la protection du *choix* et du *résultat* de l'ouvrage public, résultat de l'opération d'aménagement.

L'Etat le droit à déterminer lui-même les ouvrages publics devant être construits sur son territoire. En situation d'occupation, lorsque s'exerce l'autorité de la Puissance occupante, le droit de l'occupation prohibe à cette dernière de procéder à certains aménagement. Lorsqu'elle procède à la construction d'ouvrages publics sur le territoire occupé, la Puissance occupante est tenue par les obligations découlant du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes mais également des obligations découlant du droit de l'occupation, et plus particulièrement du Règlement de La Haye de 1907 et de la IVe Convention de Genève.

Nous avons ensuite rappelé que le droit international encadre les attaques dirigées contre les ouvrages publics en situation de conflit armé. La première protection, générale, est ordonnée autour du principe de distinction entre ouvrages publics civils et militaires et de plusieurs principes relatifs aux méthodes et moyens de combat : principe de précaution, principe de proportionnalité, et le principe de limitation des moyens de nuire à l'ennemi. La seconde protection, spéciale, est octroyée à certains ouvrages publics bénéficient d'une protection renforcée contre les attaques en raison des risques que leur destruction fait peser sur la population civile : les « ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses ».

Nos travaux nous ont conduit à analyser la façon dont le juge international protège la liberté d'aménager de l'Etat. Les Etats ne disposant d'aucun droit de veto sur les projet entrepris par leurs semblables, le recours au juge est souvent le seul moyen de trancher le différend.

Dans cette optique, le contentieux conservatoire des travaux publics joue un rôle central dans la protection de la liberté d'aménager. Le « fait accompli » redouté du fait de la construction de l'ouvrage ne dispense pas l'Etat demandeur souhaitant se prémunir des effets des travaux et de l'ouvrage public d'apporter la démonstration de l'existence des conditions nécessaires à l'indication de mesures conservatoires. L'ordonnance rendue par la chambre spéciale du TIDM dans le différend entre le Ghana et la côte d'Ivoire contribue à ouvrir largement le contentieux du droit de la mer aux mesures conservatoires. Le Tribunal a notamment relevé l'existence d'une obligation de ne pas altérer la structure physique des espaces disputés avant le règlement au fond du différend.

Nous avons conclu cette partie de l'étude en revenant sur certains points choisis de contentieux international. Au plan procédural, nous sommes brièvement revenus sur l'accès au prétoire du juge international grâce à la concurrence des titres de compétence (tirés notamment des clauses

compromissoires insérées dans les traités relatifs à l'ouvrage public) ainsi que sur la question probatoire (envisagée sous l'angle de la détermination de la charge de la preuve des effets environnementaux de l'ouvrage public mais également de la participation des experts au procès). Au plan substantiel, nous sommes revenus sur le contrôle de proportionnalité effectué par le juge lorsque le droit de l'Etat d'aménager son territoire rentre en conflit direct avec les droits et intérêts d'un tiers.

*

CONCLUSION DU TITRE I

Le droit international garantit à tout Etat souverain le droit d'aménager les espaces sur lesquels s'exerce sa souveraineté ou qui relèvent de sa juridiction. Ainsi, le droit international n'interdit pas la réalisation de certains ouvrages : il encadre au contraire l'ensemble des étapes de la décision publique et impose la conciliation de la poursuite de l'intérêt national avec le respect des droits et intérêts des Etats tiers. Deux dimensions devaient être étudiées parallèlement : la mise en évidence de la liberté de l'Etat d'aménager son territoire au moyen de l'ouvrage public garantie par le droit international (première dimension) ainsi que la protection de cette liberté (seconde dimension).

Le droit international garantit avant tout à l'Etat le droit d'aménager son territoire. Notre analyse fut menée en deux temps. D'abord, nous avons étudié les règles présidant à l'exercice unilatéral par l'Etat de sa liberté d'aménagement. Ensuite, nous sommes revenus sur la question particulière de l'exercice conjoint de cette liberté, matérialisée par la construction et l'exploitation en commun d'un ouvrage public par plusieurs Etats.

S'agissant des règles présidant à l'exercice unilatéral par l'Etat de sa liberté d'aménagement, le droit international structure en premier lieu la construction de l'ouvrage public par l'obligation qui est faite à l'Etat de prévenir la survenance de dommages transfrontières à l'environnement et sa portée. Cette obligation se déduit du principe de l'utilisation non dommageable du territoire reconnue en droit international coutumier. La Cour internationale de Justice a fort opportunément rappelé le caractère coutumier de cette obligation de prévention dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. L'affirmation de ce devoir n'est pas suffisante : pris isolément il ne permet pas d'identifier avec précision les obligations précises de l'Etat maître de l'ouvrage, induites par l'obligation générale de prévention. Cela revient à dire que pour déterminer l'existence d'un dommage transfrontière à l'environnement l'Etat doit procéder à une évaluation d'impact environnemental attestant de l'innocuité du projet et prendre les mesures d'atténuation et/ou d'évitement des impacts du projet en conséquence. Or, rien n'est dit par la Cour sur ce point : certes le caractère coutumier de l'obligation de procéder à l'impact environnemental fait partie du droit coutumier, mais son contenu et ses modalités sont abandonnées à l'Etat. La solution retenue manque singulièrement d'audace au regard de l'évolution du droit international conventionnel qui offre pourtant des critères minimaux permettant d'attester du sérieux de l'évaluation et d'éclairer pleinement la puissance publique sur les conséquences attachées à la construction de l'ouvrage public.

Ce premier mouvement de structuration (l'exigence d'un aménagement innocent) est doublé, en droit international, de l'obligation d'un espace aménageable : l'Etat est libre de procéder aux

aménagements de son choix dans le limites indiquées ci-dessus mais à la condition que l'espace aménagé relève de sa souveraineté ou de sa juridiction. Quand l'ouvrage public est construit en vue de consolider une prétention territoriale, bref quand il s'agit d'aménager des espaces faisant l'objet de revendications concurrentes par plusieurs souverains, le droit international rechigne à prendre en compte cette catégorie particulière d'effectivités. Nous sommes alors revenus brièvement sur les règles générales dégagées par le juge international afin de trancher les prétentions territoriales contraires, en examinant plus particulièrement le sort des ouvrages publics. Nous avons vu que le juge ne leur accorde que des effets relatifs et que le droit international prive de toutes conséquences en droit international les ouvrages publics imposés après la date critique du différend. Nous avons illustré ces difficultés au moyen d'un exemple pratique tiré de la construction d'ouvrages publics en mer de Chine. Une fois ces règles présentées, nous avons intégré dans notre réflexion l'activité des bailleurs de fonds multilatéraux amenés à financer la construction d'un ouvrage public dans un espace disputé. La nature particulière de la banque (qui relève juridiquement de la catégorie des organisations internationales) et de ses activités (les prêts sont entérinés par le Conseil d'administration de la Banque au sein duquel siègent les représentants des Etats) imposent un devoir de vigilance accrue sur ce point. On admettrait difficilement en effet que des fonds destinés au développement soient utilisés pour consolider des prétentions territoriales. La politique opérationnelle 7.60 de la Banque mondiale relative aux projets sur les voies d'eau internationales repose sur le principe selon lequel la Banque doit prendre en compte l'ensemble des intérêts (et non pas uniquement ceux de l'Etat emprunteur) et ne causer aucun dommage appréciable aux Etats riverains. La Banque a étendu ces principes aux projets situés sur des zones faisant l'objet d'une contestation territoriale. Nous avons ensuite présenté le contenu la politique opérationnelle 7.60 en détaillant son champ d'application et les obligations contenues dans ce texte. Ainsi, lorsque le texte est applicable la politique opérationnelle 7.60 est applicable, la Banque a l'obligation de refuser de financer un projet sur une zone contestée sauf à ce qu'il ne rentre dans l'une des exceptions limitativement énoncées par le texte. Les principes dégagés s'appliquent en toute circonstance et nous les compléteront ultérieurement par les règle spéciales tirées de l'aménagement des ressources en eaux partagées et de la construction d'ouvrages public en mer.

S'agissant, dans un second temps, de la question particulière de l'exercice conjoint de cette liberté, nous nous sommes ensuite employés à souligner la spécificité des travaux transfrontaliers. La construction et l'exploitation d'ouvrages publics en communs, très fréquente en pratique, nécessite l'intervention préalable des Etats concernés, qui, dans un accord international, détermineront le cadre juridique de l'opération transfrontalière. Cette dernière sera réalisée à l'intérieur de ce cadre, selon les termes et conditions qui résultent de l'accord international et des conventions d'exécution, parmi lesquelles figure le contrat de construction. Nous avons également ménagé une place dans nos

développements à la question particulière de la coopération transfrontalière entre collectivités publiques infraétatiques qui sont des acteurs particuliers des relations internationales. Cette coopération transfrontalière entre des entités qui ne sont pas des Etats (mais peuvent engager sa responsabilité internationale) s'effectue en marge des procédés classiques du droit international. De nombreuses organisations internationales – Conseil de l'Europe et Union européenne en tête – ont ainsi adopté à son égard une attitude de promotion par l'édiction d'outils juridiques mis à la disposition des décideurs locaux. Affirmée, la coopération transfrontalière en matière d'ouvrage public dispose désormais d'un cadre juridique en pleine consolidation.

Le droit international protège la liberté de l'Etat d'aménager son territoire au moyen de l'ouvrage public. Une fois identifiés les contours de la liberté de l'Etat d'aménager son territoire au moyen de l'ouvrage public, il nous fallait isoler en premier lieu les règles de protection substantielle de la liberté d'aménager qui s'exprime par deux thématiques : la protection du *choix* et du *résultat* de l'ouvrage public, résultat de l'opération d'aménagement.

Nous sommes revenus dans un premier temps sur le droit de l'Etat le droit à déterminer lui-même les ouvrages publics devant être construits sur son territoire. En situation d'occupation, lorsque s'exerce l'autorité de la Puissance occupante, le droit de l'occupation prohibe à cette dernière de procéder à certains aménagement. Lorsqu'elle procède à la construction d'ouvrages publics sur le territoire occupé, la Puissance occupante est tenue par les obligations découlant du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes mais également des obligations découlant du droit de l'occupation, et plus particulièrement du Règlement de La Haye de 1907 et de la IVe Convention de Genève.

Nous avons ensuite rappelé que le droit international encadre les attaques dirigées contre les ouvrages publics en situation de conflit armé. La première protection, générale, est ordonnée autour du principe de distinction entre ouvrages publics civils et militaires et de plusieurs principes relatifs aux méthodes et moyens de combat : principe de précaution, principe de proportionnalité, et le principe de limitation des moyens de nuire à l'ennemi. La seconde protection, spéciale, est octroyée à certains ouvrages publics bénéficient d'une protection renforcée contre les attaques en raison des risques que leur destruction fait peser sur la population civile : les « ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses ».

Nos travaux nous ont conduit à analyser la façon dont le juge international protège la liberté d'aménager de l'Etat. Les Etats ne disposant d'aucun droit de veto sur les projet entrepris par leurs semblables, le recours au juge est souvent le seul moyen de trancher le différend.

Dans cette optique, le contentieux conservatoire des travaux publics joue un rôle central dans la protection de la liberté d'aménager. Le « fait accompli » redouté du fait de la construction de l'ouvrage ne dispense pas l'Etat demandeur souhaitant se prémunir des effets des travaux et de

l'ouvrage public d'apporter la démonstration de l'existence des conditions nécessaires à l'indication de mesures conservatoires. L'ordonnance rendue par la chambre spéciale du TIDM dans le différend entre le Ghana et la côte d'Ivoire contribue à ouvrir largement le contentieux du droit de la mer aux mesures conservatoires. Le Tribunal a notamment relevé l'existence d'une obligation de ne pas altérer la structure physique des espaces disputés avant le règlement au fond du différend.

Nous avons conclu cette partie de l'étude en revenant sur certains points choisis de contentieux international. Au plan procédural, nous sommes brièvement revenus sur l'accès au prétoire du juge international grâce à la concurrence des titres de compétence (tirés notamment des clauses compromissaires insérées dans les traités relatifs à l'ouvrage public) ainsi que sur la question probatoire (envisagée sous l'angle de la détermination de la charge de la preuve des effets environnementaux de l'ouvrage public mais également de la participation des experts au procès). Au plan substantiel, nous sommes revenus sur le contrôle de proportionnalité effectué par le juge lorsque le droit de l'Etat d'aménager son territoire rentre en conflit direct avec les droits et intérêts d'un tiers.

TITRE II. L'OBLIGATION DE CONCILIER LA CONSTRUCTION DE L'OUVRAGE PUBLIC AVEC LES DROITS ET INTERETS DES ETATS TIERS

L'exercice par l'Etat de sa liberté d'aménagement garantie par le droit international doit nécessairement s'exercer dans le respect des droits et intérêts des Etats tiers. L'ouvrage public, opération d'intérêt national, ne saurait justifier une quelconque politique du fait accompli. Afin de faire ressortir la portée structurante du droit international à cet égard, nous avons choisi de prendre la mesure des obligations internationales applicables à l'aménagement des ressources en eau partagées ainsi qu'à la construction d'ouvrages publics en mer. Cette première partie de notre étude visera à identifier les obligations substantielles de l'Etat riverain lorsque ce dernier procède à la construction d'un ouvrage public. Nous allons procéder en deux temps successifs, examinant consécutivement les obligations substantielles et procédurales structurant la construction de l'ouvrage public (**Chapitre III**). Nos travaux nous inclineront ensuite à envisager la portée structurante du droit international à l'égard des ouvrages publics construits en mer. Par l'entremise de thématiques choisies, nous reviendrons sur les dynamiques juridiques suscitées par l'ouvrage public. Nous reviendrons à cet effet sur la question de la prise en compte des ouvrages publics dans le contentieux de la délimitation maritime. Nous compléterons cette dialectique en revenant sur la conciliation de l'intérêt public présidant à la réalisation unilatérale d'un ouvrage public par un Etat (le développement économique et la cohésion territoriale) avec l'intérêt collectif des Etats matérialisé par la liberté de la navigation. *In fine* nous procéderons à l'étude de l'aménagement du fond des mers en prenant le cas des câbles sous-marins, dont la construction et la pose sont garanties par plusieurs instruments conventionnels. Cet exemple nous permettra de mettre en évidence les cas où l'obligation de coopération s'impose d'elle même aux Etats en raison de l'existence d'un réseau préexistant : le droit de construire l'ouvrage public ne pourra faire abstraction des solidarités techniques préexistantes (**Chapitre IV**).

CHAPITRE III. L'AMENAGEMENT DES RESSOURCES EN EAU PARTAGEES

Ainsi que le soulignait, en 1979, A.-C. Kiss, la gestion et l'aménagement en commun des ressources partagées « peut être considérée comme l'exploration d'un domaine qui semble avoir à jouer un très grand rôle dans l'avenir »²⁹⁷. Les « ressources partagées » adhèrent inexorablement au territoire et méritent leur qualificatif du fait de leur appartenance à plusieurs patrimoines nationaux juxtaposés. Sans établir un régime d'indivision, on y observe tout au plus une conjonction de propriétés individuelles détenues par les souverainetés concernées. *De facto*, il est impossible de faire table rase de cette répartition politique. Ainsi, les solutions retenues devront nécessairement s'accommoder d'un certain nombre de droits acquis dont il faudra assurer le respect et dont la remise en cause ne pourra être que progressive. L'exemple des ressources partagées démontre que la concurrence des souverainetés engendre des processus ordinaires d'acquisition, tempérés par des recours divers à la notion d'équité. Penchant naturel pour la souveraineté oblige, les Etats tendent à considérer que la meilleure façon de s'assurer une part suffisante du produit est encore de prendre le contrôle total ou partiel de la ressource elle-même. C'est par cette « dynamique de l'accaparement »²⁹⁸ que c'est généralement effectuée l'acquisition du territoire, richesse primordiale qui a longtemps contenu toutes les autres. La répartition, abandonnée aux aléas des initiatives individuelles, se fonde alors sur l'occupation et les droits acquis.

Les obligations internationales de l'Etat maître de l'ouvrage se déduisent aujourd'hui du droit international coutumier, tel que codifié dans la Convention des Nations Unies de 1997, et dans les différends accords régionaux conclus entre Etats riverains. Ces obligations s'appliquent en premier lieu aux Etats. Leur application aux bailleurs de fonds multilatéraux, amenés à financer des infrastructures sur les ressources en eaux partagées, est moins évidente. Leur action ne se trouve pourtant pas hors du droit, comme en témoigne le rôle pionnier joué par la BIRD dans l'élaboration de règles applicables aux projets financés par les banques multilatérales de développement. La politique opérationnelle 7.50 relative aux projets sur les voies d'eau internationales en constitue le point d'orgue. Nous y accorderons une place centrale, non pas pour minorer la pratique étatique, mais pour rester dans la lignée fixée par notre introduction : si, *in fine*, c'est l'Etat qui voit sa responsabilité internationale engagée lorsqu'il procède à la construction d'un ouvrage public en violation d'une de ses obligations internationales, le processus décisionnel (localisation de l'ouvrage, choix techniques, etc) fait intervenir de acteurs variés, principalement dans le domaine du financement. En axant notre analyse sur la façon dont la Banque mondiale appréhende la construction de l'ouvrage public, nous

²⁹⁷ KISS A.-C., « La frontière-coopération », in SFDI, « La frontière », Actes du colloque de Poitiers, Paris : Pedone, 1980, p. 199.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 219.

soulèverons plusieurs éléments de la dialectique entre l'ouvrage public et le droit international : multiplicité des sujets, importance fondamentale des standards opérationnels, complexité des rapports interétatiques. Nous retiendrons un plan classique à ce stade en examinant successivement les obligations substantielles (**Section 1**) et procédurales (**Section 2**) imposées par le droit international à l'Etat souhaitant procéder à l'aménagement d'une ressource en eau partagée.

Section 1. Les obligations substantielles de l'Etat maître de l'ouvrage public

Avant de déterminer le contenu (§2) des obligations substantielles de l'Etat maître de l'ouvrage, nous reviendrons sur leur étendue (§1) en accordant une place privilégiée à l'étude de la politique opérationnelle 7.50 de la BIRD sur les voies d'eau internationales et du droit issus de la Convention-cadre des Nations Unies de 1997.

§1. L'étendue des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage public

Il convient, dans un premier temps, de déterminer les sources (**A**) des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage avant d'en préciser le champ d'application personnel et matériel (**B**).

A. Sources des obligations

Les obligations internationales de l'Etat maître de l'ouvrage se déduisent aujourd'hui du droit international coutumier, tel que codifié dans la Convention des Nations Unies de 1997, et dans les différents accords régionaux conclus entre Etats riverains (**1**). Ces obligations s'appliquent en premier lieu aux Etats. Leur application aux bailleurs de fonds multilatéraux, amenés à financer des infrastructures sur les ressources en eaux partagées, est moins évidente. Leur action ne se trouve pourtant pas hors du droit, comme en témoigne le rôle pionnier joué par la BIRD dans l'élaboration de règles applicables aux projets financés par les banques multilatérales de développement. La politique opérationnelle 7.50 relative aux projets sur les voies d'eau internationales en constitue le point d'orgue (**2**).

1. Présentation des principaux instruments conventionnels applicables à l'aménagement des ressources en eau partagées

On dénombre aujourd'hui plus de deux cent soixante cours d'eau internationaux, une centaine de lacs et un grand nombre d'eaux souterraines partagées par deux ou plusieurs Etats. Il est devenu commun d'écrire que l'eau est une ressource en tension. Rare, non renouvelable, dont la répartition

n'est pas naturellement équilibrée et dont l'utilisation est soumise à une demande sans cesse croissante. Nous ne dérogerons pas ici à ce qui fait consensus partout ailleurs : la protection des ressources en eau est une nécessité absolue, non seulement en vue de l'approvisionnement en eau douce, mais aussi afin de préserver la richesse biologique dont le développement est directement lié à la disponibilité et la qualité de l'eau. A bien des égards, les manifestations les plus visibles de la question des ouvrages publics en droit international proviennent de conflits d'utilisation entre Etats riverains d'un même fleuve international : construction de barrages ou, plus largement, d'ouvrages dérivant le cours des eaux, diminuant le débit disponible pour les Etats situés en aval de la ressource, destruction de la biodiversité, atteintes portées à des sites culturels de première importance, déplacements massifs de population non assortis, *a minima*, de procédures d'expropriation fondées sur une déclaration d'utilité publique préalable, etc. Les principaux instruments conventionnels actuellement disponibles visent l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation **(a)**. Les principes tracés par ces instruments et les obligations coutumières sont également susceptibles de s'appliquer aux aquifères transfrontières **(b)**.

a. Sources des obligations applicables à l'aménagement d'un fleuve international

Au plan universel, la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (ci-après la Convention des Nations unies du 21 mai 1997) constitue aujourd'hui la matrice du régime juridique relatif à la gestion des cours d'eau internationaux. Bien que peu d'Etats ne l'aient ratifiée, elle peut être regardé comme codifiant le droit international en la matière. La Convention est organisée autour de la notion de « cours d'eau international » comme « un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire et aboutissant à un point d'arrivée commun »²⁹⁹. La notion de fleuve international désigne des « eaux de surface mouvantes localisées dans le territoire de plus d'un Etat et pouvant comprendre les affluents situés sur le territoire de plus d'un Etat, voire des canaux latéraux. Avec les lacs internationaux, les fleuves internationaux forment la catégorie des cours d'eau internationaux de surface »³⁰⁰. Le critère retenu par le texte est inclusif et sont ainsi assimilés aux cours d'eau leurs affluents et les eaux souterraines liées à un cours d'eau international pourvu que ces dernières aboutissent à un terminus commun. Pour être qualifié d'international, un cours d'eau doit traverser plusieurs Etats. D'autres textes retiennent quant à eux la notion de « bassin de drainage », définie comme une « zone géographique s'étendant sur deux ou plusieurs États et

²⁹⁹ Convention des Nations unies du 21 mai 1997, art. 2.

³⁰⁰ SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, V° « Fleuve international », Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 506.

déterminée par les limites de l'aire d'alimentation du réseau hydrographique, y compris les eaux de surface et souterraines aboutissant en un point commun »³⁰¹. La directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau impose ainsi aux Etats membres de recenser les bassins hydrographiques situés dans leur territoire national³⁰² et de les rattacher à des districts hydrographiques³⁰³.

Comme l'indique son préambule, la Convention de 1997 a été élaborée dans l'objectif de constituer une « convention-cadre » ce qui influe mécaniquement sur la rédaction et la portée de ses dispositions. Pensés à la fois pour l'universel et le régional, les principes et les règles énoncés par la Convention sont rédigés dans l'optique du plus petit dénominateur commun. L'influence des travaux de la CDI ayant conduit à l'adoption du texte de 1997 peut ainsi aisément être constatée au plan régional. C'est le cas, en Europe, de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux dite « Convention d'Helsinki » de 1992, préparée puis adoptée sous l'égide de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies. Ce dernier texte a lui-aussi servi de relai d'influence aux travaux de la CDI puisqu'il a servi de cadre de référence à l'adoption d'accords tels la Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube du 29 juin 1994, la Convention pour la protection du Rhin du 12 avril 1999 et les accords relatifs à la protection de l'Escaut et de la Meuse conclus le 26 avril 1994 et modifiés le 3 décembre 2002. L'empreinte des travaux de codification se retrouve également dans plusieurs instruments conclus en Afrique et en Asie : protocole sur les cours d'eau partagés de la Communauté de développement de l'Afrique australe ; accord sur le Mékong de 1995, protocole relatif au développement durable du bassin du lac Victoria du 29 novembre 2003 entre le Kenya, la Tanzanie et l'Ouganda ; etc.

Toutefois, le droit international conventionnel positif relatif à la protection de l'eau douce n'est pas pleinement satisfaisant. C'est ainsi qu'un grand nombre de cours d'eau internationaux n'ont pas encore fait l'objet d'un accord réglementant leur gestion et leur protection. Les accords, lorsqu'ils existent, sont souvent limités à certaines questions (leur approche est partielle) et excluent bien souvent certains des Etats riverains (leur approche n'est pas toujours inclusive). De même et s'agissant du partage et de la protection des eaux souterraines, plusieurs aquifères partagés sont encore mal connus du fait de l'absence d'informations et de données techniques. Nous ne traiterons pas ici de l'utilisation des fleuves internationaux à des fins de navigation et nous nous limiterons essentiellement à l'aménagement et aux travaux publics effectués sur les fleuves internationaux.

³⁰¹ Règles d'Helsinki 1966, art. II.

³⁰² Dir. 2000/60/CE, 23 oct. 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, art. 3.

³⁰³ Ces derniers sont définis comme des « zones terrestres et maritimes, composées d'un ou plusieurs bassins hydrographiques ainsi que des eaux souterraines et eaux côtières associées » : Dir. 2000/60/CE, 23 oct. 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, art. 2.15.

Le droit international conventionnel applicable aux aquifères transfrontières n'est pas, non plus satisfaisant, malgré l'importance de ces ouvrages, indispensables au traitement de l'eau douce.

b. Sources des obligations applicables à l'aménagement d'un aquifère transfrontière

L'extrême importance des aquifères dans l'approvisionnement en eau potable s'accompagne paradoxalement d'une pauvreté des règles relatives aux eaux souterraines. Tandis qu'environ 90% des eaux douces sont contenus dans les aquifères, la définition du terme « cours d'eau » donnée par la Convention des Nations Unies de 1997 n'inclut pas les eaux souterraines, malgré l'insistance des rapporteurs spéciaux MM. Mc Caffrey et Rosenstock sur la nécessité d'inclure une définition des eaux souterraines dans la convention. La Commission du droit international a néanmoins adopté une résolution sur les eaux souterraines transfrontières, qui recommande aux Etats de « s'inspirer » des principes de la convention onusienne aux fins d'élaborer des règles applicables aux eaux souterraines non liées aux eaux de surface. Pour compléter ce travail, la CDI décide en 2000 de codifier et de développer des règles en la matière. Le *Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières* (2008), élaboré sous la direction du rapporteur spécial Yamada, est annexé à la résolution 63/124 (2008) de l'Assemblée générale des Nations Unies. En 2011, l'Assemblée générale enjoint les Etats à « prendre les mesures bilatérales ou régionales nécessaires à la bonne gestion de leurs aquifères transfrontières en accordant la considération voulue aux dispositions du Projet d'articles ».

Aux termes du Projet, l'aquifère est « une formation géologique perméable contenant de l'eau superposée à une couche moins perméable et l'eau contenue dans la zone saturée de cette formation » située dans plusieurs États. L'eau sert aux activités industrielles mais aussi à la consommation. L'article 4 du Projet d'articles vise à la conservation à long terme de l'aquifère, au moyen d'une utilisation « équitable et raisonnable ». Aux fins de détermination de la notion, le projet d'article 5.2. précise qu'« il faut que tous les facteurs pertinents soient considérés ensemble et qu'une conclusion soit tirée sur la base de tous ces facteurs. Toutefois, pour évaluer les différents types d'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière, il faut particulièrement tenir compte des besoins humains vitaux ». L'utilisation équitable et raisonnable se réalise de la manière suivante : b) [les Etats] poursuivent le but de maximiser les avantages à tirer à long terme de l'utilisation de l'eau qui y est contenue ; c) Ils établissent individuellement ou conjointement un plan global d'utilisation, en tenant compte des besoins présents et futurs en eau des États de l'aquifère et des autres ressources possibles en eau pour ces États ». L'utilisation durable des eaux a pour but de « maximiser les avantages à long terme ». Elle passe par l'élaboration d'un « plan global d'utilisation ». Les États de l'aquifère bénéficient d'une possibilité de dérogation à ces règles lorsqu'il est crucial d'approvisionner la

population en eau en cas d'urgence (art. 17.3). Le Projet d'articles s'intéresse en outre à la protection des aquifères. L'article 10 est consacré à la protection de l'écosystème tandis que l'article 11 traite de la protection et de la préservation des zones de réalimentation et de déversement. Les Etats tiers sont de surcroît tenus de protéger ces zones aux fins de la préservation de l'écosystème. L'article 12 traite de la pollution, étant tourné vers l'application du principe de précaution ; que l'on retrouve également à la lecture de l'article 14 : « Les Etats de l'aquifère adoptent une approche de précaution en cas d'incertitude quant à la nature et à l'étendue d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière, et quant à sa vulnérabilité à la pollution ».

Les obligations pesant sur l'Etat maître de l'ouvrage sont complétées par les règles applicables aux projets financés par les banques multilatérales de développement. La Banque mondiale a joué dans ce cadre un rôle de précurseur.

2. Le rôle pionnier de la BIRD dans l'élaboration de règles applicables aux projets financés par les banques multilatérales de développement

Si l'ensemble des regards sont tournés vers les obligations internationales coutumières et conventionnelles applicables aux Etats lorsqu'ils entreprennent l'aménagement de la ressource partagée, le droit interne de la BIRD sur la question est de prime importance. La Banque a su accompagner, si ce n'est précéder par moment, l'évolution du droit international en la matière. Forcée d'opérer en l'absence de règles claires au début de son mandat **(a)**, la BIRD a rapidement défini des règles applicables aux projets financés sur le territoire d'un Etat emprunteur et susceptibles d'affecter les ressources en eau partagées **(b)**.

a. L'approche originelle. Le traitement indifférencié accordé par la Banque aux projets financés sur les voies d'eau internationales

La pratique originelle de la Banque était marquée par une assez large indifférence à l'égard des conséquences attachées aux projets financés sur les fleuves internationaux. A la création de la BIRD, les prêts étaient souvent accordés aux Etats emprunteurs sans réelle surveillance sur le contenu du projet, de telle sorte que les sommes décaissées étaient fréquemment employées à la libre discrétion des bénéficiaires. L'activité de la Banque s'orienta rapidement vers le financement de projets d'infrastructures dans de nombreux Etats partageant des fleuves avec leurs voisins, tant et si bien qu'il est possible de considérer que la Banque commença à financer des projets sur les fleuves internationaux à partir de la fin des années 1940. A cette époque, la Banque ne faisait aucune distinction substantielle entre les projets financés sur des fleuves intégralement placés sous

souveraineté nationale et les projets implantés sur des fleuves internationaux. Certains de ses premiers projets ne suscitèrent par ailleurs aucune opposition des Etats riverains, ce qui n'incitait pas l'Institution à préciser plus en avant sa politique en matière de financement. Ainsi, la construction, en 1950, d'un barrage sur le fleuve Damodar, l'un des affluents du Gange, ne suscita aucune opposition des autres riverains (Népal, Bangladesh et Pakistan). Il en fut de même pour la construction du *Wadi Tharthar project* (1950) sur les rives irakiennes du Tigre, sans aucune protestation de la Turquie et de la Syrie. Le caractère « international » des fleuves n'était donc pas analysé par la BIRD comme justifiant une action particulière de sa part. Au demeurant, à cette époque (fin des 1940's-début des 1950's) le droit international était particulièrement pauvre quant aux utilisations autres que la navigation des fleuves internationaux : la BIRD ne pouvait donc s'en remettre à aucun principe directeur susceptible de guider son action en la matière, alors que les besoins de reconstruction étaient immenses. L'état des connaissances techniques n'inclinait pas non plus à opérer de distinction en fonction de l'internationalité des espaces aménagés : les fleuves, qu'ils soient ou non internationaux, étaient uniquement utilisés pour la navigation et les techniques industrielles d'irrigation et d'hydroélectricité étaient balbutiantes.

Comme cela pouvait être attendu, la Banque se trouva rapidement dans l'obligation d'élaborer des règles guidant son action dans l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation à mesure que les projets d'irrigation et d'énergie commençaient à susciter l'inquiétude et/ou l'opposition des autres Etats riverains³⁰⁴. Confrontée au risque de financer des projets suscitant l'opposition des Etats riverains, la BIRD décida de conduire une réflexion sur la meilleure façon de gérer ces projets. Ce travail était d'autant plus complexe que le droit international d'alors ne comportait aucun principe communément accepté régissant les utilisations des fleuves internationaux. Le déclin de la navigation et la montée en puissance des utilisations « à des fins autres que la navigation » ne fut pas accompagné par le développement de règles claires et contraignantes applicables aux utilisations autres que la navigation sur les fleuves internationaux. L'action de la BIRD en matière d'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation ne pouvait non plus s'appuyer sur une interprétation claire du juge international. Il existait alors peu d'arbitrages ou de décisions susceptibles de guider son action (*River Oder*, *Fonderie du Trail*, *Lac Lanoux*, *Détroit de Corfou*). L'affaire de la *Fonderie du Trail* exerça toutefois une influence déterminante sur les travaux de la BIRD.

L'élaboration de règles claires guidant l'action de la Banque dans le financement de projets sur les fleuves internationaux était également commandée par les Statuts de l'institution. Aux termes

³⁰⁴ V. notamment les projets *Draining of the Ghab Project*, *Youssef Pasha Multipurpose Project*, *Aswan High Dam Project*.

de l'article III, Section 4 (v) desdits Statuts, la Banque à l'obligation d'agir prudemment et de respecter les intérêts de l'Etat d'accueil du projet mais également de l'ensemble des Etats membres de la Banque : « En accordant ou en garantissant un prêt, la Banque examinera avec soin la probabilité que l'emprunteur et, dans le cas où l'emprunteur n'est pas un Etat membre, que le garant soit en mesure de faire face aux obligations afférentes à ce prêt ; *de plus, la Banque doit agir avec prudence, dans l'intérêt tant de l'Etat membre particulier sur les territoires duquel le projet doit être réalisé que de la collectivité des Etats membres* »³⁰⁵.

La Banque décida dans un premier temps (1949-1950) de modifier son action selon que le fleuve international devant accueillir le projet fut l'objet ou non d'un différend entre certains de ses Etats riverains. Conformément à ses Statuts, la Banque a l'obligation d'agir prudemment et doit donc tout mettre en oeuvre pour éviter de participer d'une façon quelconque à un différend international. Cette approche fut retenue pour la première fois en 1949, lorsque la Banque envisageait d'apporter ses concours financiers aux projets *Bakhra-Nangal* en Inde et *Lower Sind Barrage* au Pakistan. Ces deux projets prévoyaient l'aménagement des eaux de l'Indus qui faisaient, depuis 1948, l'objet d'un différend entre ses Etats riverains. Des questions similaires se posèrent à la Banque quant au financement du barrage d'Assouan sur le Nil, alors que les eaux du fleuve faisaient l'objet d'un différend entre l'Egypte et le Soudan. La construction du barrage d'Assouan devait entraîner, entre autres conséquences, l'inondation d'une partie du territoire soudanais et, conséquemment, la réinstallation d'un nombre très importants de personnes. La Banque subordonna dans un premier temps l'octroi de son financement à la conclusion d'un accord entre l'Egypte et le Soudan et éventuellement les autres Etats riverains. Au fur et à mesure de l'avancement des négociations autour du projet, l'éventualité d'aboutir à un accord international associant l'ensemble des Etats riverains fut abandonnée au profit d'un accord bipartite associant uniquement l'Egypte et le Soudan.

L'action de la Banque au Moyen-Orient à partir de 1950 constitue le point de départ d'une réflexion plus générale sur l'élaboration de règles devant guider son action dans l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation. Deux projets de la BIRD sur l'Euphrate (Youssef Pasha Project) et l'Orontes (Ghab Project) au profit de la Syrie exercèrent une influence déterminante sur l'action future de l'institution. Le projet Youssef Pasha consistait en la construction d'un barrage sur l'Euphrate. Face à l'absence d'accord international entre les riverains (Turquie, Syrie, Irak), la Banque exigeât d'eux qu'ils coopèrent avant d'envisager de financer l'ouvrage. L'intensité de cette coopération restait à déterminer et plusieurs solutions furent évoquées. La conclusion d'un accord international associant les trois Etats riverains en vue d'instituer une commission mixte chargée de la gestion de l'Euphrate fut rapidement abandonnée, faute d'accord

³⁰⁵ Statuts de la BIRD, article III, section 4 (v).

politique envisageable entre les principaux intéressés. Des problèmes similaires se posèrent dès 1953 avec la construction du Ghab Project sur le fleuve Ontares partagé par le Liban, la Turquie et la Syrie. Le projet, d'une ampleur inédite, devait permettre l'irrigation d'environ 41.000 hectares de terres syriennes grâce à la construction d'un ensemble d'ouvrages. Cet objectif ne pouvait toutefois être atteint que par une diversion des eaux du fleuve effectuée au préjudice de la Turquie, Etat d'aval. Confrontée à l'aménagement conflictuel de deux fleuves internationaux, la Banque entreprit de systématiser son approche.

Hypothèse 1. Amener les Etats riverains à créer une autorité régionale chargée de la planification, de l'autorisation et du contrôle des utilisations du fleuve international à des fins autres que la navigation. Cette approche, cohérente avec le principe selon lequel un fleuve international forme une communauté d'intérêts, présentait l'inconvénient d'être particulièrement chronophage et incertaine.

Hypothèse 2. Subordonner l'action de la Banque à l'accord de tous les Etats riverains (la solution du « veto »). Cette approche ne fut que brièvement envisagée car elle aurait fait courir le risque d'une paralysie automatique de la plupart des projets financés par la Banque. Le risque était grand, en effet, que des Etats riverains s'opposent au projet non pas pour des motifs légitimes liés à l'utilisation du fleuve, mais au nom d'intérêts stratégiques non liés à l'opération d'aménagement.

Hypothèse 3. S'en remettre à une approche *ad hoc*, dans laquelle la Banque examinerait les caractéristiques de chaque projet tout en permettant aux Etats riverains de faire part de leurs observations ou éventuelles objections, sans pour autant leur conférer un droit de veto. Cette approche, qui fonde encore aujourd'hui le coeur de l'action de la Banque en matière d'aménagement des fleuves internationaux, impose à l'Etat emprunteur de démontrer à la Banque que le projet ne causera aucun effet négatif aux autres Etats riverains. Ces derniers devront, pour ce faire, avoir eu connaissance des détails du projet et avoir eu la possibilité de formuler un avis à son égard par le biais d'un mécanisme de notification leur laissant un délai raisonnable pour se déterminer. L'avis des Etats riverains ne lie toutefois pas la Banque, qui demeure libre d'entreprendre un projet en présence d'une ou de plusieurs objections formulées par eux. Ce faisant, cette approche préserve la neutralité de la Banque qui ne prendra la décision finale d'accorder un financement au projet qu'après avoir évalué l'ensemble des données disponibles (aspects techniques du projet, absence d'effets négatifs du projet aux autres Etats riverains, position de ces derniers quant au projet). Cette position fit l'objet de critiques internes à la Banque, dont certains responsables estimaient qu'elle conduirait nécessairement l'institution à émettre un jugement sur les objections susceptibles de lui être opposées par d'autres Etats riverains. Afin d'éviter d'éventuelles critiques sur l'action de la Banque, il fut décidé qu'elle s'abstiendrait de financer des projets sur les fleuves internationaux

faisant l'objet de différends entre riverains. La Banque décida de s'en remettre à cette approche *ad hoc* pour le projet Ghab. Après avoir étudié l'ensemble des caractéristiques du projet, elle décida que le projet ne présentait aucune caractéristique lui interdisant d'accorder son financement. Une copie du rapport de projet fut transmise à la Turquie durant l'été 1955. Les négociations entre la Banque et l'Etat emprunteur (la Syrie) se poursuivirent jusqu'au début de l'année 1956, date à laquelle le projet fut soumis à l'avis des Directeurs exécutifs. C'est à ce moment que la Banque fut informée de la volonté de l'Etat turc de s'opposer au projet, ce qu'il fit officiellement au mois de mai 1956, soit deux mois après l'adoption de la première politique opérationnelles de la BIRD relative aux projets sur les fleuves internationaux³⁰⁶. La Turquie indiqua que le projet entraînerait une diversion des eaux du fleuve et demanda à cet égard que l'ouvrage soit modifié conformément à l'avis d'experts turcs et syriens désignés pour l'occasion. La Syrie indiqua alors à la Banque son intention de renvoyer le projet à une date ultérieure.

A l'approche originelle retenue par la Banque mondiale, succède une approche contemporaine appréhendée grâce à l'évolution du droit interne de l'institution s'agissant de l'utilisation des voies d'eau internationales.

b. L'approche contemporaine. L'évolution du droit interne de la Banque relatif à l'utilisation des voies d'eau internationales

Le premier texte significatif guidant l'action de la BIRD en matière de financement des projets d'infrastructure sur les ressources en eau partagées a été adopté le 6 mars 1956 (**b.1.**). Lacunaire, ce texte a fait l'objet d'une modification d'ampleur en 1985 (**b.2.**) qui a défini la matrice de son action contemporaine (**b.3.**).

b.1. Le Mémoire opérationnel n°8 du 6 mars 1956 et ses modifications successives

La première politique opérationnelle de la Banque relative aux projets sur les fleuves internationaux fut adoptée par le 6 mars 1956, soit moins d'une décennie après que l'institution n'eut accordé ses premiers prêts. Dénommé mémoire opérationnel (Operational Memorandum) No. 8, le texte se distinguait des sept mémoires adoptés avant lui qui avaient tous une portée purement procédurale. Ainsi, le mémoire sur l'aménagement des fleuves internationaux constitue le premier texte directeur de l'action de la Banque ayant une véritable portée substantielle. Surtout, le

³⁰⁶ Sur le rôle fondamental joué par les standards opérationnels adoptés par les bailleurs de fonds multilatéraux, v. nos développements *infra* : Partie II, Titre II, Chapitre VII.

texte constitue le premier d'une lignée dont le point d'orgue sera l'adoption, vingt-huit années plus tard, de la première politique environnementale en 1984. Le Mémoire opérationnel n° 8 de 1956 fut remplacé neuf années plus tard par le Mémoire opérationnel 5.05, publié le 1er janvier 1965. Une révision d'ampleur s'avérait d'abord nécessaire pour tenir compte de l'expansion des activités de prêts de la Banque à partir de 1960. Ce surcroît d'activité fut consécutif à la décolonisation et à l'accession à l'indépendance de nombreux Etats, autrefois sous domination coloniale. De cinquante-huit en 1956, le nombre d'Etats membres de la BIRD s'éleva à cent-trois en 1965. La Banque bénéficiait à cette époque d'un fort pouvoir d'attraction à l'encontre des Etats nouvellement indépendants. La création, en 1960, par la Banque d'un fonds de développement dédié aux Etats les plus pauvres - l'Association internationale de développement (AID) - participa indéniablement à l'accroissement du nombre d'Etats membres de la BIRD. L'expertise de la Banque en matière d'aménagement et d'équipement du territoire ainsi que les prêts sans intérêts et à longue durée de l'AID apparaissaient ainsi comme des relais indispensables du développement pour les Etats nouvellement indépendants. La BIRD et l'AID furent ainsi bien plus fréquemment sollicitées pour l'aménagement de fleuves internationaux que par le passé. La révision du Mémoire opérationnel n° 8 de 1956 s'avérait également nécessaire afin de tenir compte de la pratique de la Banque entre 1956 et 1965.

Ratione loci, le Mémoire opérationnel 5.05 de 1965 se caractérise dans un premier temps par l'élargissement du champ d'application du précédent texte. Le texte s'applique désormais à de nouveaux espaces et d'autres projets. La lutte contre la pollution des eaux fait également son entrée dans le texte, préfigurant l'adoption en 1984 de la première politique de la Banque relative à l'environnement. L'aménagement et l'équipement des fleuves internationaux n'est plus simplement une question de *quantité* d'eau disponible et intègre désormais la dimension *qualitative* de cette ressource. *Ratione materiae*, le Mémoire opérationnel 5.05 apporte plusieurs modifications substantielles au texte de 1956 qui se limitait à énoncer des règles procédurales minimales. *Ratione procedere*, le Mémoire opérationnel 5.05 prévoit une nouvelle procédure relative à la présentation du prêt aux instances dirigeantes de la BIRD et de l'AID.

Le Mémoire opérationnel 5.05 de 1965 fut révisé au mois de mars 1971. Désormais dénommé Mémoire opérationnel 2.22, le texte de 1965 fut reconduit intégralement. Il en fut de même au mois d'octobre 1977, le Mémoire opérationnel 2.22 devenant le Mémoire opérationnel 2.32. Une fois encore, le texte ne fut l'objet que de révisions mineures portant exclusivement sur la nomenclature de la Banque. Au plan substantiel, les règles de fond édictées dans le Mémoire opérationnel 5.05 de 1965 continuèrent donc de gouverner l'action de la BIRD et de l'AID jusqu'en 1985, date à laquelle fut l'objet d'une nouvelle révision, substantielle cette fois-ci.

b.2. La révision majeure du 10 avril 1985

La révision du Mémorandum opérationnel de 1956 s'imposait en raison des lacunes et des ambiguïtés de cet instrument (**b.2.1.**). L'adoption du Mémorandum opérationnel 2.32 du 10 avril 1985 constitue encore aujourd'hui le cœur des principes guidant l'action de la Banque en ce domaine (**b.2.2.**).

b.2.1. Lacunes du Mémorandum opérationnel 2.22 de 1965

Le Mémorandum opérationnel de 1965 ne contenait aucune disposition expressément consacrée à la notification des Etats riverains. Il y avait là un manque important qui constituait un handicap certain pour la Banque. Les Etats riverains devaient-ils être notifiés dans l'hypothèse d'un projet ne causant aucun effet négatif ? La notification devait-elle, au contraire, être faite pour tous les projets, et ce quels que soient leurs effets sur la quantité et/ou la qualité des eaux ? La notification devait-elle être uniquement accomplie par l'Etat d'amont au profit de l'Etat d'aval ? Devait-elle au contraire être étendue à l'ensemble des Etats, quelle que soit leur position ? Le texte de 1965 était également silencieux sur l'autorité devant s'acquitter de la notification : cette tâche incombait-elle au seul Etat emprunteur ? Pouvait-elle être déléguée à la Banque ? En cas de refus de l'emprunteur, l'Institution pouvait-elle se substituer à lui ? Rien n'était dit sur la forme et le fond de la notification : ni le délai de réponse des autres riverains, ni le contenu minimal exigible des informations notifiées, ni la marche à suivre en cas d'opposition (ou d'absence de réponse, ou de réponse ambiguë) de l'un quelconque des Etats riverains. Les accords entre riverains sur la gestion commune des fleuves - dont la conclusion était pourtant fortement encouragée par la Banque - ne faisaient pas plus l'objet de dispositions spécifiques. La question était pourtant d'importance, certains de ces traités instituant des commissions chargées de la gestion commune et devant, à ce titre, être notifiées de tout nouveau projet par les Etats riverains. Fallait-il, dans ce dernier cas, notifier également ces organismes ? Comme cela avait déjà été le cas pour le premier Mémorandum opérationnel de 1956, l'imprécision des règles guidant l'action de la Banque en matière d'aménagement et d'équipement des voies d'eau internationales se heurta à un projet de construction d'ouvrage. Le *Igdir-Aksu-Eregli-Ercis Irrigation Project* en fut le révélateur, comme le *Projet Ghab* en son temps³⁰⁷. Le projet, porté par la Turquie au début des années 1980, ambitionnait d'irriguer plus de cent-mille hectares de terres arides au moyen d'un vaste programme d'équipement du territoire. L'une des composantes du projet consistait en la construction d'un barrage sur l'Araxe, rivière qui formait, en amont, alors la frontière entre la

³⁰⁷ V. *supra*

Turquie et l'URSS et, en aval, celle entre l'URSS et l'Iran³⁰⁸ sur quelques kilomètres, puis de la frontière entre l'Iran et le Nakhitchévan, puis de la frontière entre l'Iran et l'Arménie, puis le long de la frontière entre l'Azerbaïdjan et l'Iran, entrant finalement en Azerbaïdjan et rejoignant la Koura. Sa longueur totale est d'environ 1 072 km. L'Araxe faisait l'objet d'un traité entre la Turquie et l'URSS conclu en 1927 et d'un accord, indépendant du premier, conclu entre l'Iran et l'URSS en 1957. Le personnel de la Banque considéra que l'accord entre la Turquie et l'URSS était suffisant et n'impliquait donc pas la nécessité de notifier cette dernière du projet. L'institution estima qu'il devait en être de même pour l'Iran, la construction de l'ouvrage ne devant entraîner aucun effet négatif. L'Iran fut toutefois informé (et non pas formellement notifié) du projet et n'y apporta aucune réponse dans un premier temps.

Le Directeur exécutif représentant l'Iran demanda néanmoins un bref report de l'examen du projet qui devait être examiné par l'ensemble des Directeurs exécutifs le 9 juin 1983. Ces dernières firent droit à la demande du représentant de l'Iran et l'examen du projet fut renvoyé au mois de juillet 1983. Durant ce laps de temps, le gouvernement iranien contesta l'absence d'impact négatif du barrage sur l'Araxe et exprima son objection au projet. L'Iran proposait au contraire la création d'une commission tripartite l'associant à l'URSS et la Turquie et qui aurait eu pour mission de réévaluer les impacts du projet. Cette demande fut rejetée par la Banque, qui maintint sa position quant aux effets de l'ouvrage. L'Iran en fit de même, réclamant des informations techniques complémentaires avant d'envisager toute inflexion de sa position. La Turquie fit droit à ces demandes, fournissant l'ensemble des formations demandées, tout en exerçant une pression continue sur les institutions de la Banque pour que le projet soit validé. L'Institution s'en trouva rapidement enfermée dans la position d'arbitre d'un différend qui ne tarda pas à dépasser la seule analyse des effets du projet. A la contestation de la construction du barrage s'ajoutèrent ainsi le statut de l'Araxe entre la Turquie et l'Iran et la critique de fond du Mémoire opérationnel 2.22 de 1965. Une solution de compromis fut trouvée à l'initiative d'un des représentants de l'Iran et le projet fut à nouveau soumis aux Directeurs exécutifs de la Banque au mois de juin 1984, avec une année de retard sur le planning initial. La Turquie obtint que le projet soit validé par les Directeurs exécutifs de la Banque. En échange de la levée de son opposition, l'Iran obtint l'engagement de la Banque d'accorder ses bons offices en vue de promouvoir la conclusion d'un accord entre la Turquie et l'Iran sur la gestion de l'Araxe. L'Iran obtint également l'engagement de la Banque de procéder à l'évaluation et l'adaptation du Mémoire opérationnel 2.22 de 1965. Cet accord ne fut que partiellement honoré en raison de l'échec de la négociation d'un accord d'envergure sur le statut de l'Araxe. La conclusion d'un tel

³⁰⁸ L'Araxe prend aujourd'hui sa source non loin d'Erzurum, en Turquie. Il reçoit ensuite les eaux de l'Akhourian et coule alors le long de la frontière entre la Turquie et l'Arménie, puis de la frontière entre la Turquie et le Nakhitchévan (république autonome d'Azerbaïdjan).

accord nécessitait d'y associer l'URSS ce qui apparut rapidement impossible, faute de relations avec la Banque à l'époque.

Les demandes de l'Iran furent néanmoins satisfaites quant à la révision du Mémoire opérationnel 2.22 de 1965. La Banque publia une étude préparatoire en ce sens le 5 juin 1984³⁰⁹ dont les conclusions furent validées par les instances dirigeantes de la Banque le 7 mars 1985, ouvrant la voie à l'adoption un mois plus tard du Mémoire opérationnel 2.32 du 10 avril 1985. Les règles suivies par la Banque en matière d'utilisation des fleuves internationaux sont nées au Moyen Orient. L'acte fondateur du premier Mémoire opérationnel de 1956 fut l'opposition de la Turquie au projet Ghab en Syrie, tout comme le Mémoire opérationnel de 1985 de l'objection de l'Iran au projet Igdir-Aksu. Cela n'est pas surprenant, dans la mesure où le Moyen Orient hébergeait alors cinq pour-cent de la population mondiale mais ne contenait que moins d'un pour-cent des réserves mondiales d'eau potable. La révision de 1985 vise ainsi à combler ces diverses lacunes.

b.2.2. Apports du Mémoire opérationnel 2.32 du 10 avril 1985

Le nouveau mémoire opérationnel consacre le passage d'un rôle passif de la Banque à un rôle actif dans la négociation et la conclusion d'accords de gestion des voies d'eau internationales. Le Mémoire opérationnel n° 8 de 1956 et son successeur, le Mémoire opérationnel 5.05 de 1965, se limitaient à indiquer que les projets entrepris sur les voies d'eau internationales étaient susceptibles d'altérer les relations entre la Banque et ses emprunteurs, ainsi qu'entre Etats riverains. Ces textes imposaient ainsi à la Banque d'accorder un traitement spécial à ces projets, de façon à prévenir et éviter tout différend. Les textes adoptés en 1985³¹⁰ s'inscrivaient dans la même lignée, tout en en modifiant la portée opératoire. Aux termes de ces derniers, la Banque attache la plus grande importance à ce que les Etats riverains négocient et concluent des accords de gestion commune de tout ou partie de la voie d'eau internationale considérée. La politique opérationnelle 7.50 indique à cet effet que la Banque peut s'engager auprès des Etats riverains pour faciliter la négociation et la conclusion de tels accords. La précision est d'importance, car elle témoigne de l'évolution des missions de la Banque à cet égard, passant d'un rôle passif (mémoires de 1956 à 1965) à un rôle actif par la fourniture d'une assistance technique, financière et juridique aux Etats riverains³¹¹.

L'action de la Banque auprès des riverains de l'Indus fait ici figure de cas d'école. Le partage des eaux de l'Indus se fit au détriment du Pakistan, situé en amont, ouvrant la voie à un différend persistant avec l'Inde qui menaça la paix et la stabilité de la région. La BIRD, par l'entremise de son

³⁰⁹ BIRD, « Riparian Rights: The Bank Experience—Staff Review and Recommendations », 5 juin 1984.

³¹⁰ OP/BP/GP 7.50

³¹¹ World Bank Water Resources Management Policy Paper de 1993 ; Water Resources Sector Strategy— Strategic Directions for World Bank Engagement (2003).

Président, offrit ses bons offices aux deux Etats, qui les acceptèrent en vue de trouver une solution pacifique au différend. Les efforts laborieux de la Banque - neuf années de négociations - permirent la signature du traité sur les eaux de l'Indus de 1960. L'accord, volumineux et complexe, présente pour caractéristique d'avoir été signé par les deux riverains et la Banque. Au plan substantiel, le texte répartit les eaux de l'Indus en deux ensembles attribués aux deux riverains. Cette séparation n'est pas stricte, chaque riverain se voyant reconnaître certains droits sur les eaux attribuées à l'autre. Ces compromis ne purent être atteints qu'au prix d'un vaste programme de grands travaux piloté par la Banque. Toute conclusion d'un accord était exclue tant que le Pakistan se trouvait en situation de totale dépendance vis-à-vis des eaux s'écoulant en aval, sur le territoire indien. Il fallait donc établir l'équilibre minimal entre les riverains que l'histoire et de la géographie n'avaient pas donné. Pour ce faire, deux barrages réservoirs, huit canaux et plus de deux milles puits tubulaires affectés au captage des eaux furent construits. L'opération coûta environ huit-cent-millions de dollars américains, récoltés par le Fonds de développement de l'Indus administré par la Banque. Outre l'Inde et la Banque, l'Australie, le Canada, l'Allemagne et les Etats-Unis accordèrent ainsi leurs concours financiers, majoritairement sous la forme d'aides et de subventions. Au plan institutionnel, l'exécution de l'accord est confiée à une commission permanente (« Permanent Indus Commission ») qui dispose également d'attribution en matière de règlement des différends. La Commission est composée de deux commissaires représentant les deux Etats riverains, mais ne dispose ni de locaux ou d'un secrétariat propres. La Commission sert prioritairement de canal d'échange d'informations et de données techniques entre les riverains quant aux travaux publics susceptibles d'être entrepris par eux conformément aux dispositions du traité. Elle joue donc un rôle central en matière de notification desdits travaux. La Commission dispose également d'un pouvoir d'inspection de l'ensemble des eaux de l'Indus exercé tous les cinq ans. La Banque a également joué un rôle déterminant dans la conclusion d'un accord sur la gestion du Nil, de l'aquifère Guarani, du fleuve Sénégal et du Mékong. Depuis son adoption, le Mémorandum a connu des révisions, notamment pour tenir compte de l'évolution de la nomenclature interne de la Banque.

b.3. Révisions ultérieures du Mémorandum opérationnel 2.32 du 10 avril 1985

Au plan substantiel, les dispositions de fond du Mémorandum opérationnel 2.32 de 1985 continuent de régir les projets financés par la Banque sur les fleuves internationaux bien que ce texte ait fait l'objet de nombreuses adaptations formelles ultérieures. Le texte a en effet été modifié à plusieurs reprises afin de tenir compte de l'évolution de la nomenclature interne de la Banque. En 1989, le Mémorandum 2.32 fut rebaptisé en Directive opérationnelle 7.50 conformément à la volonté de la Banque de changer le nom de ces textes. Sur le fond, le nouveau texte introduisait une distinction

entre les obligations des Etats riverains selon qu'ils soient situés en amont ou en aval. Face aux critiques extérieures comme internes, la Banque procéda à une nouvelle révision du texte une année plus tard, en 1990, qui fit disparaître la distinction susmentionnée. La Directive opérationnelle 7.50 de 1990 fut complétée au mois d'avril 1991 par une annexe exigeant que tout projet concerné par la Directive soit accompagné d'une carte indiquant précisément la localisation et les éléments du projet. Le texte fut ensuite adapté en 1994. D'un document unique, il fut scindé en trois textes distincts mais complémentaires : la Politique opérationnelle 7.50 (Operational Policy (OP)), la Procédure de la Banque (Bank Procedures (BP)) 7.50 et les bonnes pratiques en la matière (Good Practices (GP) 7.50). Bien qu'elle complexifie singulièrement la cohésion générale des règles suivies par la Banque, cette séparation se justifiait par la volonté de la Banque d'affecter les aspects substantiels, procéduraux, et pratiques à trois documents distincts.

Ces changements formels s'accompagnèrent, au fond, de l'instauration d'une nouvelle exception à l'obligation de notification bénéficiant désormais aux projets entrepris sur un affluent prenant sa source et s'écoulant uniquement sur le territoire de l'Etat situé le plus en aval (v. *infra*). En 1997, la Banque distingua dix textes parmi l'ensemble de ses directives opérationnelles en vue de promouvoir un financement respectueux des exigences environnementales et sociales. Ces dix politiques opérationnelles furent qualifiés à cette occasion de « politiques de sauvegarde ». Bien qu'elles ne se différencient pas des autres politiques opérationnelles de la Banque qui relèvent dans leur majorité de la procédure bancaire pure, ces dix politiques opérationnelles constituent encore aujourd'hui le fondement de la majorité des requêtes portées devant le Panel d'inspection de la Banque³¹². Outre les textes relatifs aux projets financés par la Banque sur les voies d'eaux internationales (OP/BP/GP 7.50), les politiques de sauvegarde comportent les textes relatifs à l'évaluation des projets sur l'environnement (Environmental Assessment (OP/BP 4.01)), la protection des habitats naturels (Natural Habitats (OP/BP 4.04)) et des forêts (Forests (OP/BP 4.36)), l'utilisation des pesticides (Pest Management (OP 4.09)), la sécurité des barrages (Safety of Dams (OP/BP 4.37)), la protection du patrimoine culturel physique (Physical Cultural Resources (OP/BP 4.11)), la réinstallation involontaire (Involuntary Resettlement (OP/BP 4.12)), la protection des peuples autochtones (Indigenous Peoples (OP/BP 4.10)) ainsi que les règles devant être observées quant aux projets financés dans des zones contestées (Projects in Disputed Areas (OP/BP 7.60)). A ces dix textes s'ajoute également la politique de la Banque relative à l'information (Bank Policy on Disclosure of Information, référence à revoir) adoptée en 2002 (date à vérifier) qui, bien qu'elle ne soit pas à proprement parler une politique de sauvegarde, contient des dispositions qui renvoient à l'exigence de transparence et de consultation contenue dans certaines politiques opérationnelles. Pour

³¹² Sur le Panel d'inspection en tant que mécanisme de responsabilisation de la Banque, v. *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre VIII.

en revenir aux voies d'eaux internationales, les trois textes pertinents (OP/BP/GP 7.50) firent l'objet d'une révision en 2001 afin d'intégrer les changements d'organisation de la Banque. Ce dernier texte constitue aujourd'hui le droit positif applicable à la Banque, et n'a pas fait l'objet de révision substantielle (seule une modification mineure, de nomenclature, ayant été apportée en 2012).

Il convient enfin de souligner que la politique opérationnelle 7. 50 sera applicable dans les cas où la Banque agit comme agence d'exécution de plusieurs fonds fiduciaires alimentés par de nombreux donateurs. Cela a pour effet de démultiplier l'application potentielle de ce texte, eu égard au recours fréquent à la Banque en qualité d'agence d'exécution. Cela se vérifie particulièrement dans le cas du Fonds pour l'environnement mondial, dont la Banque mondiale sert d'agence d'exécution depuis 1991. Le Fonds mondial pour l'environnement est le mécanisme financier désigné par la Convention sur la diversité biologique, la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification et la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants. Le Fonds mondial pour l'environnement offre une assistance financière sous forme de prêts pour des projets relevant de la protection de la biodiversité et de la couche d'ozone, de la lutte contre le changement climatique, la dégradation des terres et l'aménagement des fleuves internationaux. Cette assistance financière permet ainsi aux Etats parties à ces conventions en leur permettant de satisfaire à leurs obligations internationales. Le financement de projets et de missions d'assistance technique sur les voies d'eau internationales occupe une large part de l'activité totale du Fonds mondial pour l'environnement.

Ainsi les obligations de l'Etat maître de l'ouvrage procèdent-elles de différentes sources (coutume, droit conventionnel). Il convient, pour appréhender leur étendue, de s'interroger à présent sur le champ d'application de ces obligations, tant *ratione loci* que *ratione materiae*.

B. Champ d'application des obligations substantielles

L'Etat maître de l'ouvrage est soumis au respect de plusieurs obligations dont le champ d'application spatial (quelles sont les ressources concernées ?) **(1)** et matériel (quels sont les travaux et ouvrages soumis à ces obligations ?) **(2)** doivent être précisés.

1. Le champ d'application spatial. Les espaces soumis à des règles spéciales d'aménagement

Les instruments classiques retiennent une approche exclusive et, somme toute, très restrictive des espaces sujets à l'application des obligations qu'ils édictent. Ce n'est pas le cas de la politique opérationnelle 7.50 de la BIRD qui retient une approche inclusive : en s'appliquant aux « voies d'eaux

internationales » elle dépasse le clivage opposant les notions classiques de « fleuve » et de « bassin ». La politique opérationnelle 7.50. vise une large catégorie d'espaces qui dépasse largement celle des seuls fleuves internationaux (a). La pratique de cet instrument a confirmé cette interprétation extensive, la BIRD ayant réclaté son application à de nombreux espaces qui n'étaient pas mentionnés dans le texte original (b).

a. Les voies d'eau internationales expressément visées dans le texte de la politique opérationnelle 7.50

La politique opérationnelle 7.50 vise une large catégorie d'espaces qui dépasse largement celle des seuls fleuves internationaux. L'action de la Banque est donc limitée aux obligations substantielles définies dans sa politique lorsqu'elle finance des projet sur :

O.P. 7.50, 1. a) : tout fleuve, rivière, canal, lac ou étendue d'eau analogue formant une frontière entre deux États ou plus, qu'ils soient membres de la Banque (BIRD+AID) ou non (...)

O.P. 7.50, 1. a) *in fine* : tout fleuve, rivière, ou étendue d'eau de surface traversant deux États ou plus, qu'ils soient membres de la Banque (BIRD+AID) ou non ;

O.P. 7.50, 1. b) : tout affluent ou autre étendue d'eau de surface qui est une composante d'une voie d'eau telle que définie au a) ci-dessus.

O.P. 7.50, 1. c) : tout golfe, baie, détroit ou canal bordé par deux États ou plus (...)

O.P. 7.50, 1. c) *in fine* : tout golfe, baie, détroit ou canal situé dans un seul État, mais reconnu comme seule voie de communication entre la haute mer et d'autres États, et tout fleuve ou rivière se jetant dans ledit golfe, baie, détroit ou canal.

La pratique de la politique opérationnelle a également contribué à élargir son champ d'application à d'autres voies d'eau internationales qui ne sont pas expressément mentionnées dans le texte originel.

b. Application étendue de la politique opérationnelle 7.50 aux aquifères transfrontières, aux mers fermées et à leurs affluents

La politique opérationnelle 7.50 s'applique également aux « étendues d'eau de surface traversant deux États ou plus »³¹³. Cette catégorie vise notamment les mers fermées telles les mers

³¹³ BIRD, *Projects on international waterways*, O.P. 7.50, 2001, §1, a).

Morte³¹⁴, Caspienne³¹⁵, et d'Aral³¹⁶ et leurs affluents, y compris nationaux³¹⁷. Ces espaces sont particulièrement vulnérables, du fait de leur situation géographique, aux travaux entrepris sur leurs affluents. Ces derniers entraînent nécessairement une diminution du volume et une altération de la qualité des eaux de la mer fermée. L'assèchement de la mer d'Aral a ainsi été provoqué par la construction d'une série d'ouvrages sur ses deux affluents, l'Amou-Daria et le Syr-Daria. La mer Morte subit le même sort du fait de la diminution des eaux du Jourdain. Les mers fermées font l'objet d'une protection sous l'angle de la politique opérationnelle de la Banque relative aux projets sur les voies d'eau internationales depuis 1965. Cette protection fut reprise indirectement en 1984 lors de l'adoption de la première politique environnementale de l'institution (*l'Operational Manual Statement (OMS) 2.36 on the Environment Aspects of Bank Work*) qui proscrivait à la Banque de financer des projets pouvant porter atteinte à l'environnement d'un Etat sans le consentement de ce dernier. La politique opérationnelle s'applique également aux aquifères transfrontières.

L'étendue des obligations substantielles a ainsi été appréhendée dans un paragraphe premier, qui a nécessité l'étude des sources, puis du champ d'application de ces obligations. L'étude des obligations substantielles relatives à l'aménagement des ressources en eau partagées doit désormais passer par l'examen du contenu de celles-ci.

2. Le champ d'application matériel. Les projets d'aménagement concernés

Le champ d'application matériel vise les projets soumis aux obligations de l'Etat maître de l'ouvrage. La Convention-cadre des Nations Unies de 1997 ne les définit que très imparfaitement, renvoyant simplement à la notion de « mesures projetées » **(a)**. L'application de la politique opérationnelle 7.50 de la BIRD confirme ici aussi le pragmatisme qui a prévalu à son élaboration **(b)**.

a. Les « mesures projetées » dans la Convention des Nations Unies de 1997

La troisième partie de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation est consacrée aux mesures projetées. L'article 11 précise que les Etats du cours d'eau doivent échanger des renseignements au moyen de consultations

³¹⁴ La mer Morte est bordée par Israël, la Jordanie et la Palestine et est alimentée par le Jourdain (Syrie, Israël, Palestine, Jordanie).

³¹⁵ La mer Caspienne est bordée par la Russie, l'Azerbaïdjan, le Turkménistan, l'Iran et le Kazakhstan. Les fleuves Volga (Russie), Oural (Russie et Kazakhstan) Koura (Turquie, Géorgie et Azerbaïdjan) et Emba (Kazakhstan) se jettent dans la mer Caspienne. La Volga assure à elle seule 80 % des apports en eau douce de la mer Caspienne.

³¹⁶ La mer d'Aral est partagée par le Kazakhstan, l'Ouzbékistan, le Tadjikistan, le Kirghizistan et le Turkménistan. Elle est alimentée par l'Amou-Daria (Afghanistan, Tadjikistan, Ouzbékistan et Turkménistan) et le Syr-Daria (Tadjikistan, Ouzbékistan et Kazakhstan).

³¹⁷ La Volga, qui prend sa source en Russie et se jette dans la mer Caspienne constitue donc une voie d'eau internationale au sens de la politique opérationnelle 7.50.

et, le cas échéant, négocier s'agissant des « effets éventuels des mesures projetées sur l'état d'un cours d'eau international ». Les mesures projetées susceptibles d'avoir des effets négatifs à l'égard des autres Etats du cours d'eau doivent donc être notifiées « en temps utile ». A la notification doivent s'adjoindre les « données techniques et informations disponibles, y compris, le cas échéant, les résultats de l'étude d'impact sur l'environnement » (article 12). Sauf accord contraire entre les Etats du cours d'eau, les conclusions portant sur les notifications doivent être transmises dans un délai de six mois, ce délai pouvant être doublé en cas de « difficulté particulière » rencontrée par l'Etat destinataire de la notification (article 13). Durant le délai de réponse, l'Etat auteur de la notification se voit imposer un devoir de coopération avec les Etats destinataires. Il doit, sur demande, fournir « toutes données et informations supplémentaires disponibles et nécessaires à une évaluation précise », et, sauf consentement des Etats destinataires, s'abstenir de mettre en œuvre (ou de permettre que soient mises en œuvre) les mesures projetées litigieuses (article 14). Le commentaire de cette disposition souligne que l'article 11 a un champ d'application plus large que les articles suivants. Alors que ces derniers concernent les mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs significatifs pour les autres Etats, l'article 11 concerne tous les effets, positifs comme négatifs, que pourraient avoir les mesures projetées. Selon le commentaire, le terme mesure doit se comprendre comme visant les projets, mais aussi les programmes nouveaux, et les modifications, qu'ils soient « d'importance mineure ou de grande envergure ». Il est donc d'application large et le choix des termes employés contraste avec celui utilisé par la politique opérationnelle 7.50 de la BIRD.

b. Les projets visés par la politique opérationnelle 7.50 de la BIRD

La politique opérationnelle 7.50 de la BIRD s'applique tout à la fois aux projets qu'elle énumère limitativement **(b.1.)** et à d'autres ouvrages, comme le confirme la pratique suivie par l'institution **(b.2.)**.

b.1. Application de la politique opérationnelle 7.50 aux projets limitativement énoncés

La politique opérationnelle 7.50 vise une large catégorie de projets susceptibles de déclencher son application :

O.P. 7.50, 2. a) : projets d'hydroélectricité, d'irrigation, de lutte contre les crues, de navigation, de drainage, d'alimentation en eau et d'égout, et projets industriels et autres qui impliquent l'utilisation d'une voie d'eau internationale ou qui risqueraient de polluer une voie d'eau internationale selon la définition du par. 1 ci-dessus ;

O.P. 7.50, 2. b) : plans d'exécution et études techniques détaillés relatifs aux projets visés au par. 2 (a) ci-dessus, y compris ceux qui doivent être effectués par la Banque en tant qu'agent d'exécution ou à tout autre titre.

La politique opérationnelle 7.50 voit son champ d'application matériel étendu. Elle inclut en effet d'autres projets que ceux limitativement énoncés.

b.2. Application étendue de la politique opérationnelle 7.50 à d'autres projets que ceux limitativement énoncés

Bien que la politique opérationnelle 7.50 s'applique à une vaste liste de projets, la Banque est régulièrement confrontée à la question de son application à des projets problématiques. En l'état, le texte vise expressément « les projets d'hydroélectricité, d'irrigation, de lutte contre les crues, de navigation, de drainage, d'alimentation en eau et d'égout, et projets industriels ». Afin de préserver un minimum de flexibilité, le texte contient une disposition-balai qui rend obligatoire son application aux « autres (projets) qui impliquent l'utilisation d'une voie d'eau internationale ou qui risqueraient de polluer une voie d'eau internationale ». Cette question s'est rapidement posée dans la pratique de la Banque à l'égard de la construction de pipelines. Ainsi, les Etats riverains des voies d'eau internationales traversées par l'oléoduc Tchad-Cameroun furent notifiés. La politique opérationnelle s'applique ainsi aux ponts sur les voies d'eau internationales **(b.2.1.)**, aux projets connectés **(b.2.3.)** et aux projets impliquant une voie d'eau internationale au sens de la politique opérationnelle 7.50 mais financés par une autre institution que la Banque, cette dernière ne finançant que des ouvrages périphériques au projet principal **(b.2.2.)**.

b.2.1. Ponts sur les voies d'eau internationales

La Banque fut confrontée à la question de l'applicabilité de sa politique opérationnelle 7.50 aux ponts construits sur les voies d'eau internationales à l'occasion du financement du pont suspendu de Jamuna³¹⁸. Cet ouvrage, parmi les plus longs du monde, fut construit au Bangladesh sur le fleuve Brahmaputra. Ce dernier prend sa source en Chine avant de traverser l'Inde, le Bhoutan puis le Bangladesh (où le fleuve est dénommé Jamuna). Ses eaux se jettent ensuite dans le Gange puis dans la baie du Bengale. L'application de la politique opérationnelle 7.50 au projet de pont fut néanmoins écartée par la Banque, faute d'impact de l'ouvrage sur les eaux considérées. La situation géographique du Bangladesh - Etat situé le plus en aval du fleuve Brahmaputra - semble également avoir joué un rôle déterminant dans l'analyse de la Banque.

³¹⁸ Bangladesh, Jamuna Bridge Project (P009509, 1994), Staff Appraisal Report (SAR) No. 12404-BD, 24 janvier 1994.

b.2.2. Projets impliquant une voie d'eau internationale au sens de la politique opérationnelle 7.50 mais financés par une autre institution que la Banque, cette dernière ne finançant que des ouvrages périphériques au projet principal

La politique opérationnelle 7.50 s'applique-t-elle lorsque la Banque n'apporte ses concours financiers qu'à des ouvrages périphériques au projet principal entrepris sur une voie d'eau internationale et financé par un autre bailleur ou grâce aux fonds propres de l'Etat emprunteur ? La Banque exige que l'ensemble du projet respecte sa politique opérationnelle 7.50 afin d'éviter les manœuvres détournées visant à exclure cette application. Cette position est confirmée par les dispositions de la politique opérationnelle 4.01 relative à l'environnement qui s'appliquent à tous les éléments du projet, quelle(s) que soi(en)t la (les) source(s) de financement.

b.2.3. Projets connectés

La politique opérationnelle 7.50 s'applique également aux projets connectés. Ces derniers ne doivent pas être confondus avec le cas des ouvrages périphériques au projet principal. Les projets connectés visent au contraire des ouvrages financés par la Banque qui, pris isolément, ne ressortent pas de la politique opérationnelle 7.50, mais ont vocation à être connectés à un autre projet faisant l'objet d'un financement extérieur et construit sur une voie d'eau internationale. Supposons que le territoire d'un Etat soit traversé par deux voies d'eau internationales indépendantes l'une de l'autre. Afin d'optimiser l'accès à l'eau potable de sa population, les services compétents de l'Etat planifient la construction d'une usine de traitement des eaux situé sur l'une des deux voies d'eau internationales. Cet ouvrage s'accompagne de la construction d'un réseau souterrain d'acheminement des eaux. Ne pouvant assurer à lui seul le financement de l'ensemble du programme, l'Etat emprunteur sollicite un prêt à la Banque pour la construction de l'usine. Le personnel désigné par la Banque pour suivre le projet conclut logiquement à l'application de la politique opérationnelle 7.50 et indique à l'Etat emprunteur qu'il a l'obligation de notifier les Etats riverains de la voie d'eau internationale considérée s'il souhaite bénéficier des concours financiers de la Banque.

Une fois cette obligation satisfaite et les fonds multilatéraux décaissés, l'Etat emprunteur décide d'entreprendre la construction d'une nouvelle usine de traitement des eaux sur la seconde voie d'eau internationale qui traverse son territoire. L'ouvrage est financé sur fonds propres de l'Etat emprunteur et est indépendant du premier projet financé à plusieurs kilomètres de là par la Banque. Les ingénieurs chargés de la construction décident de raccorder l'ouvrage au réseau de distribution des eaux construit en complément de la première usine. La Banque peut-elle exiger de l'Etat emprunteur qu'il procède à la notification de tous les Etats riverains de la seconde voie d'eau

internationale ? En d'autres termes, le raccordement d'un projet indépendant au réseau d'un projet financé par la Banque entraîne-t-il l'application des règles opérationnelles de l'institution à ce projet ? La question est importante car dans l'affirmative, si l'Etat emprunteur refuse de procéder à cette notification (et qu'il refuse de déléguer cette tâche à la Banque comme lui permet la politique opérationnelle 7.50), la Banque suspendra ses concours financiers pour le premier projet. Le texte de la politique opérationnelle 7.50 n'apporte aucune réponse à cette situation. Confrontée à des hypothèses similaires, la Banque a décidé d'y répondre en usant d'un critère contenu dans sa politique opérationnelle relative à la réinstallation involontaire³¹⁹. Ainsi, la Banque appliquera sa politique opérationnelle relative aux projets sur les voies d'eau internationales lorsqu'il existe une « relation directe et significative » entre le projet qu'elle finance et ceux qui lui sont connectés. Tel est le cas lorsque ces projets sont en relation directe et significative avec le projet financé par la Banque (a), que leur construction est nécessaires pour atteindre les objectifs tels qu'ils ont été fixés dans le document du projet (b) et qu'ils sont réalisées, ou planifiées pour être réalisées, en parallèle avec le projet financé par la Banque (c).

§ 2. Le contenu des obligations substantielles de l'Etat maître de l'ouvrage public

Une fois précisé le champ d'application spatial des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage, il convient désormais d'en déterminer le contenu **(B)**. Nous reviendrons, à titre liminaire, sur les obligations substantielles de la BIRD lorsqu'un ouvrage doit être construit sur une voie d'eau internationale au sens de sa politique opérationnelle 7.50 **(A)**.

A. Les obligations spécifiques de la BIRD lorsque l'ouvrage public doit être construit sur une voie d'eau internationale

La Banque est tenue par deux obligations. En amont, lors de la préparation du projet, le personnel de la Banque est tenu par une obligation d'identification précoce des problèmes concernant les droits des Etats riverains sur les voies d'eau internationales faisant l'objet du projet **(1)**. En aval, lors de la présentation du projet pour approbation finale aux Administrateurs de l'Institution, la Banque est tenue par l'obligation de refuser de financer un projet sur une voie d'internationale susceptible de causer un dommage appréciable à l'un quelconque des Etats riverains **(2)**.

³¹⁹ Sur le déplacement et la réinstallation involontaire, v. nos développements *infra* Partie II, Titre I, Chapitre VI, Section 2, Sous-section 2, § 2.

1. La Banque est tenue par une obligation d'identification précoce des problèmes concernant les droits des Etats riverains sur les voies d'eau internationales faisant l'objet du projet

L'équipe chargée du projet est tenue par une d'identification précoce des problèmes concernant les droits des Etats riverains sur les voies d'eau internationales faisant l'objet du projet. Aux termes de la directive opérationnelle 7. 50, « la Banque veille à ce que les aspects internationaux d'un projet relatif à une voie d'eau internationale soient pris en compte aussitôt que possible »³²⁰. Les problèmes potentiels concernant les droits sur les eaux internationales auxquels un projet pourrait donner lieu sont analysés aussitôt que possible au stade de l'identification et décrits dans tous les documents relatifs au projet, dès le Document d'information sur le projet (PID). L'équipe du projet prépare le dossier du concept du projet, y compris le PID, en collaboration avec la Vice-présidence juridique (LEG) qui contient tous les renseignements pertinents sur les aspects internationaux du projet. Lorsque l'équipe du projet communique le dossier du concept du projet au vice-président régional (VPR), elle en adresse copie au vice-président et conseiller juridique (VPLEG). Durant tout le cycle du projet, les Régions, en consultation avec LEG, tiennent le directeur général (DG) intéressé au courant des aspects internationaux du projet et des événements y afférents³²¹.

La Banque est également tenue par l'obligation de refuser de financer un projet sur une voie d'internationale susceptible de causer un dommage appréciable à l'un quelconque des Etats riverains.

2. La Banque est tenue par l'obligation de refuser de financer un projet sur une voie d'internationale susceptible de causer un dommage appréciable à l'un quelconque des Etats riverains

La Banque a pris la décision, dès 1965, de refuser un projet sur une voie d'eau internationale dès lors que ce dernier serait susceptible de causer un dommage appréciable à l'un quelconque des Etats riverains. Le Mémoire opérationnel de 1965 subordonnait le financement du projet à la démonstration de l'absence de dommage appréciable aux autres Etats en ces termes : « (i) the issues involved are covered by appropriate arrangements between the borrower and other riparians; or (ii) the other riparians have stated that they have no objection to the project ; or (iii) the project is not harmful to the interests of other riparians and their absence of express consent is immaterial or their objections are not justified ». La responsabilité finale d'accorder ou non les concours financiers de la Banque revient aujourd'hui aux Administrateurs de la Banque. La présentation du prêt fait donc

³²⁰ O.P. 7.50, 4.

³²¹ B.P. 7.50, 1.

l'objet d'un encadrement particulier par la directive opérationnelle 7.50. Pour que les Administrateurs valident un prêt à un projet sur une voie d'eau internationale, le Document d'évaluation du projet (PAD) de tout projet relatif à une voie d'eau internationale doit ainsi traiter des aspects internationaux du projet en question. Ce document doit indiquer que les services de la Banque ont analysé ces aspects et se sont assurés que les aspects en question font l'objet d'accords ou d'arrangements appropriés entre l'État bénéficiaire et les autres riverains³²² ; ou que les autres riverains ont donné une réponse positive à l'État bénéficiaire ou à la Banque, sous forme ; ou de consentement, d'absence d'objection, de soutien en faveur du projet de confirmation que le projet ne lésera pas leurs intérêts³²³ ; ou dans tous les autres cas, selon l'estimation des services de la Banque, le projet ne causera pas de dommages appréciables aux autres riverains et l'utilisation possible de l'eau par les autres riverains ne causera pas de dommages appréciables au projet. Le PAD contient en outre en annexe les principaux points des objections éventuelles et, le cas échéant, le rapport et les conclusions des experts indépendants³²⁴. La politique opérationnelle 7.50 ne définit pas le terme de « dommage appréciable ».

Outre la BIRD, l'Etat maître de l'ouvrage est également le destinataire d'obligations substantielles.

B. Les obligations substantielles de l'Etat maître de l'ouvrage public

La construction de barrages sur un fleuve international constitue une préoccupation ancienne du droit international comme peuvent notamment en témoigner l'adoption de la Convention relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs États du 9 décembre 1923³²⁵, ainsi que les travaux de l'Institut de Droit international (1961)³²⁶ et de l'International Law Association (1966)³²⁷. L'Etat souhaitant construire un ouvrage sur la portion d'un fleuve international relevant de sa souveraineté est tenu par trois obligations coutumières : le principe de l'utilisation équitable et raisonnable des ressources en eau, l'obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres Etats riverains et de coopérer avec eux. En tout état de cause, le droit international coutumier ne consacre pas de droit de veto aux Etats riverains. Aux obligations substantielles concernant la planification de l'ouvrage **(1)**, s'ajoutent des obligations substantielles relatives à l'exécution et au fonctionnement de l'ouvrage **(2)**.

³²² Hypothèse 1, O.P. 7.50, 8. a).

³²³ Hypothèse 2, O.P. 7.50, 8. b).

³²⁴ Hypothèse 3, O.P. 7.50, 8. c).

³²⁵ Convention relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs États du 9 décembre 1923, Société des Nations, *Rec. Traités*, vol. 36, p. 75

³²⁶ Résolution relative à l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation), *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 49-2, 1961, p. 381.

³²⁷ Règles relatives aux usages des eaux de cours d'eau internationaux (Règles d'Helsinki), traduction française in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1974, vol. II, 2e partie, p. 396.

1. Les obligations substantielles relatives à la planification de l'ouvrage public

L'Etat maître d'ouvrage est tenu par une obligation générale de coopération avec l'ensemble des Etats riverains **(b)** qui ne s'étend toutefois pas jusqu'à accorder à ces derniers un droit de veto sur le projet **(a)**.

a. L'inexistence d'un droit de veto des Etats riverains consacré par le droit international coutumier

La règle de l'approbation préalable des projets consacre à l'extrême que les Etats riverains d'un fleuve international sont tenus d'une obligation de coopération étendue lorsqu'il est question de procéder à une utilisation privative d'une partie de la ressource partagée. Plusieurs traités subordonnent ainsi la construction d'un ouvrage à l'obtention de l'accord préalable des autres riverains. C'est le cas du traité du Rio de la Plata et sa façade maritime de 1973³²⁸, du statut du fleuve Uruguay de 1975³²⁹, du statut sur le fleuve Sénégal de 1972³³⁰ et de l'Accord sur le Mékong de 1995³³¹. Ni ces instruments conventionnels, ni la pratique des Etats ne permettent toutefois de déduire l'existence d'une obligation coutumière des Etats riverains de parvenir à un accord préalable à l'aménagement privatif d'un fleuve international par l'un d'entre eux : l'existence d'une telle obligation ne peut être déduite que d'un engagement conventionnel entre l'ensemble des riverains. Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal arbitral a rappelé qu'une telle obligation « (...) constituerait une restriction essentielle à la souveraineté d'un Etat et elle ne saurait être admise qu'en présence d'une démonstration certaine » et qu'elle « ne pourrait résulter entre la France et l'Espagne que d'un acte conventionnel »³³². A défaut de consécration coutumière d'une obligation d'approbation préalable des projets par l'ensemble des Etats riverains, le droit international général consacre une obligation de notification dont le champ d'application doit désormais être précisé.

b. L'obligation de coopération entre Etats riverains

Aux fins de l'étude de l'obligation de coopération imposée aux Etats riverains, nous examinerons l'institutionnalisation d'une telle coopération **(b.1)**, avant d'illustrer celle-ci par l'exemple de l'activité de la Commission mixte internationale regroupant les Etats-Unis et le Canada **(b.2)**.

³²⁸ Art. 17-22.

³²⁹ Art. 7-13.

³³⁰ Statut, art. 4 et Charte des eaux du fleuve Sénégal 2002, art. 10.

³³¹ Accord, art. 5 et Procédures pour la notification, consultation préalable et accord, art. 6.

³³² SA, *Lac Lanoux*, RSA, vol. XII, § 14.

b.1. L'institutionnalisation de la coopération

L'existence d'une véritable communauté d'intérêts entre les Etats riverains leur impose une coopération étroite en vue de parvenir à l'utilisation équitable et raisonnable du cours d'eau international considéré. L'article 8 de la convention de 1997 dispose ainsi que « les États du cours d'eau coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate du cours d'eau international ». La convention d'Helsinki de 1992 est plus exigeante que le texte de 1997 sur ce point en ce qu'elle exige que « les Parties riveraines concluent, sur une base d'égalité et de réciprocité, des accords bilatéraux ou multilatéraux ou d'autres arrangements, quand il n'en existe pas encore, ou adaptent ceux qui existent lorsque cela est nécessaire pour éliminer les contradictions avec les principes fondamentaux de la présente Convention, afin de définir leurs relations mutuelles et la conduite à tenir en ce qui concerne la prévention, la maîtrise et la réduction de l'impact transfrontière »³³³.

Cette coopération peut prendre plusieurs formes dont le degré d'institutionnalisation sera variable : création de mécanismes ou commissions mixtes³³⁴, échange régulier de données et d'informations sur l'état du cours d'eau³³⁵, notification des mesures d'aménagement projetées³³⁶. Les nombreux conflits d'utilisation susceptibles de naître à l'occasion de la gestion commune d'un cours d'eau international confèrent une véritable « prime » à la coopération institutionnelle. Lorsqu'elle est possible entre les riverains, la création de mécanismes institutionnels communs constitue un avantage indéniable pour établir un dialogue productif orienté vers la coopération et la mise en oeuvre des utilisations du fleuve. Le droit international ne fixe pas de liste exhaustive des missions dont doivent être investies ces commissions. Toutefois, la Convention d'Helsinki en fournit une liste indicative minimale. Au sens de ce texte³³⁷, les commissions fluviales doivent :

- recueillir, rassembler et évaluer des données afin d'identifier les sources de pollution qui risquent d'avoir un impact transfrontière ;
- élaborer des programmes communs de surveillance de l'eau du point de vue qualitatif et quantitatif ;
- dresser des inventaires et échanger des informations sur les sources de pollution qui risquent d'avoir un impact transfrontière ;

³³³ Convention d'Helsinki (1992), art. 9 al. 1

³³⁴ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Organismes et commissions de bassins : aspects de coopération régionale et règlement des différends », in KAMGA M., MBENGUE M. M. (Dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Raymond Ranjeva. L'Afrique et le droit international : variations sur l'organisation internationale*, Paris : Pedone, 2013, pp. 435-444.

³³⁵ Convention d'Helsinki (1992), art. 9.

³³⁶ *Ibid.*, art. 11 à 19.

³³⁷ *Ibid.*, art. 9 al. 2.

- élaborer des programmes communs de surveillance de la quantité et de la qualité de l'eau ;
- établir des limites d'émission pour les eaux usées et évaluer l'efficacité des programmes de lutte contre la pollution ;
- définir des objectifs et des critères communs de qualité de l'eau et proposer des mesures appropriées pour préserver et, si nécessaire, améliorer la qualité de l'eau ;
- mettre au point des programmes d'action concertés pour réduire les charges de pollution tant à partir de sources ponctuelles (par exemple, urbaines et industrielles) qu'à partir de sources diffuses (en particulier l'agriculture) ;
- servir de cadre pour l'échange d'informations sur les utilisations de l'eau et des installations connexes existantes et prévues qui risquent d'avoir un impact transfrontière ;
- promouvoir la coopération et l'échange d'informations sur la meilleure technologie disponible ;
- participer à la réalisation d'études d'impact sur l'environnement relatives aux eaux transfrontières, conformément aux règlements internationaux pertinents.

L'obligation de coopération entre riverains n'est donc pas satisfaite du seul fait de la création d'une commission fluviale : encore faut-il que celle-ci dispose des moyens effectifs de remplir ses missions. Au-delà, les Etats riverains doivent aussi élaborer des programmes d'action concertés : surveillance de l'état des eaux transfrontières³³⁸, recherche-développement sur des techniques efficaces de prévention, de maîtrise et de réduction de l'impact transfrontière, instauration de systèmes d'alerte et d'assistance mutuelle dans les situations de crise.

Ainsi institutionnalisée, la coopération s'impose aux Etats riverains, notamment aux Etats-Unis et au Canada dans le cadre de la Commission mixte internationale.

b.2. Exemple d'application. L'activité de la Commission mixte internationale (Etats-Unis, Canada)

La Commission mixte internationale (CMI) a été créée en 1909 en vertu du Traité des eaux limitrophes (ci-après « le traité de 1909 ») pour aider à prévenir et à résoudre les différends susceptibles de surgir à l'occasion de l'aménagement des eaux transfrontalières entre le Canada et les Etats-Unis. Cette commission bilatérale est un organisme quasi-judiciaire doté d'un pouvoir d'approbation de certains types de projets, tels que des barrages, des dérivations ou des ponts, pouvant

³³⁸ *Ibid.*, art. 4.

être réalisés dans les cours d'eau ou les lacs qui s'étendent le long de la frontière ou la traversent. Elle est composée de six commissaires indépendants³³⁹, dont trois des États-Unis nommés par le président des États-Unis avec l'approbation du Sénat, et trois du Canada nommés par le gouverneur en conseil sur l'avis du premier ministre.

La frontière terrestre canada-américaine mesure environ 8891 km au total, ce qui est en fait la plus longue frontière terrestre bilatérale au monde. De nombreux cours d'eaux sont ainsi partagés entre les deux États et sont soumis à l'accord de 1909³⁴⁰. La Commission mixte internationale impose des règles préalables **(b.2.1.)** aux fins d'obtenir l'approbation pour la construction d'un ouvrage public **(b.2.2.)**.

b.2.1. Les règles gouvernant l'approbation de la construction de de l'ouvrage public

A l'obligation d'obtenir l'approbation préalable de la commission en l'absence de convention spéciale applicable au cours d'eau considéré **(b.2.1.1.)** s'ajoute celle de l'identification des autorités compétentes pour demander l'approbation de la construction d'un ouvrage public à la Commission **(b.2.1.2.)**.

b.2.1.1. L'obligation d'obtenir l'approbation préalable de la Commission en l'absence de convention spéciale applicable au cours d'eau considéré

Conformément à l'article III du Traité, les deux États riverains refuseront d'approuver dans les eaux limitrophes tout nouvel usage, obstruction ou détournement qui aurait une incidence sur le niveau ou le débit naturel des eaux limitrophes de l'autre côté de la frontière sans l'approbation de la Commission. Il n'en va autrement que s'il existe une convention spéciale ée conclue à cet effet entre les États-Unis et le Canada³⁴¹.

Le traité établit ainsi une distinction entre les projets réalisés dans les eaux limitrophes, les eaux provenant d'eaux limitrophes et les eaux traversant la frontière. Le principe est le suivant : à moins d'une convention spéciale entre les États-Unis et le Canada, un projet d'usage, d'obstruction ou de détournement des eaux limitrophes ne peut être exécuté sans l'approbation préalable de la CMI

³³⁹ COMMISSION MIXTE INTERNATIONALE, *Principes directeurs de la procédure devant la Commission*, n° 3 : « Les commissaires ne représentent que la Commission et non les gouvernements qui les ont nommés. Les conseillers et les membres du personnel sont exclusivement au service de la Commission et non de leur gouvernement respectif. Les membres des conseils ou des organes similaires créés par la Commission y siègent à titre personnel et professionnel et non à titre de représentants des organismes pour lesquels ils travaillent ».

³⁴⁰ V. not. les fleuves Saint-Laurent, Niagara, Yukon, Columbia, Sainte Croix et Saint-Jean, Richelieu ; les lacs Supérieur, Champlain, Michigan, Huron, Ontario, Érié ; les rivières Skagit, Sainte Marie et Milk, Poplar, Souris, Rouge, etc.

³⁴¹ Traité des eaux limitrophes, 1909, art. III.

s'il aura une incidence sur le niveau ou le débit naturel de ces eaux de l'autre côté de la frontière. De même, et toujours en l'absence d'une convention spéciale entre les deux Etats, il ne peut être réalisé ou maintenu d'obstruction ou d'ouvrage de protection dans les eaux provenant d'eaux limitrophes ou dans des cours d'eau qui traversent la frontière, en aval de celle-ci, sans l'approbation préalable de la Commission, si l'ouvrage aura pour effet d'augmenter le niveau naturel des eaux de l'autre côté de la frontière. *A contrario*, l'article III ne vient ni limiter ni modifier l'exercice des droits existants dont les gouvernements disposent pour exécuter des travaux publics dans les eaux limitrophes ni leur utilisation à des fins domestiques ou sanitaires.

L'article IV du Traité décrit le pouvoir de la Commission d'autoriser ou non les barrages ou autres obstacles dans les eaux qui proviennent des eaux limitrophes ou dans les eaux inférieures des fleuves et des rivières transfrontaliers, dont l'effet serait d'augmenter le niveau naturel des eaux de l'autre côté de la frontière. Le cours inférieur de la rivière Saint-Jean est un exemple de rivière qui provient des eaux limitrophes, tandis que les cours d'eau comme la rivière Rouge, la rivière Souris, la rivière Kootenay et le fleuve Columbia sont des eaux transfrontalières au sens de l'article IV. Les eaux transfrontalières sont exclues de la définition des « eaux limitrophes » dans le Traité, mais tout établissement ou maintien d'ouvrages de réfection ou de protection, de barrages ou d'autres obstructions dans ces eaux, qu'elles coulent à partir ou en direction de la frontière, doit être approuvé par la Commission conformément à l'article IV chaque fois que les ouvrages proposés sont susceptibles d'« exhausser le niveau naturel des eaux de l'autre côté de la frontière », à moins d'une convention spéciale à cet effet entre le Canada et les États-Unis.

La seule approbation préalable de la Commission ne suffit pas. L'identification des autorités compétentes pour demander l'approbation de la construction d'un ouvrage est requise.

b.2.1.2. Identification des autorités compétentes pour demander l'approbation de la construction d'un ouvrage public à la Commission

La Commission ne peut exiger du Canada et des États-Unis qu'ils présentent des demandes et n'est la gardienne du traité bilatéral : il appartient à chaque gouvernement de veiller à ce que l'approbation de la CMI soit obtenue pour les ouvrages et entreprises qui exigent une telle approbation au sein de leurs territoires respectifs³⁴². La Commission ne peut donc pas se saisir directement d'un projet de dérivation des eaux. Elle dispose tout au plus de la possibilité de porter à l'attention des gouvernements les projets dont elle a connaissance et qui pourraient exiger son approbation. La demande d'approbation doit donc nécessairement émaner de l'un ou l'autre des deux gouvernements

³⁴² Sur l'ensemble de la procédure d'approbation suivie par la CMI, v. COMMISSION MIXTE INTERNATIONALE (CMI), *Guide pour demander l'approbation d'usages, d'obstructions ou de détournements des eaux conformément au Traité des eaux limitrophes de 1909*, mars 2012, 12 p.

fédéraux par le biais d'une saisine directe de la Commission. Toute personne privée qui souhaiterait utiliser, détourner ou obstruer les eaux limitrophes ou transfrontalières doit présenter une demande au gouvernement dont le territoire serait affecté par le projet envisagé. Cette exigence permet ainsi aux gouvernements de déterminer préalablement si un projet est visé par les dispositions du Traité nécessitant l'approbation de la CMI. Les gouvernements peuvent également avoir à examiner la question des effets cumulatifs des petits projets qui, considérés individuellement, peuvent ne pas nécessiter d'approbation, ainsi que les situations dans lesquelles les effets sont théoriques, mais non mesurables. Dans tous les cas, la demande soumise à la Commission doit exposer aussi explicitement que possible les faits qui la motivent et la nature de l'ordonnance d'approbation demandée. Si son contenu est libre, la Commission attire toutefois l'attention des deux Etats sur son contenu minimal. La demande devrait ainsi comprendre les détails du projet et toutes informations connexes pertinentes qui aideront les membres de la Commission à déterminer l'ampleur des répercussions que le projet aura sur le niveau ou le débit des eaux limitrophes ou traversant la frontière. Une demande formulée par l'un des deux riverains doit ainsi comprendre *a minima* l'emplacement géographique du projet ainsi qu'un résumé de sa nature et de son objectif du projet indiquant clairement quelles seront les répercussions du projet sur les niveaux ou les débits des eaux limitrophes ou transfrontalières. La demande devra clairement mentionner les répercussions physiques que le projet serait susceptible d'avoir sur les eaux limitrophes, étayées par des données et des informations techniques telles que des analyses hydrologiques et hydrauliques et des travaux de modélisation. Elle devra comprendre une courte description du type de travaux qu'on propose d'effectuer dans le cadre du projet, précisant notamment la méthode de construction utilisée et les répercussions de la construction (temporaires ou permanentes) sur les niveaux ou les débits des eaux limitrophes.

Une fois les règles gouvernant l'approbation de la construction d'ouvrages publics respectées, la Commission est en mesure de délivrer une ordonnance d'approbation.

b.2.2. L'approbation de la construction de l'ouvrage public par la Commission

L'approbation de la construction de l'ouvrage public par la Commission est gouvernée par des règles procédurales régissant l'examen de la demande (**b.2.2.1**). La Commission dispose ensuite d'un pouvoir de suivi de la mise en œuvre des ordonnances d'approbation qu'elle délivre (**b.2.2.2**).

b.2.2.1. Règles gouvernant l'examen de la demande d'approbation par la Commission

L'article VIII énonce les règles et principes que la Commission doit suivre dans le traitement des demandes qui lui sont soumises par les gouvernements. Il appartient en premier lieu aux Etats

riverains de s'assurer de la compétence de la Commission avant de lui soumettre leurs demandes. Une fois saisie, la CMI s'assurera de sa compétence et, dans l'affirmative, déterminera les règles qu'elle doit suivre pour traiter le dossier. La Commission fera ensuite paraître un avis public et constituera un groupe d'étude ou fait appel à un de ses groupes existants en vue de lui confier le mandat d'étudier les questions liées à la demande afin de formuler un avis à ce sujet. Le groupe d'étude est formé d'un nombre égal d'experts des deux pays. La CMI se fiera généralement à l'expertise du nouveau groupe d'étude (ou du groupe existant) et, dans la plupart des cas, demandera au groupe d'étude si le projet devrait être réalisé et comment l'ouvrage devrait être exploité. Il revient ensuite à la Commission de se prononcer par un vote sur la demande d'approbation. Selon les règles de procédure applicables, les décisions de la Commission doivent être rendues avec l'accord d'au moins quatre commissaires, afin d'assurer la participation d'au moins un commissaire par pays³⁴³ bien qu'en général les décisions soient prises par consensus. En cas de partage des voix, les commissaires de chaque Etat devront faire des rapports séparés qui seront présentés à leur gouvernement. Les deux riverains « devront en conséquence s'efforcer de s'entendre sur le règlement de la question ou de l'affaire qui fait le sujet du différend, et s'il intervient un arrangement entre elles, cet arrangement sera couché par écrit sous la forme d'un protocole et sera communiqué aux commissaires, qui devront prendre les mesures ultérieures qui pourront être nécessaires pour mettre à exécution cet arrangement »³⁴⁴.

Les individus ne sont pas exclus du processus d'évaluation mené par la Commission. Toute personne intéressée par l'objet d'une demande, qu'elle soit favorable ou non au projet, a le droit d'être entendue par les commissaires lors des audiences publiques organisées pour déterminer le bien-fondé de la demande présentée par l'un des riverains. Au cours de ces audiences, toute personne et/ou tout gouvernement intéressé - y compris l'Etat requérant - a la possibilité de présenter, directement ou par l'intermédiaire d'un avocat, des preuves verbales et écrites et de faire valoir ses arguments sur le projet devant la CMI. De plus, toute personne ou tout gouvernement intéressé (autre que le requérant) peut présenter une réponse à une demande. Cette réponse doit énoncer, à l'encontre ou à l'appui de la totalité ou d'une partie de la demande, des faits et des arguments qui se rapportent à l'objet de la demande. Le requérant peut ensuite présenter une réplique aux allégations et aux arguments formulés dans les réponses.

Le Traité accorde une importante marge d'appréciation à la Commission dans l'examen des projets d'aménagement sur un cours d'eau relevant de sa compétence. En tout état de cause, l'approbation de la CMI s'ajoute mais ne remplace en aucune façon l'autorisation nationale dans le

³⁴³ Comme nous l'avons évoqué *supra*, la Commission est composée de six membres à parité égale des deux Etats riverains.

³⁴⁴ Traité, article VIII, al. 8.

pays où la proposition a été faite. Durant le processus d'autorisation des travaux, la Commission doit tenir compte des droits égaux et similaires des deux riverains pour l'usage des *eaux limitrophes* de leur côté de la frontière³⁴⁵. Quelles sont les règles suivies par la Commission en cas de conflits d'utilisation ? Le traité établit un ordre de préséance des usages du cours d'eau considéré, ce qui permet à la Commission de refuser d'autoriser tout usage qui tend à entraver ou à restreindre tout autre usage auquel l'ordre de préséance accorde une priorité plus grande : les usages pour des fins domestiques et hygiéniques sont ainsi affectés de la plus haute priorité (1) et l'emportent sur les usages pour la navigation, y compris le service des canaux pour les besoins de la navigation (2) et les usages pour des fins de force motrice et d'irrigation (3).

La Commission dispose également du pouvoir d'exiger que la conception ou l'exploitation d'un ouvrage respecte certaines conditions pour protéger les intérêts de l'ensemble des riverains et pour compenser le mieux possible l'usage ou le détournement proposé. En ce qui concerne les usages et les détournements, l'exercice de ce pouvoir est discrétionnaire : « la Commission, à sa discrétion, peut mettre comme condition de son approbation la construction d'ouvrages de secours et de protection pour compenser autant que possible l'usage ou le détournement particulièrement proposé et dans ces cas elle peut exiger que des dispositions convenables et suffisantes, approuvées par la Commission soient prises pour protéger contre tous dommages les intérêts de l'autre côté de la frontière et pour payer une indemnité à cet égard »³⁴⁶. Dans les cas entraînant l'élévation du niveau naturel des eaux de l'un ou l'autre côté de la frontière par suite de projets menés dans les eaux limitrophes du côté opposé de la frontière ou dans les eaux qui en proviennent, ou dans les eaux en aval de la frontière dans des rivières transfrontalières, la Commission a l'obligation d'exiger comme condition de son approbation que des dispositions convenables et suffisantes, approuvées par la Commission, soient prises pour protéger contre tous dommages les intérêts de l'autre côté de la frontière qui pourraient être par là atteints, et prévoir le versement d'une indemnité à cet égard : « Dans les cas entraînant l'élévation du niveau naturel des eaux de l'un ou l'autre côté de la ligne par suite de la construction ou de l'entretien de l'autre côté d'ouvrages de secours ou de protection ou de barrages ou autres obstacles dans les eaux limitrophes ou dans les eaux qui en proviennent ou dans les eaux en aval de la frontière dans des rivières qui coupent la frontière, la Commission doit exiger, comme condition de son approbation, que des dispositions convenables et suffisantes, approuvées par la Commission, soient prises pour protéger contre tous dommages tous les intérêts de l'autre côté de la frontière qui pourraient être par là atteints, et payer une indemnité à cet égard »³⁴⁷. Cette disposition ne signifie pas pour autant que tous les intérêts doivent être protégés contre tout impact négatif et

³⁴⁵ Article VIII : « Les Hautes parties contractantes auront, chacune de son côté de la frontière, des droits égaux et similaires pour l'usage des eaux ci-dessus définies comme eaux limitrophes ».

³⁴⁶ Traité, art. VIII, al. 6.

³⁴⁷ Traité, art. VIII, al. 7.

toute perte nette : elle donne uniquement à la Commission la souplesse nécessaire pour déterminer les mesures à prendre, au besoin, pour protéger et indemniser certains intérêts.

L'ordonnance d'approbation par la Commission fait l'objet d'un suivi de mise en œuvre par cette dernière.

b.2.2.2. Pouvoirs de la Commission en matière de suivi de la mise en oeuvre de l'ordonnance d'approbation de la construction de l'ouvrage public

Les ordonnances d'approbation ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un appel devant les juridictions internes des deux Etats riverains, la CMI y bénéficiant de l'immunité de juridiction³⁴⁸. Les règles de procédures ne prévoient pas plus de possibilité d'interjeter appel devant la Commission. Toutefois, le système prévu par le traité ne fait pas échec à une *modification* ultérieure de l'ordonnance par la Commission sur sa propre initiative ou en réponse à d'autres initiatives. En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par le Traité, la Commission a l'obligation d'assurer la surveillance et l'examen continus de ses ordonnances d'approbation afin de s'assurer que les décisions qu'elle prend sont conformes au Traité à la lumière de toutes les circonstances pertinentes. Le paragraphe 12(3) des règles de procédure de la CMI indique ainsi qu'un gouvernement ou que toute personne qui a le droit de solliciter une autre ordonnance peut présenter à la Commission une demande décrivant les faits sur lesquels il s'appuie et la nature de la nouvelle ordonnance demandée. Si la Commission lance un processus de modification, elle doit procéder conformément aux dispositions du Traité et de ses règles de procédure, en prévoyant des occasions suffisantes pour l'examen et la rétroaction du public.

L'ordonnance d'approbation nécessite souvent la nomination d'un conseil de contrôle, composé d'un nombre égal de membres du Canada et des États-Unis, pour aider à la supervision et à la mise en œuvre de l'ordonnance. Ce mécanisme de suivi sera particulièrement indiqué lorsque la Commission subordonnera son approbation au respect de certaines conditions pour la construction et/ou l'exploitation de l'ouvrage, telle une prescription relative au débit à passer par un barrage. D'autres modalités de l'ordonnance peuvent prévoir des mécanismes de surveillance pour aider à informer la CMI sur la façon dont son ordonnance d'approbation est mise en œuvre, pour l'informer des circonstances nouvelles ou modifiées, et pour évaluer l'impact du projet et de son exploitation sur divers intérêts, y compris l'environnement.

³⁴⁸ Au Canada, la CMI a l'immunité de juridiction aux termes du Décret sur l'immunité de la Commission conjointe internationale (C.R.C., ch. 1315), promulgué en vertu des dispositions habilitantes de la Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales. Aux États-Unis, l'immunité est conférée aux termes de la International Organizations Immunities Act (22 USC, article 288 et suivants) et du Executive Order 9972.

Tenus par des obligations substantielles de coopération, les Etats riverains doivent également respecter les obligations internationales encadrant l'exécution et le fonctionnement de l'ouvrage public.

2. Les obligations substantielles relatives à l'exécution et au fonctionnement de l'ouvrage public

L'Etat maître de l'ouvrage est tenu par deux obligations générales qui impactent la planification et le fonctionnement de l'ouvrage. Les utilisations privatives des ressources en eau partagées doivent être équitables et raisonnables **(a)** et ne pas causer de dommage significatif aux Etats riverains **(b)**.

a. Le principe de l'utilisation équitable et raisonnable des ressources en eau

Les cours d'eau ne relèvent de la souveraineté territoriale des États qu'ils traversent que par les hasards de la géographie et de l'histoire : « a watercourse system is a natural phenomenon. It is made « international » when international political boundaries are superimposed upon it »³⁴⁹. La distribution spatiale des cours d'eau est inéquitable par essence : il n'existe aucune règle tirée du droit international qui imposerait le partage égalitaire des portions d'un fleuve entre Etats riverains. Quand bien même cela serait le cas, l'équité dans la distribution géographique serait trompeuse puisqu'elle ne supprimerait pas la distinction fondamentale existant entre les Etats situés en amont du fleuve et ceux situés en aval. Un fleuve international ne présente donc pas les mêmes potentialités selon la portion considérée et rien ne garantit *a priori* que toutes les prétentions des Etats riverains pourront être satisfaites. Pour surmonter d'éventuels conflits d'utilisation, le réflexe le plus simple pourrait consister à tirer profit du fait accompli et autoriser un Etat riverain à revendiquer le droit unilatéral de disposer d'une entière liberté de décider de l'utilisation de la partie d'un cours d'eau international traversant son territoire. Bien que proclamée dès 1895 par le biais de la doctrine Harmon, cette théorie dite de la souveraineté absolue a été rejetée par la communauté internationale. Ses avatars successifs, au premier rang desquels la théorie de l'intégrité territoriale, ne sont pas plus admissibles. Au titre de cette dernière, un État d'un cours d'eau international a le droit d'exiger la permanence de l'écoulement naturel des eaux provenant d'autres pays riverains. Cette position qui est favorable à l'État en aval interdit *de facto* à l'Etat d'amont de procéder aux aménagements publics éventuels qui pourraient s'avérer nécessaires.

³⁴⁹ MCCAFFREY S. C., *The Law of International Watercourses. Non-Navigational Uses*, Oxford : Oxford University Press, 2001, p. 40.

Ainsi, au droit souverain d'utiliser les eaux d'un cours d'eau international répond l'obligation de ne pas priver les autres États riverains de leur droit d'utilisation des eaux. A défaut d'être égaux devant la géographie et la répartition des eaux sur leurs territoires respectifs, tous les États riverains doivent être *égaux en droit*, c'est-à-dire que chacun d'entre eux doit pouvoir utiliser le cours d'eau et en tirer les avantages attendus de façon équitable. Ce principe de l'utilisation équitable et raisonnable des ressources en eau est consacré par la Convention de 1997 en son article 5 - « les États du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs le cours d'eau international de manière équitable et raisonnable »³⁵⁰ - et est sans aucun doute une règle générale de droit applicable à la détermination des droits et des obligations des États riverains³⁵¹. Ce principe se justifie dès lors que le cours d'eau international cesse d'être appréhendé comme un ensemble de secteurs soumis à la souveraineté territoriale de plusieurs riverains et qu'il est envisagé comme une ressource unique, partagée. Il y a là l'idée selon laquelle les États qui partagent un cours d'eau international constituent une communauté d'intérêts (les États ne peuvent faire abstraction de l'unité du cours d'eau qui est un fait qui s'impose à eux) qui a vocation à devenir une communauté de droit³⁵². Cela est valable pour la navigation : un État ne peut restreindre les droits de navigation des autres riverains au seul prétexte que son territoire est traversé par un tronçon du fleuve. La CPJI l'avait précisé dans l'affaire de la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* : « la communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres »³⁵³. Mais l'idée de communauté d'intérêts est également valable pour tous projets entrepris à des fins autres que la navigation. Comme l'a rappelé la CIJ dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, « le développement moderne du droit international a renforcé ce principe également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, comme en témoigne l'adoption par l'Assemblée générale des Nations unies, le 21 mai 1997, de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation »³⁵⁴.

³⁵⁰ Convention de 1997, art. 5. Applications régionales : V. Conv. sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube 1994, art. 2. – Accord de coopération pour un développement durable du bassin du Mékong 1995, art. 5. – Art. 2 (b) et 3.7 et 3.8 du Protocole révisé sur les cours d'eau partagés de la SADC de 2000. – Charte des eaux du fleuve Sénégal 2002, art. 4.

³⁵¹ Commentaire relatif au projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, Rapp. Commission du droit international sur les travaux de sa 46e session, Assemblée générale, Doc. officiels, Supplément n° 10 A/49/10, p. 242.

³⁵² CPA, *Apurement des comptes* : Pour le tribunal, le régime établi sur le Rhin rend « témoignage à une communauté d'intérêts » qui conduit à une « communauté de droits ». « (...) La solidarité des riverains est sans doute un élément de leur communauté d'intérêts » (§ 97).

³⁵³ CPJI, *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, arrêt n° 16, 1929, CPJI, série A n° 23, préc. n° 20, p. 27.

³⁵⁴ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, § 85.

Puisque le cours d'eau international est une ressource partagée, les Etats riverains sont liés par une communauté d'intérêts. Tout projet entrepris à des fins autres que la navigation doit donc être apprécié à la lueur du principe de l'utilisation équitable et raisonnable des ressources en eau. Pour pouvoir être considéré comme licite au regard du droit international, un projet d'aménagement ne doit pas avoir pour conséquence de conférer une utilisation disproportionnée des eaux à l'Etat riverain ayant entrepris les travaux. Tout est donc affaire de proportion dans le respect de ce principe. Cette dernière n'est pas respectée, par exemple, lorsqu'un Etat détourne unilatéralement une partie du fleuve sur son territoire au moyen de la construction d'un système de barrage et d'écluses. Après la suspension puis l'abandon du système de barrage commun de Gabčíkovo-Nagymaros par la Hongrie³⁵⁵, la Tchécoslovaquie mit en place la « Variante C » du projet qui prévoyait une diversion unilatérale du Danube dans son territoire. Appelée à trancher le différend, la Cour internationale de Justice s'appuya sur l'article 5 de la Convention de 1997³⁵⁶ pour conclure « que la Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelle du Danube (...) n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international »³⁵⁷. Ce principe a été rappelé par la Cour dans son arrêt dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*³⁵⁸.

Pour fondamental qu'il soit, ce principe demeure d'application délicate. Formulé en des termes généraux (la Convention de 1997 est un « cadre »), sa mise oeuvre est indexée sur les caractéristiques propres à chaque cours d'eau international. L'article 6 de la Convention de 1997 fournit une liste indicative indicative des facteurs et circonstances à prendre en compte pour apprécier l'utilisation équitable et raisonnable des eaux :

- les facteurs géographiques, hydrographiques, hydrologiques, climatiques, écologiques ;
- les besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau ;
- la prise en compte de la population tributaire du cours d'eau dans chaque État du cours d'eau ;
- les effets des utilisations du cours d'eau dans un État du cours d'eau sur d'autres États du cours d'eau ;

³⁵⁵ Le différend qui opposait la Hongrie à la Tchécoslovaquie (devenue la Slovaquie en 1993) devant la Cour internationale de Justice portait sur la construction d'un projet relatif à un système de barrages sur le Danube, prévu par un traité conclu entre les deux États en 1977. Celui-ci prévoyait que le système de barrages construits par les Parties constitue un "système d'ouvrages opérationnel, unique et indivisible". Cependant, à cause de critiques suscitées par le projet en Hongrie, le gouvernement hongrois décida en 1989 de suspendre puis d'abandonner le projet. La Tchécoslovaquie chercha à mettre en place des solutions alternatives mais la Hongrie refusa, en affirmant que des études environnementales supplémentaires étaient nécessaires. L'échec des négociations ouvra la porte à des mesures unilatérales prises par les Parties. La Tchécoslovaquie mit en place la "Variante C" qui prévoyait une diversion unilatérale du Danube dans son territoire. La Hongrie, pour sa part, notifia à la Tchécoslovaquie la terminaison du traité de 1977.

³⁵⁶ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, § 147.

³⁵⁷ *Ibid.*, § 85.

³⁵⁸ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine/ Uruguay)*, arrêt du 22 avril 2010, §§ 174-175.

- les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau ;
- la conservation, la protection, la mise en valeur et l'économie dans l'utilisation du cours d'eau et l'existence d'autres options, de valeur comparable, susceptibles de remplacer une utilisation particulière, actuelle ou envisagée.

Les conflits d'utilisation ne sont pas résolus par l'existence de règles de priorité entre les différentes utilisations. S'il n'existe donc pas de hiérarchie entre elles, l'article 10 de la Convention de 1997 indique qu'une « attention spéciale » doit être accordée à « la satisfaction des besoins humains essentiels »³⁵⁹. Il s'agit là de garantir la priorité des utilisations du cours d'eau international sans lesquelles la satisfaction des besoins essentiels serait mise en péril. Cela vise, *a minima*, la garantie du droit à l'eau, entendu comme un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun. Les Etats riverains doivent ainsi « veiller à fournir de l'eau en quantité suffisante pour la vie humaine, qu'il s'agisse de l'eau potable ou de l'eau à réserver aux productions vivrières destinées à empêcher la famine »³⁶⁰.

Les Etats sont également tenus par l'obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres Etats riverains.

b. L'obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres Etats riverains

Qu'ils aménagent leur territoire terrestre ou maritime, les Etats demeurent liés par l'obligation générale de ne pas porter atteinte aux territoires des autres Etats du fait de leurs activités. Cette obligation dite de « l'utilisation non dommageable du territoire » a été consacrée à de nombreuses reprises dans certaines des affaires les plus célèbres de la jurisprudence internationale. Cette obligation fut clairement mise en évidence pour la première fois au sujet de la construction d'une fonderie dont l'exploitation générera d'importantes fumées nocives entraînant une pollution transfrontière au gré du vent ne respecte pas cette obligation. Ce sont surtout l'affaire du *Détroit de Corfou* et l'avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* qui permirent à la Cour d'en affirmer la portée générale. Dans la première, les juges en appelèrent à l'existence de « certains principes généraux et bien reconnus », tels que « l'obligation, pour tout État,

³⁵⁹ Le concept de besoins humains a été utilisé pour la première fois en 1956 dans l'affaire du Lac Lanoux. Le tribunal a noté que l'eau « peut être l'objet d'une restitution qui n'altère pas ses qualités au regard des besoins humains » : SA, *Lac Lanoux*, *préc.*, § 8).

³⁶⁰ Commentaire relatif au Projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, Rapp. Commission du droit international sur les travaux de sa 46^e session, Assemblée générale : Doc. officiels, Supplément n° 10 A/49/10, pp. 279-280.

de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »³⁶¹. Dans l'avis consultatif, après avoir rappelé sa conception de l'environnement³⁶², elle rappela « 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 (...) »³⁶³.

Ce devoir général de ne pas porter atteinte aux territoires des autres Etats doit-il être entendu de la même façon lorsqu'il est appliqué à l'aménagement et la gestion d'un cours d'eau international ? Ce principe a été affirmé très tôt dans la jurisprudence internationale. Dans la sentence arbitrale du 22 mars 1888 relative à *l'affaire du fleuve San Juan* opposant le Costa Rica au Nicaragua, l'arbitre unique avait confirmé l'application de la règle de l'utilisation non dommageable du territoire aux travaux d'aménagement entrepris sur un cours d'eau international : « la République du Costa Rica ne peut pas empêcher la République du Nicaragua d'exécuter (...) sur son propre territoire (...) des ouvrages d'aménagement, à condition toutefois que, du fait de ces ouvrages, le territoire costaricien ne se trouve pas occupé, inondé ou endommagé et à condition qu'ils n'empêchent ou n'entravent pas sérieusement la navigation sur le fleuve ou sur ses bras, partout où le Costa Rica a également des droits de navigation. La République du Costa Rica a le droit d'exiger une indemnisation si, du fait de la construction d'ouvrages d'aménagement, des lieux lui appartenant sur la rive droite du San Juan étaient occupés sans son accord et si des terrains lui appartenant sur la même rive étaient inondés ou endommagés de toute autre manière »³⁶⁴.

Si l'on s'en tient à la rédaction de l'article 7 de la Convention de 1997 qui dispose que lorsque « les États utilisent un cours d'eau international sur leur territoire, les États du cours d'eau prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau ». La Convention d'Helsinki de 1992 ne dit pas autre chose lorsqu'elle exige des Etats parties qu'ils veillent à « ce qu'il soit fait un usage raisonnable et équitable des eaux transfrontières, en tenant particulièrement compte de leur caractère transfrontière, dans le cas d'activités qui entraînent ou risquent d'entraîner un impact transfrontière »³⁶⁵. Affirmer que le territoire de tous les Etats riverains doit être protégé des activités entreprise par un autre Etat riverain s'avère très délicat en pratique. Les Etats doivent donc être vigilants lorsqu'ils entreprennent toutes activités susceptibles d'affecter les

³⁶¹ CIJ, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949, p. 22.

³⁶² CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juill. 1996, p. 242, § 29 : « La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour (...). Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir ».

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. II (1re partie), doc. A/CN. 4/421, pp. 123-124.

³⁶⁵ V. également les Règles d'Helsinki qui mentionnent l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs comme l'un des facteurs à prendre en compte lors de la définition d'une utilisation équitable et raisonnable des eaux d'un cours d'eau : Règles d'Helsinki, art. X.

riverains. Cela se traduit par l'existence d'une obligation de diligence requise, ou *due diligence*, « vis-à-vis de toutes les activités qui se déroulent sous la juridiction et le contrôle de chacune des parties. 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 oeuvre 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 »³⁶⁶.

*

Cette partie de notre étude visait à identifier les obligations substantielles de l'Etat riverain lorsque ce dernier procède à la construction d'un ouvrage public. Nous avons procédé en deux temps successifs.

Nous avons d'abord précisé l'*étendue* des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage. Pour ce faire, il convenait de déterminer les sources des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage avant d'en préciser le champ d'application personnel et matériel. Les obligations internationales de l'Etat maître de l'ouvrage se déduisent aujourd'hui du droit international coutumier, tel que codifié dans la Convention des Nations Unies de 1997, et dans les différends accords régionaux conclus entre Etats riverains. Ces obligations s'appliquent en premier lieu aux Etats. Leur application aux bailleurs de fonds multilatéraux, amenés à financer des infrastructures sur les ressources en eaux partagées, est moins évidente. Leur action ne se trouve pourtant pas hors du droit, comme en témoigne le rôle pionnier joué par la BIRD dans l'élaboration de règles applicables aux projets financés par les banques multilatérales de développement. La politique opérationnelle 7.50 relative aux projets sur les voies d'eau internationales en constitue le point d'orgue. Après avoir présenté ces textes et mesuré l'importance de la contribution de la BIRD sur le sujet, nous avons procédé à l'identification du champ d'application spatial (quelles sont les ressources concernées ?) et matériel (quels sont les travaux et ouvrages soumis à ces obligations ?) des obligations substantielles de l'Etat maître de l'ouvrage.

Nous avons ensuite précisé le *contenu* desdites obligations substantielles. Nous sommes revenus, à titre liminaire, sur les obligations substantielles de la BIRD lorsqu'un ouvrage doit être construit sur une voie d'eau internationale au sens de sa politique opérationnelle 7.50. La Banque est tenue par deux obligations. En amont, lors de la préparation du projet, le personnel de la Banque est tenu par une obligation d'identification précoce des problèmes concernant les droits des Etats riverains sur les voies d'eau internationales faisant l'objet du projet. En aval, lors de la présentation

³⁶⁶ (CIJ, 20 avr. 2010, *aff. relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay)*, préc. n° 46, § 197). V. également la définition donnée par le tribunal arbitral dans l'affaire de l'Alabama : "une diligence proportionnelle à l'importance du sujet, à la dignité et à la force de la puissance qui l'exerce" et le "soin que les gouvernements ont coutume de mettre dans les matières qui concernent tant leur sécurité que celle de leurs ressortissants" (*aff. de l'Alabama*, 14 sept. 1872 : *Rec. des arbitrages internationaux (Lapradelle et Politis)*, vol. II, p. 786 et 796).

du projet pour approbation finale aux Administrateurs de l'Institution, la Banque est tenue par l'obligation de refuser de financer un projet sur une voie d'internationale susceptible de causer un dommage appréciable à l'un quelconque des Etats riverains. L'Etat souhaitant construire un ouvrage sur la portion d'un fleuve international relevant de sa souveraineté est quant à lui tenu par trois obligations coutumières : le principe de l'utilisation équitable et raisonnable des ressources en eau, l'obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres Etats riverains et de coopérer avec eux. En tout état de cause, le droit international coutumier ne consacre pas de droit de veto aux Etats riverains. Aux obligations substantielles concernant la planification de l'ouvrage, s'ajoutent ainsi des obligations substantielles relatives à l'exécution et au fonctionnement de l'ouvrage.

Nos prochains développements seront consacrés à l'analyse du cadre procédural entourant la construction de l'ouvrage public par l'Etat riverain.

Section 2. Les obligations procédurales de l'Etat maître de l'ouvrage public

La solidarité objective qui unit les Etats partageant la ressource en eau, couplée au principe de souveraineté territoriale, entraîne pour conséquence le développement important d'obligations procédurales. Bien plus abondantes et détaillées que les obligations substantielles, elles peuvent être présentées selon une séquence chronologique s'étalant de l'obligation de l'Etat maître de l'ouvrage de notifier les Etats riverains et/ou organismes de gestion commune (**Sous-Section 1**) à la réception (éventuelle) d'une réponse de ces derniers (**Sous-Section 2**).

Sous-section 1. L'obligation de notifier l'ouvrage public aux Etats riverains et organismes de gestion commune

Affirmer l'existence d'une obligation de notifier les Etats riverains et organismes de gestion commune nécessite dans un premier temps d'en déterminer le champ d'application personnel (qui doit notifier ?) (**§1**) et matériel (que doit notifier l'Etat qui entreprend les travaux ?) (**§2**).

§1. Le champ d'application personnel de l'obligation de notification

L'obligation, pour un Etat, de notifier les Etats susceptibles d'être affectés par une activité se déroulant sur son territoire apparaît comme le corollaire de l'obligation générale de coopération, d'échange d'informations et de données entre les Etats riverains d'une même voie d'eau

internationale³⁶⁷. La pratique distingue trois hypothèses dans lesquelles pareille notification est exigée. C'est d'abord le cas lorsque l'activité considérée entreprise par l'Etat implique l'utilisation d'une partie des eaux partagées. La notification est également exigée d'un Etat informé d'une activité se déroulant sur son territoire et susceptible de causer un dommage aux autres riverains. La notification peut également être *réclamée* par un Etat riverain lorsqu'il a des motifs raisonnables de penser qu'un autre Etat du cours d'eau projette des mesures qui peuvent avoir des effets négatifs significatifs pour lui. Il convient donc d'identifier les débiteurs **(A)** et les destinataires **(B)** de l'obligation de notification.

A. Identification des débiteurs de l'obligation de notification

L'Etat qui entreprend les travaux de construction de l'ouvrage est le premier débiteur de l'obligation de notification **(1)**. L'octroi d'un financement par la Banque mondiale entraîne également des conséquences juridiques sur la détermination du débiteur de l'obligation **(2)**.

1. L'obligation de notification s'impose à l'Etat

Il appartient à l'Etat qui envisage de conduire les travaux d'aménagement de prendre l'initiative de la notification puis, le cas échéant, de prendre l'initiative de la consultation. C'est bien l'Etat et lui seul qui est destinataire de l'obligation de notification, y compris dans les hypothèses où les travaux d'aménagement seraient menés à la demande d'une collectivité infraétatique et / ou qu'ils soient menés / exécutés par des personnes privées. Consacrer le devoir d'initiative de l'Etat riverain qui entreprend les travaux d'aménagement participe d'une démarche de bon sens car il est le plus au fait des éventuels effets négatifs du projet. Mais faire de cet Etat le seul destinataire de l'obligation de notification peut également être dangereux et légitimer la politique du fait accompli : l'Etat entreprend les travaux de construction sans procéder à la notification des autres riverains ou en n'effectuant qu'une notification tardive du projet. Du moment où l'existence d'une communauté d'intérêts est postulée du seul fait de l'existence d'une ressource partagée, l'obligation de procéder à une notification préalable ne peut raisonnablement pas dépendre de l'appréciation unilatérale de l'Etat qui compte entreprendre les ouvrages sur le cours d'eau. Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, la France avait ainsi refusé de notifier officiellement l'Espagne au sujet des travaux de dérivation des eaux du

³⁶⁷ Déclaration de Montevideo sur l'utilisation des fleuves internationaux à des fins industrielles et agricoles : « the works which a state plans to perform in international waters shall be previously announced to the other riparian or co-jurisdictional states. The announcement shall be accompanied by the necessary technical documentation in order that the other interested states may judge the scope of such works, and by the name of the technical expert or experts who are to deal, if necessary, with the international side of the matter » (nbp: *Declaration concerning the Industrial and Agricultural Use of International Rivers*, Montevideo, 24 décembre 1933, §7)

fleuve Carol. Devant le tribunal arbitral constitué pour connaître du différend, la France soutenait ainsi que la construction envisagée ne provoquerait que des préjudices sensibles au sein du territoire français et serait dépourvue de tels effets au-delà de ses propres frontières. Les arbitres ne firent pas droit à cet argument et reconnurent au contraire le droit de l'Espagne à exiger de la France toutes les précisions utiles relatives aux effets des ouvrages projetés. Ainsi,

« l'affirmation du gouvernement français, suivant laquelle les travaux projetés ne peuvent causer aucun préjudice aux riverains espagnols ne suffit pas, contrairement à ce qui a été soutenu (...), à dispenser celui-ci d'aucune des obligations prévues à l'article 11 (...) L'État exposé à subir les répercussions des travaux entrepris par un État limitrophe est seul juge de ses intérêts, et si ce dernier n'en a pas pris l'initiative, on ne saurait méconnaître à l'autre, le droit d'exiger notification des travaux ou concessions qui sont l'objet d'un projet »³⁶⁸.

La règle est ainsi posée et est reprise par la majorité des traités applicables aux utilisations autres que la navigation des cours d'eaux internationaux : en l'absence de notification par l'Etat entreprenant les travaux d'aménagement, tout État qui s'estime susceptible d'être affecté par les effets négatifs d'activités d'autres États le droit d'intervenir en déclenchant la procédure de notification.

Si l'Etat maître de l'ouvrage est le premier destinataire de l'obligation de notification, l'Etat emprunteur, auprès de la Banque mondiale est également le destinataire de certaines obligations.

2. La pratique de la BIRD issue de la politique opérationnelle 7.50

Si un projet entrant dans le champ d'application de la politique opérationnelle 7.50 est entrepris, la Banque demande à l'État bénéficiaire, s'il ne l'a pas déjà fait, d'informer les autres riverains du projet envisagé et des détails du projet³⁶⁹. La responsabilité de la notification incombe en premier lieu à l'Etat emprunteur. Le texte ménage cependant la possibilité pour la Banque de notifier elle-même, lorsque l'Etat emprunteur refuse de s'acquitter de cette obligation. En revanche, le texte ne retient pas la possibilité de notifications partagées entre l'Etat emprunteur et la Banque. Cette requête a été formulée par des Etats emprunteurs qui n'entretenaient pas de (bonnes) relations avec certains riverains. La Banque s'est toujours opposée à un tel partage afin de préserver la cohérence et l'unité des notifications. La politique opérationnelle 7.50 distingue deux hypothèses, selon que l'Etat emprunteur accepte **(a)** ou refuse **(b)** de notifier les autres Etats riverains affectés par le projet. Une troisième hypothèse, tirée de la pratique et non consacrée par le texte, ménage la possibilité d'une délégation de la notification à un organisme de gestion commune **(c)**.

³⁶⁸ SA, *Lac Lanoux*, préc., p. 314.

³⁶⁹ BIRD, *Projets relatifs aux voies d'eau internationales*, O.P. 7.50, § 4 ; BP 7.50, § 3.

a. Hypothèse 1. L'Etat emprunteur accepte de notifier les autres Etats riverains affectés par le projet.

Les notifications sont généralement adressées au ministre des affaires étrangères de chaque Etat riverain ou, lorsque c'est la Banque qui entreprend la notification pour l'Etat emprunteur, au ministre des finances. En effet, le ministre des finances représente l'Etat emprunteur auprès de la Banque comme l'indique l'article III (« Dispositions générales relatives aux prêts et garanties »), section 2 (« Opérations des Etats membres avec la Banque »), des Statuts de la BIRD dans leur version modifiée du 16 février 1989 : « Tout Etat membre traitera avec la Banque exclusivement par l'intermédiaire de sa Trésorerie, de sa Banque centrale, de son Fonds de stabilisation ou de tous autres organismes financiers analogues, et la Banque traitera avec les Etats membres exclusivement par l'intermédiaire de ces mêmes organismes »). Dans ce dernier cas, la Banque transmettra également une copie de la notification au(x) Directeur(s) exécutif(s) de(s) l'Etat(s) concerné(s) pour leur information et afin de vérifier que la notification aura été bien délivrée aux autorités compétentes.

Lorsque la Banque finance un projet transfrontalier intéressant deux (ou plus) Etats emprunteurs, la notification doit être entreprise collectivement par eux. La Banque encouragera toutefois les Etats emprunteurs à lui déléguer la notification dans ce cas particulier³⁷⁰.

b. Hypothèse 2. L'Etat emprunteur refuse de notifier les autres Etats riverains affectés par le projet.

L'absence de relations entre les Etats riverains ne saurait justifier une dérogation à l'obligation de notification. L'article 30 de la Convention de Nations Unies de 1997 fait ainsi obligation à ses Etats parties « dans les cas où il existe des obstacles sérieux à l'établissement de contacts directs entre Etats du cours d'eau, [de s'acquitter] des obligations de coopération prévues dans la présente Convention, y compris échange de données et d'informations, notification, communication, consultations et négociations, par le biais de toute procédure indirecte acceptée par eux »³⁷¹. En pratique, la Banque est fréquemment sollicitée pour entreprendre la notification au nom de ses emprunteurs. Cette délégation se justifie lorsque ces derniers n'entretiennent pas de relations avec les autres riverains ou qu'ils estiment ne pas être liés par l'obligation de les notifier. C'est le cas lorsque les Etats emprunteurs n'ont pas été notifiés, dans le passé, des projets entrepris par les autres riverains sur la voie d'eau internationale considérée.

³⁷⁰ V., pour une illustration, la requête transmise à la Banque par l'Afrique du Sud (Etat bénéficiaire du projet) et le Lesotho (Etat d'accueil du projet) en vue de notifier les Etats riverains pour le *Lesotho Highlands Water Project*.

³⁷¹ Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, 21 mai 1997, article 30 (« Procédures indirectes »).

La Banque s'interdit de financer un projet sur une voie d'eau internationale lorsque l'Etat s'oppose à toute notification (y compris à déléguer cette tâche à l'institution). La Banque cesse alors de préparer le projet et en informe les administrateurs compétents. Cette position s'impose à la Banque au nom du respect de ses Statuts, dont l'article III, section 4, (v), dispose que « (...) la Banque doit agir avec prudence, dans l'intérêt tant de l'Etat membre particulier sur les territoires duquel le projet doit être réalisé que de la collectivité des Etats membres »³⁷². Cela étant dit, la Banque pourra également proposer à l'Etat emprunteur de réadapter le projet afin de tenir compte de son objection à toute notification. Ce faisant, le personnel de la Banque travaillera à l'élaboration d'une variante du projet n'incluant pas de composant soumis à la politique opérationnelle 7.50 (à supposer, bien évidemment, que le projet demeure viable sans ladite composante).

c. Hypothèse 3. Délégation de la mission de notification à une tierce partie.

Outre l'Etat emprunteur et la Banque, la notification peut également être entreprise par une tierce partie. La Banque accepte ainsi dans certains cas qu'un organisme de gestion de bassin effectue la notification au nom de l'Etat emprunteur. Cette délégation prend généralement la forme d'un accord conclu entre l'organisme considéré et la Banque qui détaille les modalités de l'opération et respecte les dispositions de la politique opérationnelle 7.50. La Banque encourage ce type de délégation qui a également pour effet, si elle est correctement assurée, de renforcer les organismes de gestion de bassin. Ce faisant, la Banque satisfait également à l'une des règles contenues dans sa politique opérationnelle aux termes de laquelle « elle attache (...) la plus grande importance à la conclusion par les riverains d'accords ou d'arrangements appropriés concernant la totalité ou une partie d'une voie d'eau donnée. La Banque est prête à apporter son concours à cet effet »³⁷³. Le Secrétariat de l'Initiative du Bassin du Nil s'est ainsi acquitté de la notification des Etats riverains du fleuve pour certains projets financés par la Banque. L'institution a accepté cette délégation suite à la demande formulée par le Conseil des Ministres du Nil. Dans cette configuration, l'Initiative du Bassin du Nil agit au nom de l'Etat emprunteur en notifiant l'ensemble des riverains et collectant leurs réponses.

Les débiteurs de l'obligation de notification identifiés, il convient de se pencher sur les destinataires de la notification.

³⁷² Statuts de la BIRD, 16 février 1989, article III (« Dispositions générales relatives aux prêts et garanties »), section 4 (« Conditions auxquelles la Banque peut garantir ou accorder des prêts »).

³⁷³ BIRD, *Projets relatifs aux voies d'eau internationales*, O.P. 7.50, juin 2001, art. 3

B. Identification des destinataire de la notification

Miroir de l'identification du débiteur de l'obligation, les Etats riverains sont les premiers destinataires de la notification **(1)**, bien que l'éventuelle création d'organisme de gestion commune de la ressource emporte également une obligation de notification **(2)**.

1. Les Etats riverains sont les destinataires premiers de la notification

Les Etats riverains sont les premiers destinataires de la notification qui leur est due par l'Etat qui entreprend les travaux de construction de l'ouvrage. Cette affirmation doit être appréciée au regard de l'ordre constitutionnel de l'Etat destinataire **(a)** dont les perturbations éventuelles peuvent entraîner des conséquences. En revanche, contrairement à une idée trop répandue, la situation géographique de l'Etat par rapport à la ressource (l'opposition fondamental étant, pour un fleuve international, celle entre Etat d'amont et Etat d'aval) est indifférente en matière de notification **(b)**. Enfin, se pose la question de la notification des Etats riverains qui auront vocation à rejoindre les passes ultérieures du projet **(c)**.

a. La prise en compte de l'ordre constitutionnel de l'Etat riverain devant être notifié

L'ordre constitutionnel de l'Etat est en principe indifférent à la notification. Ainsi, c'est l'Etat fédéral qui doit être notifié, et non pas (sauf accord particulier) ses entités fédérées **(a.1.)**. En revanche les perturbations de l'ordre constitutionnel de l'Etat destinataire de la notification (mouvements d'auto-détermination, mesure d'administration internationale, etc) entraîne certaines conséquences sur la notification comme l'atteste la pratique de la BIRD **(a.2.)**.

a.1. L'impact de la structure fédérale de l'Etat riverain sur la notification

Les obligations contenues politique opérationnelle 7.50 s'appliquent aux seuls Etats et non pas, pour ceux qui présentent une structure fédérale, à leurs entités fédérées. Dans l'affaire du *Lesotho Highlands Water Project*, la question fut posée de savoir si les provinces sud-africaines affectées par le projet devaient être notifiées. Seuls les Etats bénéficiant de la qualité de sujet du droit international, la logique conduit à répondre par la négative de telle sorte que c'est à l'Etat fédéral de résoudre d'éventuels différends entre ses entités fédérées à travers son propre cadre constitutionnel et législatif. La question se pose néanmoins lorsque le droit interne pertinent confère la responsabilité première de l'utilisation des eaux aux entités fédérées, et non au gouvernement fédéral comme c'est le cas en

Inde, ce qui a été illustré à l'occasion du projet *India, Irrigation Project-Karnataka Tank*³⁷⁴. Comme pour les différends interétatiques, la Banque refusera de financer les projets faisant l'objet d'un différend entre entités fédérées riveraines d'une voie d'eau internationale au sein d'un Etat fédéral. Lorsque cela s'avèrera possible, la Banque modifiera le projet en excluant les composantes faisant l'objet du différend.

a.2. L'impact des perturbations de l'ordre constitutionnel des Etats riverains sur la notification

Les territoires placés sous administration internationale de l'ONU posent des difficultés particulières en matière de notification. La Banque a été confrontée à cette situation à propos des projets financés au Kosovo sur le fleuve Drin partagé avec l'Albanie³⁷⁵. L'institution prit la décision de demander à la MINUK d'entreprendre la notification de l'Albanie au nom du Kosovo, ce qu'elle accepta. Le projet *Lesotho Highlands Water Project* impliquait quant à lui la construction de barrages et de tunnels en vue de transférer des eaux du Lesotho jusqu'en Afrique du Sud où elles seraient utilisées à des fins industrielles et locales. Les eaux devaient être prélevées dans le fleuve_Sengue qui prend sa source au Lesotho et s'écoule ensuite en Afrique du Sud (où le fleuve est dénommé « Orange ») où il forme la frontière avec la Namibie avant de se jeter dans l'océan atlantique. Les riverains du fleuve sont donc le Lesotho, l'Afrique du Sud et la Namibie, cette dernière devant être notifiée du projet commun au titre de la politique opérationnelle 7.50. Or, la Namibie était placée sous l'administration de l'*United Nations Council for South West Africa* suite à l'adoption de la résolution du 19 mai 1967 de l'Assemblée générale³⁷⁶. La Banque décida de notifier l'UNCSWA au mois de novembre 1984. Le Conseil indiqua au mois d'avril 1985 qu'il ne s'opposait pas au projet en tant qu'autorité administrante, mais que son consentement était donné sans préjudice des droits et intérêts de la Namibie lorsque cette dernière deviendrait indépendante. La Banque demanda également au Lesotho de notifier le *South West Africa People's Organization (SWAPO)* qui était alors reconnu comme représentant le peuple namibien. Ce dernier ne vit aucune objection au projet. Le projet accusa un certain retard et ne put toutefois être présenté aux directeurs exécutifs de la Banque avant l'accession officielle de la Namibie à l'indépendance le 21 mars 1990. La Banque procéda alors à nouveau à la notification de la Namibie une fois qu'un gouvernement fut établi.

³⁷⁴ *India, Irrigation Project-Karnataka Tank* (P009773, 1981).

³⁷⁵ *Private Sector Participation in Water Supply and Sanitation in Gjakovë-Rahovec* (P072913, 2002)

³⁷⁶ UNGA Resolution A/RES/2248 (S-V) dated May 19, 1967, in ILM, Vol. VI, Number 1, January 1967.

b. L'indifférence de la situation géographique de l'Etat riverain quant à la notification.

La politique opérationnelle 7.50 fait obligation à l'Etat emprunteur de notifier l'ensemble des Etats riverains, et ce quelle que soit leur situation géographique - Etat d'aval, Etat d'amont - à l'égard de la voie d'eau internationale considérée. Si la notification est dans la plupart des cas entreprise par un Etat situé en amont à l'égard des Etats situés en aval **(b.1.)**, l'hypothèse inverse se vérifie également **(b.2.)**.

b.1 Notification des Etats situés en aval par l'Etat d'amont.

Les Etats d'aval peuvent être affectés par les travaux entrepris par un Etat situé en amont de la voie d'eau internationale partagée. Ces travaux sont susceptibles d'entraîner une diminution du débit des eaux ainsi qu'une altération de leur qualité du fait de la pollution causée par le rejet de déchets générés par d'éventuelles activités industrielles ou d'assainissement ou l'emploi de pesticides pour l'agriculture.

b.2. Notification des Etats situés en amont par les Etats d'aval.

Les activités autres que la navigation ont un effet privatif : la qualité ou la quantité des eaux, ou leur débit, peut s'en trouver altéré, le plus souvent au détriment de l'Etat situé en aval. L'Etat situé en amont peut également être affecté par un tel projet, que l'on songe aux refoulements d'eau résultant de la mise en service d'un barrage par l'Etat d'aval³⁷⁷. La construction du barrage de Sudd-el-Aali, sur le Nil, avait ainsi entraîné la submersion d'une surface habitée considérable et, partant, la naissance d'un devoir d'indemnisation à la charge de l'Egypte³⁷⁸. La construction d'un ouvrage par un Etat d'aval est ainsi susceptible de causer un dommage significatif à l'Etat d'amont et doit donc être notifiée **(b.2.1.)**, comme cela peut être déduit de la pratique étatique **(b.2.2.)**.

³⁷⁷ SALMAN S. M.A., « Downstream riparians can also harm upstream riparians : the concept of foreclosure of future uses », *Water International*, vol. 35, n° 4, 2010, pp. 350-364.

³⁷⁸ V. le point 2.6 de l'Accord du 8 novembre 1959 pour l'utilisation complète des eaux du Nil, Textes législatifs..., p. 143) : CAFLISCH L., « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », *RCADI*, tome 219, 1989, p. 134, note 350.

b.2.1. La construction d'un ouvrage par un Etat d'aval est susceptible de causer un dommage significatif à l'Etat d'amont et doit donc être notifiée

Plusieurs raisons ont contribué à la lenteur de la ratification de la Convention du 21 mai 1997. L'une de ces raisons réside dans les interprétations contraires données par les Etats d'amont et d'aval des principes de l'utilisation équitable et raisonnable et de l'obligation de ne causer aucun dommage significatif. Les Etats situés en aval souscrivent bien volontiers à l'obligation de ne causer aucun dommage significatif car ils considèrent qu'elle protège leurs utilisations et interdit aux Etats situés en amont d'entreprendre des travaux qui pourraient leur causer des dommages. Par voie de conséquences, les Etats d'aval exigent d'être informés de toute activité en amont susceptible de nuire à leurs intérêts. Parce qu'ils estiment que seuls les Etats d'amont peuvent leur nuire, les Etats situés en aval considèrent que l'obligation de notification est unilatérale et ne pèse que sur les Etats d'amont. Ces derniers nourrissent, quant à eux, une préférence marquée pour le principe de l'utilisation équitable et raisonnable. Ils voient en lui un cadre garantissant leur droit à une part équitable des eaux en partage et protégeant à ce titre leurs (futurs) utilisations. Face aux défis de l'approvisionnement en eau de leur population, les Etats doivent déterminer les quantités d'eau dont ils disposent. Le droit international indique à cet égard les facteurs à prendre en considération pour parvenir à une utilisation équitable et raisonnable. La convention du 21 mai 1997 distingue sept facteurs et circonstances pertinents³⁷⁹ devant être tous pris en compte les uns par rapport aux autres³⁸⁰ par les Etats riverains pour identifier l'utilisation équitable et raisonnable des eaux partagées par eux. Les projets entrepris par un riverain (d'amont ou d'aval) modifient la répartition des eaux disponibles et sont, à ce titre, des facteurs à prendre compte pour parvenir à une utilisation équitable et raisonnable³⁸¹. A cette méfiance s'ajoute le fait que de nombreux Etats situés en amont refusent d'informer les riverains situés en aval de leurs mesures envisagées. Ce refus est fréquemment justifié au nom de la réciprocité : puisque les Etats d'aval considèrent que l'obligation de notification pèse seule sur les Etats d'amont (l'obligation de ne causer aucun dommage significatif ne jouerait que dans le sens amont-aval), ces

³⁷⁹ Convention des Nations Unies du 21 mai 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, art. 6, 1) : « a) Les facteurs géographiques, hydrographiques, hydrologiques, climatiques, écologiques et autres facteurs de caractère naturel ; b) Les besoins économiques et sociaux des Etats du cours d'eau intéressés ; c) La population tributaire du cours d'eau dans chaque Etat du cours d'eau ; d) Les effets de l'utilisation ou des utilisations du cours d'eau dans un Etat du cours d'eau sur d'autres Etats du cours d'eau ; e) Les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau ; f) La conservation, la protection, la mise en valeur et l'économie dans l'utilisation des ressources en eau du cours d'eau ainsi que les coûts des mesures prises à cet effet ; g) L'existence d'autres options, de valeur comparable, susceptibles de remplacer une utilisation particulière, actuelle ou envisagée ».

³⁸⁰ Convention des Nations Unies du 21 mai 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, art. 6, 3).

³⁸¹ V. notamment Convention des Nations Unies du 21 mai 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, art. 6, 1), e) (« Les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau ») et f) (« La conservation, la protection, la mise en valeur et l'économie dans l'utilisation des ressources en eau du cours d'eau ainsi que les coûts des mesures prises à cet effet »).

derniers refusent de procéder à la notification. Comme le résume Salman, « each group of riparians, by and large, believes the Convention is biased in favour of the other, and that international water law is indeed on its side »³⁸².

Les ouvrages servent d'abord à satisfaire aux impératifs (louables) de développement qui ont justifié leur construction. En l'espèce, les travaux de dérivation des eaux contenues dans le barrage d'Assouan avaient pour finalité de rendre cultivables de vastes surfaces autrefois impropres à l'agriculture. Mais, du point de vue du droit international, les ouvrages entérinent également une situation de fait qui sert fréquemment de base à la revendication ultérieure de nouveaux droits. Cela est particulièrement vérifiable s'agissant de l'aménagement des voies d'eau internationales qui modifie substantiellement les équilibres (déjà précaires) de la répartition des eaux et des utilisations entre riverains. La construction d'un barrage hydroélectrique est tributaire d'un volume d'eau minimal indispensable à la viabilité de l'ouvrage. La diminution de ce volume met en péril le fonctionnement de l'ouvrage. Construit en aval, l'ouvrage limitera nécessairement les projets entrepris par l'Etat d'amont. Supposons que ce dernier souhaite construire un canal de dérivation des eaux en vue d'irriguer une partie de ses terres. En l'absence du barrage, le projet de canal serait regardé comme ne causant aucun dommage significatif aux Etats d'aval. Mais si l'on intègre à cet exemple la construction préalable dudit barrage, l'Etat d'aval s'appuiera sur cet ouvrage pour fonder son objection au projet de l'Etat d'amont (en invoquant par exemple la diminution des eaux consécutive à la mise en place du canal et la mise en péril du fonctionnement du barrage construit sur son territoire). Certains traités prévoient ainsi expressément une obligation d'information de l'ensemble des Etats riverain de tous les projets susceptibles de préempter les utilisations futures. L'article 4 de la Charte des eaux de l'Organisation pour la Mise en Valeur du fleuve Sénégal (OMVS) dispose à cet effet que « la répartition des eaux entre les usages est fondée notamment sur les principes généraux suivants : l'obligation de garantir la gestion équilibrée de la ressource en eau ; l'utilisation équitable et raisonnable des eaux du Fleuve ; l'obligation de préserver l'environnement ; l'obligation de négocier en cas de conflit ; l'obligation pour chaque Etat riverain d'informer les autres Etats riverains avant d'entreprendre toute action ou tout projet qui pourrait avoir un impact sur la disponibilité de l'eau *et/ou la possibilité de mettre en œuvre des projets futurs* »³⁸³.

Supposons un fleuve international partagé par deux Etats présentant de grandes différences de développement. L'Etat d'amont est en voie de développement et sa population ne bénéficie pas d'un accès à l'électricité suffisant. Ses ressources budgétaires le contraignent à emprunter massivement

³⁸² SALMAN S. M.A., « Downstream riparians can also harm upstream riparians : the concept of foreclosure of future uses », *Water International*, vol. 35, n° 4, 2010, p. 351.

³⁸³ ORGANISATION POUR LA MISE EN VALEUR DU FLEUVE SENEGAL (OMVS), *Charte des eaux de l'OMVS*, Résolution n° 005/CGEG, 28 mai 2002, Titre III « Principes et modalités de la répartition des eaux entre les usages », art. 4, nos italiques.

des capitaux pour financer tout projet éventuel d'aménagement de la partie du fleuve située sur son territoire. Le riverain situé en aval du fleuve est au contraire un Etat développé, disposant d'une réserve de fonds propres élevée lui permettant de n'emprunter qu'une somme marginale auprès des bailleurs. Les autorités chargées de la planification de cet Etat décident de construire un barrage en vue de maîtriser les crues du fleuve et de produire de l'énergie hydroélectrique. Considérant que la construction de l'ouvrage n'aura aucun impact sur la quantité et la qualité des eaux disponibles pour l'Etat d'amont, l'Etat d'aval se refuse à le notifier du projet. L'argument peut être entendu sur un strict plan technique : tout ouvrage construit en aval d'un fleuve n'aura aucun effet sur le débit des eaux pour les Etats situés en amont du fleuve. Dès lors, pourquoi consulter et notifier ces derniers d'un projet qui ne leur causera aucun dommage significatif ? Les Etats situés en amont peuvent également être affectés par les projets entrepris par les riverains situés en aval. Ils ne subissent pas, contrairement à l'hypothèse précédente, de préjudice résultant de la diminution de la quantité et de la qualité des eaux disponibles. Mais la construction d'un ouvrage par un Etat riverain situé en aval peut également lui permettre d'obtenir des droits sur les eaux captées par le projet. Ces droits acquis constitueront un indéniable avantage dans le futur pour l'Etat d'aval qui pourra s'opposer aux projets de l'Etat d'amont au nom du respect des droits acquis et du principe de l'interdiction de causer des dommages significatifs.

L'aménagement du territoire n'est pas seulement une tentative de maîtriser la gestion de l'espace mais encore celle de maîtriser la gestion du temps. La construction d'un ouvrage est forcément, et par avance, le lieu d'une contradiction fondamentale par rapport au temps. Les grands ouvrages bénéficient d'une durée de vie substantielle qui tend à s'allonger au gré des progrès de l'ingénierie civile. L'érection d'un barrage est donc, au sens strict, une décision « historique » qui s'imposera *de facto* à tous les riverains pour une longue période de temps, et ce indépendamment de leur situation géographique quant à la voie d'eau internationale. Elle est conditionnée par les pratiques et les connaissances scientifiques en usage à ce moment-là ; elle ambitionne d'encadrer des phénomènes aux temps successifs (ici, la croissance des besoins en électricité, en eau potable, en eau industrielle, etc) comme si les conditions primitives (ici, la qualité et la quantité d'eau disponible, répartie entre les différents riverains) ne devaient pas sensiblement varier. Toute opération d'aménagement du territoire est alors à la fois structuration de l'espace et du temps. Cela se vérifie avec une grande acuité avec les barrages, qui sont des ouvrages particulièrement sensibles aux variations de leur environnement immédiat. Leur exploitation est indexée sur la gestion des ressources en eau du bassin hydrographique qui les accueille. Leur objectif étant de stocker un certain volume d'eau pour diverses utilisations, il faut donc se préoccuper, d'une part, des conditions de remplissage de la réserve envisagée et, d'autre part, de veiller à ce que l'ouvrage ne soit pas un obstacle au passage des crues qui risqueraient de le submerger. Pour cela, il faut étudier les apports mensuels, saisonniers

et annuels et les débits instantanés pour définir les crues maximales pouvant entrer dans la retenue. Parce qu'ils sont particulièrement exposés au risque d'une construction en amont qui réduirait le débit indispensable à leurs utilisations, les Etats situés en aval sont soumis à une contrainte temporelle forte qui se traduit par une course à l'aménagement en vue d'imposer une réalité factuelle (l'ouvrage) aux Etats d'amont qui constituera le support de la revendication future de droits (l'opposition, au nom du respect des droits acquis, à tous travaux qui leurs causeraient un dommage significatif). *A contrario*, pour un Etat d'amont, construire un barrage implique que son droit à une utilisation équitable et raisonnable n'ait pas été préempté en aval. Le rapport au temps est rendu d'autant plus complexe lorsque des inégalités de développement entre l'Etat d'amont et celui d'aval viennent se greffer à ce schéma.

b.2.1. Mise en évidence de la pratique pertinente

La pratique étatique donne corps à l'idée selon laquelle la construction d'un ouvrage par un Etat d'aval est susceptible de causer un dommage significatif à l'Etat d'amont et doit donc être notifiée. La pratique de l'Inde (**b.2.1.1.**) et celle de l'Ethiopie (**b.2.1.2.**) sont significatives.

b.2.1.1. La pratique indienne

En 1961, Nehru, alors premier ministre de l'Inde, adressa plusieurs lettres à son homologue pakistanais M. Ayub Khan au sujet de la gestion des eaux du Gange. Le fleuve était alors partagé entre l'Inde (Etat d'amont) et le Pakistan oriental (Etat d'aval) qui deviendra ultérieurement le Bangladesh à la suite de son indépendance en 1971³⁸⁴. Le Pakistan défendait dans ces échanges son droit d'entreprendre tous les projets d'aménagement qu'il jugeait nécessaire sans avoir à en notifier l'Inde (qui, de son point de vue, était en revanche soumise à cette obligation). Le Pakistan justifiait son argumentation par sa position géographique quant aux eaux du fleuve : situé en aval, ses projets ne pouvait nuire à aucun autre riverain, à la différence des travaux entrepris en amont par l'Inde qui étaient susceptibles de le heurter directement. L'Inde, par les mots de son premier ministre, manifesta sa vive désapprobation de l'analyse pakistanaise en ces termes :

« One more matter to which I must also refer, is the distinction you still seem to make between the rights of upper and lower riparians in paragraph 7 of your letter, which implies that the lower riparian can proceed unilaterally with projects, while the upper riparian should not be free to do so. If this was to be

³⁸⁴ Le Gange était alors partagé entre l'Inde et le Pakistan, le Bangladesh ne devenant indépendant qu'à l'issue de la guerre de libération qui prit fin le 16 décembre 1971. V., entre autres références, CHOWDHURY S. R., *The genesis of Bangladesh : a study in international legal norms and permissive conscience*, Asia publishing house, 1972, 345 p. Sur le régime juridique du Gange, v., pour une synthèse, SUBEDI P. S., « Ganges River », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (en ligne)*, 2008.

so, it would enable the lower riparian to create, unilaterally, historic rights in its favor and go on inflating them at its discretion thereby completely blocking all development and uses of the upper riparian. We cannot, obviously, accept this point of view »³⁸⁵.

L'argumentation déployée par l'Inde lors de cet échange est d'autant plus remarquable compte tenu de la pauvreté du droit international de l'eau à l'époque. La BIRD avait adopté cinq ans plus tôt ses premières règles applicables aux projets situés sur les voies d'eau internationales³⁸⁶, et l'International Law Association et l'Institut de droit international venaient de consacrer une partie de leurs travaux à la question des rapports entre Etats riverains.

b.2.1.2. La pratique éthiopienne

L'Ethiopie s'est régulièrement opposée à des projets entrepris en aval en vue de sécuriser ses utilisations futures. Etat d'amont du Nil, l'Ethiopie objecta aux négociations bilatérales entre l'Egypte et le Soudan au sujet du partage des eaux du fleuve. Elle s'opposa également à la construction des barrages d'Assouan en Egypte et de Roseiris au Soudan à la fin des années 1950. Elle fit de même à l'égard du projet Toshka en Egypte durant les années 1990 (i) et du barrage de Bardera en Somalie (ii).

i. L'opposition au projet Toshka entrepris par l'Egypte

Le projet visait à l'irrigation de deux-cent-milles hectares de terres arides situées dans le désert égyptien au moyen de la construction d'un vaste système de dérivation des eaux retenues dans le barrage d'Assouan *via* un canal et une station de pompage. L'Ethiopie fit part de son opposition au projet par une lettre du 20 mars 1997 adressée aux autorités égyptiennes, au Président de la Banque mondiale et aux Secrétaires généraux des Nations Unies et de l'Organisation de l'Unité Africaine³⁸⁷ :

« Ethiopia wishes to be on record as having made it unambiguously clear that it will not allow its share to the Nile waters to be affected by a *fait accompli* such as the Toshka project, regarding which it was neither consulted nor alerted »³⁸⁸.

³⁸⁵ CROW B., *Sharing the Ganges. The politics and technology of river development*, New Delhi : Sage Publications, 1995, p. 89.

³⁸⁶ BIRD, *Projects on International Inland Waterways*, Operational Memorandum n° 8, 6 mars 1956.

³⁸⁷ Créée en 1963, l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) a été dissoute suite à la création de l'Union africaine (UA) en 2002, en application des dispositions de l'article 33, 1) de l'Acte constitutif de l'Union africaine du 11 juillet 2000. Pour une mise en perspective historique, v. MALUWA T., « La transition de l'Organisation de l'unité africaine à l'Union africaine », in YUSUF A. A., OUGUERGOUZ F., *L'Union africaine. Cadre juridique et institutionnel. Manuel sur l'organisation panafricaine*, Paris : Pedone, 2013, pp. 35-56.

³⁸⁸ Cité in WATERBURY J., *The Nile Basin. National determinants and collective action*, New Haven: Yale University Press, 2002, pp. 84-85.

Si l'on s'en tient à une stricte lecture géographique, l'Ethiopie n'avait aucune raison de s'opposer aux projets de l'un quelconque des Etats situés en aval. Ces derniers devraient au contraire scruter avec précision les éventuels projets conduits par l'Ethiopie, seuls capables de leur causer un dommage significatif en raison de l'écoulement des eaux de l'amont vers l'aval. Mais si l'on envisage les rapports entre riverains comme résultant de l'interaction de leurs utilisations (pour satisfaire des besoins par définition illimités) et du volume d'eau disponible (par nature limité), alors l'Ethiopie avait un intérêt absolu à objecter au projet égyptien qui l'aurait empêchée de maîtriser sa part des eaux du Nil dans le futur. Admettre que seul l'Etat d'amont peut causer un dommage significatif aux riverains situés en aval revient donc en l'espèce à contraindre l'Ethiopie à subir un dommage significatif en renonçant à de futurs projets en vue de ne pas causer de dommage significatif aux ouvrages préalablement construits en aval par l'Egypte³⁸⁹.

ii. L'opposition au projet de barrage de Bardera entrepris par la Somalie

Cette position s'exprima avec une grande netteté à l'encontre du projet de barrage de Bardera entrepris par la Somalie sur le fleuve Jubba et financé par la Banque mondiale. Au moment de l'élaboration du projet, seuls 8.5 % des terres cultivables de Somalie étaient exploitées, principalement en raison d'une irrigation insuffisante ou inexistante. Des études financées par l'AID et d'autres bailleurs internationaux³⁹⁰ soulignèrent dès 1976 que l'investissement massif dans les infrastructures d'irrigation permettrait d'augmenter significativement cette proportion³⁹¹. La construction d'un barrage sur le fleuve Jubba, trente-cinq kilomètres en amont de la ville de Bardera en Somalie, fut choisie comme solution technique. Le fleuve Jubba traverse la Somalie avant de se jeter dans l'Océan indien et est alimenté par les fleuves éthiopiens Dawa³⁹², Ghenale et Gestro. Les trois fleuves convergent à Dolo, ville éthiopienne située à proximité des frontières avec la Somalie et le Kenya. L'Ethiopie est ainsi l'Etat d'amont, et la Somalie celui d'aval. Ni le fleuve (Jubba), ni le bassin ne font l'objet d'un accord entre les différents riverains. L'imposant ouvrage, long de six-cent mètres et haut de soixante-quinze, devait être accompagné d'un système d'irrigation de cinq-mille hectares de terres somaliennes.

³⁸⁹ WATERBURY J., *The Nile Basin. National determinants and collective action*, New Haven: Yale University Press, 2002, pp. 84-85.

³⁹⁰ Ces études de faisabilité furent financées par un groupe de donateurs associant les Communautés européennes, l'Italie, l'agence de développement allemande Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) et le Fonds du Koweït pour le développement économique arabe (Kuwait Fund for ArabEconomic Development) : BANQUE MONDIALE, « Projet Completion report. Somalia. Technical Assistance for the Bardhere Project (Credit 1856-SO) », Rapport n° 12093, 28 juin 1993, 15 p., spéc. p. 1.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² Avant de rejoindre le fleuve Jubba, le Dawa forme la frontière de l'Ethiopie avec le Kenya.

Le projet fut présenté en 1983. Suite à l'adoption du Mémoire opérationnel 2.32 du 10 avril 1985 par la Banque, la Somalie fut informée de l'obligation de notifier l'Ethiopie et le Kenya du projet en leur qualité de riverains du fleuve Jubba. Les relations rendues exécrables avec l'Ethiopie par la guerre d'Ogaden³⁹³ conduisirent la Somalie à demander à la Banque de notifier les riverains en son nom, ce qui fut fait en septembre 1986. Aucune réponse ne fut reçue de la part du Kenya. La Banque transmit les principaux détails du projet au gouvernement éthiopien et fit part de son avis selon lequel le barrage ne lui causerait aucun dommage significatif. Conformément aux dispositions du Mémoire opérationnel 2.32, la Banque indiqua que l'Ethiopie devait faire parvenir ses commentaires dans un délai maximal de six mois prenant fin au mois de mars 1987. La Banque craignait notamment que l'ouvrage ne pâtisse de futurs travaux entrepris en amont par l'Ethiopie qui auraient eu pour conséquence de diminuer le débit d'eau en aval et, partant, de causer un dommage significatif au barrage de Bardera. L'AID demanda à l'Ethiopie de lui donner de plus amples détails sur ses plans de développement sur les fleuves alimentant le Jubba. L'Association désigna à cet effet plusieurs consultants chargés de déterminer le potentiel de développement hydrique de l'Ethiopie et les impacts éventuels de ses projets sur le barrage de Bardera. Leurs rapports indiqua que l'Ethiopie disposait du potentiel d'irriguer environ soixante-mille hectares de terres au moyen des eaux des fleuves Dawa, Ghenale et Gestro. Ces utilisations auraient pu entraîner une diminution de trente-cinq pour-cent du débit du fleuve Jubba en Somalie qui, de l'avis des consultants, n'aurait pas eu d'impact sur le bon fonctionnement du barrage. L'AID proposa de confirmer ces conclusions en apportant son assistance technique au projet en vue de déterminer la sensibilité de l'ouvrage aux utilisations des eaux par l'Etat d'amont³⁹⁴.

Dans sa réponse, l'Ethiopie (Etat d'amont) indiqua que le projet somalien (Etat d'aval) ne prenait pas en compte ses utilisations présentes et futures en matière d'irrigation et d'hydroélectricité et était donc susceptible à ce titre de lui causer un dommage significatif. L'Ethiopie suggéra d'engager

³⁹³ La guerre de l'Ogaden naît de l'idée de la « Grande Somalie », un concept développé dès la colonisation mais qui se heurta à une vive opposition, notamment de l'Ethiopie, et instrumentalisé par le général Siyad Barre. L'objectif était de réunir tous les Somalis de la corne de l'Afrique dans un seul et même Etat qui comprendrait la Somalie actuelle, le Somaliland, Djibouti, une partie nord du Kenya et la région de l'Ogaden (en Ethiopie). Profitant de la chute de l'empire d'Addis-Abeda par une junte militaire en 1974, la Somalie décida d'entrer en guerre en 1977 contre l'Ethiopie en vue d'annexer la région de l'Ogaden. Alors que la région était quasiment entièrement occupée par les rebelles éthiopiens de l'Ogaden à la fin de l'année 1977, l'Ethiopie, avec ses nouveaux alliés, parvint à reprendre l'avantage jusqu'à récupérer toute la région fin 1978. V., entre autres, DUPONT P., « La Somalie, de la guerre d'Ogaden à l'intervention de l'ONU », *Défense nationale. Problèmes politiques, économiques, scientifiques et militaires*, vol. 58, n° 8-9, pp. 119-131 ; GUILHAUDIS J.-F., « Remarques à propos des récents conflits territoriaux entre Etats africains (bande d'Aozou, Ogaden, Saillant de Kyaha) », *AFDI*, 1979, vol. 25, pp. 223-243 ; pour une lecture du conflit intégrant le poids de la Guerre froide, v. JACKSON D. R., « The Ogaden War and the Demise of Détente », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2010, vol. 632, pp. 26-40.

³⁹⁴ ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DEVELOPPEMENT (AID/IDA), « Memorandum and Recommendation of the President of the International Development Association to the Executive Directors on a Proposed Credit of SDR 5.3 million to the Somali Democratic Republic for Technical Assistance for the Baardhere Project », Rapport n° P-4611-SO, 10 novembre 1987, 17 p.

des négociations avec la Somalie en vue de parvenir à un accord international préalable sur l'utilisation des eaux du fleuve Jubba. La Banque conclut que l'Éthiopie s'était opposée au projet au sens du Mémoire opérationnel 2.32. Le gouvernement somalien ne fit pas droit à la demande de l'Éthiopie d'ouvrir des négociations sur le partage des eaux du fleuve Jubba et rejeta également toute proposition de recourir aux bons offices d'une tierce partie en vue de faciliter la conclusion d'un accord. Déclinant la possibilité d'une solution négociée, la Somalie demanda à la Banque de donner son avis sur l'objection du gouvernement éthiopien. L'institution s'en remit alors aux dispositions de son Mémoire opérationnel relatives aux objections présentées par un riverain. Ce dernier exige du personnel de la Banque qu'il présente un mémorandum aux autorités compétentes de la Banque leur permettant d'apprécier la suite à donner au projet :

« (...) Le mémorandum expose :

- a) la nature des problèmes soulevés par les riverains;
- b) l'évaluation par les services de la Banque des objections formulées, y compris leurs raisons et tous les renseignements fournis à l'appui de ces objections ;
- c) l'évaluation par les services de la Banque du risque que le projet envisagé lèse appréciablement les intérêts des autres riverains ou qu'il subisse des dommages appréciables du fait d'une utilisation possible de l'eau par les autres riverains ;
- d) la question de savoir si les circonstances particulières exigent qu'avant de prendre toute autre mesure, la Banque demande aux parties de résoudre les problèmes à l'amiable, par exemple par voie de consultations, de négociations ou en recourant aux bons offices d'une tierce partie (ce qui sera normalement le cas lorsque les objections des autres riverains sont fondées) ; et
- e) la question de savoir si la nature des objections est telle qu'il est recommandé d'obtenir un avis supplémentaire, en s'adressant à des experts indépendants (...) »³⁹⁵.

Après lecture du mémorandum établi par le personnel chargé du projet, les autorités de la Banque décideront de poursuivre le projet (hypothèse 1), d'en référer au Comité des opérations de la Banque (Operations Committee), organe chargé de passer en revue les projets problématiques (hypothèse 2), ou de demander l'avis d'experts indépendants (hypothèse 3). L'objection formulée par l'Éthiopie au projet de barrage de Bardera conduisit pour la première fois la Banque à solliciter l'avis de trois experts indépendants (deux ingénieurs et un juriste) qui furent désignés au mois d'octobre 1988. Aux termes de leur ordre de mission, les experts devaient identifier les différends entre les Etats riverains, déterminer si la concrétisation du projet causerait un dommage significatif à l'un quelconque des riverains et, *in fine*, donner leur avis au personnel de la Banque sur la solution à

³⁹⁵ BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways, Operational Memorandum* (OP) 2.32, avril 1985, § 11. V. la disposition correspondante dans le droit positif de la Banque, inchangée dans sa substance par rapport au texte de 1985 : BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways, Bank Procedure* (BP) 7.50, juin 2001, § 6.

apporter au différend. Pour ce faire, les experts devaient examiner les aspects techniques du projet mais également déterminer le bien-fondé de l'objection éthiopienne. Leur mandat, qui incluait la possibilité d'effectuer des visites de terrain en Somalie, au Kenya et en Ethiopie, visait donc à la fois à déterminer si l'Ethiopie pouvait prétendre à des utilisations futures sur les eaux du fleuve Jubba et de ses affluents et si lesdites utilisations pourraient affecter la viabilité du barrage de Bardera. Le rapport des experts fut remis à la Banque le 31 mai 1989. Outre l'étude des aspects techniques, le rapport mit en évidence les obligations internationales souscrites par les trois Etats riverains et pertinentes quant à l'achèvement du projet. Les experts indiquèrent tout d'abord qu'un traité conclu entre l'Ethiopie et le Kenya au sujet de la délimitation de leur frontière commune restreint l'aménagement du fleuve Dawa par l'Ethiopie³⁹⁶.

L'article VII de cet accord indique que seuls des travaux de canalisation des eaux du fleuve Dawa à des fins agricoles pourront être entrepris par l'Etat d'amont (l'Ethiopie), à l'exclusion de tous autres travaux altérant le cours du fleuve ou réduisant le débit d'eau en aval de façon préjudiciable. Le traité ne concernait donc pas directement le projet de barrage de Bardera puisqu'il ne vise que les eaux du fleuve Dawa. Toutefois, en excluant certaines utilisations futures entreprises par l'Ethiopie sur l'un des trois affluents principaux du fleuve Jubba, l'accord était particulièrement important pour déterminer le bien-fondé de l'objection au projet de barrage. De façon plus surprenante, les experts indiquèrent également que l'Ethiopie et la Somalie étaient liés à la Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles d'Alger du 15 septembre 1968³⁹⁷. Ce texte fait obligation aux Etats qui l'ont ratifié de coordonner et de planifier leurs projets de développement des ressources en eau mais également d'entreprendre les consultations nécessaires à la résolution des problèmes nés de l'utilisation commune de ces ressources. Le cas échéant, les Etats parties devront instituer des Commissions interétatiques pour étudier et résoudre lesdits différends³⁹⁸. En revanche,

³⁹⁶ Treaty between the Empire of Ethiopia and the Republic of Kenya respecting the Boundary between the two countries, Mombasa, Kenya, 9 June 1970, *RTNU*, vol. 1528, n° 26507, 1989, pp. 1-37. V. l'article Article VII, 1), a) : « In respect of the River Dawa upstream between Malka Rie and Malka Mari (...), the boundary line follows the lowest course of the river bed and, in view of the importance of the river's water to the local population on both sides, it is agreed by the Contracting Parties that (a) Along this stretch of the river, canalisation of the flood waters shall during the flood season be permitted for purposes of cultivation *but no work, the result of which might be prejudicial to the population further downstream as far as Malka Rie as regards their water supply or might cause an alteration in the course of the river, shall be undertaken in or near the bed of the River Dawa* » (nos italiques). Avant de rejoindre le fleuve Jubba, le Dawa forme la frontière de l'Ethiopie avec le Kenya.

³⁹⁷ *Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles*, signée à Alger le 15 septembre 1968, *RTNU*, vol. 1001, n° 14689, p. 3 et s. La Convention a été révisée en 2003 par l'adoption de la Convention africaine pour la conservation et des ressources naturelles, signée à Maputo (Mozambique) le 11 juillet 2003. Cette dernière n'est pas encore entrée en vigueur (au 4 novembre 2014).

³⁹⁸ *Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles*, signée à Alger le 15 septembre 1968, art. V, §1 (« Les Etats Contractants institueront des politiques de conservation, d'utilisation et de développement des eaux souterraines et superficielles, et s'efforceront de garantir aux populations un approvisionnement suffisant et continu en eaux appropriées en prenant les mesures appropriées eu égard : 1) à l'étude des cycles de l'eau et aux inventaires par bassin de drainage; 2) à la coordination et à la planification de projets de développement des ressources en eau; 3) à l'administration et au contrôle de toutes les formes d'utilisation des eaux; 4) à la prévention et au contrôle de leur pollution ») et §2 (« Lorsque les ressources en eau, superficielle ou souterraine, intéressent deux ou plusieurs Etats

contrairement à ce qui a pu être soutenu dans le rapport des experts et repris ultérieurement³⁹⁹, ni l’Ethiopie, ni la Somalie n’ont ratifié ce traité, à la différence du Kenya⁴⁰⁰, mais l’ont simplement signé le 15 septembre 1968⁴⁰¹. Certes, « les accords signés mais non ratifiés peuvent constituer l’expression fidèle des vues communes des parties à l’époque de la signature »⁴⁰². L’article 18, a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 dispose à cet effet qu’« un Etat doit s’abstenir d’actes qui priveraient un traité de son objet et de son but : a) lorsqu’il a signé le traité (...), tant qu’il n’a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité »⁴⁰³.

Les experts conclurent que le barrage de Bardera ne causerait aucun dommage significatif à l’Ethiopie ou au Kenya en raison de son lieu d’implantation (l’ouvrage devait être construit en aval des deux autres riverains) et de son alimentation suffisante en eau. Ils confirmèrent les premières estimations de la Banque selon lesquelles l’ouvrage pourrait être confronté à une diminution sensible du débit d’eau suite aux travaux entrepris par l’Ethiopie. Ils observèrent néanmoins que le projet ne causerait aucun dommage significatif car il ne priverait pas l’Ethiopie de son droit à utiliser sa part des eaux dans le futur. Les experts nuancèrent cette affirmation en indiquant que leur conclusion était fondée sur la base des données disponibles et sans connaissance directe des utilisations actuelles des eaux par l’Ethiopie⁴⁰⁴. La dégradation de la situation politique en Somalie contraindra la Banque à annuler le projet de barrage et suspendre ses opérations dans cet Etat.

La pratique ultérieure démontre que la Banque exige de ses emprunteurs qu’ils notifient l’ensemble des Etats riverains, d’amont et d’aval, des projets entrepris par eux sur une voie d’eau internationale. Ce fut le cas pour l’ensemble des riverains du Mékong et de ses affluents⁴⁰⁵, du Gange ou du Brahmapoutre⁴⁰⁶, du Nil⁴⁰⁷ ou du Niger⁴⁰⁸.

Contractants, ceux-ci se consulteront et, le cas échéant, constitueront des Commissions interrétatiques pour étudier et résoudre les problèmes nés de l’utilisation commune de ces ressources, et pour assurer conjointement le développement et la conservation de celles-ci »).

³⁹⁹ SALMAN S. M.A., « Downstream riparians can also harm upstream riparians : the concept of foreclosure of future uses », *Water International*, vol. 35, n° 4, 2010, p. 361.

⁴⁰⁰ Le Kenya a ratifié la Convention le 12 mai 1969 : UNION AFRICAINE, *Liste des pays qui ont signé, ratifié / adhéré à la Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles signée à Alger le 15 septembre 1968*, 28 mars 2013, 2 p.

⁴⁰¹ UNION AFRICAINE, *Liste des pays qui ont signé, ratifié / adhéré à la Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles signée à Alger le 15 septembre 1968*, 28 mars 2013, 2 p. ; UNION AFRICAINE (CONSEIL EXECUTIF), *Rapport sur l’état des traités de l’OUA/UA au 11 juillet 2012*, Vingt et unième session ordinaire, Addis-Abeba, 09 - 13 juillet 2012, EX.CL/728(XXI) Rev.1, IV, § 19.

⁴⁰² CIJ, arrêt, 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, § 89.

⁴⁰³ *Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités*, art. 18, a). V. également, mais avec nuance, CJCE, aff. T-115/94, *Opel Austria*, 22 janv. 1997, Rec. 1997, II-70 : « la signature du traité fait naître dans le chef de ses bénéficiaires une anticipation légitime de respect du traité par l’Etat signataire avant que le traité ne lie formellement cet Etat ».

⁴⁰⁴ Bien que leur mandat inclut cette possibilité, les trois experts n’effectuèrent aucune visite de terrain en Ethiopie.

⁴⁰⁵ Lao PDR, Khammouane Development Project (P087716, 2008).

⁴⁰⁶ Nepal, Power Development Project (P043311, 2003).

⁴⁰⁷ Ethiopia, Tana and Beles Integrated Water Resources Development Project (P096323, 2008).

⁴⁰⁸ Nigeria, Second National Fadama Development Project (P063622, 2003) and Nigeria, Third National Fadama Development Project (Fadama III) (P096572, 2009)).

La notification doit également être portée à la connaissance des Etats qui seraient intégrés ultérieurement au projet de construction d'un ouvrage.

c. La notification des Etats intégrés aux phases ultérieures du projet

En vue de protéger le Lac Victoria (qui est l'une des principales sources du Nil), l'AID accorda un crédit séparé au Kenya, à l'Ouganda et à la Tanzanie au titre du programme *Lake Victoria Environmental Management Project II*⁴⁰⁹. Ce programme visait prioritairement à l'équipement du lac par la construction d'ouvrages d'irrigation, de contrôle des crues et de réhabilitation des réseaux d'assainissement. Il était complété par des projets subsidiaires concourant à la conservation des ressources naturelles et l'amélioration des conditions d'existence des populations locales au Kenya, en Ouganda et en Tanzanie. Outre les trois crédits accordés par l'AID à ces trois Etats, un prêt du Fonds mondial pour l'environnement (GEF)⁴¹⁰ fut accordé à la Communauté est-africaine⁴¹¹, à charge pour cette organisation de financer des opérations de monitoring sur le territoire des trois Etats, ainsi que sur celui du Burundi et du Rwanda qui devaient rejoindre les phases ultérieures du projet. Le Lac Victoria constituant une voie d'eau internationale au sens du paragraphe 1, a) de la politique opérationnelle 7.50⁴¹², tout projet entrepris par l'un de ses riverains doit être notifié aux autres Etats en partageant les eaux. Cette notification doit également être donnée à l'ensemble des riverains du Nil, puisque le Lac Victoria en est l'une des sources majeures. Les Etats entreprenant le *Lake Victoria Environmental Management Project II* (Kenya, l'Ouganda et la Tanzanie) devaient donc notifier la République démocratique du Congo, l'Egypte, l'Ethiopie, l'Érythrée et le Soudan en leur qualité de riverains du Nil. Toutefois, la question demeurerait de savoir si le Rwanda et le Burundi devaient *être notifiés* (en leur qualité d'Etats riverains du Lac Victoria) ou si, *a contrario*, ils *devaient notifier* les Etats riverains du Nil (en leur qualité d'Etats membres de la Communauté est-africaine pressentis pour rejoindre le projet dans une phase ultérieure et associés à ce titre à l'ensemble des étapes du programme). La Banque considéra que la seconde approche devait prévaloir car ces deux Etats avaient été associés aux phases d'élaboration et de suivi du projet. L'institution indiqua également

⁴⁰⁹ Lake Victoria Environmental Management Project II (P103298, 2008).

⁴¹⁰ Ce prêt fut accordé par la Banque en qualité d'agence d'exécution du Fonds global pour l'environnement.

⁴¹¹ La Communauté est-africaine est une organisation internationale régionale fondée par le Kenya, la Tanzanie et l'Ouganda et ayant son siège à Arusha (Tanzanie). Son traité constitutif fut signé le 30 novembre 1999 et entra en vigueur le 7 juillet 2000 à la suite de sa ratification par ses trois Etats membres. Le Rwanda et le Burundi accédèrent à l'organisation par la signature du traité constitutif le 18 juin 2007 et en devinrent des membres officiels à partir du 1er juillet 2007. V. Treaty for Establishment of the East African Community, 30 novembre 1999.

⁴¹² BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, politique opérationnelle (OP) 7.50, juin 2001, §1, a) : constitue une voie d'eau internationale au sens de la politique « tout fleuve, rivière, canal, lac ou étendue d'eau analogue formant une frontière entre deux États ou plus, qu'ils soient membres de la Banque ou non, tout fleuve, rivière, ou étendue d'eau de surface traversant deux États ou plus, qu'ils soient membres de la Banque ou non ».

que leur qualité de membre de la Communauté est-africaine leur imposait de ratifier le Protocole pour le développement durable du Lac Victoria qui établit la Commission du bassin du Lac Victoria et a été conclut par le Kenya, la Tanzanie et l'Ouganda le 29 novembre 2003.

2. La notification des organismes de gestion commune

Lorsque les riverains ont conclu des accords ou des arrangements, ou qu'ils ont mis en place un cadre institutionnel pour la voie d'eau internationale considérée, ces organismes doivent être notifiés. Nous reviendrons ici sur la pratique de la BIRD qui illustre les questions juridiques qui peuvent survenir à cette occasion selon que tous les Etats riverains soient parties **(a)** ou non **(b)** au traité instituant l'organismes de gestion commune.

a. Hypothèse 1. Tous les Etats riverains sont parties au traité instituant l'organisme de gestion commune.

Dans l'hypothèse où tous les Etats riverains sont parties au traité instituant l'organisme de gestion commune, la notification de ce dernier par la Banque ou l'Etat emprunteur est suffisante et vaut notification de l'ensemble des riverains. Il appartiendra alors à l'organisme de gestion commune de déterminer, seul ou avec l'aide des Etats parties au traité, s'il doit s'opposer ou non au projet.

La notification combinée de l'organisme de gestion et de tout ou partie des Etats riverains est possible, mais n'est pas exigée par la politique opérationnelle 7.50. Dans certains projets, la Banque est allée plus loin que la seule notification de l'organisme de gestion commune en notifiant également l'ensemble des riverains. La Banque agit ainsi pour le projet *Odra River Basin Flood Protection Project* qui nécessitait la poldérisation d'une partie du fleuve Oder⁴¹³. Le projet avait fait l'objet d'un accord international conclu le 1er avril 1996 entre la Pologne, la République tchèque, et l'Union européenne⁴¹⁴. A la demande de la Pologne (Etat emprunteur), la Banque notifia la Commission de protection de l'ODER contre la pollution ainsi que l'Allemagne et la République Tchèque.

⁴¹³ Le fleuve Oder prend sa source en République Tchèque, s'écoule en territoire polonais avant de former la frontière avec l'Allemagne et de se jeter dans la mer baltique.

⁴¹⁴ L'accord est entré en vigueur le 28 avril 1999. V. DUBICKI A., NALBERCZYNSKI A., « Development of the International Cooperation in the Oder River Basin », in LANDSBERG-UCZCIWEK M., ADRIAANSE M., ENDERLEIN R. (Dirs.), *Management of Transboundary Waters in Europe*, 1998.

b. Hypothèse 2. Certains Etats riverains ne sont pas parties au traité instituant l'organisme de gestion commune.

La notification des projets financés par la Banque et entrepris sur des voies d'eau internationales est plus complexe lorsque certains Etats riverains ne sont pas parties au traité instituant l'organisme de gestion commune. Deux hypothèses doivent ici être distinguées, selon que l'Etat emprunteur soit ou non partie au traité instituant l'organisme de gestion commune.

Lorsque l'Etat emprunteur est partie au traité, il donnera notification du projet à l'organisme de gestion commune ainsi qu'à l'ensemble des Etats riverains non-parties au traité. La Banque agira de façon similaire lorsqu'elle entreprendra la notification au nom de l'Etat emprunteur⁴¹⁵. Toutefois, lorsque la validité du traité est contestée par certains des Etats riverains, la Banque appliquera les dispositions de sa politique opérationnelle 7.50 en matière de notification, et non pas les dispositions du traité.

Lorsque l'Etat emprunteur n'est pas partie au traité instituant l'organisme de gestion commune, la notification sera adressée à chaque Etat riverain et non à l'organisme de gestion commune, puisque l'Etat emprunteur n'est pas lié par les dispositions conventionnelles.

Après avoir identifié les débiteurs et le créanciers de l'obligation de notification, nous reviendrons désormais sur le champ d'application matériel de cette obligation.

§2. Le champ d'application matériel de l'obligation de notification

La délimitation du champ d'application personnel effectuée, il convient désormais de revenir sur l'identification du champ matériel de l'obligation de notification. Cela suppose que nous déterminions le seuil minimal à partir duquel des travaux et ouvrages doivent être notifiés par l'Etat qui les entreprend **(A)** mais également les informations qui doivent être fournies de façon à permettre aux riverains de pouvoir fonder leur position par rapport aux activités envisagées **(B)**.

A. La détermination du seuil minimal des impacts du projet déclenchant l'obligation de notification

La détermination du seuil minimal à partir duquel un projet doit être notifié ne fait l'objet d'aucune définition communément acceptée **(1)**. La pratique de la BIRD est une fois de plus d'un

⁴¹⁵ Ainsi, dans le projet *Nam Theun 2 Power Project (NT2)* (P076445, 2005), le gouvernement du Laos notifia les cinq Etats riverains du Mékong, ainsi que la Commission du Mékong (MRC).

grand secours pour illustrer les questions juridiques soulevées par la détermination du seuil, encore que son analyse de la question soit singulière (2).

1. L'absence de définition coutumière du seuil minimal

L'obligation de notification en matière de mesures envisagées ne concerne pas toutes les activités susceptibles d'être entreprises par un Etat riverain. Certains aménagements mineurs ne peuvent ainsi faire l'objet d'aucune mesure de notification en ce qu'ils sont dépourvus d'impacts sur le cours d'eau international. L'obligation de notification ne vise ainsi que les mesures susceptibles d'engendrer des effets d'une certaine gravité. Or, ce seuil de gravité ne fait l'objet d'aucune définition en droit international ce qui ouvre immédiatement la porte à de nombreux problèmes d'interprétation. Dans ces conditions, quels sont les aménagements publics entrepris par un Etats et devant être obligatoirement notifiés aux autres riverains ? La Convention de 1997 retient ici le critère des « effets négatifs significatifs » sans plus ample précision. Ce critère est également retenu dans le protocole révisé sur les cours d'eau partagés de la SADC de 2000⁴¹⁶. Le traité du Rio de la Plata et sa façade maritime de 1973⁴¹⁷ et le statut du fleuve Uruguay de 1975⁴¹⁸ retiennent quant à eux l'existence d'un « préjudice sensible » comme seuil de gravité déclenchant l'obligation de notification. En tout état de cause, la notification doit intervenir avant que l'État entreprenant les travaux ne prenne la décision finale d'approbation du projet. Dans cette optique, la viabilité environnementale du projet fait office de critère déterminant. La notification adressé par l'Etat constructeur aux autres riverains doit ainsi comprendre le rapport de l'évaluation de l'impact sur l'environnement du projet envisagé afin que les riverains puissent éventuellement formuler toutes les observations et critiques pertinentes sur le projet. Comme la Cour l'a précisé dans l'*Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la notification « est destinée à permettre à la partie qui en est le destinataire de participer au processus visant à s'assurer que l'évaluation est complète, pour qu'elle puisse ensuite apprécier, en toute connaissance de cause, le projet et ses effets »⁴¹⁹.

2. L'appréciation du seuil minimal par la politique opérationnelle 7.50 de la BIRD

A priori, la politique opérationnelle 7.50 de la BIRD n'accorde aucune importance à la question du seuil de notification : elle impose à l'Etat emprunteur de procéder à la notification du

⁴¹⁶ Protocole révisé sur les cours d'eau partagés de la SADC de 2000, art. 4.1.

⁴¹⁷ Traité du Rio de la Plata et sa façade maritime de 1973, art. 17.

⁴¹⁸ Statut du fleuve Uruguay, art. 7.

⁴¹⁹ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay)*, préc., § 119.

projet quels qu'en soient les effets **(a)**. Cette approche rigide souffre toutefois de quelques exceptions limitatives définies par le texte de la politique opérationnelle **(b)**.

a. Le principe de notification de l'ensemble des projets indépendamment de tout seuil minimal

La politique opérationnelle 7.50 de la Banque se distingue en ce qu'elle requiert la notification indépendamment de tout seuil d'effet minimal. La notification est ainsi exigée pour tous les projets entrepris sur les voies d'eau internationales identifiés par le texte, et ce quel que soit l'ampleur de leurs effets sur les autres Etats riverains. Certes, la politique opérationnelle 7.50 retient trois exceptions à l'obligation de notification⁴²⁰, mais aucune d'entre elles n'est liée à un seuil de gravité. Il s'agit ici d'une évolution importante des règles de conduite de la Banque à partir de 1985. Les premières versions de celles-ci autorisaient en effet l'Etat emprunteur à entreprendre un projet sur une voie d'eau internationale sans en notifier les autres riverains s'il était déterminé que l'ouvrage était dépourvu d'effet négatif⁴²¹. Cette solution faisait la part belle à l'analyse subjective de l'Etat emprunteur. La bonne gouvernance des voies d'eau internationales nécessite que les Etats riverains et les organismes de gestion éventuellement institués par eux disposent de données techniques et d'informations fiables sur l'état des ressources partagées.

Certains traités subordonnent les obligations de consultation, d'échange de données et d'informations et de notification à la survenance d'un événement donné affecté d'un certain seuil de gravité. Ainsi, la Convention sur le Danube (1994) et le Protocole SADC (2000) exigent que la notification soit donnée aux Etats parties à ces instruments lorsque le projet est susceptible de causer un « significant adverse effect ». Lorsque la Banque accorde ses concours financiers à un Etat, lié par une telle obligation internationale, en vue de construire un projet sur une voie d'eau internationale, doit-elle appliquer les dispositions de sa politique opérationnelle 7.50 (qui ne subordonne la notification à aucun seuil minimal de gravité du projet) ou, au contraire, s'en remettre aux dispositions plus strictes du traité ? La pratique démontre que la Banque applique ses propres règles lorsque celles-ci sont plus strictes que les dispositions du traité.

⁴²⁰ V. *infra*.

⁴²¹ V., en ce sens, l'analyse de David Goldberg, ancien conseiller de la Banque : GOLDBERG D., « Legal Aspects of the World Bank Policy on Projects on International Waterways », *International Journal of Water Resources Development*, vol. 7, n° 4, 1991, pp. 225-229.

b. L'atténuation du principe par la reconnaissance d'exceptions au principe de notification intégrale

Le principe de notification intégrale qui prévaut dans les activités de la BIRD souffre de deux catégories d'exceptions définies par la politique opérationnelle 7.50 et qui se justifient au nom du principe de coopération **(b.1.)** et/ou au nom de l'innocuité du projet considéré **(b.2.)**.

b.1. Les exceptions justifiées au nom du principe de coopération

En pratique, deux exceptions justifiées au nom du principe de coopération font obstacle au principe de la notification intégrale : les projets associant l'ensemble des Etats riverains **(b.1.1.)** et les projets situés sur un affluent d'une voie d'eau internationale situé intégralement sur le territoire de l'Etat situé le plus en aval **(b.1.2.)**.

b.1.1. L'absence de notification des projets associant l'ensemble des Etats riverains

La première exception à l'obligation de notification est tirée de la pratique de la Banque et non des dispositions de sa politique opérationnelle 7.50. La notification n'est pas exigée pour les projets collectifs associant l'ensemble des Etats riverains. Ce type de projet est souvent mené par l'organisme de gestion commune (lorsqu'il existe et que l'ensemble des Etats riverains sont parties au traité l'instituant) et/ou par les agences nationales de développement sises sur le territoire des différents riverains⁴²². La notification est rendue inutile dans ces projets en raison de la participation de l'ensemble des Etats riverains qui bénéficient tous de ses retombées positives.

La notification n'est pas non plus requise dans le cadre des projets situés sur un affluent d'une voie d'eau internationale situé intégralement sur le territoire de l'Etat situé le plus en aval.

⁴²² V., à titre d'exemple, le projet *Reversing Land and Water Degradation Trends in the Niger River Basin* qui profitait aux neuf Etats riverains du fleuve Niger. V., en même sens, le projet *Environmental Protection and Sustainable Development of the Guarani Aquifer System* auquel participaient les quatre Etats riverains de l'aquifère (l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay).

b.1.2. L'absence de notification des projets situés sur un affluent d'une voie d'eau internationale situé intégralement sur le territoire de l'Etat situé le plus en aval

L'envoi d'une notification aux autres États riverains n'est pas exigé dans le cas des projets relatifs à l'affluent d'une voie d'eau internationale lorsque l'affluent coule exclusivement dans un seul État (première condition) et que cet État est le riverain le plus en aval (seconde condition). Il n'en va autrement que s'il est à craindre que le projet ne cause des dommages appréciables à d'autres États⁴²³. Cette exception a été ajoutée au texte de la politique opérationnelle en 1994 en marge d'un projet de construction de barrage sur le fleuve Yin, en Birmanie. La Birmanie est le riverain situé le plus en aval du fleuve Irrawaddy avant que ce dernier ne se jette dans l'océan indien. Cette exception a été influencée par le fait que le fleuve Irrawaddy coule pour l'essentiel en Birmanie (seule une petite portion du fleuve étant située en dehors de cet Etat). Cependant, cette exception n'est pas exempte de critique. Au plan formel, l'exception fait abstraction du fait que le fleuve Irrawaddy est l'un des affluents d'un bassin dont la gestion nécessite la coopération de bonne foi de l'ensemble des riverains. En ce sens, cette exception entre en contradiction avec la définition des « voies d'eau internationales » retenue par la politique opérationnelle 7.50 et qui inclut les affluents⁴²⁴. Au surplus, le personnel de la Banque semble avoir minoré le fait que le fleuve Irrawaddy se jette dans la baie du Bengale. Ainsi, aucune attention ne fut portée à la question de savoir si cette dernière était une « baie » au sens de la politique opérationnelle 7.50, ce qui aurait entraîné l'obligation de notifier l'ensemble des riverains de la baie des projets conduits sur le fleuve Irrawaddy. Au plan substantiel, l'exception ne prend pas en compte le fait que tous les projets implantés sur une voie d'eau internationale s'écoulant sur le territoire de l'Etat situé le plus en aval permettront à cet Etat d'établir de nouveaux droits à l'encontre des Etats riverains situés en amont, comme indiqué précédemment. Conceptualisée pour les seuls besoins de l'action de la Banque en Birmanie à l'occasion d'un projet qui ne vit jamais le jour⁴²⁵, cette exception a été rarement invoquée depuis son introduction officielle dans la politique opérationnelle 7.50 en 1994. Son application fut envisagée, mais non retenue, dans le cadre de projets d'affluents au fleuve Niger prenant leur source au Nigeria (qui est l'Etat situé le plus en aval du fleuve)⁴²⁶.

⁴²³ BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, politique opérationnelle (OP) 7.50, juin 2001, § 7, c).

⁴²⁴ *Ibid.*, § 1, b).

⁴²⁵ Le projet fut abandonné en 1988 suite à l'abandon des opérations de la Banque en Birmanie.

⁴²⁶ Nigeria, Local Empowerment and Environmental Management Project (P069892, 2003).

b.2. Les exceptions justifiées par le caractère non-dommageable des opérations entreprises

Aux exceptions précédentes il convient de rajouter celles justifiées par le caractère non-dommageable des activités entreprises. C'est le cas de l'absence de notification des enquêtes sur les ressources en eau et études de faisabilité sur ou à propos de voies d'eau internationales (**b.2.1.**) et de l'absence de notification des additions et/ou modifications apportées à des projets en cours (**b.2.2.**).

b.2.1. L'absence de notification des enquêtes sur les ressources en eau et études de faisabilité sur ou à propos de voies d'eau internationales

L'envoi d'une notification aux autres États riverains n'est pas exigé dans le cas d'enquêtes sur les ressources en eau et d'études de faisabilité sur ou à propos de voies d'eau internationales⁴²⁷. Toutefois, l'État proposant ces activités inclura dans les termes de référence des activités en question l'analyse des problèmes pouvant surgir avec les autres États riverains. Ces études sont généralement conduites dans le cadre de projets d'assistance technique de faible ampleur. Les enquêtes sur l'évolution des ressources en eau permettent de quantifier les débits d'eau et mesurer la déperdition (notamment due à l'évaporation). Les études de faisabilité visent à présenter les risques environnementaux et sociaux du projet envisagé, ainsi que les éventuels différends entre États riverains. Ces deux types d'études doivent être distingués des études d'ingénierie et/ou de design du projet qui sont soumises à l'obligation de notification. La principale difficulté réside ici dans la distinction entre les études soumises et exclues à l'obligation de notification qui n'est pas toujours aisée en pratique.

b.2.2. L'absence de notification des additions et/ou modifications apportées à des projets en cours

La première exception à l'obligation de notification prévue par la politique opérationnelle 7.50 vise les additions et/ou modifications apportées à des projets en cours. Cette exception est spécifique à la Banque et ne trouve à ce titre aucun équivalent dans les autres instruments internationaux applicables à l'utilisation des voies d'eaux internationales à des fins autres que la navigation. Elle semble avoir été insérée dans le texte de la politique opérationnelle 7.50 pour tenir compte de la pratique de la Banque qui est régulièrement amenée à financer des travaux de réhabilitation et de modernisation d'ouvrages d'irrigation et/ou de distribution d'eau. Exclure de tels travaux de

⁴²⁷ BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, politique opérationnelle (OP) 7.50, juin 2001, § 7, b).

l'obligation de notification serait justifié par la nature même de ces opérations qui ont pour but d'optimiser le fonctionnement d'ouvrages préalablement construits. Ainsi, dans la majorité des cas, la réhabilitation et la modernisation entraînent une moindre consommation d'eau (y compris lorsque ces travaux nécessitent la construction d'ouvrages de soutien), à la différence de la construction de nouveaux ouvrages qui modifieront la répartition des eaux entre les riverains.

Ainsi, l'envoi d'une notification aux autres États riverains n'est pas exigé dans le cas d'opérations en cours, pour les projets concernant des additions ou des modifications qui nécessitent des travaux de rénovation ou de construction, ou tout autre changement qui, de l'avis de la Banque ne risquent pas de nuire à la qualité ou au débit des eaux parvenant aux autres riverains (première condition) et ne risquent pas de subir des dommages du fait de l'utilisation possible de l'eau par les autres riverains (seconde condition)⁴²⁸. La Banque dispose ici d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer l'applicabilité de l'exception, dans les limites posées par la politique opérationnelle 7.50⁴²⁹. Cette exception n'est valable que pour les additions ou modifications mineures devant être apportées à des opérations en cours. Elle ne concerne donc pas les travaux et les activités d'une ampleur dépassant celle de l'opération en cours, susceptibles de transformer sa nature ou de modifier sa portée à tel point que ladite opération semblera nouvelle ou différente. Certains projets incluent à la fois la construction de nouveaux ouvrages et la réhabilitation d'anciennes structures. Bien que cette dernière activité ne doive être notifiée aux autres États riverains, la Banque exige que la lettre de notification indiquant la construction des nouveaux ouvrages y fasse référence. Ce faisant, les États riverains auront une vision d'ensemble des opérations menées sur la voie d'eau internationale considérée et pourront apprécier leurs éventuels effets cumulés. Dans tous les cas, si le personnel de la Banque n'est pas certain qu'un projet remplisse les critères de cette exception, les administrateurs représentant les riverains concernés sont informés et ont deux mois pour répondre.

Certains traités de gestion commune imposent aux États parties de procéder à une notification formelle (ou, *a minima*, d'échanger des données et informations) pour toutes les utilisations entreprises à des fins autres que la navigation sur la voie d'eau internationale couverte par l'accord, et ce y compris pour les travaux de réhabilitation. Les hypothèses de conflit entre les dispositions de la politique opérationnelle 7.50 (« les travaux de réhabilitation sont exclus de l'obligation de notification ») et celles du traité pertinent (« toutes les activités entreprises par les États riverains doivent faire l'objet d'une notification, indépendamment de leur nature ») sont donc fréquentes en pratique. La Banque s'efforcera alors d'obtenir que les conditions de tout accord ou arrangement

⁴²⁸ BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, politique opérationnelle (OP) 7.50, juin 2001, § 7, a).

⁴²⁹ *Ibid.*

entre les riverains soient respectées, les dispositions de sa politique opérationnelle 7.50 ne primant pas les obligations internationales des Etats riverains.

Les traités de gestion commune ne sont pas les seuls accords susceptibles d'entraîner des problèmes de compatibilité avec l'exception à l'obligation de notification. Il n'est pas rare que les travaux doivent être exécutés sur un autre territoire que celui de l'Etat emprunteur. Cela sera le cas lorsque deux (ou plus) Etats auront convenu par traité de dissocier les opérations d'emprunt et d'exécution des travaux. Ce type d'activité a été illustré par le projet *Uzbekistan, Karshi Pumping Cascade (KPC) Rehabilitation Phase I*⁴³⁰ qui consistait en la modernisation du système de dérivation des eaux du fleuve Amu Darya, partagées entre l'Ouzbékistan, le Tadjikistan, le Turkménistan et l'Afghanistan. Le fleuve se jetant dans la mer d'Aral, le Kazakhstan est également considéré comme un Etat riverain, au sens des dispositions de la politique opérationnelle 7.50. Le projet était porté par l'Ouzbékistan, Etat emprunteur, et tombait, *a priori*, sous le coup de l'exception à l'obligation de notification puisqu'il ne consistait qu'en des travaux de réhabilitation d'infrastructures préexistantes. Toutefois, les ouvrages concernés étaient situés non pas en territoire de l'Ouzbékistan, mais sur le sol du Turkménistan en vertu d'un traité international conclu entre les deux Etats. Le Turkménistan fut donc notifié du projet et n'y fit aucune objection.

La Banque peut-elle financer la réhabilitation d'ouvrages n'ayant pas été financés initialement par elle lors de leur construction et faisant l'objet d'un différend entre Etats riverains ? Si elle s'en tenait aux dispositions de sa politique opérationnelle 7.50 sur l'exception à l'obligation de notification, l'institution pourrait accorder ses concours financiers à une opération de réhabilitation de tels ouvrages sans devoir en notifier les autres Etats riverains. *A contrario*, la Banque a décidé d'étendre aux travaux de réhabilitation la règle selon laquelle elle s'interdit de financer de nouveaux ouvrages lorsqu'un différend existe entre tout ou partie des Etats riverains. Sollicitée en 1995 pour financer une opération de réhabilitation du barrage de Farakka, la Banque refusa d'investir dans le projet qui faisait alors l'objet d'un différend persistant entre l'Inde et le Pakistan (puis le Bangladesh) et ce malgré les dispositions de la politique opérationnelle qui lui auraient permis de mener l'opération à bien⁴³¹.

L'obligation de notification est donc conditionnée par la détermination d'un seuil minimal d'impact du projet. Une fois ce seuil atteint, quelles informations doivent être notifiées ?

⁴³⁰ Uzbekistan, Karshi Pumping Cascade (KPC) Rehabilitation Phase I Project (P057903, 2002)

⁴³¹ La situation fut débloquée l'année suivante, en 1996, par la conclusion du traité entre l'Inde et le Bangladesh sur le partage des eaux du Gange.

B. L'identification des informations devant être notifiées

Les Etats riverains doivent disposer d'informations exhaustives leur permettant d'apprécier les effets du projet (1), ce qui suppose également que toute modification ultérieure du projet fasse l'objet d'une nouvelle notification (2). Nous développerons ici la pratique de la BIRD qui est particulièrement riche.

1. Les Etats riverains doivent disposer d'informations exhaustives leur permettant d'apprécier les effets du projet

La procédure bancaire (B.P.) 7.50, qui précise les dispositions de la politique opérationnelle (O.P.) 7.50, fait obligation à l'Etat emprunteur (ou à la Banque, lorsque cette dernière entreprend la notification au nom de l'Etat emprunteur) d'apporter suffisamment de spécifications, renseignements et autres données techniques pour que les autres riverains puissent déterminer aussi justement que possible si le projet envisagé est de nature à causer des dommages appréciables à la voie d'eau internationale considérée⁴³² (a). L'exhaustivité des informations transmises est contrôlée par le personnel de la Banque (b).

a. Informations visées

L'Etat riverain doit pouvoir déterminer si le projet entrepris par l'Etat d'aval ou d'amont sera de nature à lui causer un dommage significatif. Cette analyse est menée par les services de l'Etat riverain qui fera souvent appel, en pratique, à des consultants extérieurs spécialisés. Afin de pouvoir se déterminer en toute connaissance de cause, l'Etat riverain doit disposer d'un ensemble minimal d'informations.

C'est tout d'abord le cas des *caractéristiques techniques* du projet. La notification devra comprendre une description de tous les composants du projet et une évaluation chiffrée de ceux-ci permettant à l'Etat riverain de mesurer l'ampleur des ouvrages. Ces détails devront être complétés par une évaluation hydrologique du projet présentant le volume d'eau nécessaire à son bon fonctionnement rapporté au débit/volume général de la voie d'eau internationale considérée. Ces chiffres sont indispensables pour démontrer à l'ensemble des riverains que le projet ne causera aucun dommage significatif sous la forme d'une réduction du débit des eaux disponibles. Comme nous l'avons vu précédemment, la présentation de telles données chiffrées est une obligation pesant sur l'Etat emprunteur, sans distinction quant à sa situation géographique à l'égard de la voie d'eau

⁴³² BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, procédure bancaire (BP) 7.50, juin 2001, § 2.

internationale : l'obligation pèse autant sur un Etat emprunteur situé en amont que sur un Etat emprunteur situé en aval.

La notification doit également présenter les *caractéristiques environnementales* du projet. A priori, la politique opérationnelle 7.50 ne contient aucune mention exprès exigeant de l'Etat emprunteur qu'il fournisse les résultats de l'étude d'impact environnemental du projet à l'appui de sa notification. La fourniture de tels résultats peut toutefois être imposée à l'Etat emprunteur par une obligation internationale préexistante. La Convention des Nations Unies de 1997 fait ainsi obligation à ses Etats parties de transmettre aux autres riverains les « données techniques et informations disponibles, y compris, le cas échéant, les résultats de l'étude d'impact sur l'environnement » avant que les mesures projetées ne soient entreprises. La Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Convention d'Espoo) impose également à ses Etats parties d'entreprendre une étude d'impact environnemental avant d'entreprendre une ou plusieurs des activités déterminées dans son Annexe I qui vise, entre autres, la construction de grands barrages et réservoirs et les travaux de captage des eaux souterraines⁴³³. La Convention fait également obligation à l'Etat d'origine de l'activité d'offrir au public des zones susceptibles d'être touchées la possibilité de participer aux procédures pertinentes d'évaluation de l'impact sur l'environnement des activités proposées. L'Etat d'origine doit également veiller à ce que la possibilité offerte au public de la Partie touchée soit équivalente à celle qui est offerte à son propre public. Les Etats riverains des voies d'eau internationales faisant l'objet d'un aménagement financé par la Banque exigent ainsi fréquemment de l'Etat emprunteur qu'il leur fournisse une copie de l'étude d'impact environnemental lors de la notification.

La notification doit également présenter le cadre juridique international du projet en faisant explicitement référence aux accords internationaux applicables à l'opération.

La procédure bancaire (BP) 7.50 pose une obligation générale de cartographie du projet⁴³⁴. Le dossier des projets relatifs à une voie d'eau internationale doit ainsi contenir une carte indiquant clairement la voie d'eau et le site des composantes du projet. Cette règle s'applique au Document d'évaluation du projet (PAD), au Document d'information sur le projet (PID) et à tout mémorandum interne traitant des problèmes des riverains soulevés en raison du projet. Des cartes sont fournies pour les projets relatifs à une voie d'eau internationale, même lorsqu'il n'est pas exigé que les riverains soient informés en application des dispositions de la politique opérationnelle 7.50. La procédure bancaire (BP) 7.50 prévoit une dérogation à cette règle lorsque le vice-président régional, en consultation avec le vice-président et conseiller juridique de la Banque, a donné pour instruction

⁴³³ *Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière*, conclue à Espoo le 25 février 1991, appendice 1 « Liste d'activités », §§ 11-12.

⁴³⁴ BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, procédure bancaire (BP) 7.50, juin 2001, § 13.

d'omettre, en totalité ou en partie, les cartes de l'État bénéficiaire. Cette exception ne vaut toutefois pas pour les mémorandums internes⁴³⁵. Une autre exception, tirée de la pratique, à trait aux projets financés dans des zones contestées. Certains Etats membres ont ainsi demandé à la Banque de ne pas inclure de cartes de leurs territoires dans les documents officiels liés aux projets. Ces demandes ont été justifiées par les réticences exprimées par ces Etats de reconnaître l'existence d'un différend territorial. La Banque a concilié ces demandes avec l'obligation fixée par sa procédure bancaire (BP) 7.50 en publiant des cartes dépourvues de frontières.

b. Obligation d'exhaustivité

La procédure bancaire (BP) 7.50 fait obligation à l'Etat emprunteur de transmettre l'ensemble des informations pertinentes aux Etats riverains. Cette transmission se fait sous le contrôle du personnel de la Banque qui est chargé d'en vérifier l'exhaustivité afin que les destinataires de la notification puissent se déterminer en toute connaissance de cause⁴³⁶. Si les détails du projet ne sont pas disponibles au moment de la notification, la Banque fait obligation à son emprunteur de les communiquer aux autres riverains aussitôt que possible après la notification⁴³⁷.

2. Les conséquences de la modification ultérieure du projet sur la notification

Les projets définis par la Banque et ses emprunteurs sont susceptibles d'évoluer en cours de route afin de tenir compte de la modification d'une variable (développement, pression démographique, évolution de la demande, etc) ayant présidé à la conceptualisation initiale. Ces restructurations de projet se concrétisent fréquemment par l'intégration de nouveaux composants. Lorsque la restructuration nécessite la construction d'une nouvelle composante sur une voie d'eau internationale, l'opération emporte obligation de notification à l'égard des autres Etats riverains et des organismes de bassin. La notification donnée pour le projet principal ne s'étend donc pas aux éventuels composants rajoutés en cours d'exécution. Sauf s'ils entrent dans le cadre de l'une des exceptions à l'obligation de notification prévue par la politique opérationnelle (OP) 7.50, les nouveaux composants du projet tomberont sous le coup de l'obligation de notification : ils seront traités comme des nouveaux projets. Les Etats riverains seront notifiés et disposeront d'un délai raisonnable pour répondre. La mise en oeuvre des nouveaux composants ne pourra donc intervenir qu'une fois le processus de notification terminé. La lourdeur de ce processus amène souvent les Etats

⁴³⁵ *Ibid.*, § 14.

⁴³⁶ *Ibid.*, § 2.

⁴³⁷ Une dérogation est prévue par la procédure bancaire (BP) 7.50 (§2).

emprunteurs et la Banque à éviter les restructurations de projet impliquant la construction de nouveaux composants sur une voie d'eau internationale.

La Banque retient la même approche en matière de financements additionnels accordés à des projets en cours d'exécution sur une voie d'eau internationale. Si les nouveaux fonds accordés par la Banque sont affectés à une composante du projet ayant déjà fait l'objet d'une notification adressés aux Etats riverains, aucune nouvelle notification ne sera exigée. Il en ira autrement si ces fonds ont pour but de financer de nouvelles activités susceptibles d'avoir un impact sur la qualité et/ou la quantité des eaux. Si les fonds additionnels viennent s'ajouter aux fonds initiaux qui portaient sur une opération ne devant pas être notifiée aux autres riverains (parce que tombant sous le coup de l'une des exceptions à l'obligation de notification), le personnel de la Banque devra rédiger un nouveau mémorandum pour justifier que ces nouveaux fonds doivent eux aussi bénéficier de l'exception à l'obligation de notification.

*

Nous avons désormais terminé l'identification des contours de l'obligation de notification mise à la charge de l'Etat maître de l'ouvrage. Cette obligation découle de celle, plus générale, qui impose aux Etats de notifier les Etats susceptibles d'être affectés par une activité se déroulant sur son territoire apparaît comme le corollaire de l'obligation générale de coopération, d'échange d'informations et de données entre les Etats riverains d'une même voie d'eau internationale. La pratique distingue trois hypothèses dans lesquelles pareille notification est exigée. C'est d'abord le cas lorsque l'activité considérée entreprise par l'Etat implique l'utilisation d'une partie des eaux partagées. La notification est également exigée d'un Etat informé d'une activité se déroulant sur son territoire et susceptible de causer un dommage aux autres riverains. La notification peut également être *réclamée* par un Etat riverain lorsqu'il a des motifs raisonnables de penser qu'un autre Etat du cours d'eau projette des mesures qui peuvent avoir des effets négatifs significatifs pour lui. Après avoir identifié les débiteurs et les destinataires de l'obligation de notification, nous avons procédé à la délimitation de son champ d'application champ matériel. Cela supposait que nous déterminions le seuil minimal à partir duquel des travaux et ouvrages doivent être notifiés par l'Etat qui les entreprend mais également les informations qui doivent être fournies de façon à permettre aux riverains de pouvoir fonder leur position par rapport aux activités envisagées. Il convient désormais de nous pencher sur les suites données par les autres Etats riverains à la notification accordée par l'Etat maître de l'ouvrage.

Sous-section 2. Les suites données par les Etats riverains et organismes de gestion commune à la notification de l'ouvrage public

Les aménagements des cours d'eau internationaux soumis à l'obligation de notification impliquent souvent la constructions d'infrastructures lourdes. Au plan substantiel, la notification du projet ne se limite pas à la transmission d'une brochure décrivant sommairement le projet. Elle doit au contraire contenir toutes les informations techniques ainsi que les effets potentiels de l'ouvrage sur l'écosystème du cours d'eau international. La complexité des dossiers considérés impose à l'Etat auteur de la notification d'accorder un certain délai à l'Etat notifié pour réagir : ce dernier doit disposer d'un délai raisonnable pour étudier, évaluer, (éventuellement) critiquer le projet et répondre à l'Etat auteur de la notification. Ce délai doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir pour effet de dénier indéfiniment à l'Etat auteur de la notification de mener les aménagements privatifs envisagée, pas plus que ce délai ne doit rendre impossible par l'Etat riverain l'examen minutieux du projet. Durant le délai accordé par l'Etat auteur de la notification, l'Etat riverain pourra consentir ou non au projet d'aménagement. Dans la première hypothèse, il pourra acquiescer de manière explicite ou implicite s'il ne présente aucune objection dans le délai imparti. *A contrario*, quels sont les droits de l'Etat notifié ayant formulé une ou plusieurs objections au projet présenté par l'un de ses voisins ? Nous reviendrons dans un premier temps sur les conséquences juridiques attachées à la réponse des Etats riverains et/ou des organismes de gestion commune (§1). Nous terminerons nos développements par l'étude des suites à donner lorsque les mécanismes préventifs étudiés ci-dessus n'auront pas permis de régler le différend entre les Etats (§2).

§1. La réponse des Etats riverains et des organismes de gestion commune

La pratique de la Banque illustre une fois de plus les difficultés liées à la notification. Nous reviendrons sur les modalités de la réponse (A) et tenterons d'établir une classification de celles-ci (B).

A. Les modalités de la réponse

Les Etats riverains ont donc le droit d'être consultés par l'Etat qui souhaite entreprendre des travaux de construction d'un ouvrage. La tentation peut alors être grande d'allonger artificiellement l'étude des documents fournis à l'appui de la notification, ce qui impose directement la question de la détermination du délai de réponse acceptable (1), mais également du sort à réserver aux demandes supplémentaires présentées par les riverains (2).

1. Le délai de réponse

Les règles de la Banque exigent que le processus de notification soit entièrement terminé avant que le projet ne soit présenté aux Directeurs exécutifs pour validation. La plupart des textes relatifs à l'utilisation des eaux partagées à des fins autre que la navigation encadrent le droit de réponse des Etats riverains notifiés par l'Etat entreprenant le projet⁴³⁸. Les Règles d'Helsinki recommandent que les riverains bénéficient d'une période de temps raisonnable pour déterminer les effets probables du projet⁴³⁹. L'article 13 de la Convention des Nations Unies de 1997 en précise la durée en indiquant que tout Etat du cours d'eau qui donne notification laisse aux Etats destinataires un délai de six mois pour étudier et évaluer les effets éventuels des mesures projetées et pour lui communiquer leurs conclusions. Toutefois, à la demande d'un Etat notifié et à qui l'évaluation des mesures projetées crée une difficulté particulière, ce délai est prorogé d'une durée de six mois⁴⁴⁰. La Convention laisse les Etats libres de convenir entre eux d'une autre durée. La procédure bancaire (BP) 7.50 est en phase avec la Convention de 1997 sur ce point⁴⁴¹. Les lettres de notifications sont accompagnées d'une date précise à laquelle la réponse de l'Etat riverain est exigible.

2. Les demandes supplémentaires

En pratique, deux types de demandes supplémentaires sont présentées par les riverains : des demandes de délais **(a)** et d'informations complémentaires **(b)**.

a. Les demandes de délais supplémentaires

Dans cette hypothèse, un ou plusieurs Etats riverains indiquent devoir disposer d'un délai supplémentaire pour analyser les détails du projet en vue d'en déterminer les effets. Ni la politique opérationnelle (OP), ni la procédure bancaire (BP) 7.50 ne contiennent de dispositions en ce sens, à la différence de la Convention des Nations Unies de 1997. En pratique, la Banque a néanmoins toujours accepté d'accorder à ces Etats le délai supplémentaire demandé.

⁴³⁸ *Contra*, v. la résolution de Salzbourg qui ne prévoit aucune disposition relative au délai. Référence à compléter et reprendre.

⁴³⁹ Règles d'Helsinki, art. XXIX (3). Référence à reprendre.

⁴⁴⁰ Convention des Nations Unies du 21 mai 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, art. 13.

⁴⁴¹ BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, procédure bancaire (BP) 7.50, juin 2001, § 3 : « Un délai raisonnable, ne dépassant normalement pas six mois à compter de l'envoi des Détails du Projet, est accordé aux autres riverains pour donner leur réponse à l'Etat bénéficiaire ou à la Banque ».

b. Les demandes d'informations supplémentaires

Dans cette hypothèse, les Etats riverains notifiés indiquent à l'Etat emprunteur ou la Banque ne pas disposer de suffisamment d'informations pour conduire une analyse suffisante des effets du projet. La pratique de la Banque regorge de telles demandes visant à obtenir les conclusions d'une étude d'impact environnementale qui n'était pas terminée lors de la notification ou de plus amples précisions sur les détails techniques du projet. Ces demandes peuvent également viser à obtenir des informations sur les projets précédemment financés par la Banque sur le territoire de l'Etat emprunteur et/ou sur la voie d'eau internationale considérée, afin d'intégrer l'impact cumulé des différents ouvrages dans l'analyse des effets du projet. L'Etat emprunteur a l'obligation de donner suite à toute demande de transmission d'informations supplémentaires. S'il refuse de faire droit personnellement à ces demandes, il pourra autoriser la Banque à agir en son nom et transmettre informations recherchées aux autres riverains. Dans l'éventualité où il s'opposerait à toute transmission, la Banque cessera toute participation dans le projet en application des règles de sa politique opérationnelle (OP) 7.50⁴⁴².

Les destinataires de la notification se doivent donc de fournir une réponse dans un certain délai. Leur réponse indique leur consentement ou leur objection au projet de construction.

B. La typologie des réponses

Le consentement (explicite ou implicite) **(1)** doit être distingué de l'objection **(2)** présentée par un ou plusieurs Etats.

1. Le consentement de(s) l'Etat(s) riverain(s)

L'accord explicite des Etats riverains pourra s'exprimer sous forme de consentement, d'absence d'objection, de soutien en faveur du projet ou confirmation que le projet ne lésera pas leurs intérêts⁴⁴³. Si le projet fait l'objet d'un financement de la BIRD, le personnel chargé du projet adressera un mémorandum au Vice-Président compétent. Le mémorandum expose tous les faits pertinents, y compris la conclusion à laquelle les services de la Banque sont parvenus, s'agissant de la question de savoir si le projet a) léserait de manière appréciable les intérêts des autres riverains, ou b) subirait des dommages appréciables du fait d'une utilisation possible de l'eau par les autres riverains. Le mémorandum demande l'approbation de poursuivre la préparation du projet.

⁴⁴² BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, politique opérationnelle (OP) 7.50, juin 2001, § 4.

⁴⁴³ *Ibid.*, § 4.

Il arrive fréquemment qu'aucune réponse ne soit reçue par l'Etat emprunteur ou la Banque de la part de tout ou partie des Etats riverains notifiés⁴⁴⁴. Il s'agit d'un cas fréquent en pratique, car de nombreux Etats riverains préfèrent s'abstenir de consentir (ou de s'opposer) explicitement au projet. La Banque considère l'absence de réponse comme valant reconnaissance implicite de la part de l'Etat riverain que le projet ne lui causera aucun dommage significatif. Cette interprétation est cohérente avec la solution promue par la Convention des Nations Unies de 1997 en son article 16. Aux termes de ce dernier, l'Etat auteur d'une notification demeurée sans réponse peut, sous réserve des obligations de ne pas causer de dommages significatifs (article 7) et de faire une utilisation équitable et raisonnable des eaux partagées (article 5), procéder à la mise en œuvre des mesures projetées conformément à la notification⁴⁴⁵.

2. L'objection de(s) l'Etat(s) riverain(s) sur la poursuite des travaux

L'objection présentée par un ou plusieurs Etats riverains n'a pas pour effet de poser un veto à la poursuite du projet **(b.1.)**. Lorsque le projet ayant fait l'objet d'une opposition bénéficie d'un financement multilatéral, la BIRD suivra une procédure spécifique qui ne conduira pas nécessairement l'abandon du projet **(b.2.)**.

b.1. Absence de droit de veto des Etats riverains

Comme nous l'avons déjà souligné⁴⁴⁶, aucun Etat riverain ne dispose d'un droit de veto sur les projets entrepris par un Etat d'amont ou d'aval. Aucune règle de droit international ne subordonne la poursuite des travaux entrepris sur une voie d'eau internationale à l'accord des autres Etats riverains. Bien que la Déclaration de Madrid de 1911 ait initialement consacré un tel droit, la Déclaration de Salzbourg de 1961 y substitua l'obligation des riverains tenir des consultations et des négociations. Ainsi, les objections formulées à l'encontre d'un projet n'interdisent pas à la Banque de poursuivre le financement de celui-ci. La pratique ne dénombre qu'une poignée d'objections ce qui tend à démontrer l'efficacité de la politique de la Banque visant à s'assurer dès la conception que les projets qu'elle finance ne causeront aucun dommage significatif aux autres riverains. De surcroît, une part substantielle de ces objections reposait sur des motifs extérieurs aux caractéristiques

⁴⁴⁴ En pratique, la Banque s'assurera que la notification a bien été envoyée et reçue en faisant parvenir une copie de la notification aux Directeurs exécutifs représentant les Etats riverains.

⁴⁴⁵ Convention des Nations Unies du 21 mai 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, art. 16, §1. L'article va plus loin sur les questions de modulation de l'indemnisation : 16, §2 : « Pour tout Etat qui n'a pas répondu à la notification qui lui a été adressée pendant le délai prévu à l'article 13, le montant de l'indemnisation demandée peut être amputé des dépenses encourues par l'Etat auteur de la notification au titre des mesures qui ont été entreprises après l'expiration du délai de réponse et qui ne l'auraient pas été si le premier Etat y avait fait objection en temps voulu ».

⁴⁴⁶ V. *supra*.

techniques intrinsèques du projet. Plusieurs Etat riverains se sont opposés à des projets en raison de relations exécrables qu'ils entretenaient avec l'Etat emprunteur ou de l'existence de différends territoriaux non résolus.

b.2. Procédure suivie par la Banque en cas d'objection lorsque l'ouvrage fait l'objet d'un financement multilatéral

La procédure bancaire 7.50 ordonne l'action de la Banque à compter de la réception d'une objection. Si les autres riverains formulent des objections à l'encontre du projet envisagé, le personnel de la Banque devra rédiger un memorandum exposant :

- « a) la nature des problèmes soulevés par les riverains;
- b) l'évaluation par les services de la Banque des objections formulées, y compris leurs raisons et tous les renseignements fournis à l'appui de ces objections ;
- c) l'évaluation par les services de la Banque du risque que le projet envisagé lèse appréciablement les intérêts des autres riverains ou qu'il subisse des dommages appréciables du fait d'une utilisation possible de l'eau par les autres riverains ;
- d) la question de savoir si les circonstances particulières exigent qu'avant de prendre toute autre mesure, la Banque demande aux parties de résoudre les problèmes à l'amiable, par exemple par voie de consultations, de négociations ou en recourant aux bons offices d'une tierce partie (ce qui sera normalement le cas lorsque les objections des autres riverains sont fondées) ; et
- e) la question de savoir si la nature des objections est telle qu'il est recommandé d'obtenir un avis supplémentaire, en s'adressant à des experts indépendants (...) »⁴⁴⁷.

Le VPR, après avoir demandé leur avis au DG concerné et au VPLEG, décide de la marche à suivre. A la suite de ces consultations, le VPR peut recommander au DG concerné de soumettre la question au Comité des opérations. Le DP agit ensuite conformément aux instructions du Comité des opérations, communiquées par son président, ou conformément aux instructions du VPR, et fait rapport sur les résultats dans un memorandum rédigé en collaboration avec LEG et les autres départements compétents. Ce memorandum est adressé au VPR, avec copie au VPLEG. Il contient des recommandations sur la suite à donner au projet⁴⁴⁸. Si la Banque décide de poursuivre le projet en dépit des objections des autres riverains, la Banque les informe de sa décision⁴⁴⁹. Cette procédure

⁴⁴⁷ BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, procédure bancaire (BP) 7.50, juin 2001, § 5.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, § 7.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, § 6.

pose toutefois la question de son articulation avec les dispositions des traités de gestion commune relatives au règlement des différends (quand elles existent) **(b.2.1.)**. La Banque pourra également recourir à des experts indépendants **(b.2.2.)**.

b.2.1. Articulation de la politique de la Banque avec les dispositions des traités de gestion commune relatives au règlement des différends.

Les accords de gestion commune des cours d'eau internationaux sont de plus en plus nombreux et contiennent des dispositions relatives au règlement des différends de plus en plus sophistiquées. La politique opérationnelle 7.50 de la Banque ne supprime pas les obligations internationales des Etats riverains dérivant de tels accords. Cela pose invariablement la question de la compatibilité des dispositions de la politique opérationnelle 7.50 relatives aux objections avec celles des traités relatifs au règlement des différends. La Banque doit-elle, dans cette hypothèse, suivre les dispositions de sa politique opérationnelle ou s'en remettre aux procédures prévues conventionnellement par les Etats riverains ? En d'autres termes, la Banque peut-elle conduire sa propre analyse de l'objection présentée par un Etat riverain ou doit-elle suspendre la procédure et s'en remettre à la décision prise en application des dispositions de l'accord entre Etats riverains ? L'interrogation demeure pour le moment purement théorique, la Banque n'ayant jamais été confrontée à une telle hypothèse. La Banque s'interdisant de financer des projets contrevenant aux obligations internationales préalablement souscrites par les Etats riverains, elle respectera les dispositions des accords pertinents conclus entre Etats riverains. Le développement des accords de gestion commune oblige ainsi le personnel de la Banque à mener une veille juridique régulière. En cas de difficulté, la Banque pourra également solliciter un avis consultatif de la Cour internationale de Justice comme l'y autorise l'accord conclu entre les Nations Unies et la BIRD en 1947 dont l'article VIII dispose que « The General Assembly of the United Nations hereby authorizes the Bank to request advisory opinions of the International Court of Justice on any legal questions arising within the scope of the Bank's activities other than questions relating to the relationship between the Bank and the United Nations or any specialized agency. Whenever the Bank shall request the Court for an advisory opinion, the Bank will inform the Economic and Social Council of the request ».

b.2.2. Recours à des experts indépendants

Si, après avoir reçu notification, les autres riverains soulèvent des objections au projet envisagé, la Banque peut, dans les cas appropriés, nommer un ou plusieurs experts indépendants qui

examineront le dossier⁴⁵⁰. Le VPR demande au vice-président, Développement écologiquement et socialement durable (VPDESD) d'entreprendre la procédure. En consultation avec les VPR et LEG, le VPDESD tient une liste d'experts indépendants hautement qualifiés, contenant dix noms, qui est mise à jour au début de chaque exercice fiscal⁴⁵¹. En consultation avec le VPR et LEG, le VPDESD choisit un ou plusieurs experts indépendants dont le nom figure sur la liste tenue par lui. Les experts choisis ne doivent pas être des ressortissants des riverains des voies d'eau en question et ne doivent pas non plus avoir de conflit d'intérêts de quelque sorte que ce soit en la matière. Les experts sont engagés et leurs termes de référence sont établis conjointement par les bureaux du VPDESD et du VPR. Ce dernier finance les coûts afférents au recrutement des experts. Ceux-ci reçoivent tous les renseignements et toute l'assistance dont ils ont besoin pour s'acquitter efficacement de leur tâche. Les termes de référence des experts stipulent qu'ils doivent examiner les Détails du Projet. Si les experts jugent utile de vérifier les Détails du Projet ou de prendre toute autre mesure connexe, la Banque leur prête toute l'assistance possible. Les experts se réunissent en tant que de besoin jusqu'à ce qu'ils présentent leur rapport au VPDESD et au VPR. Ceux-ci peuvent leur demander des explications ou des précisions sur tout aspect de leur rapport. Les experts n'ont pas de rôle de décision dans la préparation du projet. Leur opinion technique est présentée uniquement pour les besoins de la Banque et n'influe en rien sur les droits et obligations des riverains⁴⁵². Leurs conclusions sont analysées par le VPR et le VPDESD, en consultation avec le VPLEG. La pratique de la Banque en la matière est très peu étoffée.

La pratique de la Banque illustre une fois de plus les difficultés liées à la notification. Après être revenus sur les modalités de la réponse, nous avons tenté d'établir une classification de celles-ci, distinguant les hypothèses de consentement et d'objection. Si le dialogue entre auteurs et destinataires de la notification fait émerger un différend, les protagonistes devront régler celui-ci pacifiquement.

§2. Le règlement des différends

L'échec des négociations ouvre la voie au règlement pacifique du différend. Comme le relève L. Boisson de Chazournes, « il faut souligner que la ligne de séparation entre la négociation en tant que mécanisme préventif pour empêcher la naissance d'un différend, et la négociation en tant que mode de règlement des différends, est très subtile. En effet, la négociation entre les États riverains joue plusieurs rôles : mécanisme préventif et mode de règlement des différends. Elle est une étape qui précède d'autres modes de règlement d'un différend international ; elle peut aussi s'inscrire à la

⁴⁵⁰ *Ibid.*, §§ 8-12.

⁴⁵¹ BANQUE MONDIALE, *Projects on International Waterways*, procédure bancaire (BP) 7.50, juin 2001, §12.

⁴⁵² *Ibid.*, §11.

suite de ceux-ci »⁴⁵³. Sauf clause conventionnelle particulière, les États riverains demeurent donc libres de recourir aux modes diplomatiques et/ou juridictionnels de règlement des différends. La convention de 1997 prévoit à cet effet que les parties, si elles ne règlent pas leur différend par la voie de la négociation, peuvent solliciter les bons offices d'une tierce partie, lui demander d'intervenir à des fins de médiation ou de conciliation, recourir à toute institution mixte, ou soumettre le différend à une procédure juridictionnelle⁴⁵⁴. Tenus par l'obligation de régler pacifiquement leurs différends (A), les Etats demeurent libres du choix des modalités de règlement (B).

A. L'obligation de régler pacifiquement les différends liés à l'ouvrage public

Les Etats riverains ont, comme tous les autres Etats en des circonstances différentes, l'obligation de régler pacifiquement tous les différends susceptibles de troubler la paix ou la sécurité internationales comme le rappelle l'article 33 de la Charte des Nations Unies : « les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix »⁴⁵⁵. La première conséquence attachée à la formulation d'une objection par l'Etat riverain notifié est l'engagement de consultations destinées à ce que chacun des Etats concernés puisse présenter de façon détaillée ses observations et positions officielles. Si ces consultations n'aboutissent pas, les parties devront alors engager des négociations en vue de parvenir à un accord et de régler le différend⁴⁵⁶. La forme des consultations et des négociations est laissée aux Etats concernés. Cela est vrai s'agissant de leur degré de formalisme ainsi que de leur tenue dans un cadre bilatéral ou non. S'agissant de ce dernier point, certains accords imposent que les consultations et les négociations s'inscrivent dans le cadre multilatéral des commissions mixtes instituées en vue de la gestion de la ressource partagée⁴⁵⁷. Libres sur le forme, les Etats sont néanmoins tenu de respecter plusieurs conditions substantielles, de fond, lorsqu'ils conduisent des consultations et/ou des négociations. Si le droit international n'impose pas aux Etats de parvenir à un accord, il les oblige toutefois à mettre tous les moyens en vue de cet objectif dans le respect du principe de bonne foi qui impose la prise en compte des droits et intérêts légitimes de

⁴⁵³ Référence au jurisclasseur, §90 à confirmer. La Cour internationale de justice dans l'affaire *Gabcíkovo-Nagymaros* a, par exemple, souligné le rôle des négociations entre la Hongrie et la Slovaquie afin de trouver une solution en commun sur le projet du système de barrage prévu par le Traité de 1977 (CIJ, 25 sept. 1997, aff. *Gabcíkovo-Nagymaros* : Rec. CIJ 1997, § 141 à 147).

⁴⁵⁴ Référence ?

⁴⁵⁵ Référence à l'article 33 CNU.

⁴⁵⁶ Alors que la consultation consiste en échanges de vue entre États, la négociation, en supposant l'existence d'un différend, est un mode de règlement pacifique des différends.

⁴⁵⁷ (V. Traité du Rio de la Plata et sa façade maritime de 1973, art. 21 et Statut du fleuve Uruguay de 1975, art. 11).

l'autre État. Dans l'*affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour a donné de plus amples précisions quant au contenu de l'obligation de négociation découlant de la procédure de notification : en cas de risque de préjudice causé au milieu aquatique, les parties se doivent, au moyen de consultations, d'évaluer les risques. Aux fins, sinon de les éliminer, du moins d'en limiter au maximum les effets, des modifications éventuelles doivent être négociées⁴⁵⁸.

Le règlement pacifique des différends liés à l'ouvrage est une obligation de résultat, assortie d'un libre choix des modes de règlement. Diverses modalités sont envisageables.

B. Les modalités de règlement des différends liés à l'ouvrage public

L'opposition classique entre modes non-juridictionnels (1) et juridictionnels (2) de règlement des différends se retrouve ici.

1. Le règlement non-juridictionnel des différends liés à l'ouvrage public

Parmi les modes non-juridictionnels de règlement des différends liés à l'ouvrage, il est possible de faire appel à des organes conjoints relatifs à l'eau (a), ou encore de s'en remettre à la commission d'enquête établie dans le cadre de la Convention de 1997 (b).

a. Le règlement des différends par des organes conjoints relatifs à l'eau

Les instruments régionaux confient fréquemment aux commissions mixtes instituées en vue de la gestion concertée des eaux d'un bassin ou d'un cours d'eau la mission supplémentaire de prévenir et régler les différends⁴⁵⁹. Ainsi, l'accord sur le Mékong de 1995 prévoit l'intervention de la commission, avant que les États ne puissent décider d'une médiation par une tierce partie. De même, le traité du Rio de la Plata et sa façade maritime de 1973, ainsi que le statut du fleuve Uruguay, ont doté leur commission de pouvoirs de conciliation. La convention du Danube de 1994 prévoit également l'aide de la Commission internationale pour le règlement des différends entre les riverains (*Conv.*, art. 24). Certaines institutions communes ont ainsi reçu le pouvoir de rendre des décisions obligatoires comme la commission commune américano-canadienne⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ (CIJ, 20 avr. 2010, *aff. relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay)*, préc. n° 46, § 113 et 115).

⁴⁵⁹

⁴⁶⁰ V. nos développements consacrés à cette commission *supra*.

b. Le recours à la commission d'enquête de la Convention des Nations Unies de 1997

En l'absence de résolution du différend par des modes diplomatiques, la question devra être soumise à une juridiction internationale arbitrale ou permanente. Ceci étant dit, en l'absence de disposition conventionnelle contraire⁴⁶¹ et/ou d'acceptation d'une procédure juridictionnelle obligatoire automatique, rien ne garantit que les Etats considérés s'accorderont pour soumettre leur différend au juge. L'obligation de régler pacifiquement les différends relatifs à l'eau douce entre Etats riverains ne diffère donc pas dans l'absolu de l'obligation générale contenue dans l'article 33 de la Charte des Nations Unies. Cette affirmation doit cependant être nuancée à la lecture de l'article 33 § 3 de la Convention de 1997 qui institue un mécanisme d'enquête susceptible d'être déclenché sur initiative unilatérale suite à la naissance d'un différend n'ayant pu être réglé par d'autres modes de règlement diplomatique et ne pouvant être soumis au juge international faute d'accord des parties et en l'absence d'acceptation d'une procédure juridictionnelle obligatoire automatique. Cette commission d'enquête n'est pas de nature juridictionnelle et a pour principale mission de formuler des recommandations en vue de parvenir à un règlement équitable du différend. Pour ce faire, la commission d'enquête rédigera un rapport motivé indiquant aux Etats parties au différend les mesures jugées appropriées pour résoudre le différend. Ce rapport s'appuiera sur les faits constatés par la Commission, cette dernière disposant le cas échéant de la faculté de se rendre sur le territoire d'un Etat - *a priori* celui souhaitant entreprendre les travaux faisant l'objet du différend - afin d'inspecter les installations ou constructions intéressant l'enquête. Les Etats parties au différend n'ont pas l'obligation de se soumettre aux conclusions du rapport de la Commission, mais doivent procéder à un examen de bonne foi de celui-ci⁴⁶².

2. Le règlement juridictionnel des différends liés à l'ouvrage public

Le règlement juridictionnel des différends liés à l'ouvrage suggère un recours à l'arbitrage

(a), ou à une juridiction permanente **(b)**.

⁴⁶¹ Ainsi, l'article 87 du traité de Rio de la Plata et sa façade maritime de 1973, et l'article 60 du statut du fleuve Uruguay de 1975 prévoient le recours à la Cour internationale de Justice, lorsque les riverains ne parviennent pas à un accord concernant des projets envisagés sur les cours d'eau au sein de la commission.

⁴⁶² Convention des Nations Unies, 1997, art. 33, § 4, 33, § 7 et 33, § 8.

a. Le recours à l'arbitrage

Les Etats riverains ont manifesté par le passé une large propension à recourir à l'arbitrage pour régler leurs différends, que l'on songe aux sentences arbitrales relatives à l'utilisation du fleuve San Juan entre le Costa Rica et le Nicaragua (1888) ou des eaux du lac Lanoux entre la France et l'Espagne (1956). La convention de 1997 traduit également un net penchant pour ce mode de règlement des différends, puisque plusieurs de ses dispositions annexes y sont consacrées. Le texte organise en effet dans le détail le recours à l'arbitrage des Etats parties en retenant le principe d'un tribunal arbitral pouvant indiquer des mesures conservatoires⁴⁶³ et statuant conformément à la Convention et au droit international⁴⁶⁴. La compétence du tribunal arbitral ne se déduit toutefois pas de la qualité d'Etat partie à la Convention de 1997. Cette procédure d'arbitrage suppose au contraire l'existence d'un compromis ou d'une clause conférant compétence obligatoire au tribunal⁴⁶⁵. Les instruments régionaux prévoient également la possibilité d'un arbitrage et en organisent les modalités à des degrés variables⁴⁶⁶.

b. Le recours à une juridiction permanente

De nombreux différends portant sur l'eau et ses utilisations ont été portés devant la CPJI⁴⁶⁷ et la CIJ. Au plan quantitatif, on observe une augmentation significative des affaires soumises à la CIJ depuis le début des années 1990. Cette tendance ne s'est pas démentie et le juge international doit régulièrement connaître de différends relatifs à la détermination de frontières traversant une ressource partagée, aux conditions de la navigation et - ce qui nous intéressera plus particulièrement ici, à l'environnement. Ce recours accru au juge international peut d'abord s'expliquer par l'introduction fréquente de clauses conventionnelles qui prévoient le recours à une juridiction permanente dans les traités en matière d'eau. De nombreux traités prévoient ainsi le recours à la CIJ en cas d'échec des négociations conduites au sein des commissions fluviales⁴⁶⁸. En sus de la possibilité de recourir aux bons offices, la médiation et la conciliation, la Convention de 1997 accorde ainsi aux Etats membres la possibilité de soumettre leur(s) différend(s) à la CIJ ou à un tribunal arbitral⁴⁶⁹. L'annexe de la Convention encourage les Etats à s'engager en faveur du règlement juridictionnel des différends par

⁴⁶³ Convention des Nations Unies, 1997, ann. art. 7.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, ann., art. 5.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, art. 33, § 2, art. 33, § 10, b et ann., art. 1er.

⁴⁶⁶ V. entre autres Convention d'Helsinki 1992, art. 22.2, b et ann. IV.

⁴⁶⁷ CPJI, *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, arrêt du 10 septembre 1929 ; CPJI, *Oscar Chin*, arrêt du 12 décembre 1934 ; CPJI, *Prises d'eau à la Meuse*, arrêt du 28 juin 1937.

⁴⁶⁸ Le traité relatif à la navigation et à la coopération économique entre les États du bassin du Niger de 1963 (art. 7), le traité du Rio de la Plata et sa façade maritime de 1973 (art. 87) et le statut du fleuve Uruguay de 1975 (art. 60).

⁴⁶⁹ (Conv. Nations unies 1997, art. 33, § 2)

le dépôt d'une déclaration d'acceptation obligatoire automatique de la compétence de la CIJ ou d'un tribunal arbitral. À défaut d'un tel engagement, un accord entre les parties au différend sera nécessaire. En pratique, il est fréquent que les parties à un différend aient accepté à la fois de recourir à l'arbitrage et à une juridiction permanente. Dans cette hypothèse, certains traités accordent tantôt une priorité à l'arbitrage⁴⁷⁰, tantôt à la Cour⁴⁷¹.

Plusieurs sentences arbitrales rendues par des tribunaux institués au sein de la CPA portaient sur des différends relatifs à l'eau, telles les affaires de l'*Apurement des comptes* ou de la *Délimitation de la région d'Abyei*. Ce règlement facultatif a pour principale originalité de conférer aux acteurs non étatiques le droit de porter plainte devant les tribunaux institués au sein de la Cour permanente d'arbitrage lorsque le différend porte sur les ressources naturelles et/ou l'environnement. Le règlement retient une définition ouverte d'un tel différend, puisque « la qualification du différend comme relatif à l'environnement ou aux ressources naturelles n'est pas nécessaire pour déterminer la compétence dès lors que toutes les parties sont convenues de trancher un différend particulier conformément au présent Règlement »⁴⁷².

⁴⁷⁰ *Conv. Helsinki 1992, art. 22.3. – Protocole de Londres sur l'eau et la santé 1999, art. 20. 2, b.*

⁴⁷¹ La convention du Danube privilégie la solution du recours à une juridiction permanente, pourvu que les parties au différend aient accepté le règlement en termes identiques (*Conv. Danube 1994, art. 24. 2, c et d*).

⁴⁷² Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles ou à l'environnement, art. 1.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

Cette partie de notre étude visait à identifier les obligations substantielles de l'Etat riverain lorsque ce dernier procède à la construction d'un ouvrage public. Nous avons procédé en deux temps successifs, examinant consécutivement les obligations substantielles et procédurales structurant la construction de l'ouvrage public.

S'agissant des obligations substantielles, nous avons d'abord précisé l'*étendue* des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage. Pour ce faire, il convenait de déterminer les sources des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage avant d'en préciser le champ d'application personnel et matériel. Les obligations internationales de l'Etat maître de l'ouvrage se déduisent aujourd'hui du droit international coutumier, tel que codifié dans la Convention des Nations Unies de 1997, et dans les différends accords régionaux conclus entre Etats riverains. Ces obligations s'appliquent en premier lieu aux Etats. Leur application aux bailleurs de fonds multilatéraux, amenés à financer des infrastructures sur les ressources en eaux partagées, est moins évidente. Leur action ne se trouve pourtant pas hors du droit, comme en témoigne le rôle pionnier joué par la BIRD dans l'élaboration de règles applicables aux projets financés par les banques multilatérales de développement. La politique opérationnelle 7.50 relative aux projets sur les voies d'eau internationales en constitue le point d'orgue. Après avoir présenté ces textes et mesuré l'importance de la contribution de la BIRD sur le sujet, nous avons procédé à l'identification du champ d'application spatial (quelles sont les ressources concernées ?) et matériel (quels sont les travaux et ouvrages soumis à ces obligations ?) des obligations substantielles de l'Etat maître de l'ouvrage.

Nous avons ensuite précisé le *contenu* desdites obligations substantielles. Nous sommes revenus, à titre liminaire, sur les obligations substantielles de la BIRD lorsqu'un ouvrage doit être construit sur une voie d'eau internationale au sens de sa politique opérationnelle 7.50. La Banque est tenue par deux obligations. En amont, lors de la préparation du projet, le personnel de la Banque est tenu par une obligation d'identification précoce des problèmes concernant les droits des Etats riverains sur les voies d'eau internationales faisant l'objet du projet. En aval, lors de la présentation du projet pour approbation finale aux Administrateurs de l'Institution, la Banque est tenue par l'obligation de refuser de financer un projet sur une voie d'internationale susceptible de causer un dommage appréciable à l'un quelconque des Etats riverains. L'Etat souhaitant construire un ouvrage sur la portion d'un fleuve international relevant de sa souveraineté est quant à lui tenu par trois obligations coutumières : le principe de l'utilisation équitable et raisonnable des ressources en eau, l'obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres Etats riverains et de coopérer avec eux. En tout état de cause, le droit international coutumier ne consacre pas de droit de veto aux Etats

riverains. Aux obligations substantielles concernant la planification de l'ouvrage, s'ajoutent ainsi des obligations substantielles relatives à l'exécution et au fonctionnement de l'ouvrage.

S'agissant des obligations procédurales structurant la construction de l'ouvrage public par l'Etat riverain, nous avons concentré nos développements sur la notification due aux Etats riverains. Cette obligation découle de celle, plus générale, qui impose aux Etats de notifier les Etats susceptibles d'être affectés par une activité se déroulant sur son territoire apparaît comme le corollaire de l'obligation générale de coopération, d'échange d'informations et de données entre les Etats riverains d'une même voie d'eau internationale. La pratique distingue trois hypothèses dans lesquelles pareille notification est exigée. C'est d'abord le cas lorsque l'activité considérée entreprise par l'Etat implique l'utilisation d'une partie des eaux partagées. La notification est également exigée d'un Etat informé d'une activité se déroulant sur son territoire et susceptible de causer un dommage aux autres riverains. La notification peut également être *réclamée* par un Etat riverain lorsqu'il a des motifs raisonnables de penser qu'un autre Etat du cours d'eau projette des mesures qui peuvent avoir des effets négatifs significatifs pour lui. Après avoir identifié les débiteurs et les destinataires de l'obligation de notification, nous avons procédé à la délimitation de son champ d'application matériel. Cela supposait que nous déterminions le seuil minimal à partir duquel des travaux et ouvrages doivent être notifiés par l'Etat qui les entreprend mais également les informations qui doivent être fournies de façon à permettre aux riverains de pouvoir fonder leur position par rapport aux activités envisagées.

In fine, nous nous sommes attelés à déterminer le contenu de la notification et préciser les modalités de règlement des différends susceptibles de s'ériger entre les riverains. Les aménagements des cours d'eau internationaux soumis à l'obligation de notification impliquent souvent la constructions d'infrastructures lourdes. Au plan substantiel, la notification du projet ne se limite pas à la transmission d'une brochure décrivant sommairement le projet. Elle doit au contraire contenir toutes les informations techniques ainsi que les effets potentiels de l'ouvrage sur l'écosystème du cours d'eau international. La complexité des dossiers considérés impose à l'Etat auteur de la notification d'accorder un certain délai à l'Etat notifié pour réagir : ce dernier doit disposer d'un délai raisonnable pour étudier, évaluer, (éventuellement) critiquer le projet et répondre à l'Etat auteur de la notification. Ce délai doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir pour effet de dénier indéfiniment à l'Etat auteur de la notification de mener les aménagements privatifs envisagée, pas plus que ce délai ne doit rendre impossible par l'Etat riverain l'examen minutieux du projet. Durant le délai accordé par l'Etat auteur de la notification, l'Etat riverain pourra consentir ou non au projet d'aménagement. Dans la première hypothèse, il pourra acquiescer de manière explicite ou implicite s'il ne présente aucune objection dans le délai imparti. *A contrario*, quels sont les droits de l'Etat notifié ayant formulé une ou plusieurs objections au projet présenté par l'un de ses voisins ? Après avoir présenté les conséquences juridiques attachées à la réponse des Etats riverains et/ou des

organismes de gestion commune, nous avons brièvement envisagé le règlement des différends. Sauf clause conventionnelle particulière, les États riverains demeurent libres de recourir aux modes diplomatiques et/ou juridictionnels de règlement des différends. La convention de 1997 prévoit à cet effet que les parties, si elles ne règlent pas leur différend par la voie de la négociation, peuvent solliciter les bons offices d'une tierce partie, lui demander d'intervenir à des fins de médiation ou de conciliation, recourir à toute institution mixte, ou soumettre le différend à une procédure juridictionnelle. Tenus par l'obligation de régler pacifiquement leurs différends, les États demeurent ainsi libres du choix des modalités de règlement.

*

CHAPITRE IV - L'AMENAGEMENT DE LA MER

Le droit d'un Etat d'utiliser les zones marines et les ressources naturelles relevant de sa souveraineté ou de sa juridiction est étendu, sans être illimité. Il est restreint par l'obligation de tenir dûment compte des droits d'Etats tiers et de protéger et de préserver le milieu marin. Ce chapitre sera consacré à la prise en compte de l'ouvrage public par le droit de la mer. Nous démontrerons dans un premier temps que les règles du droit de la mer structurent la construction de l'ouvrage public en vue de la protection du milieu marin et interdisent à l'Etat de faire un usage abusif de son droit d'aménagement. La Convention de Montego Bay contient en ce sens une disposition fondamentale, l'article 300, qui interdit tout abus de droit dans l'interprétation et l'application de la Convention (**Section 1**). Après avoir mis en évidence les contours de ce cadre structurant, nous analyserons les effets de droit attachés à l'ouvrage public une fois sa construction entreprise. Nous ne procéderons pas une étude exhaustive des utilisations parties de la mer. Au contraire, nous sélectionnerons plusieurs thématiques qui illustrent les tensions qui traversent le droit de la mer lorsqu'il s'agit d'appréhender l'ouvrage public. Nous reviendrons à cet effet sur le rôle joué par ce fait de l'homme dans le contentieux de la délimitation maritime (en matière de fixation des points de base ; en matière d'artificialisation des innombrables formations maritimes de très petite taille en vue de revendiquer de larges espaces maritimes). Nous poursuivrons nos travaux en examinant la conciliation de la construction de l'ouvrage public avec la liberté de la navigation, qui sera illustré par l'hypothèse de l'aménagement des détroits internationaux qui a donné lieu à quelques différends de première importance devant le Tribunal international du droit de la mer et la Cour internationale de Justice. Nous terminerons par l'étude des aménagements sous-marins en prenant le cas des câbles sous-marins, dont la construction et la pose sont garanties par plusieurs instruments conventionnels (**Section 2**).

Section 1. Les obligations structurant la construction de l'ouvrage public en mer

La première obligation structurant la construction de l'ouvrage public en mer consiste en l'interdiction du fait accompli. Cette question est appréhendée par l'entremise de l'article 300 de la CNUDM qui prohibe l'abus de droit dans l'interprétation et l'application de la Convention (§1). La Convention de Montego Bay fait obligation aux Etats de prévenir les dommages causés par l'ouvrage public au milieu marin (qui s'étend à l'évaluation continue de l'impact de l'ouvrage sur l'environnement). Les Etats sont également astreints au respect du principe de précaution lorsqu'ils ont recours à des techniques industrielles nouvelles dont les effets sur l'environnement sont insuffisamment connus. A la différence des ouvrages publics construits sur le territoire terrestre, le

droit de la mer impose en sus aux Etats de procéder au démantèlement des installations et ouvrages à l'issue de leur vie opérationnelle afin de tenir compte à la fois de la sécurité de la navigation et de la protection du milieu marin (§2).

§1. L'interdiction du fait accompli résultant de la construction de l'ouvrage public

La première obligation structurant la construction de l'ouvrage public en mer consiste en l'interdiction du fait accompli. Cette question est appréhendée par l'entremise de l'article 300 de la CNUDM qui prohibe l'abus de droit dans l'interprétation et l'application de la Convention (A). Nous verrons toutefois que ce texte vise précisément certaines catégories d'usages artificiels de la mer (les îles artificielles, les installations et les ouvrages) sans pour autant les définir. Cette marge de manoeuvre est susceptible de permettre aux Etats de détourner une partie de leurs obligations (B).

A. L'interdiction de l'abus de droit comme principe général d'interprétation et d'application de la Convention de Montego Bay

La Convention de Montego Bay contient, en son article 300, une disposition d'une importance cardinale s'agissant des utilisations privatives de la mer :

« Les Etats Parties doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la Convention et exercer les droits, les compétences et les libertés reconnus dans la Convention d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit »⁴⁷³.

La théorie de l'abus de droit présuppose que soit abandonnée une conception rigide du droit (international) dans laquelle l'exercice d'un droit par son bénéficiaire est insusceptible de causer un préjudice aux autres sujets. Historiquement, la théorie de l'abus de droit marque une rupture avec les conceptions maximales du droit (*summum ius*) qui entraînent à terme une injustice maximale (*summa iniuria*). Les droits y sont considérés comme des prérogatives attachés à l'individu en tant que tel, indépendamment de son milieu social. L'exercice du droit n'engage pas (en principe) la responsabilité de son titulaire lorsqu'il cause un tort aux tiers. L'abus de droit, au contraire, suppose que « les droits individuels ne sont plus considérés que comme des facultés légales conférées aux membres de la société dont il doit être fait usage en vue de fins licites, pour les buts admis par la loi ou les mœurs, et sous la responsabilité de leur auteur. C'est que dans l'appréciation de l'usage des facultés individuelles, on ne se contente pas de voir si l'on a agi dans les frontières objectives de la loi. On tient compte aussi de l'esprit, de l'intention de l'auteur de l'acte. Un droit exercé méchamment ou

⁴⁷³ CNUDM, art. 300.

imprudemment, pour nuire à autrui, n'a plus que l'apparence de la légalité. Au fond, il est illicite. Il donne lieu à responsabilité »⁴⁷⁴. Née en droit interne, N. Politis a plaidé pour son extension aux rapports juridiques internationaux relevant (dès 1925) que « la tendance du droit international est la même que celle du droit interne. C'est de soumettre tous les actes à la légalité. Ce qui s'est produit dans le droit public interne, où la catégorie des actes discrétionnaires, soustraits au contrôle objectif du juge, a été progressivement éliminée, doit à plus forte raison se passer dans les rapports internationaux, où le besoin d'ordre et de légalité se fait plus vivement sentir, parce que l'arbitraire de ses membres peut produire pour la collectivité des effets infiniment plus désastreux que dans les sociétés nationales »⁴⁷⁵.

Au plan théorique, l'abus de droit repose sur une distinction entre l'*existence* d'un droit individuel et son *exercice*. Il se manifeste de trois façons. Dans une première acceptation, l'exercice d'un droit par un Etat porte à l'atteinte à l'exercice d'un droit d'un autre Etat. C'est le cas par exemple dans le cadre de l'usage unilatéral d'une ressource naturelle partagée. Ces conflits se résolvent par la mise en balance des intérêts en présence. Dans une seconde acceptation, un Etat exerce intentionnellement l'un de ses droits dans un but qui n'est pas celui initialement prévu. De cet exercice indu, proche du détournement de pouvoir, résulte l'abus de droit. Dans une troisième acceptation, l'exercice d'un droit par l'Etat cause un préjudice à un autre Etat, sans qu'il n'y ait ici d'élément intentionnel. Plusieurs auteurs ont exprimé de vives réserves à l'avènement de la théorie de l'abus de droit, lui reprochant son manque de précision ou pointant son défaut d'autonomie par rapport à d'autres concepts clés du droit international comme la bonne foi, le « raisonnable » ou encore le « bon voisinage »⁴⁷⁶.

R. Wolfrum a ainsi pu écrire au sujet de l'article 300 qu'il « mirrors the fact that all rights concerning the utilization of the marine environment are interrelated and are to be exercised only with due regard for the interests of other States in exercising their rights »⁴⁷⁷. L'auteur poursuit en

⁴⁷⁴ POLITIS N., « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus du droit dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 6, 1925-1, p. 78.

⁴⁷⁵ *Ibid.* V. plus largement, GESTRI M. « Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 77, 1994, pp. 55-57 ; ILUYOMADE B. O., « The Scope and Content of Complaint of Abuse of Right in International Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 16, 1975, pp. 47-92 ; KISS A.-C., *L'abus de droit en droit international*, Paris, 1953, 200 p. ; PAUL V., « The Abuse of Rights and Bona Fides in International Law », *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 28, 1977, pp. 107-130 ; TAYLOR G. S., « The Content of the Rule against Abuse of Rights in International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 46, 1972/1973, pp. 323-352.

⁴⁷⁶ Pour des auteurs critiques, v. not. GUTTERING H. C., « Abuse of Rights », *Cambridge Law Journal*, vol. 5, 1933, pp. 22-45 ; SCHWARZENBERGER G., « Uses and Abuses of the 'Abuses of Rights' in International Law », *The Grotius Society*, vol. 42, 1956, pp. 147-179 ; ROULET J. D., *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public*, Neuchâtel : Ed. de la Baconnière, 1958, 172 p.

⁴⁷⁷ WOLFRUM R., « Bridges over Straits », in MILES E. L., TREVES T. (dirs.), *The Law of the Sea : New Worlds, New Discoveries. Proceedings of the 26th Conference of the Law of the Sea Institute*, University of Hawaii, Honolulu, 1993, p. 55.

recherchant quel droit doit bénéficier d'une priorité. Selon lui, les article 60, 7)⁴⁷⁸ et 78, 2)⁴⁷⁹ de la CNUDM accordent une certaine priorité à la navigation vis-à-vis d'autres usages (ici, la construction d'îles artificielles, d'installations et d'ouvrages et les droits de l'Etat sur son plateau continental). L'argumentation est séduisante mais n'échappe pas à la critique, d'autres auteurs ayant fait remarquer que les dispositions visées n'établissent pas de hiérarchie claire entre les usages⁴⁸⁰. Cette absence de hiérarchie peut également être inférée de l'absence de définition des notions clés d'« île(s) artificielle(s) », d'« installation(s) » et « d'ouvrage(s) » dans le texte de la Convention.

B. L'absence de définition des notions clés d'« île(s) artificielle(s) », d'« installation(s) » et « d'ouvrage(s) »

Les articles 60 et 80 de la CNUDM disposent que l'Etat côtier a le droit exclusif de procéder à la construction dans sa ZEE ou sur son plateau continental et d'autoriser et réglementer la construction des îles artificielles (première catégorie générale d'ouvrage public), des installations et des ouvrages affectés à des fins économiques (seconde catégorie), des installations et des ouvrages qui peuvent entraver l'exercice de ses droits (troisième catégorie). Les articles 60 et 80 accordent également à l'Etat côtier une juridiction exclusive sur ces îles artificielles, installations et ouvrages, y compris en matière de lois douanières, fiscales, sanitaires, de sécurité et d'immigration. L'article 81 précise également que l'Etat côtier a le droit exclusif d'autoriser et de réglementer les forages sur son plateau continental, quelles qu'en soient les fins. La Convention de Genève faisait mention aux « installations » et « autres dispositifs » (les installations y étant définies comme étant une catégorie d'installations). Cette terminologie a été partiellement modifiée par la CNUDM : elle conserve le terme « installations », en y ajoutant deux nouvelles catégories : celle des « îles artificielles » et celle des « ouvrages ». Il conviendra d'envisager les distinctions existant entre les régimes juridiques de l'île artificielle et les installations et ouvrages (1) avant de revenir sur la distinction entre les différents types d'installations (2).

⁴⁷⁸ CNUDM, art. 60, 7) : « Il ne peut être mis en place d'îles artificielles, installations ou ouvrages, ni établi de zones de sécurité à leur entour, lorsque cela risque d'entraver l'utilisation de voies de circulation reconnues essentielles pour la navigation internationale ».

⁴⁷⁹ CNUDM, art. 78, 2) : « 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 ».

⁴⁸⁰ CAMINO H., COGLIATI-BANTZ V. P., *The Legal Regime of Straits. Contemporary Challenges and Solutions*, Cambridge University Press, p. 332.

1. La distinction entre les îles artificielles et les installations et ouvrages

Le concept d'île artificielle n'est pas définie dans la Convention des Nations Unies de 1982, pas plus qu'il ne l'était dans la Convention de Genève. La CNUDM se limite ainsi à accorder à l'Etat côtier une juridiction exclusive sur ces îles, indépendamment des fins pour lesquelles l'Etat souhaite les utiliser. D'après la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, l'Etat côtier a le droit de construire, d'entretenir et de faire fonctionner sur ce plateau « les installations et d'autres dispositifs nécessaires pour l'exploration de celui-ci et l'exploitation de ses ressources naturelles » (art. 5, § 2). Le texte poursuit : « Avis doit être dûment donné de la construction de ces installations, et l'entretien des moyens permanents de signalisation nécessaire doit être assuré. Toutes les installations abandonnées ou ne servant plus doivent être complètement enlevées » (art. 5, § 5).

La CNUDM élargit la base des droits de l'Etat côtier car la construction d'une île artificielle n'est pas limitée à la réalisation ou l'exploitation des ressources naturelles du plateau continental : elle peut être créée pour accueillir tous types de projets. Le texte signale, dans un sens favorable aux pouvoirs de l'Etat côtier, que celui-ci a le droit exclusif de procéder à la construction, l'exploration et l'utilisation de ces îles artificielles, installations et ouvrages (art. 60, § 1, et art. 80). L'absence de définition de la notion « d'île artificielle » peut poser des difficultés certaines dans l'avenir. On pourrait penser qu'une île artificielle est une étendue de terre émergée, faite par l'homme à l'aide des différents matériaux (pierre, gravier, sable, béton). Or il s'agit d'une définition extrêmement restrictive que n'établit pas la CNUDM.

La CNUDM fixe le régime juridique applicable aux zones maritimes et dispose que si une étendue de terres émergées satisfait à la définition de l'île donnée par l'article 121, elle peut prétendre à l'attribution de l'ensemble des zones maritimes garanties par la Convention. Les îles artificielles, en revanche, ne peuvent prétendre à pareil bénéfice car elles sont le fait de l'homme : elles ne satisfont pas au critère « naturel » retenu par l'article 121 de la CNUDM. Cette prime donnée aux formations naturelles sur celles artificielles et retenue par la CNUDM n'est pas, contrairement à ce que l'on pourrait penser, une donnée historique du droit de la mer. Son introduction est au contraire relativement récente. La Conférence de codification de 1930 accordait implicitement la possibilité aux îles artificielles de bénéficier d'une mer territoriale sous certaines réserves : « [t]he definition of the 'Island' does not exclude artificial islands, *provided these are true portions of territory* and not merely floating works, anchored buoys, etc »⁴⁸¹. La Conférence de la Haye échoua à adopter une convention et la question des zones maritimes générées par les îles artificielles demeura ambiguë. Lorsque la Commission du droit international fut saisie de la question en 1956, elle ne retint aucune

⁴⁸¹ League of Nations Doc. C.230M.117 1930 V (1930).

distinction fondée sur le caractère naturel ou artificiel dans l'article 10 du Projet d'articles sur le droit de la mer.

L'Assemblée générale recommanda à la CDI de faire figurer le régime juridique des eaux territoriales sur sa liste de matières prioritaires par la résolution 374 (IV) du 6 décembre 1949⁴⁸². Le sujet fut confié au rapporteur spécial J. P. A. François, qui s'inspira dans une large mesure du rapport qu'il avait soumis, en sa qualité de rapporteur de la Deuxième Commission à la Conférence pour la codification du droit international de 1930, sur la mer territoriale. Ce rapport, adopté par la Conférence plénière, était accompagné de deux appendices dont l'un, intitulé « Rapport de la Sous-Commission II », contenait des dispositions sur la ligne de base, les baies, les ports, les rades, les îles, les groupes d'îles, les détroits, le passage de navires de guerre dans les détroits et la délimitation de la mer territoriale à l'embouchure d'un fleuve.

La définition de l'île retenue par le premier rapport du Rapporteur spécial ne faisait aucune distinction fondée sur le caractère artificiel ou non : « chaque île comporte une mer territoriale qui lui est propre. Une île est une étendue de terre, entourée d'eau, qui se trouve d'une manière permanente au-dessus de la marée haute »⁴⁸³. La définition retenue était en tous points identiques à celle qui avait été adoptée lors des travaux de la Conférence de codification de 1930 :

*« la définition du terme île n'exclut pas les îles artificielles, pourvu qu'il s'agisse de véritables fractions de territoire, et non pas de travaux d'art flottants, de balises ancrées, etc. Le cas d'une île artificielle érigée près de la délimitation entre les zones territoriales de deux pays est réservé. Une élévation du sol, qui émerge seulement à marée basse, n'est pas considérée, aux fins de cette Convention, comme une île »*⁴⁸⁴.

L'absence de distinction entre île naturelle et île artificielle fut maintenue dans le second rapport qui laissa la définition inchangée⁴⁸⁵. Le débat sur l'artificialisation fut évoquée brièvement à l'occasion du troisième rapport. La définition de l'île fut complétée afin de tenir compte de villages bâtis sur pilotis en pleine mer existant dans certaines parties du monde : « Chaque île comporte une mer territoriale qui lui est propre. Une île est une étendue de terre entourée d'eau, qui se trouve d'une manière permanente au-dessus de la marée haute. *Sont assimilées à des îles les agglomérations*

⁴⁸² Assemblée générale (ONU), Rés. 374 (IV) du 6 décembre 1949.

⁴⁸³ CDI, Premier rapport du Rapporteur spécial, M. J. P. A. François, article 9, 4e session, 1952, reproduit in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1952, vol. II, A/CN.4/53, p. 36.

⁴⁸⁴ Voir les appendices A et B du rapport de la Sous-Commission ; publications de la Société des Nations, V. Questions juridiques, 1930.V.14 (document C.351.M.145.1930.V), p. 133 ; V. Questions juridiques, 1930.V.9 (document C. 230. M.117.1930.V), p. 13. Nos italiques.

⁴⁸⁵ CDI, Second rapport du Rapporteur spécial, M. J. P. A. François, article 9, 5e session, 1953, reproduit in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1953, vol. II, A/CN.4/61, p. 68.

d'habitation bâties sur pilotis dans la mer »⁴⁸⁶. Cet ajout fut toutefois rapidement supprimé de telle sorte que l'article 10 du Projet d'articles de la CDI sur la mer territoriale (support de la négociation ultérieure de la première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer de 1958) revint à une définition neutre à l'égard des travaux d'artificialisation de la mer : « *chaque* île comporte une mer territoriale qui lui est propre. Une île est une étendue de terre entourée d'eau qui *normalement* se trouve d'une manière *permanente* au-dessus de la marée haute »⁴⁸⁷. Le Commentaire de l'article 10 indiquait à cet effet que :

« 2) Est considérée comme une île toute étendue de terre entourée d'eau qui se trouve — exception faite pour des circonstances anormales — d'une façon permanente au-dessus du niveau de la mer à marée haute. Par conséquent ne sont pas considérées comme des îles et n'ont pas de mers territoriales propres :

i) Les élévations du sol qui émergent seulement à marée basse. Même si, sur une pareille élévation, une installation a été construite qui elle-même s'élève constamment au-dessus des eaux, par exemple un phare, il ne s'agit pas d'une île au sens de cet article;

ii) Les installations techniques érigées sur le lit de la mer, comme les installations destinées à l'exploitation du plateau continental. La Commission a toutefois proposé de reconnaître une zone de sécurité autour de ces installations, par suite de leur extrême vulnérabilité. La Commission ne pense pas qu'une pareille mesure s'impose pour les phares ».

L'introduction d'une distinction entre le régime juridique des îles naturelles et celui des îles artificielles est à mettre au crédit des Etats-Unis qui proposèrent un amendement à l'article 10 du projet de la CDI lors de la négociation de la Convention de Genève sur la mer territoriale de 1958. Soumis le 31 mars 1958, cet amendement disposait que « an island is a *naturally-formed* area of land, surrounded by water, which is above water at high-tide. The low-tide line on an island may be used as a baseline »⁴⁸⁸. Les Etats-Unis justifiaient l'introduction de cet amendement en soulignant que la proposition initiale de la CDI s'accompagnerait inévitablement d'une extension incontrôlable de la mer territoriale et de tentatives répétées de politiques d'enrochement de la haute mer. Les Etats-Unis souhaitaient également clarifier les ambiguïtés introduites par la Commission qui faisaient dépendre la qualité d'île de la capacité à se maintenir de façon permanente et normale au-dessus du niveau de

⁴⁸⁶ CDI, Troisième rapport du Rapporteur spécial, M. J. P. A. François, article 11, 6e session, 1954, reproduit in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1954, vol. II, A/CN.4/77, p. 5.

⁴⁸⁷ Projet d'articles de la CDI sur la mer territoriale, article 10. Nos italiques.

⁴⁸⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE LAW OF THE SEA, proposition d'amendement des Etats-Unis, A/CONF.13/C.1/L.112, 31 mars 1958, in *Volume III : First Committee (Territorial Sea and Contiguous Zone)*, Geneva, 24 February - 27 April 1958, p. 242. Une version complète des travaux des négociateurs peut être consultée sur le site *United Nations Diplomatic Conferences* ou en se rendant l'adresse <http://tinyurl.com/oopfytj> (consultée pour la dernière fois le 27 septembre 2015).

la mer⁴⁸⁹. Un second amendement fut introduit le lendemain, 1er avril 1958, afin de modifier en même sens l'article 11 du projet de la CDI relatif aux « rochers couvrants et découvrants » (« drying rocks ») et « fonds couvrants et découvrants » (« drying shoals »). Cet article était rédigé en ces termes : « Les rochers couvrants et découvrants et les fonds couvrants et découvrants se trouvant totalement ou partiellement dans la mer territoriale, délimitée à partir du continent ou d'une île, pourront servir de points de départ pour mesurer l'extension de la mer territoriale »⁴⁹⁰. Les Etats-Unis souhaitaient que cette distinction entre « rochers » et « fonds » soit abandonnée au profit des « haut-fonds découvrants » (« low-tide elevation »)⁴⁹¹ et qu'il soit fait mention particulière de leur caractère naturel : « a low-tide elevation is a *naturally-formed* area of land which is surrounded by and above water at low-tide but submerged at high-tide. The low-tide line on a low-tide elevation which is within T-miles of a mainland or an island may be used as a baseline (T being the breadth of the territorial sea) ». Au soutien de leur proposition, les Etats-Unis soutenaient notamment que les termes « rocks » (traduit par « rochers » dans la version française de l'article 11) et « shoals » (« fonds ») ne mentionnaient pas expressément leur caractère naturel, ce qui ouvrait la voie - comme pour les îles - à des travaux d'enrochement permettant de revendiquer par la suite de larges pans de la mer⁴⁹². Ces deux amendements furent adoptés par la conférence des Etats parties et introduit dans la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë du 29 avril 1958, respectivement aux articles 10, alinéa 1⁴⁹³, et 11, alinéa 1⁴⁹⁴. Ni la seconde Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (1960) consacrée uniquement à la largeur de la mer territoriale, ni la troisième Conférence (1979-1982) ne reviendront sur la distinction entre îles naturelles et artificielles. Durant cette dernière, aucun des amendements proposés ne remet en cause le caractère naturel des îles ou des hauts fonds découvrants⁴⁹⁵.

⁴⁸⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE LAW OF THE SEA, proposition d'amendement des Etats-Unis, A/CONF.13/C.1/L.112, *doc. préc.*, 2), p. 242.

⁴⁹⁰ Projet d'articles de la CDI sur la mer territoriale, article 11. Version anglaise : « Drying rock and drying shoals which are wholly or partly within the territorial sea, as measured from the mainland or an island, may be taken as points of departure for measuring the extension of the territorial sea ».

⁴⁹¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE LAW OF THE SEA, proposition d'amendement des Etats-Unis, A/CONF.13/C.1/L.115, 1er avril 1958, in *Volume III : First Committee (Territorial Sea and Contiguous Zone)*, Geneva, 24 February - 27 April 1958, p. 243.

⁴⁹² UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE LAW OF THE SEA, proposition d'amendement des Etats-Unis, A/CONF.13/C.1/L.115, *doc. préc.*, c), p. 243.

⁴⁹³ Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, conclue à Genève le 29 avril 1958, art. 10, al. 1 : « Une île est une étendue *naturelle* de terre entourée d'eau qui reste découverte à marée haute ». Nos italiques.

⁴⁹⁴ Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, conclue à Genève le 29 avril 1958, art. 11, al. 1 : « Par hauts-fonds découvrants, il faut entendre les élévations *naturelles* de terrain qui sont entourées par la mer et découvertes à marée basse mais recouvertes à marée haute (...) ». Nos italiques.

⁴⁹⁵ Fiji, New Zealand, Tonga and Western Samoa: draft articles on islands and on territories under foreign domination or control, Proposition du 30 juillet 1974, A/CONF.62/C.2/L.30, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Volume III, *Documents of the Conference, First and Second Sessions*, pp. 210-211 ; Greece : draft articles on the regime of islands and other related matters, Proposition du 9 août 1974, A/CONF.62/C.2/L.50, *op. cit.*, p. 227 ; Romania: draft articles on definition of and regime applicable to islets and islands similar to islets, Proposition du 12 août 1974, A/CONF.62/C.2/L.53, *op. cit.*, pp. 228-229 ; Turkey: draft articles on the regime of islands, Proposition du

Que recouvre précisément le terme « artificielle » : la nature de l'île ou toute intervention humaine (travaux publics ?). Une île est-elle artificielle lorsque son sol est composé de matériaux artificiels (béton, acier, etc) ? Son sol est naturel après que l'Etat ait construit l'île par poldérisation ? Une île est-elle artificielle quand elle est le prolongement terrestre d'une île naturelle préexistante ? Ce que l'on sait pour sûr, c'est que les îles artificielles ne peuvent prétendre à une mer territoriale, une zone contigüe, une ZEE et un plateau continental. Autour de ces îles artificielles et de ces installations, l'Etat côtier est autorisé à établir des zones de sécurité de 500 mètres maximum, afin d'assurer la sécurité de la navigation internationale et la protection de ces installations. A l'intérieur de ces zones, l'Etat côtier peut prendre les mesures appropriées pour faire respecter sa réglementation, laquelle doit se conformer à toutes fins utiles, aux standards internationaux généralement acceptés (art. 60, 6)).

On le voit, la Convention de 1982 ne brille pas par sa clarté sur ce point. La question doit être rapprochée de celle de l'abus de droit car tout espace d'interprétation sera comblé par la pratique des Etats dont l'intérêt individuel demeure motivé par la revendication de zones maritimes sans cesse plus vastes. Nous reviendrons sur ces questions plus tard mais avant il nous faut revenir sur la distinction opérée par la Convention de 1982 entre les différents types d'installations.

2. La distinction entre les installations affectées à des fins économiques et les autres types d'installations

L'article 60 distingue entre les installations qui tombent sous la juridiction exclusive de l'Etat côtier et des installations qui y échappent. La juridiction de l'Etat côtier dépend de la finalité attribuée à l'installation. Tombent d'abord sous la juridiction de l'Etat côtier les installations et ouvrages affectés aux fins prévues par l'article 56 CNUDM, soit l'exploration, l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources naturelles ou liées à d'autres activités économiques. Tombent ensuite les installations et d'ouvrages pouvant entraver l'exercice des droits de l'Etat côtier dans la zone.

En ce qui concerne les *îles artificielles* le droit exclusif de « procéder à la construction et d'autoriser et réglementer la construction, l'exploitation et l'utilisation » ne subit *aucune* limitation. En revanche, s'agissant des *installations et ouvrages*, le droit *exclusif* de l'Etat côtier ne vise que les installations et ouvrages « affectés aux fins prévues à l'article 56 ou à d'autres fins économiques ». D'où une question historiquement débattue par la doctrine : un Etat peut-il procéder à la construction d'installations et d'ouvrages militaires (c'est-à-dire affectés à des fins autres que celles prévues par

13 août 1974, A/CONF.62/C.2/L.55, *op. cit.*, p. 230 ; Algeria, Dahomey, Guinea, Ivory Coast, Liberia, Madagascar, Mali, Mauritania, Morocco, Sierra Leone, Sudan, Tunisia, Upper Volta and Zambia: draft articles on the regime of islands, Proposition du 27 août 1974, A/CONF.62/C.2/L.62/Rev.1, *op. cit.*, p. 232.

l'article 56 CNUDM) sans l'autorisation de l'Etat côtier ? Pas évident, étant donné que la Convention proclame les droits souverains, exclusifs et inhérents de l'Etat côtier sur son plateau continental et qualifie celui-ci de « prolongement naturel du territoire terrestre ». Un Etat côtier a-t-il le droit de construire pour lui-même des installations militaires sur son propre plateau continental ? Lors de la Conférence de Genève de 1958, l'Inde et la Bulgarie ont déposé des propositions tendant à interdire à l'Etat côtier d'utiliser son plateau continental pour y édifier des bases ou des installations militaires. Ces propositions furent rejetées (31 voix contre, 18 pour, 6 abstentions). Certains auteurs n'y ont pas vu une autorisation implicite au motif que, la Convention de Genève de 1958 n'autorisant expressément les installations que pour l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles, toute utilisation militaire du plateau continental est illicite au regard du droit international. Cette opinion se heurte toutefois à l'absence d'interdiction formelle dont il est possible de déduire un régime de liberté. On doit également mentionner que même si des installations militaires ou d'autres types d'installation échappent à la juridiction de l'Etat côtier, il reste encore à déterminer si l'installation en question « peut entraver l'exercice des droits de l'Etat côtier dans la zone ». Au surplus les Etats ont le droit de ne pas accepter les procédures de règlement des différends relatifs à des activités militaires (art. 298, § 1, CNUDM).

§2. La conciliation de l'ouvrage public avec la protection du milieu marin et la sécurité de la navigation

Qu'il s'agisse des travaux d'installation ou d'enlèvement, ces opérations risquent d'entraîner le déplacement temporaire des poissons, des mammifères marins, des tortues de mer et des oiseaux, comme conséquence directe des perturbations auditives, visuelles ou vibratoires liées à la présence des structures, ou indirecte de l'augmentation de la quantité de sédiments dans la colonne d'eau résultant de la perturbation des fonds marins⁴⁹⁶. La Convention de Montego Bay fait obligation aux Etats de prévenir les dommages causés par l'ouvrage public au milieu marin (qui s'étend à l'évaluation continue de l'impact de l'ouvrage sur l'environnement). Les Etats sont également astreints au respect du principe de précaution lorsqu'ils ont recours à des techniques industrielles nouvelles dont les effets sur l'environnement sont insuffisamment connus **(A)**. A la différence des ouvrages publics construits sur le territoire terrestre, le droit de la mer impose en sus aux Etats de procéder au démantèlement des installations et ouvrages à l'issue de leur vie opérationnelle afin de tenir compte à la fois de la sécurité de la navigation et de la protection du milieu marin **(B)**.

⁴⁹⁶ SFI, « Directives environnementales, sanitaires et sécuritaires pour l'énergie éolienne », 2007, p. 4,

A. L'obligation de protéger le milieu marin

La construction d'un ouvrage public en mer est subordonnée à deux obligations parallèles. Les Etats sont d'abord astreints à l'obligation de prévenir les dommages causés par l'ouvrage public au milieu marin (qui s'étend à l'évaluation continue de l'impact de l'ouvrage sur l'environnement) **(1)**. Les techniques industrielles évoluant rapidement, les Etats sont également astreints au respect du principe de précaution lorsqu'ils procèdent à la construction de nouveaux ouvrages en mer dont les effets sur l'environnement sont encore méconnus. Cette approche de précaution, qui peine à s'imposer au plan universel, est explicitement prévue dans certaines conventions régionales imposant des obligations particulières de surveillance aux Etats développeurs **(2)**.

1. L'obligation de prévenir les dommages causés par l'ouvrage public au milieu marin

Les Etats sont tenus par la Convention de Montego Bay d'une obligation continue de protéger et de préserver le milieu marin **(a)** ainsi que d'une obligation d'évaluation continue de l'impact sur l'environnement **(b)**.

a. L'obligation continue de protéger et de préserver le milieu marin

La CNUDM énonce l'obligation continue de protéger et de préserver le milieu marin : « Les États s'efforcent, dans toute la mesure possible et d'une manière compatible avec les droits des autres États, directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes, d'observer, mesurer, évaluer et analyser, par des méthodes scientifiques reconnues, les risques de pollution du milieu marin ou les effets de cette pollution »⁴⁹⁷. Les Etats ont donc un devoir de surveillance, du fait de l'existence d'un certain nombre d'incertitudes quant l'impact de la construction d'ouvrages publics sur le milieu marin. La Convention exige en particulier des États, qu'« ils surveillent constamment les effets de toutes les activités qu'ils autorisent ou auxquelles ils se livrent afin de déterminer si ces activités risquent de polluer le milieu marin »⁴⁹⁸. Cette obligation de surveillance continue de l'état du milieu marin n'est pas limitée aux seuls espaces maritimes sous compétence nationale et s'étend à la haute mer et à la Zone. En vue d'accroître les connaissances générales des impacts sur le milieu marin par l'exploitation des expériences passées, la Convention de 1982 dispose : « Les États publient des rapports sur les résultats obtenus en application de l'article 204 [Surveillance continue des risques de pollution et des effets de la pollution] ou fournissent, à intervalles appropriés, de tels rapports aux

⁴⁹⁷ CNUDM, art. 204, §1.

⁴⁹⁸ CNUDM, art. 204, §2.

organisations internationales compétentes, qui devront les mettre à la disposition de tous les autres États⁴⁹⁹.

b. L'obligation d'évaluation continue de l'impact sur l'environnement

Bien avant que l'obligation d'EIE ne soit expressément consacrée en tant que principe du droit international général, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*⁵⁰⁰ a reconnu l'importance de l'évaluation continue de l'impact sur l'environnement en prescrivant des mesures détaillées de suivi environnemental. Aussi, parce que forgé dans un contexte transfrontière, ce corollaire du principe de prévention trouve-t-il précisément ses fondements originels dans le principe de l'utilisation non dommageable du territoire. Le devoir de surveillance de l'état de l'environnement fut souligné dans le cadre de l'affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros, où la CIJ a pu constater que « la conscience que l'environnement est vulnérable et la reconnaissance de ce qu'il faut continuellement évaluer les risques écologiques se sont affirmées de plus en plus dans les années qui ont suivi la conclusion du traité [de 1977]⁵⁰¹. Cette affaire fut l'occasion pour le juge Weeramantry de présenter certaines observations en sus de celles exprimées par la Cour, au sujet, notamment, de ce qu'il appelle : « le principe de l'évaluation continue de l'impact sur l'environnement »⁵⁰². Dans son opinion individuelle, le juge confirme, après avoir dressé un état non exhaustif de la pratique internationale en matière de monitoring, la reconnaissance croissante de la notion de contrôle continu dans le cadre de l'EIE⁵⁰³. Toutefois, s'il est admis que « des considérations de prudence » semblent dicter la poursuite du processus d'évaluation d'impact à l'échelle des installations, ceci ne vaut qu'en présence d'un « projet d'une certaine envergure », en ce sens que « tout projet de ce genre peut produire des effets inattendus »⁵⁰⁴.

Le rapport qu'entretiennent ces deux principaux corollaires du principe de prévention fut, au demeurant, réaffirmé dans l'arrêt rendu en l'affaire des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay. Considérant, de manière générale, que compte tenu de la nature et l'ampleur d'un projet déterminé et de son impact négatif probable sur l'environnement, « une évaluation de l'impact sur l'environnement doit être réalisée avant la mise en œuvre du projet », la Haute juridiction ajoute qu'« une fois les opérations commencées, une surveillance continue des effets dudit projet sur l'environnement sera mise en place, qui se poursuivra au besoin pendant toute la durée de vie du projet ».

⁴⁹⁹ CNUDM, art. 205.

⁵⁰⁰ *Fonderie de Trail (États-Unis c. Canada)*, sentence arbitrale du 11 mars 1941.

⁵⁰¹ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *op. cit.*, § 112.

⁵⁰² *Idem*, opinion individuelle du juge Weeramantry, p. 88.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 112.

⁵⁰⁴ *Ibid.* p. 111.

2. L'application du principe de précaution pour le développement de nouveaux ouvrages publics

L'obligation de respecter le principe de précaution trouve à s'appliquer lorsque les Etats s'en remettant à des technologies nouvelles et non encore éprouvées. Les Etats développeurs sont donc soumis à une obligation de due diligence (a), ce que semblent confirmer les obligations régionales de surveillance leur incombant (b).

a. L'obligation générale de « due diligence » des États développeurs

S'il est communément admis que l'évaluation de l'impact des projets et le suivi des incidences des installations sur l'environnement constituent les deux opérations que nécessite, en pratique, le principe de prévention, d'aucuns considèrent, en revanche, que « [l]'EIE, application particulière du principe général plus vaste de précaution, inclut l'obligation d'une surveillance et d'une anticipation continues⁵⁰⁵. Dans le premier cas, l'EIE précède le monitoring, tandis que dans l'autre, elle l'incorpore. Appliqué au développement de nouvelles technologies en mer, le premier paradigme va faire conditionner l'opération de surveillance à la réalisation d'une étude d'impact, alors que le second va lui permettre de justifier l'obligation d'EIE de tout projet énergétique marin dans la mesure où leur suivi environnemental fait application d'une approche de précaution fondée les incertitudes associées aux effets cumulatifs des installations à échelle commerciale. Ce n'est, en effet, qu'« [e]n cas de risque de dommages graves ou irréversibles, [que] 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 »⁵⁰⁶.

Or, l'un des principaux objets du monitoring des prototypes et démonstrateurs relatifs aux nouvelles technologies est précisément d'élaborer de telles mesures et ce, en prévision du développement à grande échelle des technologies contrôlées. Outre la mise en place de mesures d'évitement, le retour d'expérience acquis aux termes d'opérations de surveillance de l'état du milieu marin permettra de concevoir des mesures d'atténuation des impacts susceptibles d'être causés par les parcs énergétiques marins. Il sera alors d'autant plus difficile, à mesure de l'acquisition des résultats des campagnes d'essai, d'exciper de l'absence de certitudes scientifiques totales pour différer l'adoption de telles mesures. Les critères généraux de gravité et d'irréversibilité, qui légitiment le recours à une approche de précaution en cas d'incertitudes liées à certains impacts sur

⁵⁰⁵ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *op. cit.*, opinion individuelle du juge Weeramantry, p. 113.

⁵⁰⁶ « Principe 15 » de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement.

l'environnement, se traduisent en termes de biodiversité par une « une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique »⁵⁰⁷. C'est à ce titre que l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) recommande dans son document intitulé « Greening Blue Energy » l'application d'une approche de précaution concernant les fermes énergétiques marines⁵⁰⁸. Une telle approche implique la poursuite et l'amélioration du monitoring durant les phases de construction et d'exploitation, sur la base de paramètres environnementaux biotiques et abiotiques soigneusement sélectionnés.

L'approche de précaution se rattache, en l'espèce, à une obligation de type « due diligence ». Sur ce point, un parallèle intéressant peut être fait entre l'obligation générale de protéger et de préserver le milieu marin et l'obligation conventionnelle de préserver le milieu aquatique du fleuve Uruguay, laquelle « impose d'exercer la [...] « due diligence » vis-à-vis de toutes les activités qui se déroulent sous la juridiction et le contrôle de chacune des parties ». Cette obligation implique en particulier la nécessité « d'exercer un certain degré de vigilance [...] dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs [...] »⁵⁰⁹. Avant cela, la CIJ a pu dire « qu'une approche de précaution [...] peut se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du statut [du fleuve Uruguay] »⁵¹⁰. Ce faisant, la Cour établit implicitement un rapport entre, d'une part, l'obligation de « due diligence » incombant à l'Argentine et à l'Uruguay et, d'autre part, l'approche de précaution. Or, ni l'une ni l'autre ne saurait être étrangère au droit international de la mer, comme le suggère l'ordonnance rendue par le TIDM dans les affaires du *Thon à nageoire bleue*⁵¹¹. Plus récemment, le Tribunal de Hambourg a eu l'opportunité de déterminer la relation qu'entretiennent l'approche de précaution et l'obligation de « due diligence » des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone. Il a ainsi considéré que la première faisait « partie intégrante » de la seconde, consacrant en l'espèce « l'obligation d'appliquer une approche de précaution »⁵¹². À cet égard, le TIDM précise que « [c]ette obligation s'applique aux situations où les preuves scientifiques quant à la portée et aux effets négatifs éventuels des activités concernées sont insuffisantes, mais où il existe des indices plausibles de risques potentiels »⁵¹³. Certes dépourvue de valeur autonome en ce sens qu'elle dérive de l'obligation de vigilance des États qui patronnent, l'approche de précaution tend néanmoins à être

⁵⁰⁷ Préambule de la Convention sur la diversité biologique.

⁵⁰⁸ UICN, « Greening Blue Energy: Identifying and managing the biodiversity risks and opportunities of offshore renewable energy », 2010, p. 27

⁵⁰⁹ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *op. cit.*, § 197.

⁵¹⁰ *Ibid.*, § 164.

⁵¹¹ TIDM, *Thon à nageoire bleue (Nouvelle Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil*, 1999, §§ 77 et 79.

⁵¹² TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif du 1er février 2011, *op. cit.*, p. 80.

⁵¹³ *Ibid.*, § 131.

incorporée au droit international coutumier⁵¹⁴. Mais s'il a été permis au Tribunal d'élargir le champ d'application de cette norme coutumière émergente aux activités menées dans la Zone, celui-ci n'a pas cru devoir prendre position quant à son extension à d'autres activités présentant des risques potentiels pour le milieu marin. Dans ce dessein, il aurait pu se référer à l'obligation générale de protéger et de préserver le milieu marin⁵¹⁵ et ce, afin de justifier une approche de précaution à l'endroit des projets énergétiques marins pour lesquels le principe de prévention ne saurait per se exiger la mise en œuvre d'un suivi efficace de l'état du milieu marin. Ainsi, le monitoring des prototypes et des démonstrateurs traduirait l'application d'une approche de précaution dont le caractère contraignant découlerait d'une obligation générale de « due diligence » des États développeurs de nouvelles technologies, ayant pour siège la Partie XII de la Convention de Montego Bay à laquelle s'ajoutent des conventions régionales.

b. Les obligations régionales de surveillance des États développeurs

Lorsque le TIDM note que « l'approche de précaution a été incorporée dans un nombre croissant de traités et autres instruments internationaux, [et que] ceci a créé un mouvement qui tend à incorporer cette approche dans le droit international coutumier »⁵¹⁶, il fait certes référence à la Convention sur la diversité biologique, mais aussi et surtout aux conventions relatives aux mers régionales. Si ces dernières participent indéniablement à la reconnaissance, sur le plan universel, d'une obligation générale de « due diligence » des États développeurs de nouvelles technologies, c'est entre autres parce qu'elles prescrivent des obligations de surveillance du milieu marin fortifiées par une consécration régionale du principe de précaution. Il est possible de prendre l'exemple de la Convention pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique ou Convention d'Helsinki, ainsi que sur la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, dite Convention OSPAR.

En l'espèce, les deux conventions régionales pour la protection du milieu marin exigent respectivement de leurs parties contractantes qu'elles appliquent le principe de précaution, « selon lequel des mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter du fait que des substances ou de l'énergie introduites, directement ou indirectement, dans le milieu marin, puissent entraîner des risques pour la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte aux valeurs d'agrément ou entraver d'autres

⁵¹⁴ *Ibid*, § 135.

⁵¹⁵ Art. 192 de la CNUDM.

⁵¹⁶ Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif du 1^{er} février 2011, op. cit., § 135.

utilisations légitimes de la mer, même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports et les effets »⁵¹⁷.

Ayant pris très tôt conscience des risques potentiels pour le milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est associés au développement massif de l'éolien en mer du Nord, la Commission OSPAR promeut depuis 2003 l'application d'une approche de précaution, tel qu'en atteste son document intitulé : « Guidance on a Common Approach for Dealing with Applications for the Construction and Operation of Offshore Wind-Farms »⁵¹⁸. Ceci concerne en particulier la phase de construction qui peut s'étaler sur plusieurs saisons, voire plusieurs années pour les parcs éoliens marins de grande envergure. En effet, les perturbations sonores générées lors de l'installation d'éoliennes off-shore posées risquent d'instaurer une zone d'exclusion des mammifères marins sur une période de temps relativement importante⁵¹⁹. Or, les incertitudes relatives à la délimitation de la « zone d'influence », de l'ordre de plusieurs kilomètres autour du site d'exploitation, justifient dans ce cas précis le recours à une approche de précaution⁵²⁰. Il en va de même s'agissant de l'enfoncement des fondations dans le sous-sol marin qui ne devrait être effectué à proximité des couloirs de migration des poissons⁵²¹, mais encore du dégagement de chaleur induit par les câbles sous-marins, où un seuil de hausse de température maximale tolérable à une certaine profondeur dans les sédiments du être arrêté à titre de mesure de précaution⁵²². Plus récentes, les « Orientations consolidées sur les considérations environnementales pour le développement de parcs d'éoliennes offshore » prônent une approche de précaution selon ces termes : « Pour pouvoir prévoir les effets et éviter les impacts substantiels à grande échelle, il conviendrait que par ses modalités, la surveillance autorise un retour rapide des résultats si des effets sont décelés »⁵²³. C'est dire si l'approche de précaution obéit moins à une logique d'abstention que d'action.

Ce paradigme transparaît nettement du programme de surveillance continue institué par la Convention OSPAR, aux termes de laquelle les parties contractantes sont tenues d'établir et de publier conjointement, à intervalles réguliers, des bilans de l'état de la qualité du milieu marin ainsi que de son évolution, comprenant « une évaluation de l'efficacité des mesures prises et prévues en vue de la protection du milieu marin ainsi que la définition de mesures prioritaires »⁵²⁴. Cette surveillance

⁵¹⁷ Art. 2, § 2, (a), de la Convention OSPAR, lequel reprend en substance l'article 3, § 2, de la Convention d'Helsinki.

⁵¹⁸ OSPARCOM, « Guidance on a Common Approach for Dealing with Applications for the Construction and Operation of Offshore Wind-Farms », 2003, § 18.

⁵¹⁹ OSPARCOM, « Assessment of the environmental impact of offshore wind-farms », *op. cit.*, pp. 21 et 22.

⁵²⁰ *Ibid*, p. 22.

⁵²¹ *Ibid*, p. 20.

⁵²² OSPARCOM, « Lignes directrices sur la meilleure pratique environnementale (BEP) pour la pose et l'exploitation des câbles », 2012, p. 12.

⁵²³ OSPARCOM, « Orientations consolidées sur les considérations environnementales pour le développement de parcs d'éoliennes offshore », *op. cit.*, § 31.

⁵²⁴ Art. 6.

continue désigne notamment « la mesure répétée des activités [...] qui peuvent porter atteinte à la qualité du milieu marin [et] des effets de ces activités [...] »⁵²⁵. Dernier en date, le « bilan de santé 2010 » souligne la nécessité de poursuivre l'approche de précaution compte tenu des incertitudes liées aux effets de nouvelles activités, telles que la production d'énergie houlomotrice et hydrolienne, ainsi que de la capacité des écosystèmes à s'adapter et à réagir aux changements. Quatre ans auparavant, la Commission OSPAR déplorait le fait que le monitoring se focalisait généralement sur les installations concernées et non sur leur impact environnemental, tout en soulignant déjà le besoin de lignes directrices en la matière, comme préalable à tout développement commercial de l'énergie des vagues et des courants marins. Aussi les liens entre la surveillance continue et l'approche de précaution apparaissent-ils dans d'autres conventions sur les mers régionales, comme la Convention d'Helsinki⁵²⁶ ou la Convention d'Antigua⁵²⁷, mais également au sein d'instruments européens.

La construction d'un ouvrage public en mer est ainsi subordonnée à deux obligations parallèles. Les Etats sont d'abord astreints à l'obligation de prévenir les dommages causés par l'ouvrage public au milieu marin (qui s'étend à l'évaluation continue de l'impact de l'ouvrage sur l'environnement). Les techniques industrielles évoluant rapidement, les Etats sont également astreints au respect du principe de précaution lorsqu'ils procèdent à la construction de nouveaux ouvrages en mer dont les effets sur l'environnement sont encore méconnus. Cette approche de précaution, qui peine à s'imposer au plan universel, est explicitement prévue dans certaines conventions régionales imposant des obligations particulières de surveillance aux Etats développeurs. Au-delà de la protection de l'environnement, le droit de la mer fait également obligation aux Etats de procéder au démantèlement des installations et ouvrages abandonnés ou désaffectés.

B. L'obligation de démanteler les installations et ouvrages abandonnés ou désaffectés

Qu'il s'agisse des travaux d'installation ou d'enlèvement, ces opérations risquent d'entraîner le déplacement temporaire des poissons, des mammifères marins, des tortues de mer et des oiseaux, comme conséquence directe des perturbations auditives, visuelles ou vibratoires liées à la présence des structures, ou indirecte de l'augmentation de la quantité de sédiments dans la colonne d'eau résultant de la perturbation des fonds marins⁵²⁸. Le devenir des installations et ouvrages pose donc la question de leur démantèlement à l'issue de leur vie opérationnelle. L'obligation de démantèlement

⁵²⁵ Annexe IV, art. 1, § 1, b) et c).

⁵²⁶ Art 3, § 2, et annexe VI, reg. 3, §§ 3 et 4.

⁵²⁷ «Use environmental assessment and systematic observation as preventative and precautionary measures in the planning and implementation of projects » (art. 10, § 2, (b)).

⁵²⁸ SFI, « Directives environnementales, sanitaires et sécuritaires pour l'énergie éolienne », 2007, p. 4,

total constitue la seule solution acceptable si l'on tient vraiment compte de la sécurité de la navigation (1) et de la protection du milieu marin étudiée précédemment (2).

1. Le démantèlement des installations ou ouvrages pour cause de sécurité maritime

Le démantèlement des installations ou ouvrages pour cause de sécurité maritime est imposé par le droit international, dans une certaine mesure : l'absence d'obligation de procéder au démantèlement intégral est la règle (a), bien qu'il faille tenir compte des résolutions pertinentes de l'Organisation maritime internationale (OMI), et plus particulièrement la résolution de l'OMI n°A.672 (16) du 19 octobre 1989 portant « Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Structures on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone » (b).

a. L'absence d'obligation de démantèlement intégral des installations ou ouvrages

Si la Convention de Montego Bay exige des États riverains de veiller à faire respecter, dans la ZEE et sur le plateau continental, le principe général selon lequel « [l]es installations ou ouvrages abandonnés ou désaffectés doivent être enlevés afin d'assurer la sécurité de la navigation [...] »⁵²⁹, force est de rappeler que cette obligation internationale ne saurait induire un démantèlement intégral des installations et ouvrages placées sous juridiction nationale. C'est, en effet, ce qui transparaît explicitement de la dernière phrase de l'article 60, § 3, de la CNUDM, prescrivant une publicité adéquate des caractéristiques géographiques, dimensionnelles et bathymétriques des éléments résiduels d'une installation ou d'un ouvrage qui n'aurait été, le cas échéant, entièrement démantelé⁵³⁰. À cet égard, la doctrine n'hésite pas à y voir un véritable « recul du droit international », par référence à l'« ancien droit de la mer »⁵³¹. En effet, loin est le temps où la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur le plateau continental disposait : « Toutes les installations abandonnées ou ne servant plus doivent être complètement enlevées »⁵³². La Convention de Montego Bay y a substitué une formule de compromis emprunte des tensions dialectiques qui animent le nouveau droit de la mer entre, d'une part, les défenseurs de la liberté de la navigation, soucieux des autres usages légitimes de la mer et, d'autre part, les tenants de la souveraineté. La France a bien tenté, lors de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, de faire insérer des dispositions plus précises quand à

⁵²⁹ Art.60, §3 et art. 80.

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ BEURIER J.-P., (dir.), *Droits maritimes, op. cit.*, p. 1096.

⁵³² Art.5, § 5.

l'importance du démantèlement ou encore une référence explicite à la navigation sous-marine⁵³³. Cette proposition fut retirée par la suite afin de ne pas freiner davantage le processus d'adoption de la CNUDM.

Les Etats sont tenus par l'obligation générale de protection de l'environnement marin lorsqu'il est procédé à l'enlèvement des installations et ouvrages localisés dans la ZEE et sur le plateau continental⁵³⁴. Toutefois, c'est eu égard à son rapport avec la sécurité maritime, entendue dans son acception moderne, que cette exigence va dicter la nécessité d'un démantèlement, au moins partiel, des installations désaffectées ou abandonnées se situant dans les zones maritimes sous juridiction nationale. Ainsi l'obligation d'enlèvement imposée par les États pourrait-elle faire partie des « mesures tendant à limiter autant que possible la pollution par les navires, en particulier [d]es mesures visant à prévenir les accidents [...] », au sens de la Convention de Montego Bay⁵³⁵. Aux termes de son article 60, § 3, la Convention de Montego Bay donne compétence à l'Organisation maritime internationale (OMI) aux fins d'établir les « normes internationales généralement acceptées » que les États côtiers doivent prendre en considération dans le cadre du démantèlement des installations et ouvrages abandonnés ou désaffectés se situant dans les espaces maritimes sous leur juridiction.

b. La résolution de l'OMI n°A.672 (16) du 19 octobre 1989 portant « Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Structures on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone »

L'Assemblée de l'OMI a adopté sur cette base la résolution A.672 (16) du 19 octobre 1989 portant « Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Structures on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone »⁵³⁶. Ce texte (non contraignant) confère aux États membres de l'OMI un pouvoir d'appréciation considérable quant au devenir des installations et ouvrages abandonnés ou désaffectés se situant sous leur juridiction. En préambule à ces lignes directrices et normes internationales, l'OMI rappelle certaines exigences générales imposées par le droit de la mer, à commencer par le principe de l'enlèvement complet des installations et ouvrages abandonnés ou désaffectés sis en ZEE ou sur le plateau continental. Par exception, l'OMI admet toutefois le démantèlement partiel voire le non-déplacement, pour autant que ceux-ci soient conformes auxdites lignes directrices et normes internationales⁵³⁷. En l'espèce, il appartiendra le cas

⁵³³ VENDE B., « Le démantèlement des plates-formes offshore », *Neptunus*, revue électronique, CDMO, Université de Nantes, 1999, vol. 5, n 2, p. 3.

⁵³⁴ Art. 60, § 3 et art. 80 de la CNUDM.

⁵³⁵ Art. 194, § 3, b).

⁵³⁶ OMI, Rés. A.672 (16), « Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Structures on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone », 19 octobre 1989.

⁵³⁷ OMI, Rés. A.672 (16), *préc.*, § 1.1.

échéant à l'État riverain – membre de l'OMI – de prendre une telle décision sur la base d'une évaluation au cas par cas des effets probables sur la sécurité de la navigation de surface et sous-marine des installations et ouvrages concernés, de leur état de détérioration, de leur impact existant et potentiel sur l'environnement marin, mais encore du coût, de la faisabilité technique et des risques pour la santé des personnes associées aux opérations de démantèlement⁵³⁸. À cela s'ajoutent des considérations liées à la prise en compte des autres usages légitimes de la mer comme l'exige, du reste, la Convention de Montego Bay. Entre autres recommandations faites aux États côtiers sous la juridiction desquels des installations et ouvrages pourraient être partiellement ou non enlevés, l'OMI estime qu'une telle décision doit revêtir la forme d'une autorisation spécifique et être assortie d'un plan de suivi des impacts sur la navigation, le milieu marin et les autres usages légitimes de la mer⁵³⁹. La résolution de 1989 enjoint ainsi les États à procéder au démantèlement total des installations et ouvrages pesant moins de 4 000 tonnes correspondant au poids hors de l'eau (première condition) et évoluant par au moins 100 mètres de profondeur (seconde condition)⁵⁴⁰. De surcroît, le développement de ces technologies marines va dans le sens des recommandations finales de l'OMI, aux termes desquelles aucune installation et aucun ouvrage ne devraient, à compter du 1er janvier 1998, être situés en ZEE ou sur le plateau continental sans que leur conception et leur implantation ne permettent leur démantèlement total en cas d'abandon ou de désaffectation permanente⁵⁴¹. La résolution de 1989 s'inscrit également dans la lignée du principe de protection de l'environnement marin⁵⁴². Le texte énonce que le démantèlement ne devrait pas générer des effets notables négatifs sur la navigation et le milieu marin⁵⁴³. Il invite également l'État côtier à reconsidérer sa décision en faveur d'un enlèvement intégral en cas d'infaisabilité technique, de coûts exorbitants, de risques inacceptables pour la santé des personnes et de l'environnement marin⁵⁴⁴. La résolution invite également l'État côtier à s'assurer de la validité du titre de propriété des structures résiduelles et que de la responsabilité de la maintenance et de la capacité financière des propriétaires à réparer les dommages éventuels soient clairement établies⁵⁴⁵.

2. Le démantèlement des ouvrages en vue de la protection du milieu marin

Dans l'hypothèse d'une solution d'enlèvement partiel, le démantèlement des installations énergétiques marines sera gouverné par les règles internationales applicables dans le domaine de

⁵³⁸ OMI, Rés. A.672 (16), *préc.*, § 2.1.

⁵³⁹ OMI, Rés. A.672 (16), *préc.*, § 2.4.

⁵⁴⁰ OMI, Rés. A.672 (16), *préc.*, §§ 3.2, 3.3.

⁵⁴¹ OMI, Rés. A.672 (16), *préc.*, §§ 3.13.

⁵⁴² Art. 192 de la CNUDM.

⁵⁴³ OMI, Rés. A.672 (16), *préc.*, § 3.3.

⁵⁴⁴ OMI, Rés. A.672 (16), *préc.*, § 3.5.

⁵⁴⁵ OMI, Rés. A.672 (16), *préc.*, § 3.11.

l'immersion **(a)**. Consciente des risques d'atteinte au milieu marin liés à l'élimination des plates-formes off-shore désaffectées, la Commission OSPAR a adopté des lignes directrices **(b)**.

a. La prévention de la pollution par immersion

Dix ans avant l'adoption de la CNUDM, la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets*, signée à Londres, Mexico, Moscou et Washington le 29 décembre 1972, dite Convention de Londres, avait déjà porté atteinte au principe de démantèlement total consacré par l'« ancien droit de la mer »⁵⁴⁶. En définissant juridiquement l'immersion comme « tout sabordage en mer de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages placés en mer »⁵⁴⁷, la Convention de Londres émettait dès lors l'hypothèse d'un enlèvement partiel des plates-formes et ouvrages abandonnés ou désaffectés non seulement sur le plateau continental, mais dans « toutes les eaux marines à l'exception des eaux intérieures des États »⁵⁴⁸. Cette évolution a été confirmée ultérieurement dans le cadre de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. La CNUDM reflète en substance la définition susmentionnée de la Convention de Londres⁵⁴⁹. Le texte dispose que « [l']immersion dans la mer territoriale et la zone économique exclusive ou sur le plateau continental ne peut avoir lieu sans l'accord préalable exprès de l'État côtier [...] »⁵⁵⁰, ce, avant de rappeler que « [l]es lois et règlements nationaux ainsi que les mesures nationales ne doivent pas être moins efficaces pour prévenir, réduire et maîtriser [la] pollution [par immersion] que les règles et normes de caractère mondial »⁵⁵¹.

Complétant et actualisant la Convention de Londres dans la perspective de la remplacer ultérieurement⁵⁵², le Protocole de 1996 adopte une approche extensive de l'« immersion », qui s'étend à « tout abandon ou renversement sur place de plates-formes ou autres ouvrages artificiels en mer, dans le seul but de leur élimination délibérée »⁵⁵³. Le préambule de l'annexe 2 du Protocole de Londres relative à l'« évaluation des déchets ou autres matières dont l'immersion peut être envisagée »⁵⁵⁴ prend le soin de rappeler l'obligation faite aux Parties contractantes « de poursuivre

⁵⁴⁶ Art. 5, § 5, de la Convention sur le plateau continental.

⁵⁴⁷ Art. III, § 1., a., ii).

⁵⁴⁸ Art. III, § 3. La Convention de Londres est largement inspirée par les dispositions de la *Convention d'Oslo du 15 février 1972 pour la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs*, elle reprend ainsi son champ d'application étendu : v. art. 2.

⁵⁴⁹ Article premier, § 1., (5), a)-ii).

⁵⁵⁰ Art. 210, § 5.

⁵⁵¹ Art. 210, § 6.

⁵⁵² Art. 23.

⁵⁵³ Art. 1, § 4., 1., al. 4.

⁵⁵⁴ Aux fins de cette évaluation, la vingt-deuxième Réunion consultative des Parties contractantes à la Convention de Londres a adopté des « Specific Guidelines for Assessment of Platforms or other Man- Made Structures at Sea » (OMI, «Report of the Twenty-Second Consultative Meeting of the Contracting Parties to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter 1972 », 25 oct. 2000, annexe 7.

les efforts visant à limiter la nécessité de recourir à cette pratique ». Par ailleurs, les obligations minimales édictées par le Protocole de Londres préservent le droit d'un État partie d'interdire l'immersion de déchets ou autres matières mentionnés à l'Annexe 1. Le cas échéant, celui-ci notifie de telles mesures d'interdiction à l'OMI qui assure le secrétariat exécutif de la Convention et du Protocole de Londres⁵⁵⁵. Ainsi, aucune disposition n'empêche à une Partie de prohiber l'immersion des installations et ouvrages et, par là, d'assortir l'autorisation d'occupation de l'espace maritime d'une obligation de démantèlement total, y compris pour celles et ceux projetés en eaux intérieures. En effet, le Protocole de Londres prévoit une extension de son champ d'application initial aux espaces maritimes situés en deçà des lignes de base de la mer territoriale⁵⁵⁶, laissant aux États parties le choix d'y appliquer ses dispositions, soit d'adopter d'autres mesures efficaces d'octroi de permis et de réglementation aux fins de contrôler les opérations d'immersion⁵⁵⁷.

La Convention pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique, dite Convention d'Helsinki, pose un principe général d'interdiction d'immersion⁵⁵⁸ auquel tout sabordage de structures artificielles en mer ne pourrait faire exception⁵⁵⁹. Son équivalent pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, la Convention OSPAR, prévient la pollution de « sources offshore » en ces termes : « Aucune installation offshore désaffectée ou aucun pipeline offshore désaffecté n'est immergé et aucune installation offshore désaffectée n'est laissée en place en totalité ou en partie dans la zone maritime sans un permis émanant au cas par cas à cet effet de l'autorité compétente de la Partie contractante concernée »⁵⁶⁰. Toutefois, aucun permis ne sera délivré dans le cas où les installations ou pipelines contiennent des substances présentant ou susceptibles de créer des risques pour la santé humaine, des dommages aux ressources vivantes, mais encore aux écosystèmes marins⁵⁶¹. À l'image des instruments susmentionnés, le régime de l'immersion ne s'applique pas en cas de force majeure due, en particulier, aux intempéries, lorsque la sécurité de la vie humaine ou d'une installation marine est menacée, nonobstant le fait qu'une telle immersion doit être effectuée de manière à réduire les risques d'atteinte à la vie humaine et au biote marin, ainsi que le devoir d'information envers la Commission OSPAR⁵⁶². Mais contrairement au Protocole de Londres, la Convention OSPAR ne saurait assimiler l'abandon in situ, total ou partiel, à une opération d'immersion²¹⁶⁸. Malgré cela, les Parties contractantes sont tenues de prendre les mesures appropriées afin, notamment, de prévenir la pollution marine résultant de l'abandon d'installations

⁵⁵⁵ Art. 4, § 2.

⁵⁵⁶ Art. 7, § 1.

⁵⁵⁷ Art. 7, § 2.

⁵⁵⁸ Art. 11, § 1.

⁵⁵⁹ Ibidem et art. 2, § 4, a)-ii).

⁵⁶⁰ Annexe III, art. 7.

⁵⁶¹ Annexe III, art. 5, § 2.

⁵⁶² Annexe III, art. 6.

off-shore à la suite d'accidents dans la zone maritime⁵⁶³ – s'étendant des eaux intérieures des États parties jusqu'à la haute mer incluse⁵⁶⁴. À défaut d'orientations pertinentes de l'OMI pour la prévention de la pollution par immersion, les mesures prises par les États parties devraient être fondées sur les lignes directrices de la Commission OSPAR.

b. Les lignes directrices de la Commission OSPAR

La Convention OSPAR a institué un régime d'autorisation préalable pour l'immersion des installations marines et pipelines sous-marins désaffectés⁵⁶⁵. À cette fin, les États parties doivent s'assurer qu'en délivrant les autorisations, leurs autorités mettent en œuvre les décisions, recommandations et accords adoptés en vertu de la Convention OSPAR⁵⁶⁶. L'une de ces décisions, adoptée en 1998, porte précisément sur l'élimination des installations offshore désaffectées⁵⁶⁷ et retient le principe suivant : « L'immersion, et le maintien en place, en totalité ou en partie, des installations offshore désaffectées sont interdits dans la zone maritime »⁵⁶⁸. Par « installation offshore désaffectée », il faut entendre « une installation marine qui n'est utilisée, ni aux fins d'activités pour lesquelles elle a été initialement implantée, ni à d'autres fins légitimes, tout en ne désignant pas une quelconque de ses parties qui serait implantée dans le sous-sol marin ou une quelconque embase d'ancrage en béton associée à une plate-forme flottante, pour autant que celle-ci ne présente ou ne risque de provoquer une gêne pour les autres usages légitimes de la mer »⁵⁶⁹. La décision 98/3 de la Commission OSPAR marque assurément le retour, au plan régional, à l'obligation de démantèlement total. En effet, s'il est des exceptions à ce principe général hérité de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur le plateau continental, ces dernières ne pourront être soulevées que dans la mesure où « l'autorité compétente de la Partie contractante concernée est convaincue, après qu'une évaluation conforme aux dispositions de l'annexe 2 ait été réalisée, qu'il existe des raisons sérieuses pour lesquelles une autre option d'élimination [...] est préférable à la réutilisation, au recyclage ou à l'élimination finale à terre [...] »⁵⁷⁰. Le cas échéant, ladite autorité pourra autoriser, sous réserve de certaines conditions annexées à la décision 98/3 : le maintien en place de la totalité ou d'une partie des empiètements d'une installation en acier implantée dans la zone maritime avant le 9 février 1999 ; l'immersion ou le maintien, en totalité ou en partie, d'une installation en béton ou constituant une

⁵⁶³ Annexe III, art. 7.

⁵⁶⁴ Art. 1, § (a).

⁵⁶⁵ Annexe III, art. 5, § 1.

⁵⁶⁶ Annexe III, art. 5, § 1.

⁵⁶⁷ OSPAR, Décision OSPAR 98/3 sur l'élimination des installations offshore désaffectées, 1998.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, § 2.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, § 1, al. 3.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, § 3.

embase en béton ; l'immersion ou le maintien, en totalité ou en partie, de toute autre installation marine désaffectée en cas de force majeure avérée⁵⁷¹.

*

Le droit de la mer structure la construction de l'ouvrage public en forçant l'Etat à respecter le milieu marin dont la fragilité naturelle est connue. Qu'il s'agisse des travaux d'installation ou d'enlèvement, ces opérations risquent d'entraîner le déplacement temporaire des poissons, des mammifères marins, des tortues de mer et des oiseaux, comme conséquence directe des perturbations auditives, visuelles ou vibratoires liées à la présence des structures, ou indirecte de l'augmentation de la quantité de sédiments dans la colonne d'eau résultant de la perturbation des fonds marins. La Convention met ainsi à la charge des Etats des obligations de prévention et de précaution des dommages causés par l'ouvrage au milieu marin. Tout ouvrage public construit en mer n'a pas vocation à y rester *ad vitam aeternam* après la vie de vie opérationnelle. Le droit international impose leur démantèlement. Au-delà, c'est le principe cardinal de l'interdiction de l'abus de droit qui va s'imposer à l'ensemble des Etats souhaitant procéder à un aménagement : l'ouvrage public ne saurait être l'instrument d'un fait accompli et, comme pour les fleuves internationaux, la poursuite d'une opération d'intérêt national ne peut s'exercer qu'en tenant compte des intérêts des autres Etats. Nous verrons à présent qu'une fois construit le droit de la mer attache certaines conséquences juridiques à l'ouvrage public.

Section 2. Les conséquences juridiques attachées à l'ouvrage public construit en mer

L'ouvrage public est un « fait de l'homme », artificiel, auquel le droit de la mer rechigne à attacher des effets juridiques. Le droit de la mer est fondamentalement un droit de la domination de la terre *naturelle* sur la mer. Cela ne fait pas obstacle à ce que des effets de droit soient attachés à l'ouvrage public une fois qu'il a été construit. Nous distinguerons ici ces effets selon qu'ils procèdent d'un aménagement de la surface (**Sous-section 1**) ou du fond des mers (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. L'aménagement de la surface des mers

Nous ne procéderons pas ici à une analyse exhaustive de l'ensemble des manifestations de l'ouvrage public dans le droit de la mer. Nous concentrerons au contraire nos efforts sur deux

⁵⁷¹ *Ibid.*

thématiques illustrant particulièrement les tensions qui traversent le droit de la mer lorsqu'il s'agit de conférer des effets juridiques à un fait de l'homme artificiel.

C'est d'abord le cas du rôle particulier joué par l'ouvrage public lorsqu'il est un support de revendication de zones maritimes. Nous questionnerons à cet effet la pratique des Etats qui choisissent des points de base artificiels en vue de délimiter les zones maritimes qui leur sont garanties par la Convention de 1982. Nous étudierons également la licéité des travaux entrepris par plusieurs Etats en vue d'aménager de minuscules formations dans l'espoir d'obtenir les zones maritimes correspondantes. Nous verrons à cet effet que les mers sont l'objet de conflits dont les armes sont le béton et les remblais de sable (§1).

Au-delà de la dialectique de l'ouvrage public et de la délimitation maritime, nos travaux nous amèneront à le rôle joué par les ouvrages publics sous l'angle de la liberté de la navigation. L'exemple de l'aménagement des détroits servant la navigation internationale sera alors retenu car il illustre parfaitement la conciliation de l'intérêt public présidant à la réalisation unilatérale d'un ouvrage public par un Etat (le développement économique et la cohésion territoriale) avec l'intérêt collectif des Etats matérialisé par la liberté de la navigation (§2).

§1. La revendication de zones maritimes grâce à l'ouvrage public. Le cas des travaux d'artificialisation de la mer

Deux questions illustreront notre analyse de la revendication de zones maritimes grâce à l'ouvrage public. Nous reviendrons en premier lieu sur leur place dans le contentieux de la délimitation maritime (A). Nous appréhenderons ensuite les évolutions futures du droit de la mer quant aux effets à attacher aux ouvrages publics construits par les Etats menacés d'un risque de submersion suite à l'élévation du niveau de la mer (B).

A. Une question actuelle : la prise en compte des ouvrages publics dans le contentieux de la délimitation maritime

Cette partie de notre étude vise à mettre en évidence la prise en compte du « fait de l'homme » que constitue l'ouvrage public dans le contentieux de la délimitation maritime. Nous procéderons en deux temps. D'abord, en revenant sur la question de la prise en compte des ouvrages publics comme points de base aux fins de la première phase de délimitation maritime. La Convention de Montego Bay offre ici une disposition particulièrement significative - l'article 11 - qui assimile à la côte terrestre les « installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire et s'avancant

le plus au large ». Nous interrogerons la pratique qui consiste, pour les Etats, à construire un certain nombre d'ouvrages publics intégrés à la terre ferme et s'avancant au large avant de fixer le point de base à l'extrémité **(1)**. Ensuite, nous sélectionnerons deux questions qui relèvent de la prise en compte des ouvrages publics dans la seconde phase du contentieux de la délimitation maritime (la prise en compte des circonstances pertinentes). Après avoir rappelé l'extrême diversité des formations maritimes (îles, îlots, hauts fonds découvrants, rochers, etc.), nous avons successivement envisagé la question des travaux publics permettant de « forcer la matière » et d'attribuer à de minuscules éminences maritimes les vastes étendues promises aux îles par l'article 121, § 1. C'est le cas de ces Etats qui investissent dans de vastes programmes pour maintenir hors des flots des formations qui seraient submergées en cas contraire. C'est également le cas des Etats possédant des rochers exigus et impropres à l'habitation humaine ou à une vie économique propre et souhaitant y créer artificiellement les conditions favorables pour qu'ils soient qualifiés d'îles **(2)**. Dans le silence (et parfois l'imprécision) des textes étudiés, l'interdiction de l'abus de droit, érigée comme principe d'interprétation et d'application de la Convention, constituera notre principal point de repère.

1. La prise en compte des ouvrages publics côtiers comme points de base

La délimitation et l'attribution des zones maritimes est tributaire, en droit international, de la détermination première des points de base sur la côte pertinente de l'Etat. Nous souhaiterions interroger ici une pratique qui consiste, pour les Etats, à construire un certain nombre d'ouvrages publics intégrés à la terre ferme et s'avancant au large avant de fixer le point de base à l'extrémité. Or, le droit de la mer s'est construit sur l'idée fondamentale que la terre domine la mer. Encore faut-il préciser qu'il s'agit surtout de terres naturelles. Tant la Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contigüe que celle de Montego Bay contiennent ainsi une disposition relative à ces ouvrages (dénommés « installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire ») qui seront assimilés, sous certaines conditions, à la côte aux fins de délimitation **(a)**. Or ce texte peine à prendre en compte les ouvrages de grande dimension rendus possibles par la technique. Nous reviendrons à cet effet sur un point important du contentieux entre la Roumanie et l'Ukraine au sujet de la délimitation maritime en mer Noire. Les deux Etats s'affrontaient sur le fait de savoir si la Roumanie pouvait valablement désigner l'extrémité d'une digue imposante s'avancant de plusieurs kilomètres au large depuis la terre ferme comme point de base. Nous verrons que la Cour internationale de Justice n'a pas fait droit à cette pratique, usant d'arguments faisant primer la Nature sur le fait de l'homme **(b)**.

a. La question des « installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire qui s'avancent le plus vers le large » au sens de l'article 11 de la CNUDM

La largeur de la zone économique exclusive et celle du plateau continental étant calculées à partir des lignes de base servant à mesurer la mer territoriale⁵⁷², la question des points de base occupe une place centrale dans le contentieux de la délimitation maritime. Cette première étape oblige l'Etat (ou, le Juge, selon le cas) à retenir comme points de base ceux que la géographie de la côte identifie en tant que réalité physique au moment où il est procédé à cette délimitation. Rien n'empêche à cet effet que des points de base soient choisis à partir d'ouvrages publics. Comme l'a rappelé la Cour, « cette réalité géographique recouvre non seulement les facteurs physiques produits par la géodynamique et les mouvements de la mer, mais tout autre facteur matériel existant »⁵⁷³. Certains articles de la CNUDM ménagent particulièrement cette possibilité. C'est le cas de l'article 11 qui assimile les « installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire » à la côte aux fins de la délimitation maritime. Cet article se lit comme suit :

« Aux fins de la délimitation de la mer territoriale, les installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire qui s'avancent le plus vers le large sont considérées comme faisant partie de la côte.

Les installations situées au large des côtes et les îles artificielles ne sont pas considérées comme des installations portuaires permanentes ».

Comme c'est le cas pour l'ensemble de la CNUDM, les termes « installations » et « faisant partie intégrante d'un système portuaire » n'ont pas été définies ni dans le texte de la Convention de 1982, ni dans la Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contigüe. En l'absence de définition claire, rien n'interdit donc à l'Etat côtier de construire d'imposants ouvrages s'avancant au large et intégrés, au niveau de la côte, à un système portuaire avant de fixer par la suite le point de base servant à la délimitation maritime au bout de l'ouvrage (puisque aux termes de l'article 11 cet ouvrage est assimilé à la côte). Que l'alignement de l'ouvrage par rapport à la terre ferme dévie légèrement de quelques degrés, et voilà alors de larges espaces maritimes susceptibles d'être revendiqués, ce qui n'aurait pas été possible si le point de base avait été fixé au point de jonction de

⁵⁷² CNUDM, art. 57 (ZEE) : « La zone économique exclusive ne s'étend pas au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale » ; art 76 (Plateau continental) : « 1. Le plateau continental d'un Etat côtier comprend les fonds marins et leur sous-sol au-delà de sa mer territoriale, sur toute l'étendue du prolongement naturel du territoire terrestre de cet Etat jusqu'au rebord externe de la marge continentale, ou jusqu'à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance inférieure ».

⁵⁷³ CIJ, *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt du 3 février 2009, § 131.

l'ouvrage avec la côte. Dans l'affaire de la *Délimitation maritime en Mer Noire*, la Cour internationale de Justice a donné d'utiles précisions notionnelles, jugeant qu'

« Une « installation » désigne un ensemble de dispositifs, de constructions et d'équipements aménagés en vue d'un usage précis. L'expression « installation » « faisant partie intégrante d'un système portuaire » n'est définie ni dans la convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë ni dans la CNUDM ; il s'agit en général d'aménagements qui permettent d'abriter des navires, de les entretenir ou de les réparer, de permettre ou de faciliter les opérations d'embarquement et de débarquement des passagers et de chargement ou de déchargement des marchandises »⁵⁷⁴.

La définition du terme « installation portuaire » donné par le Bureau des affaires maritimes et du droit de la mer des Nations Unies inclut d'ailleurs expressément des digues (ou en anglais sea walls)⁵⁷⁵ protégeant le port ou ses installations. En pratique, de tels ouvrages visent essentiellement la construction de ports et de digues s'avancant vers le large. La question a été examinée dans le cadre des travaux préparatoires de l'article 8 de la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë. En 1954, le rapporteur spécial de la CDI avait indiqué que les « digues qui servent à la protection de la côte [représentent] un problème spécial qui ne relève ni de l'article 9 [Ports] ni de l'article 10 [Rades] »⁵⁷⁶. Dans les commentaires associés à son rapport à l'Assemblée générale, la CDI avait toutefois indiqué qu'« au cas où ces constructions atteindraient une longueur excessive (par exemple une jetée se prolongeant en mer sur plusieurs kilomètres), on peut se demander si l'article présent (art. 8) pourrait encore être appliqué. *Ce cas ne se présentant que très rarement, la Commission, tout en désirant y appeler l'attention, n'a pas cru nécessaire de prendre position à cet égard* »⁵⁷⁷. Dès lors, la Commission n'avait pas entendu définir de façon précise la limite à partir de laquelle une digue, jetée ou installation ne ferait plus « partie intégrante d'un système portuaire » (et, par voie de conséquence, ne pourrait plus être assimilée à la côte aux fins de délimitation maritime). La question avait déjà été abordée dans la sentence arbitrale tranchant le *Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah*. Le tribunal arbitral avait confirmé que l'on pouvait donner plein effet de points de base à des installations portuaires. Dans cette affaire, le tribunal a invoqué l'article 8 de la Convention de 1856 sur la mer territoriale et le projet de 1980 de ce qui allait devenir l'article 11 de la Convention

⁵⁷⁴ CIJ, *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt du 3 février 2009, § 133.

⁵⁷⁵ NATIONS UNIES, BUREAU DES AFFAIRES MARITIMES ET DU DROIT DE LA MER, *Le droit de la mer : lignes de base : examen des dispositions relatives aux lignes de base dans la convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, 1989, Glossaire, n° 38.

⁵⁷⁶ Cité in CIJ, *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt du 3 février 2009, § 133. La première phrase de l'article 11 de la CNUDM correspond, à une modification rédactionnelle mineure près, à celle de cet article 8 de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë. La seconde phrase, prévoyant que « les installations portuaires permanentes » ne doivent pas inclure « les installations situées au large des côtes et les côtes artificielles », est nouvelle.

⁵⁷⁷ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II, p. 269.

de 1982, et il a déclaré : «[i]l existe une pratique et un corpus de droit conventionnel donnant plein effet aux installations portuaires dans le tracé des frontières maritimes entre Etats dont les côtes se font face. On applique dans le tracé de frontières maritimes entre Etats dont les côtes sont adjacentes les mêmes principes que dans le tracé des frontières maritimes entre Etats dont les côtes se font faces »⁵⁷⁸.

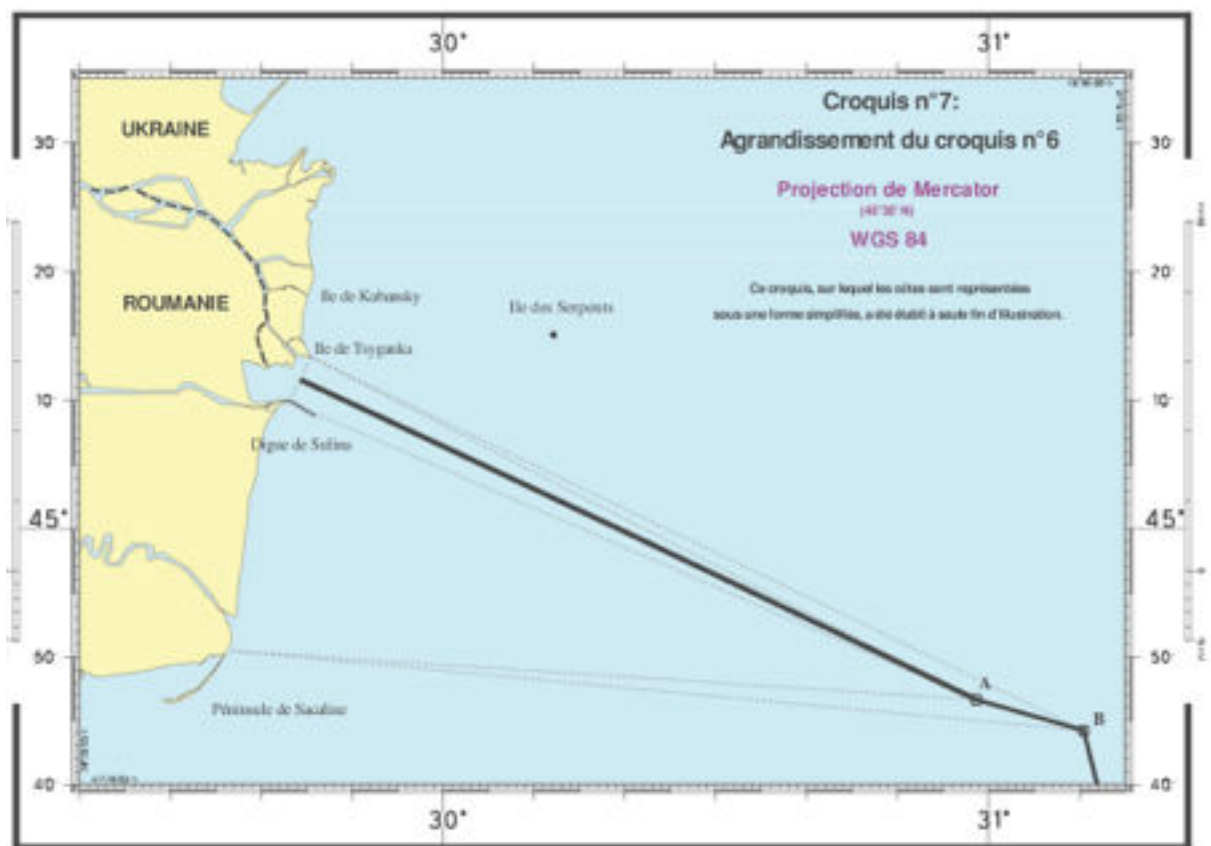
La question est longtemps restée dans l'oubli, confinée au rang de possibilité théorique. Les techniques industrielles ne permettaient pas d'envisager la construction d'ouvrages de longueur excessive et les financements (qui pesaient longtemps sur les seules finances publiques) importants étaient de nature à dissuader de telles entreprises. Jusqu'à ce que la question soit directement posée à la Cour internationale de Justice dans l'affaire précitée de la *Délimitation maritime en mer Noire* au sujet de la construction d'une super-digue de plusieurs kilomètres sur la côte roumaine.

b. Exemple d'application : la fixation du point de base sur la Digue de Sicula dans l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire*

Devant procéder à la construction de la ligne d'équidistance provisoire, la Cour avait entrepris l'examen de la côte roumaine en vue d'y déterminer l'existence de point pouvant servir de base. Le promontoire sud d'une baie constituait un point idéal car il s'agissait du point le plus saillant de la côte roumaine en direction de la côte de Crimée en même temps qu'il était situé dans la zone où les côtes des deux Etats sont adjacentes. Un point devait cependant compliquer la tâche de la juridiction : la Roumanie avait édifié une digue d'une longueur de 7,5 km qui prolongeait d'autant la côte en mer. Cet ouvrage public, dénommé digue de Sulina, est une installation portuaire permanente pleinement intégrée dans la côte continentale de la Roumanie. Elle fournit le principal chenal de navigation pour passer de la mer Noire à ce port et au Danube. Sa construction, initiée en 1856, fut entreprise sur les instructions de la Commission européenne du Danube. La digue a depuis lors été progressivement étendue face à l'envasement causé par le Danube. En 1997, la Roumanie a déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, conformément à l'article 16 de la Convention 1982, une liste des coordonnées des lignes de base à partir desquelles était mesurée la largeur de sa mer territoriale. Cette liste comprenait un point de base situé à l'extrémité extérieure de la digue de Sulina. Aucun Etat n'a posé de question en ce qui concerne cette liste, ni ne l'a contestée.

La présence de cet ouvrage public et les effets structurants à lui accorder, en vertu du droit international, sur la construction de la ligne d'équidistance provisoire, capta une large partie des

⁵⁷⁸ SA, *Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah (Emirats de Dubaï c. Emirats de Sharjah)*, sentence du 19 octobre 1981, *ILR*, vol. 91, pp. 662-663.



débats devant la Cour. Comme le relevait l'un des conseils, à bien des égards la question des effets attachés à la digue éclipsa par moment celle des autres formations naturelles (l'Île aux Serpents)⁵⁷⁹.

L'Ukraine s'opposait vivement à ce que l'extrémité de la digue puisse servir de point de base, au motif que l'imposant ouvrage s'avancait loin des côtes (la digue mesurant un total de 7,5 kilomètres). Ses conseils s'employèrent à rappeler constamment le caractère artificiel de l'ouvrage qui ne devait, selon eux, pas prévaloir sur les points de base naturels :

« En résumé, la version de la ligne d'équidistance provisoire présentée par la Roumanie est tout simplement déviée à son profit. L'idée qu'un ouvrage saillant construit par l'homme puisse se voir accorder plein effet aux fins du tracé de la ligne d'équidistance provisoire, alors qu'une formation naturelle – une île – puisse simplement être ignorée, ne cadre ni avec une bonne application du droit ni avec la règle des principes d'équité. Pourtant, la ligne

⁵⁷⁹ CIJ, *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, Plaidoirie Müller, CR 2008/30, Audience publique tenue le lundi 15 septembre 2008, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de Mme Higgins, président, en l'affaire relative à la Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), p. 66.

préconisée par la Roumanie repose précisément sur cette prémisse et, comme nous le verrons, son tracé est en grande partie commandé par la digue »⁵⁸⁰.

La Roumanie soutenait qu'elle était dans son bon droit de fixer le point de base à l'extrémité de l'ouvrage et présentait pour ce faire trois moyens principaux. D'abord, l'Ukraine ne s'était pas opposée lors de la notification de ce choix à l'ONU. Ensuite, la digue s'intégrait dans la configuration générale de la côte sans modifier l'économie générale de la ligne de base. Enfin, et c'est un argument particulièrement intéressant dans le cadre de notre étude, la Roumanie soutenait qu'en dépit de son caractère artificiel, la construction de la digue et ses extensions successives avaient été dictées par la nature et les circonstances naturelles particulières prévalant dans le delta du Danube. En effet, le problème du dépôt des alluvions par le Danube dans le delta est important et a été justement à l'origine de la construction de la double digue à partir de 1856 pour assurer l'entrée dans le port et dans le bras de Sulina. L'avancée constante de la terre a rendu nécessaire les extensions successives qui se sont terminées en 1980. Et les conseils de l'Etat avait opportunément projeté des images d'un île sablonneuse se formant progressivement au nord de la digue ainsi que des images de deux îles, formées naturellement par le phénomène du delta, le long de la partie sud de la digue sur lesquelles ont été construits un phare et une station météorologique respectivement. La Roumanie soutenait ainsi n'avoir fait qu'anticiper la configuration de la côte telle qu'elle va se présenter dans quelques années⁵⁸¹.

La Cour ne fera pas droit aux arguments roumains et refusera que le point de base soit fixé à l'extrémité de l'ouvrage public. Rappelant que rien dans le texte de l'article 11 ni dans les travaux préparatoires ne fixe de longueur excessive de ces ouvrages, la Cour va procéder à une interprétation restrictive, indiquant à cet effet que cette méthode « vaut tout particulièrement dans les cas où, comme en l'espèce, il s'agit de délimiter des zones situées au-delà de la mer territoriale »⁵⁸². La Cour fera observer que, indépendamment de sa longueur, la Roumanie n'avait démontré de façon concluante que cette digue servait directement aux activités portuaires⁵⁸³. La Cour va au contraire accorder une

⁵⁸⁰ CIJ, *Délimitation maritime en Mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, CR 2008/24, Audience publique tenue le mardi 9 septembre 2008, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de Mme Higgins, président, en l'affaire relative à la Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), § 59, p. 27. Pour les mentions du caractère « artificiel » de l'ouvrage par les conseils ukrainiens, v. CR 2008/24, p. 31, par. 48, p. 31, par. 52 (Bundy) ; CR 2008/26, p. 27, par. 34, p. 41-42, par. 94 (Bundy) ; CR 2008/28, p. 37, par. 12, p. 49, par. 60 (Bundy) ; CR 2008/29, p. 34, par. 60 (Quéneudec) ; CR 2008/24, p. 15, par. 22 (Vassylenko), p. 30, par. 48, p. 31, par. 52, p. 33, par. 59 (Bundy) ; CR 2008/28, p. 44, par. 44, p. 45, par. 45 (Bundy) ; CR 2008/29, p. 31, par. 11 (Malintoppi).

⁵⁸¹ CIJ, *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, CR 2008/30, Audience publique tenue le lundi 15 septembre 2008, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de Mme Higgins, président, en l'affaire relative à la Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), pp. 65-72.

⁵⁸² CIJ, *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, *préc.*, § 134.

⁵⁸³ *Ibid.*, § 138.

prime au naturel sur l'artificiel en retenant comme point de base la jonction entre la digue et la terre ferme :

« En revanche, le point de jonction de la digue avec la *terra firma* est, à défaut d'être incorporé à la masse continentale roumaine, immobilisé par celle-ci. Ce point est à l'abri des mouvements du littoral dus à des phénomènes marins. Comme point de base pertinent aux fins de la première étape de la délimitation, *il a l'avantage, au contraire de la pointe de la digue, de ne pas privilégier une installation au détriment de la géographie physique de la masse terrestre* »⁵⁸⁴.

Partant, c'est le point de jonction de la digue de Sulina avec la masse continentale roumaine qui devait être utilisé comme point de base pour l'établissement de la ligne d'équidistance provisoire. Un autre point retiendra désormais notre attention dans l'étude de la prise en compte de ouvrages publics dans le contentieux de la délimitation. Comme nous l'avons évoqué précédemment, le droit international ne confère aucune zone maritime aux îles artificielles que la Convention de 1982 ne définit pas. Plutôt que d'îles artificielles, c'est de travaux d'artificialisation des formations maritimes qu'il sera désormais question. Nous mettrons en évidence la pratique de certains Etats qui, profitant d'une jurisprudence généreuse de la Cour internationale de Justice, entreprennent à coup de travaux publics exécutés en mer de faire basculer quelques formations maritimes de très petites (hauts-fonds découvrants, rochers ne se prêtant pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre) dans le statut des îles fixés à l'article 121 de la Convention de Montego Bay.

2. L'aménagement des petites formations maritimes en vue de leur conférer le statut d'île

Il est possible de dénombrer plus d'un demi million d'îles⁵⁸⁵ dont une large proportion relève du régime juridique des eaux archipélagiques⁵⁸⁶ là où beaucoup sont exigües et/ou se situent à proximité des côtes. Celles-ci ne nous intéresseront pas dans le cadre de notre étude, à la différence des milliers d'îlots, élévations et autres rochers qui grèvent les océans et offrent théoriquement un immense potentiel de façades côtières pouvant engendrer des revendications maritimes. Nous souhaiterions revenir ici sur deux pratiques observables et en tirer les conséquences juridiques quant à la prise en compte de l'ouvrage public par le droit de la mer. D'abord, les travaux d'enrochement qui permettent de maintenir une formation maritime mineure (comme un haut-fond découvrant) au-

⁵⁸⁴ *Ibid.*, § 139.

⁵⁸⁵ SYMONIDES J., « The Legal Status of Islands in the New Law of the Sea », *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 65, 1987, p. 162.

⁵⁸⁶ V. la partie IV de la CNUDM.

dessus des flots en permanence **(a)**. Ensuite, nous nous intéresseront aux travaux publics visant à créer artificiellement les conditions permettant l'habitation humaine ou la vie économique propre sur les rochers relevant de l'article 121, § 3, de la Convention **(b)**.

**a. L'élévation artificielle au-dessus du niveau de la mer par enrochement :
la question de la transformation des formations maritimes en îles**

Dans l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, la Cour internationale de Justice a ouvert la voie à l'attribution d'une mer territoriale de 12 milles nautiques (soit un cercle d'un rayon de 22 km) au plus petit des rochers restant à découvert à marée haute : Qit'at Jaradah, petite île inhabitée, dépourvue de végétation et relevant de la souveraineté de Bahreïn. Rappelant qu'une île est définie en droit international comme « une étendue naturelle de terre entourée d'eau qui reste découverte à marée haute »⁵⁸⁷, la Cour a procédé à l'examen des éléments de preuve produits par les Parties. Devant les juges, même les experts mandatés par le Qatar n'avaient pas soutenu qu'il était scientifiquement prouvé que la formation maritime en question, Qit'at Jaradah, soit un haut-fond découvrant. Sur ces bases, la Cour en a donc conclu que la formation maritime de Qit'at Jaradah répondait aux critères de l'île en droit international et devait donc être prise en compte aux fins du tracé de la ligne d'équidistance⁵⁸⁸. Dans ces conditions, comment la Cour aurait-elle pu aller contre le texte des Conventions de 1958 et 1982 qui ne retient aucun critère relatif à la taille de la formation maritime dans la définition d'une île ? Aux termes de l'article 121 de la CNUDM (« Régime des îles ») :

- « 1. Une île est une étendue naturelle de terre entourée d'eau qui reste découverte à marée haute.
2. Sous réserve du paragraphe 3, la mer territoriale, la zone contiguë, la zone économique exclusive et le plateau continental d'une île sont délimités conformément aux dispositions de la Convention applicables aux autres territoires terrestres.
3. Les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre, n'ont pas de zone économique exclusive ni de plateau continental ».

Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt, le Juge Oda avait averti la Cour de l'interprétation qui pourrait être faite de ce passage de la décision. Le Juge pointait précisément le

⁵⁸⁷ Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, art. 10, § 1 ; CNUDM, art. 121, § 1.

⁵⁸⁸ CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), arrêt du 16 mars 2001, *Rec.* p. 63, § 195.

risque que les Etats soient tentés de procéder à des travaux d'enrochement de ces minuscules éminences maritimes afin de le maintenir hors des flots en permanence :

« Un autre point m'inquiète, qui est que la technologie moderne *permettra peut-être d'ériger sur de petites îles et des hauts-fonds découvrants divers ouvrages à vocation récréative ou industrielle*. La convention des Nations Unies de 1982 contient certes quelques dispositions pertinentes en ce domaine (par exemple les articles 60 et 80), *mais j'estime que la question de savoir si ce genre d'ouvrages serait autorisé par le droit international et celle de savoir, le cas échéant, quel serait le statut juridique de ces ouvrages appellent débat*. Les passages du présent arrêt concernant Qit'at Jaradah en tant qu'île ainsi que Fasht ad Dibal et certains autres hauts-fonds découvrants pourraient avoir une incidence énorme sur l'évolution future du droit de la mer. La Cour aurait dû, à mon avis, faire preuve d'une plus grande circonspection quand elle s'est prononcée a ce sujet »⁵⁸⁹.

Cette analyse fait écho à une pratique soutenue des Etats. L'exemple topique est celui des travaux effectués par le Japon sur les rochers de l'atoll stratégique d'Okinotorishima dans le Pacifique⁵⁹⁰. L'Etat japonais aurait ainsi dépensé plus de 600 millions de dollars pour prévenir l'érosion en protégeant les rochers de l'atoll autour desquels il entend revendiquer une zone économique exclusive et se heurte à l'opposition de la Chine. Un contentieux historique oppose également le Japon à la Corée du Sud au sujet des rochers de Liancourt⁵⁹¹. Il ne s'agit pas pour autant d'une spécificité asiatique, loin s'en faut⁵⁹². Comme le souligne Ph. Weckel, « l'artificialisation des paysages maritimes ne se limite donc plus au bétonnage des côtes et autres poldérisation, puisqu'elle se prolonge en mer afin d'aménager la moindre élévation maritime émergée pour la rendre propice à l'occupation humaine et constituer une ZEE [...]. Manifestement, l'exemple d'Okinotori Shima le montre, [l'article 121, § 1] de la Convention est contournée par les Etats »⁵⁹³. La pratique des Etats ne se limite pas à ces travaux d'enrochement visant à conférer à de minuscules formations maritimes

⁵⁸⁹ CIJ, arrêt du 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), Opinion individuelle du juge ODA, § 9. Nos italiques.

⁵⁹⁰ SILVERSTEIN A. L., « Okinotorishima : artificial preservation of a speck of sovereignty », *Brooklyn journal of international law*, vol. 16, n° 2, 1990, pp. 409-432 ; SONG Y.-H., « Okinotorishima : a "Rock" or an "Island"? : Recent Maritime Boundary Controversy between Japan and Taiwan/China », HONG S. H., VAN DYKE J. M. (dirs.), *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Nijhoff, 2009, pp. 145-176 ; SUE G., « How much can a Rock get ? A Reflection from the Okinotorishima Rocks », in NORDQUIST M. H. et al. (dirs.), *The Law of the Sea Convention : US Accession and Globalization*, Nijhoff, 2012, pp. 341-368.

⁵⁹¹ HAAS P., « Status and Sovereignty of the Liancourt Rocks : The Dispute between Japan and Korea », *Gonzaga Journal of International Law*, vol. 15, n° 1, 2011, pp. 2-29.

⁵⁹² DEN E., « Disputed islets and Rock in the Aegean Sea », *Turkish Yearbook of international relations*, 2000, vol. 29, 2000, pp. 131-155.

⁵⁹³ Weckel Ph., « Chine/Philippines, Nan Yan le rocher de la discorde », *Sentinelle*, Bull. 346, 28 avril 2013. V. également GJETNES M., « The Spratlys : are they rocks or islands ? », *Ocean development and international law*, vol. 32, n° 2, 2001, pp. 191-204 ; DUBNER B. H., « The Spratly « Rocks » dispute : a « Rockapelago » defies norms of international law », *Temple international and comparative law journal*, vol. 2, 1995, pp. 291-331 ; SYMMONS C. R., « Maritime Zones from Islands and Rocks », in JAYAKUMAR S., KOH T., BECKMAN R., *The South China Sea Disputes and Law of the Sea*, Edward Elgar, 2014, pp. 55-120.

le statut d'île. Dans d'autres cas, les Etats joueront sur les critères de l'article 121, § 3, de la Convention relatif aux rochers inhabitables en vue d'en contourner les dispositions, avec plus ou moins de succès.

b. La création artificielle des conditions permettant l'habitation humaine ou la vie économique propre : la question de la transformation des rochers visés à l'article 121, § 3, en îles

Comme nous l'avons indiqué précédemment, des milliers de petites formations maritimes grèvent la mer. Parmi elles, les rochers occupent quantitativement une part de choix. L'article 121, qui fixe le régime juridique des îles, contient un paragraphe 3 qui est spécifiquement dédié à la question de ces très petits rochers qui se distinguent des hauts-fonds découvrants, visés à l'article 13 de la Convention, en ce qu'ils demeurent émergés tant à marée haute que basse. Toute la question était donc, au moment de la codification du droit de la mer, de déterminer avec précisions quelles sont les zones maritimes générés par ces rochers de très petite taille. D'un côté, les assimiler à des îles *per se*, au sens du paragraphe 1 de l'article 121, reviendrait à conférer à ces minuscules formations le droit de disposer d'une zone économique exclusive et d'un plateau continental. De l'autre, les priver de toute zone maritime reviendrait à écarter le principe fondateur selon lequel la terre domine la mer. Une solution de compromis fut trouvée (dont on verra qu'elle pose sans doute plus de difficultés qu'elle n'en résout). L'article 121, § 3, de la CNUDM dispose ainsi que « les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre, n'ont pas de zone économique exclusive ni de plateau continental »⁵⁹⁴. La cause est entendue : si l'Etat arrive à démontrer qu'un rocher soumis à sa souveraineté territoriale présente des caractéristiques suffisantes pour permettre l'habitation humaine ou une vie économique propre, alors ledit rocher est une île au sens du §1. Le droit de la mer y attribue alors une mer territoriale, une zone contiguë, un plateau continental (le cas échéant) et une ZEE jusqu'à 200 milles marins. En revanche, si le rocher est insusceptible de se prêter à l'habitation humaine ou à une vie économique propre, il ne pourra disposer que d'une mer territoriale et d'une zone contiguë. Une fois de plus, la question de l'amélioration artificielle par la construction d'ouvrages publics se pose : un Etat peut-il procéder à des

⁵⁹⁴ ALEXOPOULOS A. B., « The Legal Regime of Uninhabited Islets and Rocks in International Law : the Case of the Greek Seas », *Revue hellénique de droit international*, vol. 56, n° 1, 2003, pp. 131-151 ; KARAGIANNIS S., « Les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre et le droit de la mer », *Revue belge de droit international*, vol. 29, n° 2, 1996, pp. 559-624 ; KWIATKOWSKA B., SOONS A. H. A., « Entitlement to maritime areas of rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own », *Netherlands yearbook of international law*, vol. 21, 1990, pp. 139-181 ; DIAZ L., DUBNER B. H., PARENT J., « When is a « Rock » an « Island »? : Another Unilateral Declaration Defies "Norms" of International Law », *Journal of International Law and Practice*, vol. 15, n° 3, 2007, pp. 519-555 ; SCHOFIELD C., « Islands or Rocks - is that the Real Question ? The Treatment of Islands in the Delimitation of Maritime Boundaries », in NORDQUIST M. H. et al. (dirs.), *The Law of the Sea Convention : US Accession and Globalization*, Nijhoff, 2012, pp. 322-340.

aménagements minimes pour s'assurer que le rocher présente les caractéristiques indiquées au § 3 de l'article 121 et soit alors traité comme une île ? La question est fondamentale et fait une nouvelle fois ressortir l'inégalité technique et financière entre les Etats développés et ceux en développement. Les premiers, qui ont tiré une large partie de leur puissance de la conquête des mers, se sont assurés de vastes domaines maritimes par la colonisation. A ces conditions favorables héritées du passé s'ajoutent leur puissance technologique et financière. Puissance technologique parce qu'ils disposent des firmes d'ingénierie conseil parmi les plus performantes qui sont à même de proposer des techniques innovantes exploitables en mer. Puissance financière parce qu'ils ont accès plus que d'autres aux financements internationaux pour couvrir les dépenses (importantes) occasionnées par les travaux. Nul espoir, pour les Etats en développement, de frapper à la porte des bailleurs de fonds multilatéraux pour obtenir un prêt en vue de construire une usine de dessalinisation sur un rocher perdu au large. Difficulté, également, pour accéder aux marchés des capitaux privés et de grever des finances publiques déjà fortement tendues par les besoins inhérents au développement de toute population.

L'article 121, § 3, fait donc figure de barrière à cette inégalité. Mais il s'agit d'une barrière contestée par beaucoup d'Etat qui lui dénie toute portée coutumière. Son adoption au forceps durant la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer **(a)** éclaire l'interprétation qui peut en être donnée en vue de déterminer quelle est la part tolérée d'artificialisation menée par l'Etat **(b)**.

b.1. Le cadre interprétatif de l'article 121 § 3 de la CNUDM

L'article 121, § 3 pose un devoir d'abstention aux Etats au nom de l'intérêt collectif matérialisé, notamment, par la liberté des mers. Mais ce devoir n'est pas enserré dans le jeu classique de la réciprocité qui fait correspondre aux droits d'un sujet les obligations correspondantes à la charge de l'autre. Il y a donc un espace que les Etats souhaitent occuper. Comme le relève R. Kolb dans un article de référence sur l'interprétation de l'article 121, § 3, « il est clair que, face à l'intérêt concret que représente l'octroi de zones maritimes de 200 milles, l'intérêt diffus que revêtent la liberté des mers et le concept du patrimoine commun de l'humanité semblent bien abstrait. Le fait que la pratique des Etats est largement l'expression d'une politique d'intérêts, ainsi que l'absence pour l'instant d'un organe international représentant spécifiquement l'intérêt de la communauté dans le domaine du droit de la mer, font que la nature de l'article 121, paragraphe 3, rend difficile et improbable sa réception coutumière »⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵ KOLB R., « L'interprétation de l'article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le Droit de la Mer : les "rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre ... », *AFDI*, vol. 40, 1995, pp. 876-909.

La question de savoir si des rochers ont une *mer territoriale*⁵⁹⁶ est ancienne. Elle fut débattue avant les Conférences de codification des années 1930 et 1958. Aucun consensus n'émergeait ni de la pratique, ni de la doctrine sur le point de savoir si des îlots ou rochers devaient être traités en îles pour l'allocation d'espaces maritimes ou si une distinction devait être établie. Le juge interne avait eu à connaître d'une série de cas où îlots et rochers se sont vus accorder les mêmes espaces maritimes que des îles plus grandes. Les différends portaient alors sur le fait de savoir si la souveraineté étatique, donc la juridiction de l'Etat côtier, s'étend à des zones autour d'îlots proches des côtes. Plus précisément, il s'agissait de savoir si l'Etat côtier pourrait revendiquer, autour de ces îlots, une mer territoriale de trois milles. Cette revendication a été admise de façon répétée notamment pour des raisons de sécurité⁵⁹⁷. *A contrario*, plusieurs initiatives visaient à restreindre la vocation de très petites formations terrestres à de propres zones maritimes. La Résolution 4 de l'*Imperial Conference* de 1923 faisait partie d'une série de résolutions définissant une common policy de l'Empire britannique pour la question des limites de la mer territoriale. Elle renfermait le passage suivant : « The coastline from the low-water mark of which the 3 mile limit of territorial waters should be measured, is that of the mainland and also that of islands. The word 'islands' covers all portions of territory permanently above high water in normal circumstances *and capable of use or habitation* »⁵⁹⁸. En doctrine, Lapradelle s'était opposé, dans le cadre des travaux de l'Institut de droit international (1927), à la proposition d'accorder une mer territoriale à « une île ou un rocher qui n'est pas utilisable »⁵⁹⁹. Fauchille proposait quant à lui d'assimiler aux îles « les rochers, écueils et bancs de sable, habités ou non, où *l'Etat peut d'une manière fixe établir des ouvrages* »⁶⁰⁰.

Lors de la Conférence de codification de La Haye de 1930, les Etats parties étaient amenées à transmettre leurs observations sur les travaux du Comité préparatoire⁶⁰¹. C'est à cette occasion que plusieurs Etats émirent le souhait que l'octroi de la qualité d'île à une terre émergée soit subordonnée à la condition de sa « capacité d'utilisation et d'occupation effective ». L'Australie⁶⁰², l'Afrique du

⁵⁹⁶ Puisqu'à l'époque le droit international ne consacrait ni ZEE, ni plateau continental.

⁵⁹⁷ « Anna », *English Reports*, vol. 165, 1805, p. 809 ss ; « Schooner John Fallon », *Dominion Law Reports*, vol. 37, 1917, p. 659 ss ; « United States v. Middleton », *Federal Reporter*, 2nd, 1929, p. 239 s ; cités in KOLB R., « L'interprétation de l'article 121, paragraphe 3, de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer : les « rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre ... », *préc.*, pp. 880-882.

⁵⁹⁸ *Imperial Conference*, 1923 Report of Inter-Departmental Committee on the Limits of Territorial Waters, Doc. T. 118/118/380 (1924) ; Public Record Office, Réf. F.O. 372/2108, p. 5.

⁵⁹⁹ *Ann. IDI*, vol. 33, 1927-I, p. 79.

⁶⁰⁰ FAUCHILLE P., *Traité de droit international public*, 8e éd., Paris, 1925, p. 202.

⁶⁰¹ Ces réponses sont reproduites in *Bases de Discussion*, Conférence pour la codification du droit international de la Société des Nations, vol. II, (Eaux territoriales), Doc. C. 74 M. 39. 1929 V, Genève, 1929. Pour une analyse extensive de ces travaux, v. KOLB R., « L'interprétation de l'article 121, paragraphe 3, de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer : les « rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre ... », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 884-885.

⁶⁰² *Bases de Discussion*, Conférence pour la codification du droit international de la Société des Nations, vol. II, (Eaux territoriales), Doc. C. 74 M. 39. 1929 V, Genève, 1929, p. 52 : « Par île, il faut entendre une fraction de territoire entourée d'eau et qui, dans les circonstances normales, se trouve d'une façon permanente au-dessus de la marée haute. *Il faut, en*

Sud⁶⁰³, la Nouvelle-Zélande, les Indes et la Grande-Bretagne, tous trois réunis autour d'une définition commune⁶⁰⁴, se retrouvaient sur cette position. En face, la Finlande, l'Allemagne, l'Estonie, le Japon et les Pays-Bas étaient partisans d'un régime unique pour toute élévation naturelle⁶⁰⁵. Au vu de ce désaccord, le Sous-Comité II du Deuxième Comité décida de ne pas retenir les critères d'occupation ou d'utilisation. Ainsi toute île devait avoir une mer territoriale⁶⁰⁶. Des années plus tard, en 1958, l'article 10 de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë finit par accorder une mer territoriale à toute élévation naturelle en mer.

La troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer fut l'occasion d'une remise à plat du régime juridique des îles. Les nouvelles zones maritimes instituées par la CNUDM (ZEE et plateau continental) rendaient urgentes la clarification de ce régime juridique, au risque d'être en porte-à-faux avec la liberté de la haute mer. Les Etats en voie de développement étaient particulièrement vigilants à ces questions, de peur de voir profiter ces nouvelles zones aux îles sous domination coloniale. Les débats furent âpres. D'un côté se trouvaient les Etats hostiles à toute modification du droit alors en vigueur. Pour eux, toute élévation permanente en mer devait être assimilée au territoire terrestre, et ce sans discrimination. La position conservatrice de ces Etats s'inscrit dans la lignée des conférences de 1930 et 1958. Elle imprime le texte des § 1 et 2 de la CNUDM qui renferment seuls l'expression du droit international coutumier. De l'autre côté se trouvaient les Etats favorables à l'évolution du régime : à la diversité des formations maritimes devait répondre un statut différencié. Méconnaître cette diversité et soumettre les éminences maritimes à un

autre, que ce territoire puisse être occupé et utilisé. Rien ne permet de prétendre établir une zone d'eaux territoriales autour d'un rocher ou d'un banc ... ». Texte original anglais : « An island is a piece of territory surrounded by water, permanently above high water in normal circumstances and capable of occupation and use. There is no ground for claiming a belt of territorial waters around a rock or bank ... ». Nos italiques.

⁶⁰³ Bases de Discussion, Conférence pour la codification du droit international de la Société des Nations, vol. II, (Eaux territoriales), Doc. C. 74 M. 39. 1929 V, Genève, 1929, p. 52 : « Seront seules considérées comme des îles, les parties de territoire qui émergent d'une manière permanente à marée haute et qui peuvent être effectivement occupées et utilisées. On ne considérera pas comme des îles les simples rochers ou bancs qui ne répondent pas aux conditions indiquées ci-dessus ». Texte original anglais : « Only those pieces of territory are to be considered islands which are permanently above high water and capable of effective use and occupation. Mere rocks and banks not complying with the requisites laid down should not be considered islands ». Nos italiques.

⁶⁰⁴ Bases de Discussion, Conférence pour la codification du droit international de la Société des Nations, vol. II, (Eaux territoriales), Doc. C. 74 M. 39. 1929 V, Genève, 1929, p. 53 : « On ne doit pas considérer comme une île une fraction de territoire qu'il serait impossible d'occuper et d'utiliser effectivement. Le Gouvernement de Sa Majesté estime qu'on n'est pas fondé à prétendre qu'il existe une zone d'eaux territoriales autour de rochers et de bancs ». Texte original anglais : An island does not include « a piece of territory not capable of effective occupation and use. His Majesty's Government considers that there is no ground for claiming that a belt of territorial waters exists round rocks and banks ... ». Nos italiques.

⁶⁰⁵ Bases de Discussion, Conférence pour la codification du droit international de la Société des Nations, vol. II, (Eaux territoriales), Doc. C. 74 M. 39. 1929 V, Genève, 1929, p. 52 et s.

⁶⁰⁶ Actes de la Conférence pour la codification du droit international, vol. I, Genève 1930, p. 133. (Doc. C. 230. M. 117 1930 V, p. 13), Rapport de la Deuxième Commission.

régime unique revenait à prendre le risque qu' « une petite île pas plus grosse qu'une tête d'épingle (...) puisse annexer une grande partie de l'Atlantique »⁶⁰⁷.

Le § 3 de l'article 121 est né de ces oppositions. Son texte issu de la rencontre d'une proposition émise par la Roumanie, et soutenue par la Turquie⁶⁰⁸, qui justifiait l'instauration d'un régime différencié entre les îlots et rochers d'une part et les îles proprement dites d'autre part. Cette différenciation se justifiait, selon les auteurs de la proposition, car l'établissement d'un régime unique conduirait à des solutions inéquitables. La Roumanie et la Turquie proposaient à cet égard de retenir le critère de la « viabilité socio-économique » afin de trier entre les îlots et rochers (dépourvus d'une telle viabilité) et les îles⁶⁰⁹. A aucun moment, durant les débats, les Etats n'exprimèrent la volonté de séparer le critère de l'habitation humaine de celui de la vie économique propre au rocher. Au contraire, dans l'esprit des négociateurs, les termes étaient liés. Nous verrons que cette volonté n'a pas été fidèlement retranscrite dans le texte final du § 3 qui fait référence à « l'habitation humaine ou à une vie économique propre »⁶¹⁰.

Restait enfin à choisir un terme qui permette l'incarnation de la distinction avec les îles. Le choix se porta sur le terme « rocher(s) », tiré de la proposition commune à quatorze Etats africains. Il est important de souligner le glissement terminologique qui s'opéra ici : cette proposition commune établissait une distinction entre île, îlot et rocher (« élévation rocheuse naturelle de terrain qui est entourée par la mer et découverte à marée haute ») et déniait à un Etat la juridiction « sur l'espace marin » en raison de sa souveraineté sur un îlot ou rocher. Comme on le voit ici, cette proposition retenait un critère géologique - l'élévation *rocheuse* -, qui ne sera pas repris dans la rédaction finale de l'alinéa 3 qui use du terme *rocher*. La Conférence n'a fait reprendre ce terme que pour mieux marquer l'opposition aux îles visées aux paragraphes 1 et 2 en employant un terme différent ; à part le mot « rocher », tout le texte du paragraphe 3 correspond aux propositions roumaine et turque qui ne prévoyaient aucune restriction d'ordre géologique. Ces précisions historiques étaient importantes car elles nous permettront d'éclairer le sens précis à donner aux dispositions de l'article 121, § 3 en vue d'identifier les conséquences juridiques attachés à la construction d'ouvrages publics sur les rochers visés par cette disposition.

⁶⁰⁷ Colombie, Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Documents officiels, vol. II, 39e séance, § 17, p. 280 ; Tunisie (même document, 37e séance, § 11), Danemark (39e séance, § 5), Singapour (39e séance, § 72).

⁶⁰⁸ Turquie, Doc. A/ CONF. 62/ C.2 / L. 55, Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Documents officiels, vol. II, 39e séance, § 30, p. 281.

⁶⁰⁹ Roumanie, Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Documents officiels, vol. II, p. 266.

⁶¹⁰ CNUDM, art. 121, § 3.

b.2. L'interprétation de l'article 121, § 3, de la CNUDM

La rédaction finale de l'article 121 § 3 a concentré toutes les critiques tant de la part des Etats que de la doctrine qui n'y voit pas la retranscription fidèle de la volonté exprimée par les négociateurs. Une formation maritime émergée en permanence sera privée du statut d'île garanti par les § 1 et § 2 de l'article 121 quand elle tombe sous le coup du § 3, c'est-à-dire lorsqu'elle est un rocher (**b.2.1.**), « ne se prêtant pas à l'habitation humaine ou à une vie économique » (**b.2.2.**) « propre » (**b.2.3.**). Ce dernier critère sera essentiel dans le cadre de notre étude car il pose directement la question du degré d'intervention extérieure (sous-entendu : par la construction d'ouvrages publics) pouvant être apporté par l'Etat au rocher (en vue d'emporter sa qualification comme île).

b.2.1. Un « rocher »

Le paragraphe 3 doit être lu dans le contexte des paragraphes 1 et 2 auxquels il fait exception. Les rochers sont une catégorie spéciale d'îles naturelles, ce qui exclut qu'une structure artificielle puisse prétendre à ce statut (c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de conférer une mer territoriale et une zone contigüe à un rocher purement artificiel). Le texte ne fixe aucune surface minimale bien que l'on puisse inférer des autres critères (« habitation humaine insusceptible », etc.) qu'il s'agit nécessairement d'une très petite surface. L'emploi du terme rocher n'impose pas on plus la démonstration de l'existence d'une certaine structure géologique. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de s'en tenir au stricte terme « rocher » et distinguer entre la « roche », le « sable » et la « terre » ? Cette distinction doit être rejetée. En premier lieu, le résultat d'une telle interprétation est déraisonnable. Un minuscule atoll serait une île et générerait des espaces maritimes, malgré le but primordial poursuivi par l'article 121, § 3. Une structure rocheuse, en revanche, ne le ferait pas. Deuxièmement, les travaux préparatoires ne confortent nullement cette interprétation⁶¹¹.

b.2.2. Un rocher « ne se prêtant pas à l'habitation humaine ou à une vie économique »

Le rocher ne doit pas se prêter « à l'habitation humaine ou à une vie économique ». L'habitation humaine fait ici référence (*a minima*) à des groupements humains stables et sédentarisés (ce qui devrait exclure les séjours limités dans le temps ou les campements précaires). La « vie économique » est formellement isolée de l'habitation humaine par l'emploi de la conjonction de coordination « ou ». Or il ressortait de l'ensemble des débats que vie économique et vie sociale

⁶¹¹ Au surplus, comme nous l'avons vu *supra*, le terme rocher est issu d'une proposition avancée par les Etats africains dans un contexte particulier.

formaient une unité (car il est difficile de concevoir une vie économique sans vie sociale). Comme le relève R. Kolb, « cette expression consacre la primauté d'une capacité abstraite sur les réalités concrètes »⁶¹², bien qu'elle soit vecteur d'ambiguïtés. Le critère sera rempli sans difficulté lorsque la formation maritime étudiée présentera des caractéristiques excluant toute possibilité d'habitation humaine (parois verticales, par exemple). Ce critère appelle en réalité à une réflexion plus générale sur le temps : la possibilité d'une habitation humaine doit-elle être appréciée au regard des conditions actuelles présentes sur le rocher ou, au contraire, des potentialités offertes dans l'avenir ? Admettre que les conditions fixées au § 3 soient appréciées au regard des potentialités et non des réalités reviendrait directement à conférer un avantage aux Etats développés sur ceux ne disposant ni des leviers technologiques et financiers. Selon l'heureuse formule de deux auteurs, « any rock could support human habitation if the State was willing to spend enough money »⁶¹³. Nous touchons ici au point cardinal : l'intervention de l'Etat en vue de faciliter l'habitation humaine ou la vie économique, par la construction d'ouvrages publics, est-elle tolérée ? Si oui, dans quelle mesure ? La réponse à ces questions dépend directement de l'interprétation du dernier membre de phrase de l'article 121, § 3 : un rocher ne se prêtant pas à l'habitation humaine ou à une vie économique « *propre* ».

b.2.2. Un rocher ne se prêtant pas à l'habitation humaine ou à une vie économique « propre »

L'Etat a-t-il le droit de créer artificiellement des conditions de vie favorables sur le rocher et, si oui, dans quelle mesure pour ne pas s'exposer à une violation de l'article 300 de la CNUDM qui proscrit l'abus de droit⁶¹⁴ ? Tous les travaux entrepris sur un rocher constituent-ils de tels abus ? Rien n'est dit ou sous-entendu, dans le texte de l'article 121, § 3, sur les caractéristiques fondamentales du rocher, notamment en matière d'accès aux services élémentaires (accès à l'eau potable, à l'électricité, à l'assainissement) indispensables à la sédentarisation d'une communauté humaine. L'abus de droit est-il constitué, au sens de l'article 300 de la Convention, par un Etat qui équipe un rocher aux parois plates des infrastructures permettant un accès, même basique, à l'eau ? Pour un Etat qui équiperait ladite formation maritime d'ouvrages de désalinisation de l'eau ? A partir de quel degré d'intervention étatique la dépendance (côté pile) et l'indépendance (côté face) du rocher sont-elles appréciées ? La réponse ne peut qu'être casuistique, avec l'article 300 érigeant la notion d'abus de droit comme

⁶¹² KOLB R., « L'interprétation de l'article 121, paragraphe 3, de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer : les « rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre ... », *art. préc.*, p. 905.

⁶¹³ HODGSON et SMITH, « The Informal Single Negotiating Text (Committee II) : A Geographical Perspective », *O.D.I.L.*, vol. 3, 1976, p. 231, cité in KOLB R., « L'interprétation de l'article 121, paragraphe 3, de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer : les « rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre ... », *art. préc.*, p. 907.

⁶¹⁴ La question est fréquemment soulevée en doctrine : « by injecting an artificial economic life, based on resources from its other land territory » : BOWETT D., *The Regime of Islands in International Law*, New York, 1978, p. 34.

principe directeur d'interprétation et d'application de la Convention. Cette incertitude fait surtout écho, selon nous, aux insuffisances historiques ayant marqué la rédaction du paragraphe 3.

*

Cette partie de notre étude visait à mettre en évidence la prise en compte du « fait de l'homme » que constitue l'ouvrage public par le droit de la mer. Nos développements se sont initialement concentré que la question actuelle de la prise en compte des ouvrages publics dans le contentieux de la délimitation maritime. Nous avons procédé en deux temps.

D'abord, en revenant sur la question de la prise en compte des ouvrages publics comme points de base aux fins de la première phase de délimitation maritime. La Convention de Montego Bay offre ici une disposition particulièrement significative - l'article 11 - qui assimile à la côte terrestre les « installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire et s'avancant le plus au large ». Nous avons interrogé la pratique qui consiste, pour les Etats, à construire un certain nombre d'ouvrages publics intégrés à la terre ferme et s'avancant au large avant de fixer le point de base à l'extrémité. Or, le droit de la mer s'étant construit sur l'idée fondamentale que la terre domine la mer, le juge international rechigne à accepter la fixation d'un point de base à l'extrémité d'un ouvrage d'une longueur excessive. C'est ce qui était en jeu avec la Digue de Sicula dans l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire* opposant la Roumanie à l'Ukraine. L'argumentation roumaine céda sous les coups des conseils ukrainiens qui réussirent à convaincre la Cour internationale de Justice qu'il eut été déraisonnable d'accepter la fixation d'un point de base aussi loin des côtes (ici, 7,5 kilomètres), ce qui revenait à accorder une prime à l'artificiel sur la Nature.

Ensuite, nous avons sélectionné deux questions qui relèvent de la prise en compte des ouvrages publics dans la seconde phase du contentieux de la délimitation maritime (la prise en compte des circonstances pertinentes). Après avoir rappelé l'extrême diversité des formations maritimes (îles, îlots, hauts fonds découvrants, rochers, etc.), nous avons successivement envisagé la question des travaux publics permettant de « forcer la matière » et d'attribuer à de minuscules éminences maritimes les vastes étendues promises aux îles par l'article 121, § 1. C'est le cas de ces Etats (le Japon à Okinotorishima, par exemple) qui dépensent sans compter pour lutter contre l'érosion d'îles et souhaitent maintenir hors des flots des formations qui seraient submergées en cas contraire. L'appétit territorial des Etats côtiers est nourri par une jurisprudence favorable de la Cour qui s'inscrit dans la logique permissive de l'article 121, § 1. C'est également le cas des Etats possédant des rochers exigus et impropres à l'habitation humaine ou à une vie économique propre. Le régime de ces formations maritimes est fixé par l'article 121, § 3, dont la rédaction est très insatisfaisante et source d'insécurité juridique réelle. Dans le silence du texte, la question du degré d'intervention autorisé par le droit

international en vue de favoriser la vie sur le rocher demeure ouverte, casuistique, et principalement bornée par l'abus de droit sanctionné à l'article 300 de la Convention.

Nous terminerons à présent l'analyse des effets attachés à la construction de l'ouvrage public en mer en abordant une question en devenir : celle des travaux entrepris par les Etats menacés par l'élévation du niveau de la mer et exposés à un risque de submersion intégrale ou partielle de leur territoire terrestre.

B. Une question en devenir : les effets juridiques attachés aux ouvrages publics de défense contre l'élévation du niveau de la mer

L'élévation du niveau de la mer aura un impact sévère sur les petits Etats insulaires. Une étude a pu conclure que 2% des terres mondiales, abritant 10 % de la population mondiale, émergent à moins de dix mètres au-dessus du niveau de la mer⁶¹⁵. Un mètre en plus serait ainsi susceptible d'entraîner la submersion de 75 % des plus petites îles de l'archipel de Vanuatu. Les Îles Marshall sont également directement menacées, l'élévation du niveau de la mer pouvant entraîner la submersion de 80 % du territoire de l'atoll principal de Majuro (qui abrite la moitié de la population). Au rythme actuel, 15 % de la superficie totale de l'île principale de Malé, aux Maldives, sera submergée d'ici à 2025. L'enjeu est primordial, puisque cette île héberge près du tiers de la population⁶¹⁶. Le risque de submersion touche également les infrastructures que les Etats ont tendance à installer à proximité immédiate de la zone côtière (c'est le cas, par exemple, des stations d'arrivée des câbles sous-marins, des pipelines acheminant eau et énergie, etc), ce qui les expose particulièrement au changement climatique. Au-delà, la submersion des côtes est également susceptible de contribuer à la salinisation des aquifères (lorsqu'ils existent), affectant de ce fait la production d'eau potable. La submersion, intégrale ou partielle, du territoire de l'Etat soulève de nombreuses questions de droit international qui sont en lien direct avec nos travaux sur l'ouvrage public.

1. L'hypothèse de la construction d'un territoire artificiel de substitution au territoire submergé

La première question d'importance est de déterminer si, dans l'hypothèse d'une submersion intégrale et permanente, l'Etat cesse d'exister avec son territoire. L'idée a pu être soutenue que l'Etat

⁶¹⁵ MCGRANAHAN G., BLAK D., ANDERSON B., « The Rising Tide : Assessing the Risks of Climate Change and Human Settlements in Low Elevation Coastal Zones », *Environment & Urbanization*, 2007, vol. 19, n° 1, p. 17 et s.

⁶¹⁶ *Submission of the Maldives to the Office of the U.N. High Commissioner for Human Rights under Human Rights Council Res. 7/23*, 25 septembre 2008.

cesse d'exister lorsque la submersion du territoire de l'Etat est permanente⁶¹⁷. Qu'en est-il, dans ces conditions, de la possibilité de créer artificiellement le territoire d'un Etat en mer ? La pratique étatique est erratique et se limite pour une large part à quelques décisions rendues par des juridictions internes suite à la proclamation d'Etat fantaisistes par des individus construisant ou ayant pris possession d'îles artificielles abandonnées ou désaffectées. Dans l'affaire *United States of America v. Louis M. RAY and Acme General Contractors and Atlantis Development Corporation, Ltd.*, deux groupes de ressortissants américains revendiquaient devant la Cour d'appel de Floride le droit de fonder un Etat sur des récifs situés à 5 1/2 milles marins des côtes. Le premier groupe, emmené par le sieur L. M. Ray et l'entreprise Acme General Contractors, souhaitait aménager ces récifs par la construction d'une île artificielle en vue de proclamer la République du Grand Capri. Le second groupe disputait au premier le droit d'aménager les récifs en vue d'y fonder un Etat concurrent : Atlandis, l'île de Dieu⁶¹⁸. Le juge saisi rejeta ces tentatives au motif que l'on ne saurait fonder une quelconque revendication de souveraineté sur des récifs qui sont constamment submergés par les flots : « the dreams of the separate groups for a new nation must perish like the lost continent Atlantis, beneath the waves and waters of the sea which constantly submerge the reefs »⁶¹⁹. Devant le juge italien, des particuliers avaient érigé une plate-forme d'acier dans la haute mer, à plus de 12 kilomètres des côtes de la ville de Rimini. Ils entendaient y fonder l'Etat libre des Roses, avant que la marine nationale italienne n'intervienne et ne mette fin à leur projet⁶²⁰.

Mais c'est surtout le Duché de Sealand qui est entré dans la postérité. Le royaume-Uni avait construit, durant la Seconde guerre mondiale, une imposante plateforme de 1300 mètres carrés à huit milles marins des côtes (soit bien au-delà des 3 milles marins qui formaient alors la largeur de la mer territoriale) affectée à la défense aérienne. L'ouvrage, auquel il fut donné le nom de *Roughs Tower*, fut occupé en permanence par 150 à 300 membres de la Marine Royale pendant la Seconde Guerre mondiale et fut abandonné à l'issue du conflit mondial. Le 25 décembre 1966, à bord de son bateau de pêche et en compagnie de quelques amis, Roy Bates, ancien major de l'armée britannique et vétéran de la Seconde Guerre mondiale aborda la plate-forme et en prit possession. L'indépendance de la Principauté fut proclamée le 2 septembre 1967 par Roy Bates, désormais souverain auto-proclamé du Sealand. Le gouvernement britannique entrepris de le déloger en y envoyant des unités de marine qui furent accueillies par des tirs de sommation. Accusé de détention illégale d'armes à feu,

⁶¹⁷ JEANNENEY J., « L'Atlantide. Remarques sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un Etat », *RGDIP*, 2014, vol. 118, n° 1, pp. 95-130 ; HAYASHI M., « Sea-level Rise and the Law of the Sea : Future Opinions », in VIDAS D., SCHEI P. J. (Dir.), *The World Ocean in Globalisation : Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, Nijhoff, 2011, pp. 187-206 ; SOONS A. H. A., « The Effects of a Rising Sea Level on Maritime Limits and Boundaries », *Netherlands International Law Review*, vol. 37, n° 2, 1990, pp. 207-232.

⁶¹⁸ *United States v. Ray Italia*, 423 F.2d 16, 17-23 (5th Cir. 1970).

⁶¹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰ Chieri e Rosa c. Ministero Marina Mercantile e Capitaneria di Porto di Rimini, 14 novembre 1969, *International Law Reports*, 1971, pp. 259-261 ;

Michael est traîné en justice par le gouvernement britannique : le tribunal de l'Essex qui le jugeait alors lui donnera finalement raison le 25 novembre 1968, la cour reconnaissant ainsi que *Fort Rough* se situe en dehors de sa juridiction dans les eaux internationales, admettant donc *de facto* la souveraineté de la principauté⁶²¹.

La Cour administrative de Cologne fut amenée à trancher la question de la qualité d'Etat de la Principauté de Sealand en 1978. Dans cette affaire, un ressortissant allemand avait demandé à obtenir la « nationalité » de la Principauté de Sealand, qui l'avait été accordée au cours de l'été 1975. Un an plus tard, le 2 août 1976, il saisit les autorités allemandes pour faire constater la perte de sa nationalité allemande et son nouveau statut de citoyen sealandais. Il soutenait à cet effet que les dispositions législatives relatives à l'octroi et la perte de la nationalité devaient être appliquées à son cas. Aux termes de ces dernières, un ressortissant allemand qui n'est pas domicilié ou ne réside pas de façon permanente sur le territoire de la fédération perd sa nationalité s'il en acquiert une autre. Si le premier critère ne posait pas de problème (le demandeur n'était plus domicilié et ne résidait plus en Allemagne depuis le 28 octobre 1975), les autorités allemandes refusèrent en revanche de faire droit à sa demande au motif que la Principauté de Sealand n'étant pas un Etat, elle ne pouvait accorder de nationalité. Le différend fut porté devant la Cour administrative de Cologne. C'est à cette occasion que le juge trancha deux questions de première importance : le territoire artificiel, fait de béton et d'acier, sur lequel était sise la Principauté de Sealand constituait-il un « territoire » au sens du droit international ? Dans l'affirmative, le groupe de personnes peuplant cette principauté pouvait-il être regardé comme une « population », au sens du droit international ? Nous ne reviendrons ici que sur la première de ces questions. A l'appui de son premier moyen, le requérant soutenait que le caractère artificiel du territoire de la Principauté de Sealand ne faisait pas échec à sa qualification de « territoire de l'Etat » au sens du droit international. S'appuyant sur un article de doctrine, il prenait l'exemple des terres artificiellement gagnées sur la mer suite à des travaux de poldérisation mais qui étaient ensuite submergées par l'élévation du niveau de la mer. Le requérant soutenait que bien que de nature

⁶²¹ LYON A. H. E., « The Principality of Sealand, and It's Case for Sovereign Recognition », *Emory International Law Review*, vol. 29, n° 3, 2015, pp. 637-671 ; LABAT B. « Le Cas "Sealand" ou la création d'états artificiels en mer, *Annuaire du droit de la mer*, vol. 5, 2001, pp. 137-164 ; ARENAS F. B., « Cyberspace jurisdiction and the implications of Sealand », *Iowa law review*, vol. 88, n° 5, 2003, pp. 1165-1203 ; CONROY M., « Sealand : the Next Haven ? », *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 27, n° 1, 2003, pp. 127-151 ; FAYLE K., « Sealand Ho ! Music Pirates, Data Havens, and the Future of International Copyright Law », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 29, n° 2, 2005, pp. 247-266 ; COGLIATI-BANTZ V. P., « My Platform, my State : the Principality of Sealand in International Law », *The Journal of International Maritime Law*, vol. 18, n° 3, 2012, pp. 227-250 ; DENNIS T. A., « The Principality of Sealand: Nation Building by Individuals », *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 10, n° 1, 2002, pp. 261-296 ; MENEFEE S. P., « Republics of the Reefs : Nation-Building on the Continental Shelf and in the World's Oceans », *California Western International Law Journal*, vol. 25, n° 1, 1994, pp. 81-111 ; HORN L. A., « To Be or not to Be : The Republic of Minerva - Nation Founding by Individuals », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 12, n° 3, 1973, pp. 520-539.

artificielle, ces espaces demeureraient soumis au même régime juridique que les terres naturelles. La Cour rejeta cette argumentation en ces termes :

« It is certainly true that territory which was once connected to land and then submerged by the sea can continue to be regarded as a connected part of State territory. But this case is not comparable to the creation of the artificial island of “Sealand”. A piece of State territory which has been submerged by the sea continues to be connected to a firm piece of State territory to which the piece of territory submerged by the sea is to be regarded as belonging. In the case of the « Duchy of Sealand », however, *no proper part of State territory is connected to the artificial island*. [The plaintiff] is also incorrect when he takes the view that wherever a specifically delineated part of the surface of the earth is firmly connected to a submerged portion, the former is also to be regarded as a part of State territory. (...) *The formation of land by the erection of dykes or dams and similar structures on the sea-shore or in coastal waters is not comparable to the construction of artificial islands such as « Sealand »*. The positioning of dykes results in the enlargement of *existing State territory by the acquisition of a new piece of the surface of the earth directly adjacent to existing State territory, which assumes the same status as that territory*. By contrast, the artificial island of « Sealand » did not involve the creation of any new piece of the earth's surface »⁶²².

La solution doit-elle être différente si l'on envisage le cas d'un Etat ayant créé artificiellement un territoire de substitution pour pallier à la perte par submersion intégrale de son territoire terrestre ? L'absence de pratique rend toute tentative de systématisation impossible. Cela supposerait dans un premier temps que les moyens techniques permettent la construction de tels ouvrages de substitution capables d'accueillir une population importante. Cela impliquerait surtout que la Convention de Montego Bay soit amendée en ce sens car, en l'état, pareil territoire de substitution serait assimilé à une île artificielle insusceptible de générer une quelconque zone maritime (la terre artificielle ne domine pas la mer). La question se pose avec plus d'acuité dans l'hypothèse de la construction d'ouvrages public visant à préserver les lignes de base menacées par l'élévation du niveau de la mer.

⁶²² Administrative Court of Cologne, *In Re Duchy of Sealand*, affaire n° 9 K 2565/77. La traduction anglaise reproduite est celle donnée in *International Law Reports*, 1980, pp. 683-688, spéc. pp. 686-687. Le texte original, en allemand, peut être trouvé à deux endroits : *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1978, p. 510 ; ou BERG A. (Dir.), *Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen (Décisions des cours allemandes en matière de droit international public)*. 1976-1980, Coll. Fontes Iuris Gentium, tome A / 2 / 8, Springer, 1982, p. 312 et s.

2. L'hypothèse de la construction d'ouvrages public visant à préserver les lignes de base menacées par l'élévation du niveau de la mer

L'autre question majeure est d'identifier les effets de la submersion progressive sur la délimitation du territoire maritime de l'Etat (« la terre domine la mer ») et l'exercice des droits correspondant dans la mer territoriale, la ZEE, la zone contigüe et sur le plateau continental. Il s'agit, dans l'immédiat, de la préoccupation première des Etats insulaires menacés par la hausse du niveau de la mer ayant pour caractéristique commune d'être fortement dépendants de l'économie de la mer. Or, la Convention de 1982 retient les côtes terrestres comme point de départ (ligne de base) du calcul des zones maritimes correspondantes. L'érosion de la côte consécutive à la hausse du niveau de la mer entraîne donc théoriquement une diminution de la largeur des zones maritimes correspondantes. Les lignes de bases nécessitent ainsi des révisions constantes pour tenir compte des forces naturelles qui modifient la topographie de la côte terrestre⁶²³. *A contrario*, les travaux d'extension du littoral entraîneraient une extension des zones maritimes correspondantes⁶²⁴. Une lecture stricte de ce principe conduit à la conclusion que la submersion progressive d'une île la prive conséquemment de ses zones maritimes⁶²⁵. Le processus de submersion étant gradué, la hausse du niveau de la mer pourrait transformer une île en un rocher ne se prêtant pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre au sens de l'article 121, 3), de la CNUDM et dépourvu à ce titre de zone économique exclusive et de plateau continental⁶²⁶. Quelles sont les lignes de base particulièrement menacées par l'élévation du niveau de la mer⁶²⁷ ?

- les *hauts-fonds découvrants* qui peuvent servir de ligne de base lorsque ils se trouvent, entièrement ou en partie, à une distance du continent ou d'une île ne dépassant pas la largeur de la mer

⁶²³ FREESTONE D., PETHICK J., « Sea Level Rise and Maritime Boundaries : International Implications of Impacts and Responses », *World Boundaries*, Vol. 5: Maritime Boundaries, p. 80

⁶²⁴ CARON D. D., « Climate Change, Sea Level Rise and the Coming Uncertainty in Oceanic Boundaries : a Proposal to avoid Conflict », in HONG S. H., VAN DYKE J. M. (dirs.), *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Nijhoff, 2009, p. 9.

⁶²⁵ *Ibid.* ; CHARLEY J. I., « Rocks that cannot sustain human habitation », *American journal of international law*, vol. 93, n° 4, 1999, p. 863.

⁶²⁶ SCHOFIELD C., « The Trouble With Islands : The Definition And Role Of Islands And Rocks In Maritime Boundary Delimitation », in HONG S.-Y., VAN DYKE J. M. (Dirs.), *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, 2009, p. 25 ; RAYFUSE, R., « W(h)ither Tuvalu ? International Law and Disappearing States », *Univ. of N.S.W. Faculty of Law Research Series*, Working Paper n° 9, 2009), disponible en ligne à l'adresse <http://tinyurl.com/q2jwa3d> (consulté pour la dernière fois le 26 septembre 2015), p. 4.

⁶²⁷ DI LEVA CH., MORITA S., « Maritime Rights of Coastal States and Climate Change : Should States Adapt to Submerged Boundaries ? », *Law and Development*, Working Paper series, The World Bank, n° 5, 40 p. ; HALLEGATTE S., GREEN C., NICHOLLS R. J., CORFEE-MORLOT J., « Future flood losses in major coastal cities », *Nature Climate Change*, vol. 3, 2013, pp. 802-806.

territoriale. La laisse de basse mer sur ces hauts-fonds peut être prise comme ligne de base pour mesurer la largeur de la mer territoriale⁶²⁸.

- Lorsque une île est bordée par des *récifs frangeants*, ces derniers peuvent servir de support à la ligne de base (le point retenu est alors la laisse de basse mer sur le récif, côté large, telle qu'elle est indiquée sur les cartes marines reconnues officiellement par l'Etat côtier)⁶²⁹. Ces récifs frangeants ne sont pas définis par la CNUDM mais désignent les récifs coralliens directement attachés ou bordant la côte d'une île ou d'un continent⁶³⁰.
- Les *embouchures de fleuves* peuvent également servir de ligne de base. L'article 9 de la CNUDM dispose à cet effet que « si un fleuve se jette dans la mer sans former d'estuaire, la ligne de base est une ligne droite tracée à travers l'embouchure du fleuve entre les points limites de la laisse de basse mer sur les rives »⁶³¹. Les embouchures de fleuves sont naturellement exposées à l'érosion et l'accumulation de sédiments.
- Les *îles* bénéficient d'une mer territoriale, d'une zone contigüe, d'une ZEE et d'un plateau continental, à condition d'être des étendues naturelles de terre (première condition) émergées en permanence (seconde condition). L'article 121, § 3, de la CNUDM distingue toutefois les îles des rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre. Ces derniers n'ont pas de zone économique exclusive ni de plateau continental.

L'octroi d'une mer territoriale d'une largeur maximale de 12 milles marins est réservé aux « îles », définies par la CNUDM comme des « étendue(s) *naturelle(s)* de terre entourée(s) d'eau qui reste(nt) découverte à marée haute »⁶³². L'élévation du niveau de la mer peut également transformer l'île en un haut-fond découvrant, c'est-à-dire une élévation naturelle de terrain entourée par la mer, découverte à marée basse et recouverte à marée haute⁶³³. Si ce haut-fond découvrant se trouve, entièrement ou en partie, à une distance du continent ou d'une île ne dépassant pas la largeur de la mer territoriale, sa laisse de basse mer pourra être prise comme ligne de base pour mesurer la largeur de la mer territoriale⁶³⁴. En cas contraire, c'est-à-dire lorsque ce haut-fond découvrant se trouve entièrement à une distance du continent ou d'une île qui dépasse la largeur de la mer territoriale, il

⁶²⁸ CNUDM, art. 13, al. 1. Lorsque des hauts-fonds découvrants se trouvent entièrement à une distance du continent ou d'une île qui dépasse la largeur de la mer territoriale, ils n'ont pas de mer territoriale qui leur soit propre (al. 2).

⁶²⁹ CNUDM, art. 6.

⁶³⁰ BEAZLEY P. B., « Reefs and the 1982 Convention on the Law of the Sea », *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, vol. 6, n° 4, 1991, pp. 281-312, spéc. p. 283.

⁶³¹ CNUDM, art. 9.

⁶³² Art. 121, 1), nos italiques.

⁶³³ CNUDM, art. 13, 1).

⁶³⁴ CNUDM, art. 13, 1).

sera dépourvu de mer territoriale propre⁶³⁵. *In fine*, les zones maritimes préexistantes ont vocation à faire l'objet de revendications de la part d'Etats côtiers ou à relever du statut de la haute mer.

L'impact de la hausse du niveau de la mer sur les lignes de base n'a pas été pris en compte par les conférences successives consacrées au droit de la mer. Comme l'a relevé l'ancien Président du TIDM M. José Luiz Jesus, "[t]he prospect of sea-level rise and its effect on maritime space and borderlines was not specifically addressed by the 1982 Convention. Indeed, during the Conference this was not a major concern »⁶³⁶. Certains auteurs se sont prononcés pour une approche renouvelée de la fixation des lignes de base⁶³⁷. D'autres ont proposé d'encourager la conclusion de traités entre Etats côtiers délimitant de manière permanente les espaces maritimes en partage afin de se prémunir des changements de lignes de base consécutifs à l'élévation du niveau de la mer⁶³⁸. Cette dernière approche pose de nombreuses questions incidentes, dont la première est de savoir si un Etat partie à un tel traité pourrait y mettre fin en invoquant un changement fondamental de circonstances suite à la submersion complète du territoire d'un autre Etat partie.

Les Etats concernés ont répondu au défi de la hausse du niveau de la mer par la mise en oeuvre d'importants programmes de travaux publics⁶³⁹. Le droit international autorise les Etats à entreprendre la construction de nombreux ouvrages publics, notamment en vue de protéger les côtes ou les îles⁶⁴⁰. Les Pays-Bas ont de longue date construit un imposant système de digues et de barrages sur leurs côtes en vue de se protéger de l'élévation du niveau de la mer. Les Pays-Bas exercent leur souveraineté sur les terres poldérisées sans que cela n'ait donné lieu à des protestations officielles de la part d'autres Etats, sans que l'on ne puisse affirmer que de telles objections ne s'élèvent dans le futur, en d'autres parties du globe. A court-terme, le gouvernement des Maldives prévoit de relocaliser la population sur des îles artificielles obtenues par poldérisation tout en construisant les ouvrages nécessaires à l'élévation des îles pré-existantes au-dessus du niveau de la mer et à leur protection des flots. Les Maldives ont ainsi construit l'île artificielle d'Hulhumalé dans leur mer territoriale. D'une capacité d'accueil de 150.000 personnes, cette île artificielle est présentée comme la meilleure solution pour maintenir à la fois le territoire de l'Etat (et assurer sa survie) et ses zones

⁶³⁵ CNUDM, art. 13, 2).

⁶³⁶ JESUS J. L., « Rocks, New-Born Islands, Sea Level Rise and Maritime Space », in FROWEIN J. A. *et al.* (dirs), *Negotiating for Peace*, 2003, p. 601.

⁶³⁷ CARON D. D., « When Law Makes Climate Change Worse : Rethinking the Law of Baselines in Light of a Rising Sea Level », *Ecology Law Quarterly*, vol. 17, 1990, p. 629.

⁶³⁸ CARON D. D., « Climate Change, Sea Level Rise and the Coming Uncertainty in Oceanic Boundaries : a Proposal to avoid Conflict », *préc.*, p. 14.

⁶³⁹ CAMERON E., « The Human Dimension of Global Climate Change », *Hastings West-Northwest Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 15, 2009, pp. 1-30.

⁶⁴⁰ SOONS H. A., « The Effects of a Rising Sea Level on Maritime Limits and Boundaries », *Netherlands International Law Review*, vol. 37, n° 2, 1990, pp. 207-232, spéc. p. 210.

maritimes. Or, au sens de la Convention de Montego Bay, seules les terres naturelles, données par la Nature, sont susceptibles de générer de telles zones.

Plusieurs auteurs ont proposé d'amender la CNUDM en vue de doter les îles artificielles, installations et ouvrages de l'ensemble des zones maritimes attribuées aux terres naturelles dans l'éventualité où ils auraient pour but de remplacer les terres submergées d'un Etat⁶⁴¹. L'avènement d'une telle règle pose néanmoins d'importantes difficultés théoriques et pratiques dont la première est d'éviter tout détournement par des Etats soucieux d'étendre leur emprise maritime. La part d'unilatéralité dans la mise en oeuvre de la règle mérite également d'être questionnée : s'agirait-il d'un pouvoir de l'Etat ou, au contraire, l'appréciation du caractère imminent de la submersion devrait-il être confié à un organe international ? Pour les Etats archipels menacés de submersion, comment rendre compatible un droit étendu à l'artificialisation de la mer avec le droit de passage archipélagique ? Dans quelles zones un tel droit pourrait-il être mis en oeuvre ? Construire dans la haute mer des ouvrages artificiels dotés de zones maritimes contreviendrait au principe fondamental fixé par l'article 89 de la CNUDM aux termes duquel « aucun Etat ne peut légitimement prétendre soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté ». A supposer que ces difficultés soient surmontées, comment rendre compatibles des travaux publics d'une telle ampleur impliquant nécessairement des opérations d'excavation et de poldérisation massives avec la protection du milieu marin imposée par la partie XII de la CNUDM ? Dans l'affaire des *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*, la Malaisie soutint avec succès que les travaux entrepris par Singapour portaient atteinte à son droit sur les ressources naturelles situées dans sa mer territoriale de la Malaisie et violaient le droit à l'intégrité de son milieu marin dans ces zones⁶⁴². Les techniques employées en l'espèce - travaux de poldérisation, d'envasement, de remblaiement - sont à la base de la plupart des techniques de construction d'îles artificielles.

*

Cette partie de notre étude visait à mettre en évidence la prise en compte du « fait de l'homme » que constitue l'ouvrage public par le droit de la mer. Nous avons procédé en trois temps successifs.

⁶⁴¹ TSALTAS G., BOURTZIS T., ET RODOTHEATOS G., « Artificial Islands and Structures as a Means of Safeguarding State Sovereignty Against Sea Level Rise. A Law of the Sea Perspective », épreuves écrites de l'intervention lors de 6th ABLOS Conference "Contentious Issues in UNCLOS - Surely Not?", International Hydrographic Bureau, Monaco, 25-27 October 2010, disponible en ligne à l'adresse <http://tinyurl.com/odr7dj2> (consulté pour la dernière fois le 29 septembre 2015), 17 p.

⁶⁴² TIDM, *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*, ordonnance en indication de mesures conservatoires, 8 octobre 2003, § 93, p. 26.

Dans un premier temps, nous sommes revenus sur la question de la prise en compte des ouvrages publics comme points de base aux fins de la première phase de délimitation maritime. La Convention de Montego Bay offre ici une disposition particulièrement significative - l'article 11 - qui assimile à la côte terrestre les « installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire et s'avancant le plus au large ». Nous avons interrogé la pratique qui consiste, pour les Etats, à construire un certain nombre d'ouvrages publics intégrés à la terre ferme et s'avancant au large avant de fixer le point de base à l'extrémité. Or, le droit de la mer s'étant construit sur l'idée fondamentale que la terre domine la mer, le juge international rechigne à accepter la fixation d'un point de base à l'extrémité d'un ouvrage d'une longueur excessive.

Dans un second temps, nous avons sélectionné deux questions qui relèvent de la prise en compte des ouvrages publics dans la seconde phase du contentieux de la délimitation maritime (la prise en compte des circonstances pertinentes). Après avoir rappelé l'extrême diversité des formations maritimes (îles, îlots, hauts fonds découvrants, rochers, etc.), nous avons successivement envisagé la question des travaux publics permettant de « forcer la matière » et d'attribuer à de minuscules éminences maritimes les vastes étendues promises aux îles par l'article 121, § 1.

Dans un troisième temps, nous envisagé la construction de l'ouvrage public en mer par un Etat aux prises avec l'élévation du niveau de la mer exposés de ce fait à un risque de submersion intégrale ou partielle de leur territoire terrestre. La Convention de 1982, pas plus que celles de 1958, n'adresse cette question de manière satisfaisante. Le rejet de l'artificiel au profit du naturel (la terre naturelle domine la mer) trouve ici ces limites : faut-il priver de zones maritimes le territoire de substitution construit par l'Etat pour pallier à la submersion intégrale de son territoire naturel ? Aux termes du texte actuel, la réponse est affirmative : les îles artificielles ne génèrent aucune des zones maritimes attachés au territoire naturel, et aucune exception n'est prévue à cette règle au profit des Etats menacés par l'élévation du niveau de la mer. Nous avons tempéré cette affirmation par son caractère encore largement théorique, nuance qui ne vaut pas pour les programmes actuels de construction d'ouvrages publics de défense des côtes. L'artificialisation des côtes demeure aujourd'hui le moyen privilégié par les Etats menacés pour se prémunir du risque de submersion. A court terme, ces aménagements visent surtout à contrer la modification des lignes de base consécutive à la submersion.

Ainsi s'achève la première partie de nos développements consacrée à la revendication de zones maritimes grâce à l'ouvrage public. Nous souhaiterions désormais mettre en évidence une autre facette de la prise en compte de l'ouvrage public par le droit de mer, sous l'angle de la liberté de navigation (et non plus de la revendication de zones maritimes). La question est alors celle de la conciliation de l'intérêt public présidant à la réalisation unilatérale d'un ouvrage public par un Etat

(le développement économique et la cohésion territoriale) avec l'intérêt collectif des Etats matérialisé par la liberté de la navigation. Nous focaliserons notre démonstration sur une question qui nourrit une pratique abondante et illustre particulièrement cette tension : la construction d'ouvrages publics dans les détroits servant la navigation internationale.

§2. L'entrave à la navigation causée par l'ouvrage public. Le cas de l'aménagement des détroits servant la navigation internationale

Le détroit peut être défini comme un passage étroit séparant deux espaces terrestres et faisant communiquer deux espaces maritimes⁶⁴³. L'extension à 12 milles marins de la mer territoriale suite à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer pouvait faire de 153 détroits, d'une largeur comprise entre 6 et 24 milles marins, des détroits dépourvus d'un couloir de haute mer⁶⁴⁴. L'adoption de la Convention de 1982 s'est accompagnée de l'institution d'un droit de passage en transit qui fait figure de compromis qui maintient le statut international des détroits et accorde aux grandes puissances navales le droit de navigation et de survol sans entrave. Pour toute autre question que la navigation en transit les détroits sont considérés comme faisant partie de la mer territoriale des Etats côtiers. Le passage au travers des détroits est par ailleurs rendu plus difficile par leur étroitesse. Les risques d'accidents et de collisions sont plus élevés dans les détroits que dans les espaces maritimes ouverts. Les Etats ont donc l'obligation de garantir ce droit de passage **(A)** aux autres Etats, ce qui entraîne pour conséquence l'interdiction d'y entraver la navigation par la construction d'un ouvrage public **(B)**.

A. Le droit de passage en transit

Avant la CNUDM, le régime juridique du passage à travers les détroits servant à la navigation internationale était uniquement fixé par l'article 16, § 4, de la Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë en ces termes : « le passage inoffensif des navires étrangers ne peut être suspendu dans les détroits qui, mettant en communication une partie de la haute mer avec une autre partie de la haute mer ou avec la mer territoriale d'un Etat étranger, servent à la navigation internationale »⁶⁴⁵.

⁶⁴³ LUCCHINI L., VOELCKEL M., *Droit de la mer*, tome 1, Paris : Pedone, 1990, § 413.

⁶⁴⁴ ALEXANDER L. M., « Exceptions to the Transit Passage Regime : Straits with Routes of Similar Convenience », *Ocean Development and International Law*, vol. 18, n° 4, 1987, p. 481.

⁶⁴⁵ Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, Genève, 29 avril 1958, art. 16, § 4.

Dans le commentaire de l'article 16 du Projet d'articles sur le droit de la mer (1956)⁶⁴⁶, la CDI avait rappelé que « des installations destinées à l'exploitation du sol ou du sous-sol de la mer territoriale ne doivent pas être situées dans les chenaux ou sur des routes maritimes faisant partie de la mer territoriale et indispensables à la navigation internationale si elles entravent le passage inoffensif »⁶⁴⁷. Lors des négociations de la CNUDM, plusieurs délégations ont soulevé la question des entraves matérielles à la navigation dans les détroits servant la navigation internationale⁶⁴⁸. L'URSS, la République démocratique allemande (RDA), la Pologne, la République socialiste soviétique d'Ukraine, la Bulgarie et la Tchécoslovaquie avaient présenté lors des travaux de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer un projet d'articles selon lequel « les Etats riverains de détroits ne devaient construire dans les détroits aucune installation qui pourrait entraver ou empêcher le passage des navires »⁶⁴⁹. Les travaux de la troisième Conférence aboutirent à la partie III de la CNUDM, spécifiquement dédiée à la question des détroits internationaux. Composée de treize articles, cette Partie introduit un nouveau régime juridique, le passage en transit, fruit des compromis entre les principales Puissances maritimes, favorables à la liberté de navigation, et les Etats côtiers desdits détroits, défenseurs du passage inoffensif⁶⁵⁰. Ce droit de passage en transit se distingue en ce qu'il ne saurait être suspendu ou entravé par les Etats bordant le détroit. A la différence du passage inoffensif, le passage en transit s'applique également aux aéronefs ainsi qu'aux sous-marins. Plusieurs auteurs déduisent d'ailleurs des dispositions de l'article 39, § 1, c) (les navires

⁶⁴⁶ CDI, *Projet d'articles sur le droit de la mer*, 1956, article 16, UN Doc. A/3159, *Annuaire de la CDI*, vol. II, p. 273. :

« 1. L'Etat riverain ne doit pas entraver le passage inoffensif dans la mer territoriale. Il est tenu d'user des moyens dont il dispose pour assurer dans la mer territoriale le respect du passage inoffensif et de ne pas laisser utiliser ces eaux aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats.

2. L'Etat riverain est tenu de faire connaître de manière suffisante tous les dangers qui, à sa connaissance, menacent la navigation ».

⁶⁴⁷ *Ibid.*

⁶⁴⁸ « Malaysia, Morocco, Oman and Yemen : draft articles on navigation through the territorial sea, including straits used for international navigation », art. 22, §§ 3-4, Doc. A/CONF.62/C.2/L.16, 22 juillet 1974, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions)*, pp. 192-195 ; « Dominican Republic : draft article on straits and waterways », Doc. A/CONF.62/C.2/L.59, 14 août 1974, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions)* ; « Algeria : draft articles on straits used for international navigation ; semi-enclosed seas », art. 1, d), Doc. A/CONF.62/C.2/L.20, 23 juillet 1974, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions)*, pp. 198-199 ; « United Kingdom : draft articles on the territorial sea and straits », art. 6, Doc. A/CONF.62/C.2/L.3, 3 juillet 1974, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions)*, pp. 183-186.

⁶⁴⁹ « Bulgaria, Czechoslovakia, German Democratic Republic, Poland, Ukrainian Soviet Socialist Republic, Union of Soviet Socialist Republics: draft articles on straits used for international navigation », Doc. A/CONF.62/C.2/L.11, 16 juillet 1974, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions)*, pp. 189-190. Notre traduction. V., plus spécifiquement, l'art. 1, 2, f) du projet d'articles : « The freedom of navigation provided in this article for the purpose of transit passage through straits shall be exercised in accordance with the following rules : (...), f) : The coastal States shall not place in the straits any installations which could interfere with or hinder the transit of ships ».

⁶⁵⁰ V. sur ce point le récit détaillé des négociations de la Partie III de la CNUDM in YTURRIAGA J. A., *Straits used for international navigation : a Spanish perspective*, 1991, Nijhoff, 372 p., spéc. p. 73 et s.

« (...) s'abstiennent de toute activité autre que celles qu'implique un transit continu et rapide, *selon leur mode normal de navigation*, sauf cas de force majeure ou de détresse »⁶⁵¹) que les sous-marins ne sont pas obligés de remonter en surface lors de leur passage en transit dans les eaux du détroit considéré⁶⁵². Le large champ d'application du droit de passage en transit est contrebalancé par le nombre réduit de détroits auxquels il s'applique. La Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contigüe ne distinguait que deux types de détroits servant à la navigation internationale : les détroits mettant en communication une partie de la haute mer avec une autre partie de la haute mer (premier type) et les détroits mettant en communication une partie de la haute mer avec la mer territoriale d'un Etat étranger (second type). Cette séparation ne s'accompagnait toutefois d'aucune distinction en matière de régime juridique.

A contrario, la CNUDM distingue entre sept catégories de détroits servant à la navigation internationale. Le droit de passage en transit est un élément d'un tableau plus général dans lequel le droit de passage inoffensif continue à jouer un rôle important. Dans certains cas, les Etats bordant les détroits servant la navigation internationale invoqueront le droit de passage en transit là où ils plaideront pour l'application du droit de passage inoffensif lorsqu'ils enverront leurs navires dans les eaux d'autres détroits. Ceux des détroits qui ne tombent dans aucune de ces nouvelles catégories continuent à être soumis au régime juridique du passage inoffensif. La partie III de la CNUDM maintient donc le droit de passage inoffensif tel qu'il est posé par la convention de 1958, c'est-à-dire un passage ininterrompu mais dans deux cas seulement, car il est trop restrictif vis-à-vis des États tiers : d'une part, pour les détroits reliant une partie de la haute mer ou la ZEE à la mer territoriale d'un ou plusieurs États, et d'autre part, si, parallèlement au détroit international, existe une route maritime comparable. Dans cette dernière hypothèse, le détroit n'est pas un passage obligé pour la navigation internationale. Nous ne détaillerons pas plus en avant ces différentes catégories de droit et concentrerons nos efforts sur les problèmes communs posés par la construction de l'ouvrage public.

B. L'interdiction d'entraver la navigation dans le détroit servant la navigation internationale

L'interdiction d'entraver la navigation dans le détroit servant la navigation internationale emporte obligation pour l'Etat de concilier la construction d l'ouvrage public avec le principe du libre passage en transit **(1)**. Après avoir présenté l'étendue de cette charge induite par le droit international, nous reviendrons sur la pratique internationale pertinente et accorderons une place importante à deux

⁶⁵¹ CNUDM, art. 39, § 1, c), nos italiques.

⁶⁵² SCOVAZZI T., « The Strait of Messina and the Present Regime of International Straits », in CARON D. D., ORAL N. (Dir.), *Navigating Straits : Challenges for International Law*, Brill Nijhoff, p. 139 et note 6.

précédents jurisprudentiels célèbres : les travaux de poldérisation entrepris par Singapour dans le détroit de Johor et qui avaient été portés devant le Tribunal international du droit de la mer puis la construction du pont suspendu au dessus du détroit du Grand-Belt qui avait été soumise à la Cour internationale de Justice avant que l'affaire ne soit rayée du rôle à la demande des parties, privant le droit international d'une contribution qui s'avère encore aujourd'hui déterminante (2).

1. L'obligation de concilier la construction de l'ouvrage public avec le principe de passage en libre transit

Comme le soulignent L. Lucchini et M. Voelckel, « c'est l'étroitesse du passage qui pose, aux plan international et juridique, le problème des détroits »⁶⁵³. Construire un pont sur un détroit modifie profondément la perception et l'utilisation de l'espace maritime concerné. Le détroit, qui séparait autrefois deux côtes se faisant face, devient aussi aisément franchissable que n'importe quelle route terrestre. Les structures, fussent-elles de béton et d'acier, sont « structurantes » : *avant la construction du pont*, le détroit constitue un espace « clos », sur lequel doivent être conciliés les pouvoirs de l'Etat riverain (le détroit est un « territoire » soumis à sa souveraineté) et les intérêts des autres Etats susceptibles dont les navires seraient susceptibles de l'emprunter (le détroit relie des « espaces », il structure les routes maritimes). *Après la construction du pont*, le détroit ne peut plus uniquement être envisagé comme un simple espace étroit séparant deux côtes se faisant face. Désormais franchissable aussi facilement par mer que par terre, le détroit ne peut plus être appréhendé uniquement comme une surface « plane » : les problèmes juridiques se déclinent désormais en « volume ». Le détroit doit, dès lors, être envisagé « non plus comme un espace où deux côtes se faisant face seraient séparées par un espace maritime, mais comme un territoire au sens géographique du terme où les côtes « à travers leurs problèmes communs formeraient centralité »⁶⁵⁴. A la conciliation horizontale des intérêts de l'Etat riverain et des usagers du détroit s'ajoute désormais le compromis vertical entre le droit de désenclaver un espace dans un but d'intérêt général et l'obligation de garantir le passage en transit.

L'emprise sans cesse croissant des Etats côtiers sur les détroits fragilise le régime commun mis en place en 1982. La CNUDM n'offre pas de liste exclusive des droits et obligations des Etats quant à l'utilisation des détroits servant à la navigation internationale. En ce sens, la Convention ne règle pas les questions relatives à l'allocation des droits et obligations entre Etats côtiers et Etats tiers. La CNUDM a été pensée et négociée comme la constitution de la mer et fournit à ce titre un cadre

⁶⁵³ LUCCHINI L., VOELCKEL M., *Droit de la mer*, tome 1, Paris : Pedone, 1990, § 412.

⁶⁵⁴ FAU N. « Le détroit de Malacca : des flux maritimes à la structuration d'une mer intérieure », *Géoconfluences, Mobilités, flux et transports*, 15 novembre 2004, citant SEGAUD M., « Channel's date : terraqué ? », *Hommes et Terres du Nord*, n° 2, 2002, pp. 3-6 et RENARD J.-P., « Le Pas-de-Calais, un espace terraqué », *BAGF-Géographie*, n° 2, 2003, pp. 113-125. Références également citées in PIASKOWSKI-RAFOWICZ S., « Les ponts sur les détroits », *A. D. Mer*, t. 9, 2004, pp. 312-322.

général de référence. Dans l'esprit de ses fondateurs, la Convention devait être un texte flexible, susceptible d'embrasser dans le futur des questions latentes ou cachées au moment de son élaboration. Le texte contient ainsi essentiellement des règles formulées en termes généraux ainsi que des références à d'autres instruments adoptées (ou devant être adoptés) au sein d'autres organisations internationales. La rédaction de la troisième partie du texte, dédiées aux détroits, n'échappe pas à ces caractéristiques. L'obligation des États riverains de détroits de garantir (art. 38) et de ne pas entraver le passage en transit (art. 44) sont formulées en termes généraux et neutres laissant un important degré d'incertitude quant au périmètre de ces obligations.

La partie III de la CNUDM est construite autour de l'obligation fondamentale des États côtiers d'un détroit servant à la navigation internationale. Ces derniers ont l'obligation de s'abstenir d'entraver le droit de passage en transit des navires battant pavillon étranger lorsque ces derniers empruntent le détroit. Une obligation similaire pèse sur les États archipels, qui ne sauraient porter atteinte au droit de passage archipélagique. Comme indiqué précédemment, les dispositions de la CNUDM sont rédigées de façon générale de façon à s'adapter aux évolutions futures de la pratique des États. Aussi, le contenu de l'obligation de ne pas entraver le droit de passage en transit n'est pas précisé par le texte de la Convention. Le périmètre de cette obligation d'abstention est donc mouvant et se situe quelque part entre une interprétation restrictive (le droit de passage en transit n'est entravé que lorsque l'État côtier prend des mesures empêchant ou limitant drastiquement la navigation des navires et le survol des aéronefs) et une lecture extensive (le droit de passage en transit est entravé dès lors que l'État côtier prend une mesure restrictive à l'égard des navires et aéronefs empruntant le détroit). Les articles de la troisième partie de la CNUDM ne permettent pas de trancher clairement entre ces deux interprétations : les travaux préparatoires de cette partie de la CNUDM ne suggèrent pas qu'une interprétation stricte doive être retenue, pas plus que la rédaction des articles 39 à 42 ne joue en faveur de l'adoption d'une interprétation étendue⁶⁵⁵. L'obligation de ne pas entraver le passage en transit déploie deux conséquences majeures pour l'État côtier.

Dans un premier temps, l'obligation de ne pas entraver le passage en transit limite l'exercice par l'État côtier de sa souveraineté territoriale sur le détroit (art. 34, 2) CNUDM). Cette obligation n'entraîne alors pas nécessairement l'abandon de l'activité projetée, mais influera directement sur la *façon* dont ladite activité sera mise en œuvre par l'État côtier.

Dans un second temps, l'obligation de ne pas entraver le passage en transit s'applique également à l'exercice du passage lui-même. Cette obligation n'est pas limitée à l'État côtier. Si

⁶⁵⁵ Les articles 39 à 42 imposent aux navires et aéronefs de respecter certaines mesures définies par l'État côtier (telles la détermination de voies de navigation).

l'article 44 vise directement l'Etat riverain du détroit⁶⁵⁶, les articles 38, 1)⁶⁵⁷ et 53, 3)⁶⁵⁸ garantissant respectivement le droit de passage en transit et le droit de passage archipélagique sont rédigés en termes généraux. En même sens, l'article 42, 1) (« Lois et règlements des États riverains de détroits relatifs au passage en transit ») garantit le droit des États riverains d'un détroit d'adopter des lois et règlements relatifs au passage par le détroit. Les articles 42, 1) a) et b) permettent à cet effet à l'Etat côtier d'adopter des lois et règlements portant sur la sécurité de la navigation et la régulation du trafic maritime⁶⁵⁹ ainsi que sur la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution, en donnant effet à la réglementation internationale applicable visant le rejet dans le détroit d'hydrocarbures, de résidus d'hydrocarbures et d'autres substances nocives⁶⁶⁰. Or, ces lois et règlements sont indexés sur les standards internationaux définis dans les enceintes d'organisations internationales spécialisées au premier rang desquelles figurent l'Organisation Maritime Internationale (OMI), l'Organisation internationale du travail (OIT) et l'Organisation internationale de l'aviation civile (OACI). Par extension, l'obligation de ne pas entraver le passage en transit vise donc également les mesures législatives et/ou réglementaires prises en application d'un traité international adopté sous l'égide d'une organisation internationale. Par voie de conséquence, les Etats parties à la CNUDM ont l'obligation de s'abstenir de conclure un traité international ayant pour conséquence d'entraver le passage en transit dans un détroit servant à la navigation internationale. Ces Etats ont également l'obligation de s'assurer que les négociations menées au sein d'une organisation internationale ne conduiront pas à l'adoption par cette dernière de mesures entrant en contradiction avec l'obligation de ne pas entraver le passage en transit.

Un moyen de préserver l'équilibre entre les droits de l'Etat côtier et ceux des autres Etats serait d'intégrer l'Organisation maritime internationale en amont, comme c'est le cas en matière de détermination des voies de circulation et des dispositifs de séparation du trafic maritime. Si l'on part du principe que la construction d'une liaison fixe entraînera nécessairement une modification desdites voies de circulation et l'institution d'un dispositif de séparation du trafic, l'Etat maître de l'ouvrage aurait tout intérêt à solliciter les services de l'OMI à cet effet. La construction d'un ouvrage public

⁶⁵⁶ CNUDM, art. 44 : « Les États riverains de détroits ne doivent pas entraver le passage en transit et doivent signaler par une publicité adéquate tout danger pour la navigation dans le détroit ou le survol du détroit dont ils ont connaissance. L'exercice du droit de passage en transit ne peut être suspendu ».

⁶⁵⁷ CNUDM, art. 38, 1) : « Dans les détroits visés à l'article 37, tous les navires et aéronefs jouissent du droit de passage en transit sans entrave, à cette restriction près que ce droit ne s'étend pas aux détroits formés par le territoire continental d'un État et une île appartenant à cet État, lorsqu'il existe au large de l'île une route de haute mer, ou une route passant par une zone économique exclusive, de commodité comparable du point de vue de la navigation et des caractéristiques hydrographiques ».

⁶⁵⁸ CNUDM, art. 53, 3 : « On entend par « passage archipélagique » l'exercice sans entrave par les navires et aéronefs, selon leur mode normal de navigation et conformément à la Convention, des droits de navigation et de survol, à seule fin d'un transit continu et rapide entre un point de la haute mer ou d'une zone économique exclusive et un autre point de la haute mer ou d'une zone économique exclusive ».

⁶⁵⁹ CNUDM, art. 42, 1), a).

⁶⁶⁰ CNUDM, art. 42, 1), b).

dans un détroit servant à la navigation internationale gagnerait à intégrer dès la conception le respect des règles et standards applicables fixées par la CNUDM et l'OMI⁶⁶¹. Si l'on prend l'exemple de la construction d'un pont⁶⁶², la licéité de l'ouvrage public ne sera pas uniquement déterminée par sa hauteur qui devra être compatible avec l'obligation de ne pas entraver le passage en libre transit. Les concepteurs de l'ouvrage public devront également prêter attention aux voies de circulation passant à travers le pont et garantir le passage en libre transit durant les travaux de construction. Une solution respectueuse à la fois du droit au développement de son territoire de l'Etat et du passage en libre transit peut être trouvée dans la liaison fixe construite sur l'Öresund entre le Danemark et la Suède. L'ouvrage public, construit et exploité en commun par les deux Etats en vertu du traité du 21 mars 1991, est constitué d'un pont suspendu qui termine sa course dans un tunnel sous-marin, permettant le passage des navires⁶⁶³.

Le projet de construction pourrait *a minima* être transmis au(x) comité(s) pertinent(s) de l'OMI (ici, le Comité sur la sécurité maritime). Les autres Etats disposeraient alors de l'opportunité de faire part de leurs observations à l'Etat côtier souhaitant entreprendre les travaux, ce dernier devant tenir compte de leurs vues. Plusieurs auteurs se sont ainsi prononcés pour que l'OMI établisse des directives et standards internationalement reconnus ordonnant la construction de ponts avec le droit de passage en libre transit⁶⁶⁴.

Le projet de pont de Messine fait ici figure de cas d'école. Ce projet doit / devait relier la Sicile au reste de l'Italie. L'ouvrage suspendu routier et ferroviaire aura une portée centrale de 3360 mètres à 64 mètres au-dessus du sol. Ce projet, évoqué depuis la fin de la seconde guerre mondiale, a été stoppé récemment pour raisons financières. Le projet a été notifié à l'OMI par le Gouvernement italien le 1er juin 1988. Les éléments d'informations furent envoyés au sous-comité de la sécurité de la navigation⁶⁶⁵ ainsi qu'au Comité lui-même⁶⁶⁶. Le Gouvernement italien demandait au sous-comité de formuler un avis sur les aspects du projet de pont relatifs à la navigation et de se prononcer plus spécifiquement sur la question de la hauteur minimale au-dessus du niveau de la mer. Le sous-comité considéra que les hauteurs minimales recommandées par la sous-commission seraient plus

⁶⁶¹ SCHACHTE W. L., BERNHARDT J. P. A., « International Straits and Navigational Freedoms », *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, 1992–1993, p. 548.

⁶⁶² V. *infra* les exemples cités à l'appui des illustrations pratiques.

⁶⁶³ Pour une analyse des dispositions du traité et des aspects environnementaux du projet, v. KANSMARK J., « The Öresund Link Project », *The International Construction Law Review*, 1996, vol. 2, pp. 151-173. Pour restituer le projet dans le contexte européen et mesurer l'importance de la politique communautaire en matière de transport sur l'aménagement de l'espace dans la région de l'Öresund, v. RICHARD E., « La société civile dans la région de l'Öresund », *L'Information géographique*, vol. 73, 2009/2, pp. 112-130.

⁶⁶⁴ *Ibid* ; CAMINO H., COGLIATI-BANTZ V. P., *The Legal Regime of Straits. Contemporary Challenges and Solutions*, Cambridge University Press, p. 340.

⁶⁶⁵ Document NAV 35/INF.4, 10 octobre 1988.

⁶⁶⁶ Document MSC 57/INF.2, 10 octobre 1988.

qu'appropriées aux navires susceptibles de passer par le détroit de Messine, autant qu'on pouvait le prévoir. Il estima cependant qu'un pont à travée simple serait préférable par rapport au projet présenté par le gouvernement italien. Ce dernier reposait sur un pont soutenu par un pilier central qui était de nature, selon le sous-comité, à causer un danger à la navigation, qui plus est compte tenu des courants et de vents particulièrement importants dans le détroit de Messine. Une réponse fut apportée en 1989 par l'Organisation qui considéra que le pont devait s'élever à une hauteur minimal de 64 mètres, calculée au point central le plus élevé. Ce faisant l'ouvrage « devrait être plus qu'adéquat pour les navires susceptibles d'emprunter les eaux du détroit, sur la base de ceux observés et observables dans le futur »⁶⁶⁷. Les conclusions du sous-comité furent avalisées par le Comité de la sécurité maritime en mai 1989⁶⁶⁸.

Les négociateurs de la Partie III n'ont jamais entendu priver l'Etat côtier du droit de construire des ouvrages publics, fussent-ils des ponts et autres liaisons fixes traversant le détroit. Les débats se sont toujours concentrés sur la compatibilité de la hauteur de l'ouvrage avec l'obligation de ne pas entraver le passage en transit. Plusieurs aspects doivent être pris en compte dans cette opération : l'intérêt de l'infrastructure projetée pour l'Etat côtier et avantages économiques attendus ; les intérêts des autres Etats ; l'identification des évolutions futures de la navigation (évolution du type de navire, par exemple) ; l'existence d'une route maritime de substitution de nature équivalente (rapport coût/temps supplémentaire(s), qualité de la route du point de vue de la navigation et des dangers, etc) ; la nature de la partie du détroit aménagée ; la possibilité de compenser la perte par un Etat d'un de ses intérêts légitimes qui n'aura pu être pris en compte. Nous reviendrons à présent sur plusieurs applications pratiques afin de prendre la mesure des atteintes susceptibles d'être portées au droit de passage en transit par la construction d'un ouvrage public.

2. Applications pratiques

Il convient de distinguer entre les constructions entraînant la suppression complète **(a)** et celles constituant une entrave **(b)** au droit de passage en transit.

⁶⁶⁷ ORGANISATION MARTINE INTERNATIONALE (OMI) (COMITE DE LA SECURITE MARITIME (MSC)), Doc. MSC 57/27, 2 mai 1989, § 10.2.16, notre traduction. Texte original : « should be more than adequate for ships likely to use the Strait of Messina, so far as can be foreseen ».

⁶⁶⁸ Report of the Maritime Safety Committee on its 57th session, 2 may 1989.

a. Hypothèse de la suppression complète du passage en transit causée ou favorisée par la construction d'un ouvrage public

Le droit de passage en transit est susceptible de disparaître intégralement quand des conditions naturelles (séismes, éruptions volcaniques, etc.) conduisent à la fermeture complète du détroit. Toute activité entreprise par l'Etat côtier qui serait susceptible de causer ou de favoriser une telle réaction naturelle (construction de barrages, opérations de forage, etc) doit donc être planifiée en connaissance de cause. Cette dernière assertion suppose *a minima* que l'Etat côtier consulte les autres Etats au sein des instances pertinentes et s'en remette également à l'avis de la communauté scientifique pertinente. Une interprétation prudente des dispositions de la CNUDM sur le droit de passage en libre transit devrait conduire l'Etat souhaitant entreprendre le projet à l'abandonner ou en réduire la portée lorsqu'il apparaît que les risques encourus sont trop importants.

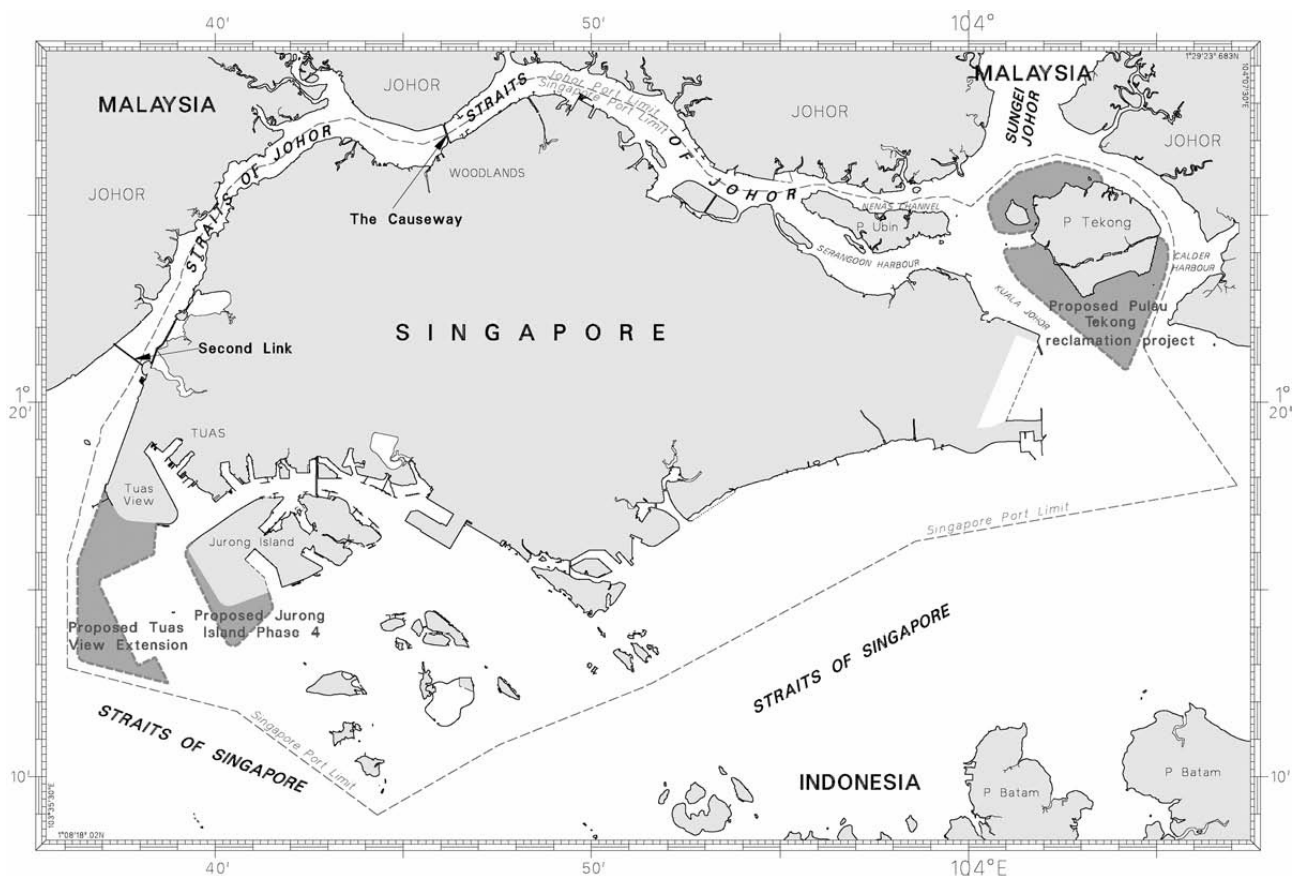
b. Hypothèse de la restriction du droit de passage en transit causée par la construction d'un ouvrage public

La pratique offre ici deux catégories d'entraves au droit de passage en transit : les travaux de poldérisation qui concourent à accentuer l'étroitesse du détroit (et ont donné lieu à une affaire de première importance en Singapour et la Malaisie devant le Tribunal international du droit de la mer) **(b.1.)** et la construction de liaisons fixes (ponts, routes, etc.) susceptibles de constituer des obstacles à la navigation du fait de leur hauteur **(b.2.)**.

b.1. L'accentuation de l'étroitesse du détroit : l'affaire des Travaux de poldérisation dans le détroit de Johor

Singapour est une petite république insulaire d'Asie du Sud-Est située juste au large de la pointe de la péninsule malaise, dans la partie la plus méridionale du continent asiatique. Singapour comprend une île principale et un grand nombre d'îles plus petites et sa superficie terrestre totale est de 680 km² (environ 68 000 hectares). L'île principale est séparée de la Malaisie au nord, à l'ouest et à l'est par le détroit de Johor et séparée au sud de l'archipel indonésien par le détroit de Singapour. L'île principale est reliée à son voisin du nord, la Malaisie, par une digue portant une route et une voie ferrée (dite « la Chaussée », ou « the Causeway ») qui fut construite en 1923 et par une autre liaison routière inaugurée en 1998⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹ Le différend en cause était centré sur la protection de l'environnement et le droit de la Malaisie de pouvoir accéder à ses propres côtes. L'affaire ne mettait donc pas en jeu le droit de passage en transit, le détroit de Johor étant traversé par la *Johor-Singapore Causeway*, ouvrage public transfrontalier construit en 1923 par la Malaisie et Singapour. Cette route,



Singapour a une population approximative de quatre millions de personnes qui est amenée à croître. Le nombre d'habitants étant élevé par rapport à la superficie du territoire et à ses ressources, Singapour est contrainte depuis qu'elle a accédé à l'indépendance de s'adonner à une planification intensive et constante pour trouver une voie d'équilibre entre de multiples besoins concurrents. Une large partie de la superficie disponible est *de facto* consacrée au logement de la population, à l'exclusion d'autres finalités indispensables telles les transports, l'industrie, le commerce, les réserves naturelles, les zones de loisirs, les bassins hydrographiques, les ports, les aéroports et les terrains à réserver à l'armée. L'occupation des sols est optimale grâce à la construction de cités d'habitation collective, de gratte-ciels et d'installations en sous-sol. L'intensification de cette exploitation de la superficie disponible a permis à Singapour d'héberger l'une des plus fortes densités de population du monde, soit plus de 6.000 personnes au km². A la contrainte terrestre s'ajoute l'étendue restreinte des eaux territoriales de Singapour, dont la plus grande partie est consacrées aux mouillages, aux chenaux

ouverte à la circulation des véhicules et des trains, est également assortie d'un système de transport de l'eau par pipelines. Le détroit de Johor n'est ainsi plus utilisé pour la navigation internationale entre deux parties de la haute mer ou de la ZEE et ne tombe donc pas sous le coup de l'article 37 de la CNUDM. Nous avons déjà étudié le cas de la « Chaussée » (« Causeway ») à l'occasion de la présentation du régime juridique des ouvrages transfrontaliers. Pour mémoire, des pressions insistantes ont amené les autorités malaysiennes à envisager la destruction unilatérale de l'ouvrage, se heurtant à l'opposition de Singapour : en tant qu'ouvrage public marqué par un régime de propriété commune, la destruction ne peut être prononcée qu'avec l'accord de l'ensemble des copropriétaires. Sur ce point, v. *supra*, Partie I, Titre 1, Section 2, § 1, A), 2), b.1. (« La détermination du régime de propriété de l'ouvrage public transfrontalier »).

et aux voies d'accès portuaires du port⁶⁷⁰. Ces caractéristiques géographiques particulières justifient le recours constant, depuis plus de cent ans, à des travaux de poldérisation pour conquérir des terres à consacrer au logement ainsi qu'à des activités économiques et industrielles⁶⁷¹. Les travaux de poldérisation réalisés pendant les trente dernières années ont permis à Singapour de faire passer la superficie de son territoire de 580 à 680 km² (soit de 58.000 hectares à 68.000 hectares). La croissance démographique et la progression industrielle attendues imposaient d'intensifier cette utilisation des sols. Les autorités de Singapour ont donc décidé de mener de nouvelles activités de poldérisation dans trois secteurs (Pulau Tekong, Pulau Ubin, Tuas View). Ce sont ces travaux qui ont été contestés par la Malaisie devant le TIDM par le biais d'une demande en indication de mesures conservatoires le 4 septembre 2003⁶⁷².

Conceptualisé en 1991, initié au mois de novembre 2000, le projet de poldérisation de Pulau Tekong et Pulau Ubin devait permettre de gagner une superficie totale de 3 310 hectares sur la mer. Le coût des contrats attribués pour ce projet de poldérisation s'établissait, au 20 septembre 2003, à environ 1 758 000 de dollars de Singapour⁶⁷³. Au moment de la saisine du Tribunal, les travaux étaient d'ores et déjà à un stade avancé : la pleine étendue géographique de la limite extérieure des secteurs conquis sur la mer avait été concrétisée par des ouvrages en place sur le site et il ne restait plus qu'à combler l'intérieur du polder. Ce premier projet se doublait de l'extension de Tuas View en vue d'y aménager des terrains se prêtant à des utilisations industrielles pour une superficie totale de 1 908 hectares. Les travaux ont démarré en juin 2000, pour un coût de 4 milliards de dollars de Singapour⁶⁷⁴.

Dans sa demande de mesures conservatoires, la Malaisie alléguait que la décision de Singapour d'entreprendre des travaux de poldérisation à proximité de Pulau Tekong et de Tuas causerait des dommages graves et irréversibles au milieu marin ainsi qu'une grave atteinte aux droits de la Malaisie :

« La Malaisie espère que son recours à la Partie XV de la Convention de 1982 permettra de régler un différend qui rend difficiles les relations entre deux pays voisins, mais, comme première étape nécessaire, il appartient au Tribunal de demander à Singapour de cesser ses actions continues, unilatérales, hâtives, et d'adopter plutôt une approche de

⁶⁷⁰ Le port de Singapour est depuis 1986 le plus actif du monde du point de vue du tonnage des navires qui y font escale. Il est aussi le plus grand port du monde pour le ravitaillement des navires en mazout ou en charbon.

⁶⁷¹ Pour une liste, non exhaustive, des précédents travaux publics de poldérisation entrepris par Singapour, v. TIDM, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, « Réponse de Singapour », 20 septembre 2003, § 28, p. 13. Sur les spécificités du droit interne de Singapour, v. TIDM, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, « Demande de mesures conservatoires », 4 septembre 2003, 14 p.

⁶⁷² TIDM, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*,

⁶⁷³ Soit 888 millions d'euros, au taux de conversion de l'époque.

⁶⁷⁴ Soit 2 milliards d'euros, au taux de conversion de l'époque.

coopération. Bref, de suspendre la tentative massive à créer un fait accompli, représentée par ces deux projets qui, de toute évidence, risquent de nuire à la Malaisie »⁶⁷⁵.

La Malaisie soutenait également que les travaux de poldérisation provoquaient d'importants changements tant dans le régime d'écoulement que dans la sédimentation et entraînent une érosion côtière. Aux termes de sa demande, la Malaisie cherchait à préserver ses droits relatifs à la conservation du milieu marin et côtier ainsi qu'à l'accès maritime à son littoral, tels qu'ils sont garantis par la Convention. La Malaisie invoquait en outre le principe de précaution qui, conformément au droit international, doit guider tout Etat Partie dans l'application et l'exécution de ses obligations en vertu de la CNUDM.

S'agissant des travaux de poldérisation menés dans le secteur de Tuas, le Tribunal a conclu que la Malaisie n'avait pas montré qu'il existait une situation d'urgence ou un risque qu'il soit porté irrémédiablement atteinte à ses droits en ce qui concerne une partie de mer territoriale d'ici à l'examen de l'affaire au fond par le tribunal arbitral. Partant, le Tribunal n'a pas jugé approprié de prescrire des mesures conservatoires pour ce qui est des travaux de poldérisation entrepris par Singapour dans le secteur de Tuas. Le Tribunal a noté que durant la procédure orale, Singapour, en réponse aux trois mesures demandées par la Malaisie, a réitéré sa proposition de communiquer à la Malaisie les informations qu'elle demandait sur les travaux de poldérisation, a fait savoir qu'elle donnerait à la Malaisie toute latitude de présenter des observations sur les travaux de poldérisation et leur impact potentiel et s'est déclarée prête et disposée à engager des négociations. En ce qui concerne les travaux de remblaiement menés dans le secteur D à Pulau Tekong, qui constituaient une préoccupation majeure pour la Malaisie, le Tribunal s'est appuyé sur l'engagement de Singapour de ne prendre aucune mesure irréversible concernant la construction d'un mur de revêtement en pierre autour du secteur D avant la réalisation d'une étude que les deux Etats doivent faire établir et financer conjointement et qui doit être effectuée par des experts indépendants. Le Tribunal a toutefois considéré que, dans les circonstances particulières de l'espèce, les travaux de poldérisation pouvaient avoir un impact négatif sur le milieu marin à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor. Aussi le Tribunal a-t-il estimé que la circonspection et la prudence commandaient à la Malaisie et à Singapour de mettre en place des mécanismes en vue d'un échange d'informations sur les travaux de poldérisation et de l'évaluation des effets qu'ils pourraient entraîner⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ TIDM, Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), Audience publique tenue le jeudi 25 septembre 2003, ITLOS/PV.03/01, intervention de M. Ahmad Fuzi Haji Abdul Razak, p. 4.

⁶⁷⁶ TIDM, Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), ordonnance 2003/1 du 10 septembre 2003.

Pour Singapour, la CNUDM n'impose pas aux Etats côtiers de notifier et de consulter les autres Etats tous les projets qu'ils entreprennent. Pour Singapour, ces deux obligations (notification et consultation) n'existent que pour les projets qui s'accompagnent d'un risque prévisible de pollution importante ou de modification sensible et nocive du milieu marin. Singapour considérait ainsi, sur la base de ses propres études, que les travaux de poldérisation entrepris n'entraînaient pas de telles conséquences. Au surplus, dans sa note du 2 septembre 2003, Singapour rappelait s'être d'ores et déjà assuré que les travaux de poldérisation ne feraient pas obstacle à la navigation dans le détroit de Johor. La Malaisie reprochait à Singapour de prétendre pouvoir décider unilatéralement du fait de savoir si tel ou tel projet pouvait affecter les droits de passage de la Malaisie.

La Malaisie invoquait de son côté le devoir de coopération accru issu de l'article 123 de la CNUDM applicable aux Etats riverains d'une mer semi-fermée ou fermée⁶⁷⁷. Elle rappelait que l'article 197 impose un devoir de coopération en vue de la protection de l'environnement marin, indépendamment de la zone maritime considérée⁶⁷⁸. Singapour considérait avoir déjà fourni nombre d'informations et se référait à d'autres travaux de poldérisation dans le monde, lesquels seraient devenus pratique courante, et notamment à la liaison fixe de l'Öresund au Danemark consistant d'une part en la construction d'une liaison par pont et tunnel de 16km de long entre Kastrup au Danemark et Lernacken en Suède et d'autre part en la création d'une péninsule artificielle ainsi qu'une île artificielle.

Dans son ordonnance du 8 octobre 2003, le TIDM prit note de l'engagement de Singapour de ne prendre aucune mesure irréversible avant la réalisation d'une étude conjointe entreprise et financée par les deux Etats et effectuée en leur nom par des experts indépendants. Le TIDM a prescrit, à l'unanimité, les mesures conservatoires selon lesquelles les deux Etats devaient coopérer et, à cette fin, procéder sans retard à des consultations « dans le but, d'une part, de procéder promptement à la création d'un groupe d'experts indépendants » et, dans un second temps, de procéder régulièrement à un échange d'informations sur les travaux de poldérisation entrepris par Singapour et d'évaluer le risques ou effets qu'ils pourraient entraîner. Il enjoint à Singapour de ne pas mener ses travaux de poldérisation d'une manière qui pourrait porter un préjudice irréparable aux droits de la Malaisie. En

⁶⁷⁷ CNUDM, art. 123. V. notamment l'alinéa b : « Les Etats riverains d'une mer fermée ou semi-fermée devraient coopérer entre eux dans l'exercice des droits et l'exécution des obligations qui sont les leurs en vertu de la Convention. A cette fin, ils s'efforcent, directement ou par l'intermédiaire d'une organisation régionale appropriée, de : b) *coordonner l'exercice de leurs droits et l'exécution de leurs obligations concernant la protection et la préservation du milieu marin* », nos italiques.

⁶⁷⁸ CNUDM, art. 197 : « Les Etats coopèrent au plan mondial et, le cas échéant, au plan régional, directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes, à la formulation et à l'élaboration de règles et de normes, ainsi que de pratiques et procédures recommandées de caractère international compatibles avec la Convention, pour protéger et préserver le milieu marin, compte tenu des particularités régionales ».

bref, c'est une obligation de coopération immédiate qui est prescrite afin que les parties s'accordent sur les mesures à prendre.

Les travaux de poldérisation ne sont pas les seuls susceptibles de causer des entraves à la navigation. La pratique la plus abondante doit être recherchée du côté de la construction de liaisons fixes barrant les détroits.

b.2. L'entrave matérielle à la navigation résultant de la construction de liaison(s) fixe(s) : l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*

Il est possible de trouver de nombreux exemples de construction de liaisons fixes sur les détroits servant la navigation internationale. Le Tunnel sous la Manche était historiquement destiné à être un pont reposant sur des îles artificielles. La solution du tunnel fut préférée afin de tenir compte des intérêts des Etats tiers. La construction d'un pont et d'une voie de circulation entre l'Egypte et l'Arabie saoudite sur le détroit de Tiran est en discussion depuis plus de deux décennies. L'ouvrage, s'il était construit, s'appuierait sur les îles de Tiran et Sanafir qui se situent à l'embouchure du détroit. Israël et la Jordanie se sont opposés au projet, le premier allant jusqu'à considérer que sa construction serait une cause directe d'entrée en guerre car elle poserait une menace à ses stratégies⁶⁷⁹. Le Maroc et l'Espagne ont convenu de longue date, par l'entremise d'un accord conclu en 1980, complété en 1989, de construire une liaison fixe au travers du détroit de Gibraltar. Si un projet de pont suspendu fut initialement envisagé, il fut abandonné au profit d'un tunnel qui n'a pas encore été concrétisé⁶⁸⁰. C'est surtout l'aménagement des détroits danois qui retiendra notre attention ici, car elle a fait l'objet d'un différend portée devant la Cour internationale de Justice avant que l'affaire ne soit radiée du rôle à la demande des deux Etats avant son examen au fond. Ce faisant, la Cour a été privée d'apporter des clarifications autrement nécessaires pour faire le poids exact des droits de l'Etat côtier.

Le Danemark est le plus petit des pays nordiques. Bordé par la mer Baltique et la mer du Nord, le Danemark est situé au nord de l'Allemagne, au sud de la Norvège et au sud-ouest de la Suède. Le territoire terrestre de l'Etat est constitué d'une péninsule, le Jutland (*Jylland*), et de 443 îles, dont 72 sont habitées. Les plus importantes sont l'île de Fionie (*Fyn*) et le Seeland (*Sjælland*). Cette géographie particulière explique la construction systématique de ponts entre les différentes îles afin

⁶⁷⁹ Pour un rappel de l'importance stratégique du détroit de Tiran et le différend entre Israël et l'Egypte relatif au maintien de la liberté de navigation, v. DJAMCHID M., « Du droit de passage dans le Détroit de Tiran », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 30, 1974, pp. 27-35 ; MERANI P. T., STERLING J. L., « Legal consideration of the Israeli-Egyptian dispute involving the right of innocent passage through the straits of Tiran », *Indian journal of international law*, vol. 11, 1971, pp. 411-434 ; FINK J. E., « The Gulf of Aqaba and the Strait of Tiran : the practice of « freedom of navigation » after the Egyptian-Israeli Peace Treaty », *Naval law review*, vol. 42, 1995, pp. 121-144.

⁶⁸⁰ Il est possible de consulter le site Internet du projet (dont les mises à jour ne sont pas régulières), à l'adresse <http://www.secegsa.gob.es> (consulté pour la dernière fois le 15 octobre 2015).

d'assurer la libre circulation sur l'ensemble du territoire. Un pont relie ainsi la Fionie au Jutland depuis 1935, et deux autres ponts ont été construits : l'un sur le Grand Belt en 1998, entre la Fionie et la Seeland, et l'autre sur le Sund en 2000, entre Copenhague et Malmö (Suède).

Le 10 juin 1987, le Parlement danois a adopté une loi relative à la construction d'une liaison fixe sur le détroit du Grand-Belt⁶⁸¹. Cette dernière devait permettre de relier les îles danoises de Fionie et de Seeland pour permettre la circulation routière et ferroviaire. Les autorités danoises notifièrent ce texte aux ambassades accréditées à Copenhague le 30 juin 1987. Il est important de noter qu'au moment de l'adoption de la loi, la plupart des choix techniques relatifs à la construction de l'ouvrage n'avaient pas été arrêtés. Les autorités danoises hésitaient à cet égard entre la construction d'un haut pont qui devait traverser le chenal Est ou le percage d'un tunnel. Ce fut finalement la solution mixte qui fut retenue mais dont les caractéristiques principales étaient celles du pont. La préférence fut donnée à la construction d'une route et d'une voie ferrée sur pont suspendu. La petite île de Sprogø, située au milieu du détroit, devait servir à la fois de noeud d'interconnexion et permettre l'implantation du pilier principal du pont. La voie ferrée devait alors emprunter un tunnel construit sous le détroit tandis que les véhicules terrestres continuaient leur route sur la seconde partie du pont suspendu. Cette dernière, d'une longueur de 6,6 kilomètres était d'une hauteur de 65 mètres mesurée au milieu du chenal qui correspondait à la voie de navigation la plus profonde.

Le projet ne souleva pas d'oppositions majeures de la part des Etats dont les navires empruntaient le détroit, à l'exception d'une protestation de la société finlandaise de chantier naval Rauma-Repola Offshore (RRO). Cette dernière fit part de ses inquiétudes au ministère des affaires étrangères finlandais au sujet de la hauteur de l'ouvrage. En effet, les 65 mètres prévus de l'ouvrage ne permettaient pas le passage des unités mobiles de forage offshore (UMFO) construites par la société RRO et dont la hauteur pouvait atteindre 150 mètres et la largeur 200 mètres. Saisie de cette question, l'ambassade de Finlande à Copenhague adressa une demande formelle à la Commission danoise de la navigation afin d'obtenir des garanties futures sur la liberté de passage des plates-formes de forage. Les services du ministère danois des affaires étrangères répondirent par la négative, mettant en avant que les plans de construction de l'ouvrage ne prévoyaient pas la possibilité technique d'une ouverture du pont en deux afin de laisser passer les engins les plus volumineux. Toutefois, le ministère attirait l'attention des autorités finlandaises sur la possibilité d'emprunter un itinéraire de substitution par l'Øresund.

Comme cela pouvait être pressenti, cette réponse ne satisfait pas la Finlande qui objecta que l'itinéraire de rechange n'était pas approprié à la navigation d'engins aussi volumineux. La Finlande

⁶⁸¹ Lov n° 380 om anlæg af fast forbindelse over Storebælt af 10 juni 1987.

avançait notamment que la profondeur minimale du Sund est de 7,7 mètres alors que les plates-formes en cause nécessitent une profondeur moyenne de 12 mètres pour naviguer en toute sécurité. Les deux Etats décidèrent donc de la tenue de consultations bipartites afin de trouver une issue à cette question. Plusieurs contacts eurent lieu entre 1989 et 1990, sans succès. La Finlande soutenait que la liberté de passage devait être garantie pour les plates-formes en cause⁶⁸² et, comme nous l'avons évoqué précédemment, que l'itinéraire de substitution proposé n'était pas viable. Le Danemark défendait au contraire une position « territorialiste » : l'ouvrage public devait être construit dans les eaux territoriales et relevait à ce titre de la souveraineté pleine et exclusive de l'Etat maître de l'ouvrage. Rien ne pouvait donc dénier aux autorités compétentes le droit de construire et d'aménager librement le territoire, fut-ce au moyen d'un pont de grande ampleur, tant que l'ouvrage ne contrevenait pas à une liberté garantie par le droit international. En l'espèce, le Danemark indiquait que les spécificités techniques du pont avaient été spécialement convenues pour assurer la liberté de passage de tous les types de navires existants. L'argumentation était importante, car le Danemark déniait expressément la qualité de « navire » aux plates-formes de forage ce qui les privaient, par voie de conséquence, de tout « droit » de passage. Quand bien même ces dernières bénéficieraient de cette qualité, elles disposeraient d'un itinéraire de rechange par le Sund. Au surplus, le pont devait être construit car les intérêts de la population danoise prévalaient sur les seuls intérêts de la société privée RRO. Enfin, la partie danoise pointait l'opposition tardive de la Finlande aux travaux de construction. Dans une réponse ministérielle adressée à la Finlande, le Premier ministre danois pointait ainsi que « nous avons informé tous les chefs de mission accrédités à Copenhague, depuis déjà 1977, du projet en cours tirant d'air de 62 mètres). A ma connaissance, la Finlande n'a pas réagi à l'époque (...). La notification ultérieure, en 1987, qui a avancé, pour la première fois, l'itinéraire de rechange du tunnel, n'a pas suscité de réponse (...). Le vœux que vous exprimez que les travaux concernant le pont soient interrompus, à ce stade avancé de la réalisation du projet, traduit, me semble-t-il, une demande déraisonnable du Danemark »⁶⁸³. Les négociations dans l'impasse, la partie finlandaise introduit une requête unilatérale devant la Cour internationale de Justice le 17 mai 1991 dans laquelle elle priait la juridiction de dire et juger :

« a) qu'il existe un droit de libre passage par le Grand-Belt, qui s'applique à tous les navires gagnant ou quittant les ports et chantiers navals finlandais ;

⁶⁸² La position officielle du gouvernement finlandais fut exprimée dans une lettre du Premier ministre adressée à son homologue danois le 6 février 1991 : « notre point de vue est que le droit international garantit, pour tous les navires et plates-formes de ce genre, un passage libre, sans restrictions ».

⁶⁸³ Lettre de M. P. SCHLUTER, Premier ministre du Danemark, à M. H. HOLKERI, Premier ministre de la Finlande, en date du 20 février 1991. Document reproduit, en anglais, in annexe 71 du MF + annexe 70 du CMD. Traduction française d'A. BROUILLET in KOSKENNIEMI M., « L'affaire du Passage par le Grand Belt », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 911.

b) que ce droit s'étend aux navires de forage, aux plates-formes pétrolières et aux navires dont on peut raisonnablement prévoir qu'ils existeront ;

c) que la construction par le Danemark d'un pont fixe au-dessus du Grand-Belt, telle que projetée actuellement, serait incompatible avec le droit de passage mentionné aux alinéas a) et b) ci-dessus.

d) que le Danemark et la Finlande devraient engager des négociations, de bonne foi, sur la manière de garantir le droit de libre passage exposé aux alinéas a) et c) ci-dessus ».

Cette requête unilatérale fut accompagnée, cinq jours plus tard, d'une demande en indication de mesures conservatoires sur le fondement de l'article 41 du Statut de la Cour et de l'article 73 de son Règlement. La Finlande pria les juges de la Haye de rendre une ordonnance déniaut au Danemark la possibilité de poursuivre les travaux de construction du pont et l'invitant à ne prendre aucune action qui pourrait préjuger de l'issue de l'instance au fond. La Cour refusa d'indiquer les mesures conservatoires au motif que la Finlande n'avait pas réussi à démontrer l'existence d'un préjudice du seul fait de l'existence du projet de pont⁶⁸⁴. A l'instance, le Danemark avait en effet donné toutes les garanties en ce sens en assurant aux juges et à la partie adverse qu'aucune obstruction matérielle du détroit n'aurait lieu avant la fin de l'année 1994, ce qui donnait le temps à l'affaire d'être jugée sur le fond⁶⁸⁵. La Cour renvoya les deux Parties à de nouvelles négociations pour parvenir à un règlement amiable⁶⁸⁶. Un groupe de travail associant des juristes, des techniciens, des experts de la navigation et des hauts fonctionnaires des deux ministères des affaires étrangères fut ainsi officiellement créé le 12 août 1991 avec pour mandat d'identifier les options techniques alternatives qui auraient permis de concilier la construction du pont et les intérêts de la Finlande. Ces multiples contacts ne débouchèrent sur aucun accord entre les Parties.

Trois propositions alternatives et/ou complémentaires furent ainsi mises à l'ordre du jour du groupe de travail. Ce dernier devait d'abord étudier la possibilité de transformer la liaison fixe en pont pivotant en aménageant d'une ouverture dans le pont Ouest ou le pont Est. La Finlande suggérait ainsi qu'une ouverture de 180 à 200 mètres soit créée sur le pont Est, ce qui aurait entraîné selon cet Etat un surcoût compris entre 60 et 80 millions de dollars des Etats-Unis. Le Danemark refusait catégoriquement cette possibilité de transformation et contestait le calcul effectué par la Finlande. Selon ses propres calculs, le surcoût serait sensiblement plus élevé et compris entre 1480 et 1570

⁶⁸⁴ CIJ, *Affaire du Passage par le Grand-Belt* (Finlande c. Danemark), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, *CIJ Recueil*, 1991, § 28-29, pp. 18-19.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, § 27, p. 18.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, § 35, p. 20.

millions de couronnes danoises. A titre complémentaire, le Danemark invoquait des arguments tirés de la sécurité et des conditions de navigation pour rejeter l'hypothèse de la création d'une ouverture dans la liaison fixe. Il était prêt, en revanche, à rehausser la hauteur navigable de 3,8 mètres supplémentaires pour la partie du pont située sur le chenal Est. Le groupe de travail devait également envisager la possibilité d'augmenter artificiellement la profondeur de l'itinéraire de substitution empruntant le Sund. Le Danemark proposait ainsi de creuser le chenal du Drogden dans le Sund pour faire passer sa profondeur de 7,7 à 10 mètres. La Finlande rejeta cette proposition, soutenant que de nombreuses plates-formes de forage semi-submersibles avaient un tirant d'eau dépassant les 10 mètres. Il était enfin envisageable d'apporter des modifications mineures aux plates-formes de forage désireuses d'emprunter le Grand-Belt, par exemple en les démontant avant le passage du pont. Cette proposition fut rejetée par la Finlande.

Durant toute les négociations menées jusqu'à l'été 1992, la Finlande avait toujours refusé la possibilité d'une indemnisation financière pour régler le différend. Comme le souligne M. Koskenniemi, « le pont devait être en service pour une période d'au moins cent à cent-cinquante ans. Il était donc impossible d'estimer le dommage que devait subir la Finlande au cours d'une telle période et par conséquent de déterminer le montant de la réparation appropriée que le Danemark devrait payer »⁶⁸⁷. Durant les audiences relative aux mesures conservatoires, le Danemark soutenait au contraire que les revendications de la Finlande ne pouvaient être satisfaites que par l'octroi de dommages et intérêts : la réparation par équivalent était le seul mode de réparation possible pour l'atteinte portée aux conditions de navigation du fait de la construction de l'ouvrage public. La Cour rejeta cet argument, se réservant le droit d'ordonner le démantèlement complet du pont dans sa décision au fond : « on ne peut ni ne doit exclure *a priori* la possibilité d'une décision judiciaire ordonnant soit de cesser les travaux soit de modifier ou de démanteler les ouvrages »⁶⁸⁸. A la fin du mois de juin 1992, le Danemark se rallia à l'idée d'une indemnisation du dommage réel que ferait subir la construction du pont à la navigation des plates-formes de forage. Après négociation, le montant de l'indemnisation fut fixé à 90 millions de couronnes danoises⁶⁸⁹. Ce montant intégrait notamment le coût des éventuelles modifications à apporter aux bâtiments offshore de façon à assurer leur libre passage par l'itinéraire de rechange empruntant le Sund. Comme on peut l'imaginer, cet infléchissement de la position danoise permit la reprise des négociations entre les deux Parties. Nous pouvons supposer que la perspective d'un jugement sur le fond de l'affaire ordonnant le démantèlement de l'ouvrage était une source d'inquiétude suffisante pour que le Danemark souhaite

⁶⁸⁷ KOSKENNIEMI M., « L'affaire du Passage par le Grand Belt », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 940.

⁶⁸⁸ CIJ, *Affaire du Passage par le Grand-Belt* (Finlande c. Danemark), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, *CIJ Recueil*, 1991, § 31, p. 19.

⁶⁸⁹ Soit environ 15 millions de dollars des Etats-Unis de l'époque : KOSKENNIEMI M., « L'affaire du Passage par le Grand Belt », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 943.

s'en débarrasser au plus vite et poursuivre la construction du pont. L'étude comparative sur les législations nationales relatives au libre passage des plates-formes de forage menée par les conseils de la Finlande faisait clairement apparaître que ces bâtiments bénéficient d'un droit fonctionnel de passage très rarement écarté. Dans ces conditions, la position du Danemark déniait à ces plates-formes la qualité de « navire » devenait de plus en plus difficile à soutenir. La Finlande pouvait également se satisfaire de la conversion soudaine du Danemark aux vertus de la réparation par équivalent. Le jugement sur le fond ne l'aurait probablement pas épargné sur le terrain de l'acquiescement et de sa réaction tardive aux travaux de construction. Au-delà, son intérêt réel à s'opposer au projet était bien mince et se limitait en tout et pour tout à la défense des intérêts de la société privée RRO et ne portait plus précisément que sur le passage par le Grand-Belt d'une plate-forme de forage par an en moyenne. Face à l'intérêt général de la population danoise à pouvoir se déplacer librement sur l'ensemble de son territoire, la Finlande avait tout à craindre de l'intégration de considérations équitables dans le raisonnement de la Cour au fond. Comme le relève M. Koskenniemi, « parmi ces principes aurait pu figurer une obligation, pour la Finlande, de prendre à sa charge une partie des dépenses qu'exigerait une modification des travaux (dans une proportion peut-être de 50 pour cent). Etant donné que ces travaux étaient susceptibles, selon les estimations de la Finlande elle-même, d'atteindre un montant de 250 millions de dollars des Etats-Unis, il y avait là une option qui n'avait rien d'attrayant, si l'on prend en considération ce qui a été dit auparavant à propos de l'intérêt de la Finlande »⁶⁹⁰.

La Finlande suggérait d'aménager une ouverture sur le pont Ouest et de creuser le chenal afférent pour le transformer en voie de passage en eau profonde. Cette solution fut immédiatement rejetée par le Danemark pour d'évidentes raisons de sécurité. En effet, comme nous l'avons mentionné plus haut lors de la description du projet, le pont devait servir de support à une route ouverte à la circulation automobile mais également à une voie ferrée qui devait emprunter l'ensemble du pont situé sur le chenal Ouest avant de plonger dans un tunnel construit sous le chenal Est au niveau de l'île de Sprogø. Créer une ouverture sur la partie ouest du pont revenait à prendre le risque qu'un train puisse dérailler au niveau de l'ouverture et s'abîmer en mer. La proposition finlandaise fut également rejetée pour des raisons liées à la protection de l'environnement et de la biodiversité marine qui aurait été affectée par les travaux de dragage du chenal Ouest. Cette dernière proposition ne témoignait pas non plus d'une cohérence absolue de la position finlandaise. L'affaire sera cependant rayée du rôle de la Cour le suite à l'accord trouvé entre les deux Etats.

*

⁶⁹⁰ KOSKENNIEMI M., « L'affaire du Passage par le Grand Belt », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 944.

Cette partie de notre étude visait à mettre en évidence la prise en compte du « fait de l'homme » que constitue l'ouvrage public construit en mer.

Nous sommes d'abord revenus sur la question de la prise en compte des ouvrages publics comme points de base aux fins de la première phase de délimitation maritime. La Convention de Montego Bay offre ici une disposition particulièrement significative - l'article 11 - qui assimile à la côte terrestre les « installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire et s'avancant le plus au large ». Nous avons interrogé la pratique qui consiste, pour les Etats, à construire un certain nombre d'ouvrages publics intégrés à la terre ferme et s'avancant au large avant de fixer le point de base à l'extrémité. Or, le droit de la mer s'étant construit sur l'idée fondamentale que la terre domine la mer, le juge international rechigne à accepter la fixation d'un point de base à l'extrémité d'un ouvrage d'une longueur excessive. Dans un second temps, nous avons sélectionné deux questions qui relèvent de la prise en compte des ouvrages publics dans la seconde phase du contentieux de la délimitation maritime (la prise en compte des circonstances pertinentes). Après avoir rappelé l'extrême diversité des formations maritimes (îles, îlots, hauts fonds découvrants, rochers, etc.), nous avons successivement envisagé la question des travaux publics permettant de « forcer la matière » et d'attribuer à de minuscules éminences maritimes les vastes étendues promises aux îles par l'article 121, § 1. Nous avons également envisagé la construction de l'ouvrage public en mer par un Etat aux prises avec l'élévation du niveau de la mer exposés de ce fait à un risque de submersion intégrale ou partielle de leur territoire terrestre. La Convention de 1982, pas plus que celles de 1958, n'adresse cette question de manière satisfaisante.

Au-delà de la dialectique de l'ouvrage public et de la délimitation maritime, nos travaux nous ont amené à questionner cette dialectique sous l'angle de la liberté de la navigation. Nous avons choisi à cet effet l'exemple de l'aménagement des détroits servant la navigation internationale. La question était alors celle de la conciliation de l'intérêt public présidant à la réalisation unilatérale d'un ouvrage public par un Etat (le développement économique et la cohésion territoriale) avec l'intérêt collectif des Etats matérialisé par la liberté de la navigation. Les négociateurs de la Partie III de la Convention de Montego Bay n'ont jamais entendu priver l'Etat côtier du droit de construire des ouvrages publics, fussent-ils des ponts et autres liaisons fixes traversant le détroit. Les débats se sont toujours concentrés sur la compatibilité des caractéristiques techniques de l'ouvrage (la hauteur, par exemple) avec l'obligation de ne pas entraver le passage en transit. Plusieurs aspects doivent être pris en compte dans cette opération : l'intérêt de l'infrastructure projetée pour l'Etat côtier et avantages économiques attendus ; les intérêts des autres Etats ; l'identification des évolutions futures de la navigation (évolution du type de navire, par exemple) ; l'existence d'une route maritime de substitution de nature équivalente (rapport coût/temps supplémentaire(s), qualité de la route du point de vue de la navigation

et des dangers, etc) ; la nature de la partie du détroit aménagée ; la possibilité de compenser la perte par un Etat d'un de ses intérêts légitimes qui n'aura pu être pris en compte. La pratique est riche de ces ouvrages publics défiant les limites technologiques et permettant de désenclaver des espaces terrestres traversés par le détroit. L'affaire des travaux de poldérisation entrepris par Singapour dans le détroit de Johor et la construction du pont suspendu au-dessus du Grand-Belt montrent toutes les difficultés qu'ont les Etats, maîtres de l'ouvrage, à intégrer les autres Etats dans la boucle de la conception du projet.

Notre étude des ouvrages publics construits en mer n'est pas terminée pour autant. Nous souhaiterions aborder une dernière question d'importance : celle de l'aménagement du fond des mers. Nous souhaitons proposer ici une analyse d'une catégorie d'ouvrages publics, les câbles sous-marins, dont la construction et la pose sont garanties par plusieurs instruments conventionnels. Cette question mérite attention dans le cadre de notre étude car la liberté de l'Etat doit ici s'accommoder de l'existence préalable d'un réseau, fruit des utilisations passées des autres Etats. La matière est donc propice à la conclusion d'accord bilatéraux et multilatéraux entre Etats, organisant le raccordement d'un nouvel ouvrage au réseau.

Sous-section 2. L'aménagement du fond des mers

L'espace est toujours appréhendé par le droit comme un milieu physique dont l'utilisation est ordonnée en direction de fins humaines⁶⁹¹. L'acceptation qui est faite d'un espace n'est donc pas figée : le sens de la notion de « communication » en droit de la mer s'est enrichi, ajoutant au mode traditionnel de communication – la navigation – de nouvelles significations tirées de manifestations plus récentes comme la pose de pipelines⁶⁹² – destinées au transport de biens matériels : des hydrocarbures – et de câbles sous-marins⁶⁹³, destinés au transport de biens immatériels : énergie et données informatiques. La liberté de poser des câbles sous-marins, entendus comme « des fils ou faisceaux de fils ou de fibres optiques, isolés et étanches, servant à transporter le courant électrique ou à transmettre un message sous l'eau »⁶⁹⁴, correspond donc à l'exercice d'un droit de l'Etat sur ses biens situés en mer. Posé à même le fond marin ou ensouillé, la construction d'un câble sous-marin postule une « utilisation privative durable »⁶⁹⁵ de l'espace international. Un câble sous-marin

⁶⁹¹ DE VISSCHER Ch., *Problèmes de confins en droit international public*, Paris, Pedone, 1969, p. 7.

⁶⁹² SOUBEYROL J., « La condition juridique des pipelines en droit international », *AFDI*, 1958, pp. 157-185 ; SIMONET L., *Les pipelines de transit terrestres et le droit international public*, Thèse, université Panthéon Sorbonne, Paris 1, 2008, ss. dir. Professeur G. BASTID-BURDEAU, 640 p.

⁶⁹³ SAVADOGO L., « Le régime international des câbles sous-marins », *JDI*, 2013, pp. 45-82.

⁶⁹⁴ SAVADOGO L., « Le régime international des câbles sous-marins », *JDI*, 2013, p. 45.

⁶⁹⁵ LUCCHINI L., VOELCKEL M., *Droit de la mer*, t. II, *Délimitation Navigation – Pêche*, Paris : Pedone, 1996, pp. 183-189.

constitue donc un ouvrage public et un marché relatif à son entretien ou à sa réparation revêt le caractère d'un marché de travaux publics⁶⁹⁶. Dans leur majorité, il s'agit de câbles télégraphiques ou téléphoniques, assurant 95 % des télécommunications internationales, au premier rang desquelles celles transitant par Internet⁶⁹⁷. Il peut également s'agir de câbles transportant de l'énergie à haute tension à destination des installations situées au large des côtes et des îles artificielles⁶⁹⁸. Nous démontrerons que les enjeux considérables suscités par le câblage des fonds marins ne se traduisent pas en droit international par l'existence d'un régime juridique cohérent. Cela est valable tant pour le régime juridique de la construction du câble (§ 1) que pour celui de sa protection (§ 2).

§ 1. Le régime de la construction du câble sous-marin

La technique du câblage sous-marin a longtemps été considérée comme transitoire et amenée à s'effacer devant l'avènement du satellite. La pratique extrêmement soutenue⁶⁹⁹, dont le succès a été croissant, démontre au contraire la pérennité de cette technique et, partant, de la permanence des questions de droit international posées par cette utilisation privative durable des mers (A). Si, sur le plan du droit, cette activité est structurée autour du principe de la liberté de poser des câbles sous-marins, les évolutions successives du droit de la mer en ont profondément atténué la portée (B).

A. La nécessité de poser des câbles sous-marins

C'est peu dire que les câbles sous-marins ne se laissent enfermer dans aucune catégorie juridique préétablie. La pratique, extrêmement soutenue (1), témoigne du caractère vital de cette infrastructure pour l'économie des Etats. En dépit de l'existence de nombreux instruments internationaux applicables, l'encadrement juridique de cette activité demeure extrêmement fragmenté, « à géométrie variable » (2).

1. L'existence d'une pratique soutenue

Au 1er octobre 2013, deux-cent-quatre-vingt-dix-neuf (299) câbles sous-marins étaient en fonctionnement. Quarante-cinq (45) d'entre eux, soit 15,05% du total, étaient des câbles purement étatiques, c'est-à-dire construits sur le territoire d'un seul Etat, sans qu'il n'y ait besoin d'un

⁶⁹⁶ V., pour la jurisprudence française : CE, 2 mai 1909, *Spanish National Telegraph Co, Rec.*, 1909, p. 477 ; CE, 4 juin 1937 et 6 avr. 1938, *Cie française des câbles télégraphiques*, D. hebdomadaire. 1937, p. 398 et 1938, p. 342.

⁶⁹⁷ DEGROOTE F., « L'Internet et la mer », *A. D. Mer*, 2000, pp. 210-223.

⁶⁹⁸ BUREAU HYDROGRAPHIQUE INTERNATIONAL, *Manuel sur les aspects techniques de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982*, n° 87, p. 26.

⁶⁹⁹ V. le tableau synthétique reproduit en annexe.

raccordement à un réseau international préexistant. Nous avons dénombré cent-soixante-six (166) câbles bilatéraux (55,51%), trente-huit (38) câbles trilatéraux (12,70%) et cinquante (50) câbles reliant entre quatre et trente-et-un Etats (16,70%). Le plus grand câble du monde est le *SeaMeWe 4* : mis en service depuis le mois de septembre 1999, il relie trente-et-un Etats⁷⁰⁰ sur une longueur de 39.000 kilomètres. La France est ainsi le point d’atterrissage de vingt câbles sous-marins, dont dix-huit internationaux⁷⁰¹ s’il est fait abstraction des deux câbles la reliant à l’île de Beauté⁷⁰².

Depuis son invention, le succès du câblage sous-marin ne s’est jamais démenti tant et si bien que ces infrastructures ont acquis une importance économique vitale pour les Etats. Huit cent mille kilomètres de câbles sous-marins, représentant vingt fois le tour de la terre, ont ainsi été posés depuis que la technique a rendu possible (puis perfectionné) cette activité⁷⁰³. Les années 1950 ont marqué le départ de la *diversification* des câbles – de télégraphiques, les câbles sont devenus des câbles téléphoniques – et de l’évolution des techniques dans le sens d’une *augmentation des capacités de trafic*⁷⁰⁴. Les câbles sous-marins ont résisté à la concurrence des nouveaux moyens de communication : en 1927, l’apparition de la transmission sans fil (TSF) faisait craindre le déclin du câble et, partant, douter de l’utilité d’une régulation juridique appropriée⁷⁰⁵. En 1965, le lancement du premier satellite de communication *Early Bird* a progressivement imposé l’idée selon laquelle les télécommunications intercontinentales allaient reléguer au second plan, voire conduire à une forte diminution ou à l’arrêt de la mise en place des câbles sous-marins. C’était sans compter l’invention et le perfectionnement de la fibre optique dont les performances concurrencent les liaisons par satellite. Comme le résume J. Chappez, « les deux supports de transmission sont plus complémentaires que rivaux. Economiquement plus intéressant pour des liaisons de courte et moyenne distance à fort trafic, le câble sous-marin s’efface devant le satellite dès lors qu’il s’agit de communications longues à faible trafic disséminées sur des espaces de grandes dimensions. Sur un secteur à trafic très important comme l’Atlantique Nord où les deux techniques donnent des résultats comparables, la sécurité apportée par une diversification des supports incite à répartir les circuits

⁷⁰⁰ Egypte, Indonésie, Philippines, Grèce, Inde, Vietnam, Chine, Djibouti, Taiwan, Emirats arabes unis, Royaume-Uni, Arabie saoudite, Pakistan, Corée du sud, Turquie, Italie, Malaisie, Sri Lanka, Oman, Allemagne, Japon, Belgique, France, Australie, Birmanie, Thaïlande, Portugal, Singapour, Brunei, Maroc, Chypre.

⁷⁰¹ *UK-France 3 ; INGRID ; Eurafica ; TAGIDE 2 ; SeaMeWe-3 ; TAT-14 ; High-capacity Undersea Guernsey Optical-fibre (HUGO) ; Apollo ; FLAG Atlantic-1 (FA-1) ; Circe South ; Ulysses ; SeaMeWe-4 ; Med Cable Network ; Atlas Offshore ; IMEWE ; Hawk ; TE North/TGN-Eurasia/SEACOM/Alexandros ; Africa Coast to Europe (ACE)*. Pour le détail complet des Etats reliés à ces ouvrages, v. le « Tableau synoptique des câbles sous-marins » en annexe.

⁷⁰² La Corse est reliée par deux câbles nationaux au « Continent » : les câbles *Corse-Continent 4 (CC4)* et *Corse-Continent 5 (CC5)*, respectivement en service depuis 1992 et 1995 et tous deux propriétés de France Telecom. Le premier relie La Seyne à Ajaccio, le second Cannes à l’Île Rousse.

⁷⁰³

⁷⁰⁴ L’augmentation de la capacité de trafic doit ainsi beaucoup à la technique du câble coaxial jointe à la découverte du transistor à partir des années 1950.

⁷⁰⁵ V. plus spécifiquement le Rapport présenté par M. Frédéric K. COUDERT sur les câbles sous-marins devant l’Institut de droit international. : « Travaux préparatoires de la session de Lausanne », *Annuaire de l’Institut de droit international*, 1927, tome 1, p. 177.

entre les deux moyens »⁷⁰⁶. Le réseau américain s'articule ainsi autour de trente-huit câbles sous-marins acheminant quatre-vingt-quinze pour cent du trafic international de données vocales, vidéos, Internet et « data ». Sans ce réseau, les satellites américains ne pourraient transporter que sept pour cent du trafic total des Etats-Unis⁷⁰⁷ de telle sorte que « fiber-optic submarine cables are the international digital trade routes of the 21st century »⁷⁰⁸.

La création d'un nouveau câble sous-marin se justifie toujours par la constatation de besoins supplémentaires dans les différentes zones de trafic. Ce constat est effectué par les services compétents des différentes administrations ou exploitations privées de télécommunications de chaque Etat qui assurent le monitoring de l'évolution des données du trafic. Au niveau international, la répartition du trafic fait également l'objet de réunions bilatérales ou multilatérales au sein des forum pertinents⁷⁰⁹. Bien que régulièrement affirmée⁷¹⁰, la nécessité d'une coopération renforcée en la matière n'est toutefois pas encore concrétisée : il n'existe pas d'organisation internationale intergouvernementale propre aux câbles sous-marins. Une des raisons de la faiblesse du cadre institutionnel existant doit être recherchée dans l'éclatement des compétences relatives aux câbles sous-marins entre plusieurs institutions spécialisées comme l'Organisation maritime internationale (OMI) et l'Union internationale des télécommunications (IUT). Au-delà, les dynamiques contemporaines du droit de la mer expliquent aussi cette situation : il en va ainsi de l'inégalité technologique, de l'érosion de la liberté des mers dont l'immersion des câbles sous-marins constitue un aspect, de la compétition économique et de l'existence d'une « solidarité » entre professionnels du secteur se traduisant par une grande proximité et de nombreux échanges dont la publicité n'est pas assurée. Comme dans tous les domaines techniques, les acteurs privés sont surreprésentés : bien qu'agissant dans le cadre du droit international et soumis – de par leurs activités – au droit national auquel ils sont personnellement ou territorialement rattachés, les acteurs majeurs du secteur contribuent à créer des normes contractuelles, individuelles ou collectives. L'essentiel de la coopération est donc aujourd'hui assuré par une organisation internationale non gouvernementale, l'International Cable Protection Committee (ICPC). Organisation professionnelle multilatérale créée le 22 mai 1958 à Londres, l'ICPC regroupe quatre-vingt-six membres originaires de quarante-six

⁷⁰⁶ CHAPPEZ J., « Les câbles sous-marins de télécommunications », *AFDI*, 1986, p. 761-778.

⁷⁰⁷ SENAT DES ETATS-UNIS, Commission des affaires étrangères, *Testimony of C. MCadam, chairman and chief executive officer Verizon Communications Inc. before the Committee of foreign relations, United States*, « *The Law of the Sea Convention : benefits or submarine cables systems* », 28 juin 28 2012, p. 2.

⁷⁰⁸ SENAT DES ETATS-UNIS, Commission des affaires étrangères, *Testimony of C. MCadam, chairman and chief executive officer Verizon Communications Inc. before the Committee of foreign relations, United States*, « *The Law of the Sea Convention : benefits or submarine cables systems* », 28 juin 28 2012, p. 2.

⁷⁰⁹ L'organisation internationale de télécommunications par satellites, INTELSAT, organise ainsi des réunions multilatérales régulières qui étudient les nouveaux besoins en circuits de télécommunications et leur localisation géographique.

⁷¹⁰ ASSEMBLEE GENERALE, ONU, Résolution n° 66/231, « Les océans et le droit de la mer », *A/RES/66/231*, 24 décembre 2011, § 123-126. V. également la coopération mise en œuvre dans le cadre de l'*Asian-Pacific Co-Operation Telecommunications and Information Working Group* « APACTEL » : <http://www.apectelwg.org>.

pays. Le Comité s'est donné pour mission de promouvoir la sécurité des câbles sous-marins contre les risques humains et naturels en constituant un forum approprié de dialogue et d'échange d'informations, techniques ou non, et de méthodes. Il formule des recommandations dans six domaines : « Recovery of Out of Service Cables ; Cable Routing and Reporting Criteria ; Telecommunications Cable and Oil Pipeline/Power Cables Crossing Criteria ; Coordination Procedures for Repair Operations Near in Service Cable ; Standardisation of Cable Awareness Charts ; Actions for Effective Cable protection (Port Installation) »⁷¹¹.

Si les marchés de câbles sous-marins sont internationaux par nature, moins d'une vingtaine d'opérateurs dans le monde disposent de la technologie nécessaire aux opérations de pose et de maintenance. Certains d'entre eux sont intégrés verticalement à des fabricants de câbles, d'autres sont intégrés à des entreprises de télécommunications, d'autres enfin sont constitués en firmes indépendantes. Depuis les années 1990, le secteur des câbles sous-marins de télécommunications a montré une forte cyclicité. L'activité a connu une croissance rapide à partir de 1995, avec le développement d'Internet et l'introduction de la fibre optique : entre 1993 et 1997 des lignes de 150 à 200 000 km se construisaient chaque année, en raison de la demande considérable. Le début des années 2000 a été marqué par le ralentissement brutal de l'activité en raison de la maturité du réseau existant. La deuxième moitié de la décennie 2000 a vu la reprise modérée des opérations : le marché international du câble est désormais porté par le renouvellement, la réparation et la maintenance des équipements, ainsi que par des commandes d'équipements intra-régionaux de taille modeste. En 2013, le marché des câbles électriques sous-marins est stimulé par la création et le renforcement de liaisons internationales⁷¹², le raccordement des îles ou des régions excédentaires et déficitaires en production, l'alimentation des plateformes offshore en énergie électrique et l'installation d'unités de production d'électricité en mer, éoliennes offshore principalement.

Si les deux activités principales qui nous intéressent ici – la transmission d'énergie électrique et les télécommunications – relèvent de techniques de fabrication et de logiques de croissance différentes, elles demeurent identiques sur le plan technique. Le câblage en mer demeure une opération organisée autour de trois étapes-clés : la pose⁷¹³, la réparation⁷¹⁴ et la maintenance⁷¹⁵, toutes

⁷¹¹ <http://www.iscpc.org>.

⁷¹² Le marché du câblage sous-marin connaît des perspectives d'évolution très favorables en raison des progrès du transfert de données par fibre optique. Par opposition à la transmission électrique, la fibre optique désigne des « filaments de verre de section circulaire, de très petit diamètre, conducteur de lumière par réflexion totale, utilisé dans la fabrication d'instrument d'optique, dans la transmission des images de télévision, d'Internet, etc. Elle est utilisée en télédistribution et télécommunication » : LE NOUVEAU PETIT ROBERT, v° « Fibre », Paris, Ed. Robert, 2009, p. 1037.

⁷¹³ Entendu comme « l'action de poser, de mettre en place » le câble. Cette opération est qualifiée, en pratique, « d'immersion » : LE NOUVEAU PETIT ROBERT, v° « Pose », Paris, Ed. Robert, 2009, p. 1973.

⁷¹⁴ Entendu comme « l'ensemble des opérations visant à remettre en bon état ce qui a été endommagé ou ce qui s'est détérioré » : LE NOUVEAU PETIT ROBERT, v° « Réparer », Paris, Ed. Robert, 2009, p. 2196.

⁷¹⁵ Entendu comme « l'ensemble des opérations d'entretien préventif (vérification) et curatif (dépannage) destiné à accroître la fiabilité ou pallier les défaillances » (d'un câble) : LE NOUVEAU PETIT ROBERT, v° « Maintenance », Paris, Ed.

réalisées à l'aide de navires câbliers⁷¹⁶. L'étude de la pratique permet de dégager trois grandes possibilités pour la pose. Le choix entre ces possibilités est fonction du fond et de la présence d'écosystèmes sensibles et d'usages tiers. Les câbles peuvent tout d'abord être simplement posés sur le fond. Ils peuvent ensuite être fixés à l'aide d'ancres ou de cavaliers⁷¹⁷. Enfin, quand le terrain le permet, les câbles peuvent être « ensouillés », c'est-à-dire enfouis dans le sol sous-marin à l'aide d'un engin spécifique. Les besoins en maintenance tiennent quant à eux essentiellement aux dommages causés par des phénomènes naturels ou d'autres usages, principalement la pêche et la navigation, par ancrage des navires.

2. Un encadrement juridique « à géométrie variable »

Le droit international applicable aux câbles sous-marins n'a pas d'unité dans le sens où les règles pertinentes sont dispersées dans plusieurs instruments internationaux unis, les uns par rapports aux autres, par des relations complexes. Entre la Convention internationale relative à la protection des câbles sous-marins du 14 mars 1884, les quatre conventions de Genève du 29 avril 1958 et la Convention de Montego-Bay de 1982, l'effet relatif des traités internationaux joue à plein. Avant d'entrer plus en avant dans le détail du régime juridique de l'immersion du câble sous-marin, il convient de revenir sur les relations entretenues par ces différents instruments dans le champ de notre étude.

Le 29 avril 1958, quatre Conventions et un Protocole facultatif furent ouverts à la signature, à Genève : la *Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë*⁷¹⁸ ; la *Convention sur la haute mer*⁷¹⁹ ; la *Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer*⁷²⁰ et la *Convention sur le plateau continental*⁷²¹ et le *Protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends*⁷²². Ces cinq textes sont le produit de la première Conférence des

Robert, 2009, p. 1507.

⁷¹⁶ L'ICPC comptait 53 principaux navires câbliers au niveau mondial au 1^{er} décembre 2010. Cette liste et les données complémentaires d'entreprises permettaient d'identifier 13 navires français en propriété dont 9 sous pavillon national à la même date.

⁷¹⁷ Aussi dénommés « crampillons », les cavaliers sont des « clous recourbés présentant deux pointes parallèles » : LE NOUVEAU PETIT ROBERT, v^o « Crampillon », Paris, Ed. Robert, 2009, p. 575.

⁷¹⁸ Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, Genève, 29 avril 1958 (en vigueur depuis le 10 septembre 1964), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 516, p. 205 et s. Au 2 octobre 2013, 52 Etats étaient liés par le texte.

⁷¹⁹ Convention sur la haute mer, Genève, 29 avril 1958 (en vigueur depuis le 30 septembre 1962), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 450, p. 11 et s. Au 2 octobre 2013, 63 Etats étaient liés par le texte.

⁷²⁰ Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, Genève, 29 avril 1958 (en vigueur depuis le 20 mars 1966), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 559, p. 285 et s. Au 2 octobre 2013, 39 Etats étaient liés par le texte.

⁷²¹ Convention sur le plateau continental, Genève, 29 avril 1958 (en vigueur depuis 10 juin 1964), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 499, p. 311 et s. Au 2 octobre 2013, 58 Etats étaient liés par le texte.

⁷²² Protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends, Genève, 29 avril 1958 (en vigueur depuis le 30 septembre 1962), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 450, p. 169 et s. Au 2 octobre 2013, 38 Etats étaient liés par le texte.

Nations Unies sur le droit de la mer, tenue à Genève du 24 février au 27 avril 1958. Nous nous limiterons à rappeler ici que sa convocation, par la résolution 1105 (XI) de l'Assemblée générale du 21 février 1957, marquait l'aboutissement d'une démarche initiée par les travaux de la Conférence pour la codification du droit international de La Haye en 1930 sous les auspices de la Société des Nations⁷²³ puis, dans le cadre de l'ONU, par la Commission du droit international⁷²⁴. Les quatre-vingt-six Etats réunis lors de la Conférence ne parvinrent pas à conserver l'unité du droit de la mer, par ailleurs péniblement atteinte aux derniers stades des travaux de la CDI. A défaut d'un instrument unique – qui s'exposait, au mieux, à la formulation de réserves catégoriques de certains États –, l'adoption de textes séparés permettait d'améliorer les chances de signature puis de ratification par le plus grand nombre d'États possible. Adoptées neuf années avant le discours fondateur sur la réforme du droit de la mer prononcé par A. Pardo à l'Assemblée générale en 1967, les Conventions et le Protocole n'eurent pas le succès escompté, en dépit de leur indéniable valeur juridique. L'adoption et le succès de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*⁷²⁵, le 10 décembre 1982, à l'issue de la troisième Conférence, finit de marginaliser les conventions et le protocole de 1958.

Cette situation ne change rien au fait que tous les textes mentionnés sont des traités internationaux qui ne lient que les Etats qui les ont ratifiés, dans la limite des réserves et déclarations (conformes à l'objet et au but) qu'ils auraient formulées. Toutefois, cette question ne se pose pas pour notre sujet en l'état actuel des traités concernés. En effet, s'agissant des câbles sous-marins, la Convention de 1982 n'a fait l'objet que d'une *déclaration* formulée par l'Équateur se bornant à rappeler les dispositions pertinentes relatives à l'immersion des câbles dans la zone économique exclusive⁷²⁶. Les conventions de Genève de 1958 relatives à la haute mer et celle relative au plateau continental ont, quant à elle, fait l'objet de *réserves* formulées par l'Iran. Le 28 mai 1958, lors de la signature de ces deux textes, l'Iran formula deux réserves visant à s'accorder le pouvoir d'autoriser ou non la pose de câbles sur son plateau continental⁷²⁷. L'Allemagne s'y opposa dans le cadre de la

⁷²³ Cette conférence s'était intéressée aux eaux territoriales. Bien qu'elle n'ait pu se mettre d'accord sur la largeur de la mer territoriale, elle a pu présenter dans son rapport 13 projets d'articles qui traduisaient une certaine entente sur de nombreux aspects du sujet. Ces articles allaient devenir la base de futurs travaux.

⁷²⁴ Dès son entrée en fonction en 1949, la CDI avait fait des régimes de la haute mer et de la mer territoriale comptaient parmi les sujets qui se prêtaient à la codification. Jusqu'à la fin de ses travaux sur la question en 1956, la CDI et l'Assemblée générale ont travaillé sur plusieurs projets correspondant à différents aspects du droit de la mer. Ce n'est que dans le rapport final soumis à l'Assemblée générale en 1956 que toutes les dispositions ont été systématiquement agencées en une seule série de projets d'articles couvrant l'ensemble du droit de la mer. Ce rapport final allait constituer le fil conducteur des travaux de la Conférence de Genève de 1958.

⁷²⁵ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego-Bay, 10 décembre 1982 (en vigueur depuis le 16 novembre 1994), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1833, p. 3 et s.

⁷²⁶ Déclaration de l'Équateur formulée lors de la ratification de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, le 24 septembre 2012 : « V. Au sein de la zone économique exclusive, les droits et obligations de l'Équateur seront les suivants : (...) 5. Les autres États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral, jouissent, dans les limites prévues par la Convention, des libertés de navigation et de survol, et de la possibilité de poser des câbles et pipelines sous-marins ».

⁷²⁷ Réserve de la République islamique d'Iran formulée lors de la signature de la Convention de Genève sur la haute mer du 29 avril 1958, le 28 mai 1958 : « Article 2, paragraphe 3; article 26, paragraphes 1 et 2 : Les stipulations de ces

Convention sur la haute mer, objectant que cette réserve était contraire à l'objet et au but du traité⁷²⁸. Cette controverse n'a qu'un intérêt limité, l'Iran n'ayant jamais ratifié les conventions en cause par la suite.

Il convient ensuite d'examiner si existent d'éventuels conflits entre les textes en cause. La question est réglée en la faveur de la Convention de Montego-Bay, son article 311, §1, disposant qu'elle « [...] l'emporte, entre les États Parties, sur les Conventions de Genève du 29 avril 1958 sur le droit de la mer »⁷²⁹. Mais cette solution ne vaut que pour les Etats ayant ratifié à la fois les conventions de 1958 et de 1982 : conformément au principe de l'effet relatif des traités internationaux, les Etats n'ayant pas ratifié la Convention de 1982 sont liés par les Conventions de Genève de 1958, à supposer que ces dernières leur soient applicables ou que la règle de la Convention de Montego-Bay invoquée puisse être considérée comme une norme coutumière. Ainsi, au 2 octobre 2013, trente-et-un (31) Etats n'étaient pas liés par la Convention de 1982. Dix-sept d'entre eux ne disposent pas d'une façade maritime et ne sont donc pas susceptibles de constituer des « Etats d'atterrissage » d'un câble sous-marin⁷³⁰. Onze autres ont une façade maritime et sont reliés à au moins un câble sous-marin : le Cambodge⁷³¹, la Colombie⁷³², les Émirats arabes unis⁷³³, l'Iran⁷³⁴,

articles traitant de la pose des câbles et des pipe-lines sous-marins seront sujettes à l'autorisation de l'Etat riverain en ce qui concerne le plateau continental » ; Réserve de la République islamique d'Iran formulée lors de la signature de la Convention de Genève sur le plateau continental du 29 avril 1958, le 28 mai 1958 : « a) Article 4 : En ce qui concerne le membre de phrase « L'État riverain ne peut entraver la pose ou l'entretien de câbles ou de pipe-lines sous-marins sur le plateau continental », le Gouvernement iranien se réserve le droit d'autoriser ou de ne pas autoriser la pose ou l'entretien de câbles ou de pipe-lines sous-marins sur son plateau continental ».

⁷²⁸ Objection présentée par l'Allemagne le 15 juillet 1974 en annexe à la Convention de Genève sur la haute mer du 29 avril 1958 : « Le Gouvernement de la République fédérale Allemagne estime que les réserves ci-après sont incompatibles avec les buts et l'objet de la Convention sur la haute mer en date du 29 avril 1958, et par conséquent non acceptables : (...) 2. Les réserves que le Gouvernement iranien a formulées, à l'occasion de la signature de la Convention, à propos des articles 2, 3 et 4 et du point 3 de l'article 2, conjointement avec les paragraphes 1 et 2 de l'article 26 de la Convention, dans la mesure où cette dernière réserve donne la possibilité de refuser l'autorisation de poser des câbles et des pipe-lines sous-marins même lorsque certaines conditions ont été remplies ».

⁷²⁹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 311, §1.

⁷³⁰ Afghanistan, Azerbaïdjan, Andorre, Bhoutan, Burundi, République centrafricaine, Éthiopie, Saint-Siège, Kazakhstan, Kirghizistan, Liechtenstein, Ouzbékistan, Rwanda, San Marin, Sud Soudan, Tadjikistan, Turkménistan.

⁷³¹ Le Cambodge est relié à un seul câble sous-marin, le *Malaysia-Cambodia-Thailand (MCT) Cable*

⁷³² La Colombie est reliée à huit câbles sous-marins : *ARCOS*, *Pacific Caribbean Cable System (PCCS)*, *America Movil Submarine Cable System-1 (AMX-1)*, *Maya-1*, *GlobeNet*, *Pan American (PAN-AM)*, *South America-1 (Sam-1)*, *Colombia-Florida Subsea Fiber (CFX-1)*.

⁷³³ Les Émirats arabes unis sont reliés à quatorze câbles sous-marins : *Bay of Bengal Gateway (BBG)*, *FLAG Europe-Asia (FEA)*, *SeaMeWe-3*, *Fiber Optic Gulf (FOG)*, *Qatar-UAE Submarine Cable System*, *UAE-Iran*, *SeaMeWe-4*, *Transworld (TW1)*, *FLAG FALCON*, *The East African Marine System (TEAMS)*, *IMEWE*, *Europe India Gateway (EIG)*, *Gulf Bridge International Cable System (GBICS)/Middle East North Africa (MENA) Cable System*, *Tata TGN-Gulf*.

⁷³⁴ L'Iran est relié à sept câbles sous-marins : *Kuwait-Iran*, *Pishgaman Oman Iran (POI) Network*, *OMRAN/EPEG Cable System*, *UAE-Iran*, *FLAG FALCON*, *Gulf Bridge International Cable System (GBICS)/Middle East North Africa (MENA) Cable System*.

Israël⁷³⁵, la Libye⁷³⁶, le Pérou⁷³⁷, la Syrie⁷³⁸, la Turquie⁷³⁹, le Venezuela⁷⁴⁰ et, enfin, les États-Unis qui, avec cinquante-neuf câbles atterrissaient sur leur territoire⁷⁴¹, constituent le plus grand « nœud » d’atterrissement du monde. Enfin, toujours parmi ceux des Etats qui ne sont pas liés par la Convention de 1982, trois disposent d’une façade maritime mais ne sont, pour l’instant, reliés à aucun câble sous-marin : la Corée du Nord, El Salvador et l’Érythrée. Le tableau suivant synthétise, pour les Etats concernés, l’état de leurs engagements aux regard des conventions de Genève⁷⁴² :

⁷³⁵ Israël est relié à cinq câbles sous-marins : *CIOS, Lev Submarine System, MedNautilus Submarine System, Tamares North, Jonah*.

⁷³⁶ La Libye est reliée à cinq câbles sous-marins : *Tobrok-Emasaed Cable System, LFON (Libyan Fiber Optic Network), Italy-Libya, Europe India Gateway (EIG), Silphium*.

⁷³⁷ Le Pérou est relié à trois câbles sous-marins : *South American Crossing (SAC)/Latin American Nautilus (LAN), South America-1 (SAM-1), Pan American (PAN-AM)*.

⁷³⁸ La Syrie est reliée à quatre câbles sous-marins : *ALASIA, UGARIT, Aletar, BERYTAR*.

⁷³⁹ La Turquie est reliée à six câbles sous-marins : *Turcyos-2, Turcyos-1, KAFOS, SeaMeWe-3, ITUR, MedNautilus Submarine System*.

⁷⁴⁰ Le Venezuela est relié à six câbles sous-marins : *Americas-II, South American Crossing (SAC)/Latin American Nautilus (LAN), ARCOS, Pan American (PAN-AM), GlobeNet, ALBA-I*.

⁷⁴¹ *Hawaiki Cable, St. Thomas-St. Croix System, Arctic Fibre, APX-East, Seabras-1, Taino-Carib, WASACE Europe, Columbus-II b, Americas-I North, America Movil Submarine, Cable System-1 (AMX-1), Pacific Crossing-1 (PC-1), Atlantic Crossing-1 (AC-1), Mid-Atlantic Crossing (MAC), Perseid, Pan-American Crossing (PAC), FLAG Atlantic-1 (FA-1), Southern Cross Cable Network (SCCN), South American Crossing (SAC)/Latin American Nautilus (LAN), Japan-U.S. Cable Network (JUS), GlobeNet Segment 5 (Bermuda-U.S.), GlobeNet, WASACE Americas, Telebras-United States, TAT-14, Canada-United States 1 (CANUS 1), Columbus-III, Hibernia Atlantic, South America-1 (SAM-1), Pacific Caribbean Cable System (PCCS), Bahamas 2, China-U.S. Cable Network (CHUS), Antillas 1, Americas-II, Tata TGN-Atlantic, Alaska United East, Emerald Express, Apollo, Yellow, Maya-1, NorthStar, Pan American (PAN-AM), Tata, TGN-Pacific, ARCOS, Bahamas Internet Cable System (BICS), Saint Maarten Puerto Rico Network One (SMPR-1), Alaska United West, Trans-Pacific Express (TPE) Cable System, Kodiak Kenai Fiber Link (KKFL), Telstra Endeavour, Colombia-Florida Subsea Fiber (CFX-1), Gemini Bermuda, Asia-America Gateway (AAG) Cable System, Honotua Unity/EAC-Pacific, ACS Alaska-Oregon Network (AKORN), Alaska United SEAFast, Challenger Bermuda-1 (CB-1), American Samoa-Hawaii (ASH), Global Caribbean Network (GCN)*.

⁷⁴² Les Conventions sur la mer territoriale et celle sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer ne contiennent aucunes dispositions relatives aux câbles sous-marins. Toutefois, nous les avons intégrées dans le tableau synthétique afin de donner une vue d’ensemble des rapports normatifs en présence.

L'Etat non lié par la Convention des Nations Unies de 1982 a-t-il ratifié le texte ?	CONVENTIONS DE GENEVE DU 29 AVRIL 1958			
	CONVENTION SUR LA MER TERRITORIALE ET LA ZONE CONTIGUË	CONVENTION SUR LA HAUTE MER	CONVENTION SUR LA PECHE ET LA CONSERVATION DES RESSOURCES BIOLOGIQUES DE LA HAUTE MER	CONVENTION SUR LE PLATEAU CONTINENTAL
Etats ayant une façade maritime et relié par au moins un câble sous-marin international				
CAMBODGE	Oui (18 mars 1960)	Oui (18 mars 1960)	Oui (18 mars 1960)	Oui (18 mars 1960)
COLOMBIE	Non	Non	Oui (3 janvier 1963)	Oui (8 janvier 1962)
ÉMIRATS ARABES UNIS	Non	Non	Non	Non
ÉTATS-UNIS	Oui (12 avril 1961)	Oui (12 avril 1961)	Oui (12 avril 1961)	Oui (12 avril 1961)
IRAN	Non	Non	Non	Non
ISRAËL	Oui (6 septembre 1961)	Oui (6 septembre 1961)	Non	Oui (6 septembre 1961)
LIBYE	Non	Non	Non	Non
PEROU	Non	Non	Non	Non
SYRIE	Non	Non	Non	Non
TURQUIE	Non	Non	Non	Non
VENEZUELA	Oui (15 août 1961)	Oui (15 août 1961)	Oui (10 juillet 1963)	Oui (15 août 1961)

Etats ayant une façade maritime et n'étant relié à aucun câble sous-marin				
COREE DU NORD	Non	Non	Non	Non
EL SALVADOR	Non	Non	Non	Non
ÉRYTHREE.	Non	Non	Non	Non

S'agissant des Etats non parties aux conventions d'application, la principale question pratique consiste à déterminer si les règles posées par ces conventions spéciales ont acquis une valeur coutumière ou sont considérées comme ayant créé un régime objectif *erga omnes*. Les règles figurant dans les Conventions de Genève et reprises par la Convention de 1982 peuvent être considérées comme traduisant des normes de droit coutumier. S'agissant des cas non prévus, « il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des Etats, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume et même en les développant (...). Il est néanmoins indéniable que, ayant été adoptée par l'écrasante majorité des Etats, la Convention de 1982 revêt une importance majeure »⁷⁴³.

B. La liberté de poser des câbles sous-marins

La liberté d'immersion – ou de pose(r) – constitue la pierre angulaire du régime juridique du câble sous-marin. Son existence est garantie par les Conventions de Genève de 1958 et par la Convention de 1982. L'étude de la pratique doit pourtant inviter à en relativiser très fortement, *a minima*, la portée : si liberté de pose il y a, c'est au prix de concessions permanentes faites aux droits de l'Etat côtier. Affirmée **(1)**, atténuée **(2)**, la liberté de pose doit donc être rationalisée **(3)**, les Etats unis par l'ouvrage et les opérateurs câbliers sont donc contraints *de facto* de coopérer lorsqu'est envisagée la construction d'un nouveau câble.

1. Liberté affirmée

La liberté d'immerger un câble sous-marin est affirmée par les conventions sur la haute mer et le plateau continental de Genève du 29 avril 1958 **(a)**. Les bouleversements induits par la

⁷⁴³ CIJ, arrêt du 3 juin 1985, *Plateau continental Libye/Malte*, Rec. 1985, pp. 29-30.

convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 – pour ne mentionner que la création de la zone économique exclusive – ont également fortement impacté la liberté de pose **(b)**.

a. L’affirmation de la liberté de pose dans le droit de Genève

La Convention sur la haute mer, signée à Genève le 29 avril 1958⁷⁴⁴, consacre dans son article 2 § 3 la liberté de poser des câbles sous-marins parmi les libertés de la haute mer⁷⁴⁵, sous une double réserve. D’abord, l’État riverain ne peut entraver la pose ou l’entretien de ces câbles, sauf au moyen de « mesures raisonnables » ayant pour finalité l’exploration et l’exploitation de son plateau continental. Cette obligation est également rappelée, s’agissant du plateau continental, par l’article 4 de la Convention dédiée⁷⁴⁶. Cette obligation est de nature coutumière, comme l’a relevé la Cour dans l’affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* : « (...) Il ne fait pas de doute que certaines autres dispositions de la Convention (...) se rapportent en principe à des questions relevant du droit coutumier établi ; telles sont notamment l’obligation de ne pas entraver la pose ou l’entretien de câbles ou pipelines sous-marins sur le plateau continental (article 4) [...] »⁷⁴⁷. Ensuite, le maître de l’ouvrage doit tenir compte des câbles déjà installés sur le lit de la mer de telle sorte qu’il ne doit pas entraver les possibilités de réparations des câbles existants⁷⁴⁸. Dans sa mer territoriale, le consentement de l’État riverain est requis soit pour que les câbles transitent par sa mer territoriale, soit pour les faire atterrir sur son rivage.

b. L’affirmation de la liberté de pose dans le droit de « Montego-Bay »

La Convention de Montego-Bay accorde à tous les Etats le droit de construire un nouveau câble sous-marin, que l’infrastructure soit posée dans un espace situé sous **(b.1.)** ou hors **(b.2.)** juridiction nationale.

b.1. Le droit de poser un câble dans les espaces sous juridiction nationale

Le droit de poser un câble ou un pipeline sous-marin est garanti dans les espaces sous juridiction nationale : mer territoriale **(b.1.1.)**, eaux archipélagiques **(b.1.2.)**, zone économique exclusive et sur le plateau continental **(b.1.3.)**.

⁷⁴⁴ Convention sur la haute mer, Genève, 29 avril 1958, *Nations Unies, Rec. des traités*, vol. 450, p. 82.

⁷⁴⁵ Convention sur la haute mer, Genève, 29 avril 1958, art. 2, al. 3, *Nations Unies, Rec. des traités*, vol. 450, p. 82.

⁷⁴⁶ Convention sur le plateau continental, Genève, 29 avril 1958, art. 4, *Nations Unies, Rec. des traités*, vol. 499 p. 312.

⁷⁴⁷ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, *Rec. CIJ* 1969, p. 40, §65.

⁷⁴⁸ Convention sur la haute mer, Genève, 29 avril 1958, art. 26, § 2 et 3, *Nations Unies, Rec. des traités*, vol. 450, p. 82.

b.1.1. Le droit de pose dans la mer territoriale

Dans les eaux territoriales, il n'existe pas d'obligation de reconnaître un « droit de passage inoffensif » des câbles et pipelines, car ce droit concerne uniquement les navires⁷⁴⁹. Comme le relevait G. Gidel, « le passage inoffensif implique une situation essentiellement transitoire et qui exclut toute notion de présence permanente. On doit donc limiter le concept de passage inoffensif à ces instruments mouvants de communication que sont les navires ; il est impossible d'étendre, au moyen d'un raisonnement par analogie, cette notion à des instruments de communication établis à demeure, tels que sont par exemple les câbles télégraphiques. C'est pourquoi il n'a jamais été admis, ni même jamais prétendu, qu'un câble télégraphique pût être immergé dans la mer territoriale d'un État sans l'agrément express de cet État »⁷⁵⁰. En revanche, en sa qualité de souverain territorial, l'État côtier peut interdire la pose d'un câble, « établir des conditions s'appliquant aux câbles ou pipelines qui pénètrent dans son territoire ou dans sa mer territoriale »⁷⁵¹, mais également adopter des lois et règlements portant sur la « protection des câbles et pipelines »⁷⁵². Cette solution s'applique également aux baies⁷⁵³ et aux câbles dont le tracé était initialement situé en haute-mer et désormais situés dans la mer territoriale d'un Etat côtier du fait de la généralisation de la règle des douze miles marins. Comme le souligne J.-P. Quéneudec, « les câbles sous-marins longeant certaines côtes sans nécessairement de point d'atterrissage sur le territoire des Etats dans les eaux desquels ils ont été immergés. Il n'est pas douteux que l'entretien ou le remplacement de ces câbles ne peut être désormais entrepris qu'avec le consentement des Etats concernés, même si le tracé de ces câbles étaient initialement situé en haute mer en raison de l'existence d'eaux territoriales plus réduites au moment de leur immersion »⁷⁵⁴.

b.1.2. Le droit de pose dans les eaux archipélagiques

Aux termes de l'article 49, §1, de la Convention de 1982, « la souveraineté de l'État archipel s'étend aux eaux situées en deçà des lignes de base archipélagiques (...) désignées sous le nom d'eaux archipélagiques »⁷⁵⁵. S'agissant des câbles déjà posés, l'article 51, § 2, dispose que « les Etats

⁷⁴⁹ Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, Genève, 29 avril 1958, art. 14 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego-Bay, 10 décembre 1982, art. 17.

⁷⁵⁰ GIDEL G., *Le droit international public de la mer. Le temps de paix, t. III, La mer territoriale et la zone contiguë*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1981, p. 209, note de bas de page n° 3.

⁷⁵¹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego-Bay, 10 décembre 1982, art. 79 § 4.

⁷⁵² Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego-Bay, 10 décembre 1982, art. 21 § 1, c). V. *infra*.

⁷⁵³ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego-Bay, 10 décembre 1982, art. 10 § 2. V. The Supreme Court of Newfoundland (Canada), « *The Direct United States Cable Company v. The Anglo-American Telegraph Company* », *International Law Reports*, vol. 43, p. 105.

⁷⁵⁴ QUENEUDEC J.-P., « Chronique du droit de la mer. II. Câbles sous-marins », *AFDI*, 1981, p. 679.

⁷⁵⁵ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 49 § 1.

archipels respectent les câbles sous-marins déjà en place qui ont été posés par d'autres Etats et passent dans leurs eaux sans toucher le rivage. Ils autorisent l'entretien et le remplacement de ces câbles après avoir été avisés de leur emplacement et des travaux d'entretien et de remplacement envisagés »⁷⁵⁶. Rien n'est dit, en revanche, de l'installation de nouveaux câbles sauf à interpréter extensivement les « activités légitimes » visées à l'article 51, §1. Ce dernier dispose que « sans préjudice de l'article 49, les Etats archipels respectent les accords existants conclus avec d'autres Etats et reconnaissent les droits de pêche traditionnels et les *activités légitimes* des Etats limitrophes dans certaines zones faisant partie de leurs eaux archipélagiques. Les conditions et modalités de l'exercice de ces droits et activités, y compris leur nature, leur étendue et les zones dans lesquelles ils s'exercent, sont, à la demande de l'un quelconque des Etats concernés, définies par voie d'accords bilatéraux conclus entre ces Etats. Ces droits ne peuvent faire l'objet d'un transfert ou d'un partage au bénéfice d'Etats tiers ou de leurs ressortissants »⁷⁵⁷.

b.1.3. Le droit de pose dans la zone économique exclusive et sur le plateau continental

Déterminer le droit applicable à la pose des câbles sous-marins dans les espaces situés au-delà de la mer territoriale revient à effectuer un véritable jeu de piste dans le texte de la Convention de 1982. Dans la *zone économique exclusive*, l'article 58 de la CNUDM accorde à tous les Etats – qu'ils soient côtiers ou sans littoral – la liberté de *poser* des câbles et pipelines sous-marins « visés à l'article 87 »⁷⁵⁸, et d'*utiliser* la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de ces libertés et compatibles avec les autres dispositions de la Convention, « notamment dans le cadre de l'exploitation des navires, d'aéronefs et de câbles et pipelines sous-marins »⁷⁵⁹. L'exercice de ces droits doit s'effectuer dans le respect des droits, obligations, lois et règlements de l'Etat côtier⁷⁶⁰. L'article 58 fait donc référence, s'agissant des câbles, à l'article 87, §1, c) relatif à la liberté de la haute mer. Ce texte accorde à tous les Etats le droit de poser des câbles dans la haute mer, mais opère lui aussi un renvoi à d'autres dispositions de la Convention : cette liberté s'exerce « *sous réserve de la partie VI* »⁷⁶¹. Consacrée au plateau continental, la partie VI de la Convention s'étend des articles 76 à 85. Son article 79, « Câbles et pipelines sous-marins sur le plateau continental », dispose :

⁷⁵⁶ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 51 § 2.

⁷⁵⁷ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 51 § 1. Nous soulignons.

⁷⁵⁸ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 58, al. 1^{er}.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 58, al. 3.

⁷⁶¹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 87, al. 1, c).

« 1. Tous les Etats ont le droit de poser des câbles et des pipelines sous-marins sur le plateau continental conformément au présent article.

2. Sous réserve de son droit de prendre des mesures raisonnables pour l'exploration du plateau continental, l'exploitation de ses ressources naturelles et la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution par les pipelines, l'Etat côtier ne peut entraver la pose ou l'entretien de ces câbles ou pipelines.

3. Le tracé des pipelines posés sur le plateau continental doit être agréé par l'Etat côtier.

4. Aucune disposition de la présente partie n'affecte le droit de l'Etat côtier d'établir des conditions s'appliquant aux câbles ou pipelines qui pénètrent dans son territoire ou dans sa mer territoriale, ou sa juridiction sur les câbles et pipelines installés ou utilisés dans le cadre de l'exploration de son plateau continental ou de l'exploitation de ses ressources, ou de l'exploitation d'îles artificielles, d'installations ou d'ouvrages relevant de sa juridiction.

5. Lorsqu'ils posent des câbles ou des pipelines sous-marins, les Etats tiennent dûment compte des câbles et pipelines déjà en place. Ils veillent en particulier à ne pas compromettre la possibilité de réparer ceux-ci ».

Le texte est ambigu dans la mesure où il laisse à l'Etat côtier la possibilité d'assimiler pratiquement un câble sous-marin à un pipeline. Si l'Etat côtier doit donner son agrément au tracé des pipelines, rien n'est mentionné dans l'article 79 § 3 quant à celui des câbles sous-marins. Toutefois, comme le souligne L. Savadogo, « ce même article oblige l'Etat poseur d'un câble à tenir compte des câbles et pipelines déjà en place, il paraît inévitable que tout projet de pose d'un nouveau câble sur le plateau continental devrait être préalablement soumis à l'Etat côtier, qui pourrait demander des rectifications de tracé »⁷⁶².

Le droit de poser un câble sous-marin est également garanti par le droit de la mer dans les espaces situés hors de la juridiction nationale.

b.2. Le droit de poser un câble sous-marin dans les espaces situés hors de la juridiction nationale

Le droit de poser un câble sous-marin est garanti dans les espaces situés hors de la juridiction nationale : haute mer (b.2.1.), et Zone (b.2.2.).

⁷⁶² SAVADOGO L., « Le régime international des câbles sous-marins », JDI, 2013, pp. 45-82.

b.2.1. Le droit de pose dans la haute mer

Comme nous venons de le voir, l'article 87 de la Convention retient le principe de la liberté de pose des câbles sous-marins dans la haute-mer, sous réserve de leur éventuel passage par le plateau continental d'un Etat. Dans ce dernier cas, il doit être fait application des dispositions pertinentes de la partie VI⁷⁶³.

b.2.2. Le droit de pose dans la Zone

Dans la Zone⁷⁶⁴, la CNUDM n'a pas confié à l'Autorité internationale des fonds marins de pouvoirs particuliers concernant les câbles sous-marins, la pose de ces derniers ne relevant pas des « activités menées dans la Zone » au sens de l'article 1 § 3 de la Convention, ce dernier ne visant que « toutes les activités d'exploration et d'exploitation des ressources de la Zone »⁷⁶⁵. L'article 112 § 1, relatif au droit de poser des câbles ou des pipelines sous-marins, accorde à « tout Etat a le droit de poser des câbles ou des pipelines sous-marins sur le fond de la haute mer, au-delà du plateau continental ».

Le § 2 de cette disposition renvoie à l'article 79 § 5 qui s'applique aux câbles et pipelines : « Lorsqu'ils posent des câbles ou des pipelines sous-marins, les Etats tiennent dûment compte des câbles et pipelines déjà en place. Ils veillent en particulier à ne pas compromettre la possibilité de réparer ceux-ci »⁷⁶⁶. Ces dispositions doivent être lues conjointement avec l'article 87, § 2, qui oblige chaque Etat à tenir compte de l'intérêt que « représente l'exercice de la liberté de la haute mer pour les autres Etats, ainsi que des droits reconnus par la Convention concernant les activités menées dans la Zone ». Les enjeux environnementaux sous-tendus par la pose de câbles dans la Zone ont toutefois amené le Comité international de la protection des câbles et l'Autorité à conclure un Mémorandum d'accord dans lequel les deux parties s'accordent réciproquement le statut d'observateur⁷⁶⁷. A cet effet, les deux organisations ont adopté plusieurs mesures communes de coopération visant notamment la consultation sur des questions d'intérêt commun, assistance de leurs représentants aux réunions de haut niveau, échange de données et d'informations sur le tracé des câbles et les zones de prospection et d'exploration ainsi que sur l'environnement.

⁷⁶³ *V. supra.*

⁷⁶⁴ La CNUDM définit la Zone comme les « fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale » : Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego-Bay, 10 décembre 1982, art. 1 § 1.

⁷⁶⁵ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego-Bay, 10 décembre 1982, art. 1 § 3.

⁷⁶⁶ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego-Bay, 10 décembre 1982, art. 79 § 5.

⁷⁶⁷ AUTORITE INTERNATIONALE DES FONDS MARINS, « Demande d'octroi du statut d'observateur conformément à l'alinéa e), § 1 de l'article 82 du Règlement intérieur de l'Assemblée, présentée au nom du Comité international de protection des câbles », *Note du Secrétariat, ISBA/16/A/INF.1*, 3 mars 2010, 4 p. Ce mémorandum a été signé le 15 décembre 2009 par le Secrétaire général de l'Autorité et le 25 février 2010 par le Président du Comité international de protection des câbles.

La liberté d’immerger un câble sous-marin est affirmée par les Conventions de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer et le plateau continental. Les bouleversements induits par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 – pour ne mentionner que la création de la zone économique exclusive – ont également fortement impacté la liberté de pose qui fait par ailleurs l’objet de limites.

2. Liberté atténuée

Bien qu’affirmée, la liberté de poser un câble sous-marin doit être profondément nuancée. Elle ne peut être absolue dès lors que l’on considère la nature technique du câble sous-marin **(a)** et que le droit de la mer contemporain est de plus en plus fortement marqué par l’emprise unilatérale de l’Etat côtier **(b)**.

a. Une liberté atténuée du fait de la nature technique du câble sous-marin

Aux origines de l’immersion des câbles, la situation était donc assez simple : la liberté de la haute mer permettait la pose des câbles sous-marins et le consentement des Etats d’atterrissage ou de transit était requis pour la mise en place dans les eaux territoriales⁷⁶⁸. La *liberté* de pose, entendue dans son étymologie la plus stricte, s’accommode mal des évolutions du droit de la mer dont l’apparition du plateau continental et de la zone économique exclusive constituent les manifestations les plus éclatantes. Dans ces espaces, la liberté de poser des câbles y est amoindrie ; elle connaît incontestablement des restrictions.

Elle se heurte tout d’abord à la *nature technique* de l’ouvrage : les câbles n’ont pas vocation à être seulement immergés, encore faut-il qu’ils soient raccordés au territoire terrestre des Etats impliqués dans le projet. La démonstration est en effet évidente, mais un câble sous-marin n’est pas une île artificielle⁷⁶⁹. Cette dernière, fixée au sol en un point unique, se situe dans un « espace », *sous* ou *hors* juridiction nationale. Le câble, quant à lui, est sur le plan technique un ouvrage unique, continu, qui traverse une série d’espaces placés *sous* et *hors* juridiction nationale.

Hypothèse n° 1 – La pose du câble n’affecte que la haute mer et les espaces maritimes sous la juridiction des Etats parties à l’accord de construction – Dans l’hypothèse la plus simple, la pose du câble n’affectera que la haute mer et les espaces maritimes sous la juridiction des Etats

⁷⁶⁸ La liberté y est d’autant plus forte lorsqu’est envisagée la construction d’un câble sous-marin purement national, ne nécessitant l’intervention d’aucun autre Etat.

⁷⁶⁹ *V. supra, chapitre dédié.*

d'atterrissage. C'est le cas, entre autres exemples, du câble transatlantique Hibernia Atlantic qui forme une boucle entre le Royaume-Uni, l'Irlande, le Canada et les Etats-Unis⁷⁷⁰. Selon les règles générales du droit international de la mer, la liberté de pose des câbles sous-marins est toujours la règle en haute mer comme le réaffirment la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer dans son article 2 et la Convention de 1982 dans ses articles 87 et 112. Ce type de tracé engendre, s'agissant de l'immersion, deux types de problèmes juridiques liés à l'obtention du consentement des Etats côtiers pour le raccordement du câble à travers leurs eaux territoriales et à la compatibilité du tracé avec les autres activités s'exerçant dans les espaces maritimes sous juridiction nationale. Ces questions sont réglées par l'accord-cadre et l'accord de construction et d'exploitation du câble auxquels les Etats côtiers sont parties.

Hypothèse n° 2 – La pose du câble nécessite le transit de celui-ci à travers la zone économique exclusive et/ou le plateau continental d'Etats non parties à l'accord de construction – L'augmentation significative de la demande en câbles sous-marins jusqu'au début des années 2000 a engendré un phénomène de concentration extrêmement important dans certaines zones stratégiques pour l'expansion du réseau général, désormais saturées de câbles. Ce mouvement a amplifié les problèmes posés dès l'origine des techniques étudiées par le transit de certains câbles à travers la zone économique exclusive et/ou le plateau continental *d'Etats non parties à l'accord de construction*. Pour relier les huit Etats africains parties à son accord de construction⁷⁷¹, l'Eastern Africa Submarine System (EASSy) doit ainsi transiter par la Somalie, le Yémen, l'Erythrée et l'Arabie Saoudite. La situation est alors plus délicate que dans la première hypothèse car elle comporte une nouvelle variable : l'attitude juridique unilatérale des Etats de transit à l'égard du câble. En principe, l'Etat côtier ne peut entraver la pose de câbles ou pipes-lines sur son plateau continental ou sa zone économique exclusive, mais dispose néanmoins du droit de prendre des mesures raisonnables pour l'exploration et l'exploitation des richesses. Par extension, l'Etat côtier ne devrait pas non plus pouvoir s'opposer aux études préalables de la topographie des fonds nécessaires à la détermination du tracé, à condition qu'elles aient fait l'objet d'une notification préalable adressée à l'Etat côtier. Dans les espaces où le réseau forme des nœuds d'interconnexion très importants⁷⁷² ou dans les espaces resserrés, la liberté de poser un câble – entendue en son sens premier – devient très rapidement illusoire. Un exemple, pris parmi d'autres⁷⁷³, suffit à s'en convaincre. D'une largeur de 300 km, soit

⁷⁷⁰ Long de 12.200 km, le câble part de la ville de Lynn, sur la côte est des Etats-Unis avant de transiter par la station d'atterrissage d'Halifax au Canada. Au-delà, le câble parcourt l'océan atlantique pour rallier Dublin, en Irlande, Southport puis Coleraine au Royaume-Uni. Le câble forme ensuite une boucle de retour vers Halifax.

⁷⁷¹ Ce câble relie la Tanzanie (Dar Es Salaam), Djibouti (Djibouti City), le Mozambique (Maputo), le Kenya (Mombasa), les Comores (Moroni), l'Afrique du Sud (Mtunzini), le Soudan (Port Soudan) et Madagascar (Toliary).

⁷⁷² V. notamment la situation de l'Asie du Sud Est : TELEGEOGRAPHY, *Submarine Cable Map*, <http://www.submarinecablemap.com>.

⁷⁷³ V. not. la situation dans le Golfe persique et le Golfe d'Oman : TELEGEOGRAPHY, *Submarine Cable Map*, préc.

un peu moins de 162 milles marins, la Mer Rouge est partagée par huit Etats riverains⁷⁷⁴. En 2013, cet espace était grevé de douze câbles sous-marins⁷⁷⁵ reliant cinquante-quatre Etats⁷⁷⁶ et occupant plus de 60% de sa largeur totale. Dans de telles conditions, la « liberté » de l'Etat poseur de câble est obligatoirement subordonnée à la tenue de consultations avec l'Etat côtier pour débattre avec lui des infrastructures existantes et des projets d'exploration et d'exploitation envisagés de façon à adopter un tracé de câble compatible. Certes, la juridiction de l'Etat côtier sur ces espaces est grevée « d'une sorte de servitude de pose des câbles »⁷⁷⁷, le tracé seulement devant faire l'objet d'une concertation. Néanmoins, le tracé des pipes-lines étant soumis à l'agrément de l'Etat côtier et celui des câbles devant être compatible avec lui, l'Etat poseur de câble se trouve *de facto* dans une situation plus précaire que son partenaire, ce dernier pouvant dès lors demander des rectifications du tracé, puisque disposant de droits exclusifs pour l'exploration et l'exploitation du sol et du sous-sol⁷⁷⁸. Comme le résume J. Chappez, « en droit strict, la pose du câble n'est pas subordonnée à une autorisation préalable de l'Etat côtier, sinon le principe de liberté disparaîtrait — on n'est pas libre de faire ce qu'un autre peut vous interdire — mais en fait, on n'en est pas très loin car les deux Etats doivent s'entendre sur la localisation du câble et sur celle des autres infrastructures et installations utilisant le lit de la mer »⁷⁷⁹. D'autre part, l'Etat qui pose un nouveau câble doit tenir compte des câbles et pipes-lines déjà installés et ne doit pas gêner la possibilité de les entretenir et de les réparer. La CNUDM, dans son article 51 § 2, ne formule expressément cette faculté qu'à propos des eaux archipélagiques. Par extension, et parce que l'entretien et la réparation sont consubstantiels à la liberté de pose, il nous semble que cette liberté doit être reconnue partout où la liberté de pose est reconnue. Ainsi, une opération d'entretien ou de réparation ne saurait être refusée par l'Etat côtier après qu'il en ait été informé et que le calendrier et le détail des travaux aient fixés en concertation avec lui.

C'est dire que la « liberté » dont il est question ici est indexée sur un processus de décision collective : *in fine*, la décision procéder à la construction de l'ouvrage est prise par l'ensemble des Etats situés de part et d'autre de l'espace maritime à franchir. Les Etats d'atterrissement, c'est-à-dire

⁷⁷⁴ L'Egypte, l'Erythrée, Djibouti, le Soudan, le Yémen, l'Arabie saoudite, Israël et la Jordanie.

⁷⁷⁵ L'*Europe India Gateway*, l'*IMEWE*, le *SEACOM/Tata TGN-Eurasia*, le *Flag Falcon*, le *Flag Europe Asia*, le *SeaMeWe-3*, le *SeaMeWe-4*, le *Middle East North Africa (MENA) Cable System/Gulf Bridge International*, l'*Asia Africa Europe (AAE)-1*, le *Saudi Arabia-Sudan-2 (SAS-2)*, le *Saudi Arabia-Sudan-1 (SAS-1)* et le *Eastern Africa Submarine System (EASSy)*.

⁷⁷⁶ Afrique du sud, Algérie, Allemagne, Arabie saoudite, Australie, Bahreïn, Belgique, Bangladesh, Birmanie, Brunei, Chine, Chypre, Comores, Corée du Sud, Djibouti, Egypte, Emirats arabes unis, Espagne, France, Gibraltar, Grèce, Hong-Kong, Inde, Indonésie, Iraq, Iran, Italie, Kenya, Koweït, Japon, Jordanie, Liban, Libye, Madagascar, Malaisie, Maroc, Monaco, Mozambique, Oman, Pakistan, Philippines, Portugal, Qatar, Royaume-Uni, Singapour, Soudan, Sri Lanka, Taïwan, Tanzanie, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Vietnam, Yémen. Pour la répartition des différentes stations d'atterrissement par câble, v. notre tableau synthétique en annexe. Pour une représentation interactive et contextualisée dans la géographie des lieux, v. *TELEGEOGRAPHY, Submarine Cable Map, préc.*

⁷⁷⁷ CHAPPEZ J., « Les câbles sous-marins de télécommunications », *AFDI*, 1986, p. 770.

⁷⁷⁸ QUENEUDEC J.-P., « Chronique du droit de la mer. II. Câbles sous-marins », *AFDI*, 1981, p. 678.

⁷⁷⁹ CHAPPEZ J., « Les câbles sous-marins de télécommunications », *AFDI*, 1986, p. 770.

ceux dont le territoire servira de point de raccordement du câble aux stations techniques terrestres, sont prioritairement décisionnaires puisque leur compétence territoriale est affectée par la mise en place du câble : à quoi bon immerger un câble en haute mer dont on sait pertinent qu'il ne sera pas raccordé aux infrastructures nécessaires à son fonctionnement, faute d'accord de l'Etat côtier ?

b. Une liberté atténuée du fait de l'emprise unilatérale des Etats côtiers

Profitant de certaines incomplétudes de la Convention, les Etats ont adopté de façon progressive de nombreux actes unilatéraux relatifs à la pose des câbles sous-marins. Le contenu de ces lois et règlements est variable : tous ne visent pas à conférer à l'Etat côtier le pouvoir de contrôler la liberté de poser des câbles par un Etat tiers. Mais il existe indéniablement une pratique en ce sens, le plus souvent justifiée par la protection de l'environnement et à la lutte contre la pollution. La Chine⁷⁸⁰ et le Japon⁷⁸¹ imposent ainsi à l'Etat souhaitant poser un câble de leur adresser une demande formelle.

Le Bangladesh⁷⁸², l'Australie⁷⁸³, le Canada⁷⁸⁴, la Russie⁷⁸⁵ et Singapour⁷⁸⁶ subordonnent quant à eux la possibilité d'immerger un câble à l'obtention d'une licence ou à la détention d'un permis. Ainsi, au Yémen, la loi « garantit la liberté (...) de poser des câbles et des pipelines sous-marins dans sa zone économique exclusive »⁷⁸⁷. Pour autant, le texte interdit à « toute personne publique étrangère » de « construire ou d'entretenir tout (...) dispositif ou ouvrage ou de conduire toute activité d'exploitation ou d'entretien à des fins quelconques, à moins d'avoir conclu un accord spécial (...) à cette fin ou d'avoir obtenu un spécial des autorités compétentes »⁷⁸⁸. Est-ce à dire que l'Etat côtier peut aller jusqu'à refuser ou suspendre la pose d'un câble sous-marin dans un espace

⁷⁸⁰ REPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE, *Provisions Governing the Laying of Submarine Cables and Pipelines*, 1^{er} Mars 1989, art. 4.

⁷⁸¹ JAPON, *Telecommunications Business Law* n° 86, 25 décembre 1984, tel qu'amendé par la loi n° 125 du 24 juillet 2003, sect. n° 117, « *Approval business* ».

⁷⁸² BANGLADESH, *The Bangladesh Telecommunications Act 2001* (n° XVIII of 2001, art. 2, 3, chap. V « *License of Telecommunications* »).

⁷⁸³ AUSTRALIE, *Australian Communications and Media Authority, Guide to Applying for a Permit to Install a Submarine Cable in a Protection Zone*, Juillet 2007.

⁷⁸⁴ CANADA, *Telecommunications Act* SC 1993, c.38 3 « *International Submarine Cable Licences* », § 17 à 20.

⁷⁸⁵ RUSSIE, *International Submarine Cable Licenses Regulations*, SOR/98-488. – res. of the Government of the Russian Federation, 9 juillet 2010, n° 417, Moscow « *On the Rules permit the laying of submarine cables and pipelines on the continental shelf of the Russian Federation and the Regulation permits for drilling operations for purposes not related to regional geological study, prospecting, exploration and mining of mineral resources of the continental shelf of the Russian Federation* ».

⁷⁸⁶ SINGAPOUR, *An Act to establish and incorporate the Maritime and Port Authority of Singapore, to provide for its functions and powers, and for matters connected therewith* (chap. 170A), 2 février 1996.

⁷⁸⁷ L. n° 45, 17 déc. 1977 relative à la mer territoriale, à la zone économique exclusive, au plateau continental et à d'autres étendues maritimes, art. 15, *Le droit de la mer. Législation nationale en matière de zone économique exclusive*, op. cit., pp. 448-451.

⁷⁸⁸ L. n° 45, 17 déc. 1977 relative à la mer territoriale, à la zone économique exclusive, au plateau continental et à d'autres étendues maritimes, art. 20, *Le droit de la mer. Législation nationale en matière de zone économique exclusive*, op. cit., pp. 448-451.

normalement soustrait à la juridiction nationale ? La CNUDM, dans son article 300, met à la charge des Etats parties une obligation de remplir leurs engagements de bonne foi. Corrélativement, elle proscrit l'utilisation abusive des droits. Comme l'indique L. Savadogo, « dans les faits, le droit pour les Etats côtiers de protéger leurs intérêts pèse lourd. Il crée des obligations à la charge des Etats tiers ou mitigent leurs droits, subvertit le principe de la liberté de la haute mer »⁷⁸⁹.

*

La liberté d'immerger un câble sous-marin est affirmée par les Conventions de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer et le plateau continental. Les bouleversements induits par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 – pour ne mentionner que la création de la zone économique exclusive – ont également fortement impacté la liberté de pose qui fait par ailleurs l'objet de limites. Bien qu'affirmée, la liberté de poser un câble sous-marin doit être profondément nuancée. Elle ne peut être absolue dès lors que l'on considère la nature technique du câble sous-marin et que le droit de la mer contemporain est de plus en plus fortement marqué par l'emprise unilatérale de l'Etat côtier. Prenant acte du réseau existant de câbles sous-marins, la construction d'un nouvel ouvrage en vue de le raccorder au réseau préexistant nécessite désormais la conclusion d'accords internationaux entre Etats souverains : la liberté de pose est donc rationalisée.

3. Liberté rationalisée

Si le câble met relie uniquement deux Etats terminaux, la décision de le réaliser procèdera d'un accord bilatéral. Il s'agit d'une hypothèse fréquente⁷⁹⁰, mais certainement pas absolue : d'abord, et comme nous l'avons souligné, parce qu'il existe des câbles purement nationaux dans la mesure où ils relient deux portions de territoires placés sous la juridiction d'un même Etat⁷⁹¹. Ensuite, parce que dans les zones de grand trafic, le câble sous-marin aboutit à l'une ou à l'autre de ces extrémités, voire aux deux, à plusieurs Etats d'atterrissage. Ainsi, le *West African Cable System (WACS)*, long de 14.916 km, comporte quatorze points d'atterrissage, situés dans quatorze Etats différents. Il prend son origine sur le rivage de la ville d'Highbridge, au Royaume-Uni, avant de desservir le Portugal (Seixal), l'Espagne (par le biais des îles Canaries), le Cap Vert (Palmarejo), la Côte d'Ivoire (Abidjan), le Ghana (Accra), le Togo (Lomé), le Nigéria (Lagos), le Cameroun (Limbe), le Congo

⁷⁸⁹ SAVADOGO L., « Le régime international des câbles sous-marins », *JDI*, 2013, pp. 45-82 ; V. pour le dernier texte en date en France : Décret n° 2013-611 du 10 juillet 2013 relatif à la réglementation applicable aux îles artificielles, aux installations, aux ouvrages et à leurs installations connexes dans la zone économique exclusive, sur le plateau continental dans la zone économique et la zone de protection écologique ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins, NOR: DEVL1204202D, *JORF*, n° 0160 du 12 juillet 2013, p. 11622 et s.

⁷⁹⁰ V., entre autres : *Seychelles to East Africa System (SEAS)*, Tanzanie, Seychelles), *Australia-Singapore Cable (ASC)*, Australie, Singapour), *Honotua* (Etats-Unis (Hawaï), Polynésie française).

⁷⁹¹ On citera, entre autres, le *Svalbard Undersea Cable System* (Norvège, 2004) et l'*ACS Alaska-Oregon Network (AKORN)*, Etats-Unis, 2009).

(Pointe-Noire), la République démocratique du Congo (Muanda), l'Angola (Sangano), la Namibie (Swakopmund). Il termine sa course à la station d'atterrissage d'Yzerfontein, en Afrique du Sud. En pratique, notamment pour les systèmes de câbles complexes à plusieurs points d'atterrissage de part et d'autre/ les pays situés au-delà qui envisagent d'utiliser le câble sur une longue période sont parties prenantes à l'opération dès le départ et participent à son financement.

La décision initiale de construire un nouveau câble sous-marin fait la plupart du temps l'objet d'un accord-cadre. Pris au niveau gouvernemental, ce dernier vise à mettre les différentes administrations concernées d'accord sur les dispositions essentielles du projet : type de câble, configuration et tracé, capacité en circuits, conditions générales et délais de réalisation, détermination des propriétaires et des responsables des différents tronçons. Le tracé général du câble est une donnée déterminante car le choix des points d'atterrissage s'accompagnera de la recherche du consentement des Etats dont les eaux territoriales, la zone économique exclusive et/ou le plateau continental seront traversés en transit. Ainsi, la négociation portera dans ces deux derniers cas sur la compatibilité de la pose du câble avec leurs activités d'exploration et d'exploitation de ces espaces maritimes. Quand seuls sont concernés les zones économiques et les plateaux continentaux des Etats d'atterrissage, les divers ministères intéressés doivent se concerter pour résoudre, lors du tracé définitif du câble, les problèmes nés d'éventuelles interférences entre les diverses activités utilisant le lit de la mer.

La conclusion de l'accord-cadre débouche sur celle de l'accord de construction qui a pour finalité de déterminer les modalités selon lesquelles le câble sous-marin sera fourni, construit, entretenu et exploité. Les Administrations des Postes et Télécommunications et/ou les sociétés privées ayant décidé d'investir dans le système de câble et qui en seront les co-propriétaires sont parties à cet accord. L'accord identifie le câble en fonction de ses différentes sections. Au minimum, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un ouvrage bilatéral, un câble en comporte trois : chaque station côtière où atterrit le câble constitue une section, le câble lui-même entre les points terminaux formant la troisième. Dans le cas d'un ouvrage multilatéral, le modèle précédent est agrémenté de sous-sections : le câble est divisé en sous-sections correspondant d'une part à la portion commune et d'autre part à chacune des branches de dérivation. Sur la base des infrastructures à construire, l'accord précisera les règles de propriété et de construction de chacune des sections ainsi délimitées.

Si l'accord est bilatéral, les deux organisations responsables des télécommunications peuvent conjointement conclure un contrat de fourniture avec un constructeur, chacun finançant l'ouvrage à 50 % et détenant la propriété des demi-circuits correspondant à son extrémité. L'une des Administrations concernées peut également réaliser le câble sous le contrôle commun. Beaucoup plus fréquemment, les deux parties créeront une société commune ayant le statut de société anonyme ou

de SARL. Dotée de la personnalité morale et soumise au droit privé, cette société commune assure la représentation paritaire des deux parties et présente l'avantage de constituer un interlocuteur unique face aux différents allocataires de circuits. La création de la société se justifie surtout sur le plan financier. En l'absence de société commune, les deux parties financent commandent directement l'ouvrage à réaliser à un constructeur et financent chacune la moitié du coût sur crédits budgétaires. Compte tenu du coût élevé du câble, cette solution impacte fortement les budgets d'investissements des deux parties. La société privée, qui pourra emprunter l'essentiel des fonds nécessaires, constitue ainsi l'outil principal de la débugétisation de l'opération de construction.

Lorsque le câble comporte une pluralité de points d'atterrissage, l'opération est assurée par un groupement des différents investisseurs, qui participent au prorata du nombre de circuits qu'ils envisagent d'acquérir. En théorie, les différentes sous-sections du câble sont le plus souvent réalisées par les constructeurs nationaux des Etats terminaux. En pratique, peu d'Etats disposent aujourd'hui de constructeurs maîtrisant les technologies spécifiques nécessaires à la fabrication et à la mise en place des câbles sous-marins en fibres optiques. Les Etats faiblement développés souffrent au premier rang de l'absence de maîtrise de ces savoirs. C'est donc avec les constructeurs spécialisés que les Administrations ou compagnies exploitantes des pays d'atterrissage doivent conclure (sur appel d'offres ou de gré à gré) les contrats de fourniture. Le constructeur retenu, qu'il soit national ou non, aura pour mission principale de fournir la sous-section du câble atterrissant sur le territoire de l'Etat. Les différents éléments du câble devant être connectés les uns aux autres, une entité chargée de la coordination générale des travaux de construction est instituée par l'accord.

En dépit de l'existence de nombreux instruments internationaux applicables, l'encadrement juridique de la construction des câbles sous-marins demeure extrêmement fragmenté. La liberté d'immersion en constitue la pierre angulaire et est garantie par les Conventions de Genève de 1958 et par la Convention de 1982. Les bouleversements induits par le nouveau droit de la mer – pour ne mentionner que la création de la zone économique exclusive – ont marqué le retour de l'emprise de l'Etat côtier. Affirmée en droit tout autant qu'elle est atténuée dans les faits, la liberté de pose doit donc être ordonnée. Il en va ainsi dès lors que l'on considère la nature technique du câble sous-marin : les Etats unis par l'ouvrage et les opérateurs câbliers sont contraints *de facto* de coopérer lorsqu'est envisagée la construction d'un nouveau câble. L'étude du régime juridique de la *protection* du câble sous-marin confirmera ces conclusions.

§2. Le régime de la protection du câble sous-marin

Une fois immergé, le câble se verra assigné des fonctions diverses : transport d'informations et des communications, d'électricité, affectation militaire, etc. Le régime juridique de ces activités,

profondément diverses, est dominé par la nécessité d'une protection efficace des câbles qui sont fortement exposés aux risques de rupture et/ou de détérioration attribuables (ou non) aux *activités humaines*. Toutes causes confondues, entre cent et cent-cinquante incidents sont ainsi relevés chaque année par les opérateurs concernés, selon les projections disponibles établies par le PNUE⁷⁹².

Il en va d'abord, s'agissant des *activités humaines*, de la détérioration *volontaire* de câbles immergés. Celle-ci peut être exercée dans le but de saboter l'ouvrage ou, plus rationnellement, d'en voler l'infrastructure. En 2007, cent kilomètres de câbles sous-marins furent ainsi subtilisés au large du Vietnam, provoquant une rupture des communications téléphoniques régionales dix-neuf jours durant⁷⁹³. La liberté d'utilisation est ensuite susceptible d'être altérée par une détérioration *involontaire* du câble, procédant principalement d'activités de pêche ou de la prise de l'ancre du navire ou des appareils de pêche dans un câble. Depuis 1959, le PNUE et l'ICPC ont ainsi relevé 2162 incidents ayant conduit à une rupture de câble dont la plus grande proportion ont été constatés sur le plateau continental, près des terres, à une profondeur de moins de cent mètres⁷⁹⁴. Cela n'a par ailleurs rien d'étonnant, la plupart des activités humaines susceptibles d'endommager les câbles s'effectuant à faible profondeur.

Les activités humaines ne sont pas les seules susceptibles d'endommager les câbles : le 26 décembre 2006, un séisme d'une magnitude de 7.0 sur l'échelle ouverte de Richter, frappa le sud de l'île de Taïwan, causant la rupture de neuf câbles sous-marins en fibre optique. Immédiatement après la rupture, l'ensemble des télécommunications de l'Asie du Sud-Est furent fortement perturbées, au premier rang desquelles les données nécessaires au bon fonctionnement des marchés financiers⁷⁹⁵. L'éventail des manifestations naturelles en cause s'étend des tremblements de terre aux fortes tempêtes en passant, dans une bien moindre mesure, par les volcans en éruption ou les icebergs à la dérive⁷⁹⁶. A la différence des incidents d'origine humaine, plus nombreux et concentrés sur des zones de faible profondeur, les ruptures de câbles causées par des phénomènes naturels ne concernent que 10% des cas constatés au total, mais l'essentiel des incidents survenant par grande profondeur, au-delà de 1500 mètres. Afin d'organiser la protection du câble sous-marin, le droit international pertinent impose aux Etats parties de réprimer toute(s) atteinte(s) portées à l'intégrité du câble. *In abstracto*, les fondements juridiques de cette protection **(A)** sont satisfaisants. *In concreto*, nous verrons que la mise en œuvre **(B)** de cette protection apparaît inadéquate, si ce n'est lacunaire.

⁷⁹² PNUE, World Conservation Monitoring Centre, *Submarine cables and the oceans : connecting the world*, op. cit., p. 44.

⁷⁹³ SAVADOGO L., « Le régime international des câbles sous-marins », *JDI*, 2013, p. 45.

⁷⁹⁴ PNUE, World Conservation Monitoring Centre, *Submarine cables and the oceans : connecting the world*, www.unep-wcmc.org, 2009, pp. 43-49.

⁷⁹⁵ PNUE, World Conservation Monitoring Centre, *Submarine cables and the oceans : connecting the world*, op. cit., p. 9.

⁷⁹⁶ PNUE, World Conservation Monitoring Centre, *Submarine cables and the oceans : connecting the world*, op. cit., p. 10.

A. Les fondements de la protection du câble sous-marin

Le cœur de ce dispositif repose sur la *Convention internationale relative à la protection des câbles sous-marins* du 14 mars 1884 qui institue un régime juridique protecteur des ouvrages contre les détériorations volontaires ou involontaires⁷⁹⁷. Les dispositions de ce premier traité multilatéral relatif aux câbles-marins ont fortement influencé la rédaction des Conventions de Genève 1958 et de la CNUDM qui ont repris un nombre substantiel de ses dispositions⁷⁹⁸. *Ratione loci*, le texte « s'applique en dehors des eaux territoriales, à tous les câbles sous-marins légalement établis qui atterrissent sur les territoires (...) de l'une ou l'autre de plusieurs des Hautes Parties Contractantes »⁷⁹⁹. Certains Etats parties ont toutefois manifesté la volonté d'étendre les dispositions du texte aux câbles posés dans la mer territoriale⁸⁰⁰. *Ratione materiae*, le traité s'applique à tous les câbles, publics ou privés, affectés aux « communications télégraphiques »⁸⁰¹. Certains Etats parties ont toutefois décidé d'appliquer la convention à des catégories plus larges d'ouvrages : le Royaume-Uni l'étend à tous les câbles sous-marins, y compris aux câbles à haute tension⁸⁰², tandis que les Pays-Bas l'étendent aux câbles téléphoniques⁸⁰³. *Ratione temporis*, la convention ne s'applique qu'en temps de paix et n'apporte donc aucune entrave à la liberté d'action des belligérants⁸⁰⁴. La jurisprudence a fait application de ce principe en exonérant de toute responsabilité les Etats-Unis d'Amérique pour avoir détruit des câbles neutres au cours de la guerre hispano-américaine de 1898. En l'espèce, il s'agissait de la destruction, le 2 mai 1898, dans la baie de Manille, du câble britannique Hong-Kong-Manille et les 11 mai et 11 juillet 1898 des câbles reliant les ports cubains de Cienfuegos et San Juan à d'autres ports cubains⁸⁰⁵.

⁷⁹⁷ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, Paris, 14 mars 1884. En vigueur depuis le 1er mars 1888, la convention compte au 1er janvier 2013, trente-sept parties contractantes : Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Costa-Rica, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Fidji, France, Grèce, Guatemala, Hongrie, Italie, Japon, Luxembourg, Malte, Maroc, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Dominicaine, Roumanie, Royaume-Uni, El Salvador, Suède, Tunisie, Turquie, Uruguay.

⁷⁹⁸ Tant et si bien que certains Etats parties à la Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins se sont interrogés sur l'utilité de maintenir en vigueur ce traité : v. pour la position des Etats-Unis, *UN Conference on the Law of the Sea Official records, vol. IV : 2e Committee (High Seas : General Regime), Summary records of meetings and Annexes, Geneva, 24 February-27 April 1958*, p. 16, § 19.

⁷⁹⁹ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. 1.

⁸⁰⁰ V., pour l'Allemagne, *Gesetz vom 21 November 1887 zur Ausführung des internationalen Vertrages zum Schutz der unterseeischen Telegraphenkabel vom 14 März 1884, § 1 Reichsgesetzbuch (RGBl) 1888*, p. 169.

⁸⁰¹ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. 2.

⁸⁰² *Submarine Telegraph Act*, 6 août 1885, sect. 5., disponible via <http://www.legislation.gov.uk>.

⁸⁰³ DISTRICT COURT OF ROTTERDAM, « *The State of Netherlands PTT (Post Office) and Post Office (London) v. Nedlloyd* », 17 January 1977, S & S (1977) n° 60, *The Netherlands Yearbook of International Law*, volume IX (1978), pp. 323-326 ; *International Law Reports*, vol. 74, p. 212-217. – « *The State of the Netherlands (PTT) and the Post Office (London) v. G. 't Mannetje – van Dam* », 20 November 1978, Institute's Collection n° 1274, *The Netherlands Yearbook of International Law*, vol. X, 1979, pp. 504-506.

⁸⁰⁴ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. XV. C'est ainsi que l'Allemagne, lors de la première Guerre mondiale, puis l'Italie au cours de la seconde Guerre mondiale furent privées de l'usage de leurs câbles sous-marins dès le début des hostilités.

⁸⁰⁵ SA, T. arbitral anglo-américain (institué par la Convention du 18 août 1910), *November 9, 1923, Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Limited (Great Britain) v. United States* ; SA, T. arbitral anglo-américain,

Le texte prévoit, entre autres dispositions, que les autres navires doivent observer une distance de sécurité d'un mile nautique à l'endroit des navires chargés de la pose et de la réparation des câbles sous-marins⁸⁰⁶. Les Etats sont également fondés à établir des « zones de sécurité » autour des câbles sous-marins. D'une distance maximale de cinq-cents mètres, la création et l'étendue d'une zone de sécurité doit être notifiée⁸⁰⁷. En pratique, ces zones prennent des noms variés : « aire protégée (protected area) » au Japon⁸⁰⁸ et en Nouvelle Zélande⁸⁰⁹, « zone de protection (protection zone) » en Australie⁸¹⁰, en Chine⁸¹¹ et dans les recommandations de l'ICPC⁸¹², « corridor de protection des câbles sous-marins (submarine cable corridor) » en Indonésie⁸¹³ et à Singapour⁸¹⁴. En France, c'est une « zone réglementée » qui a été établie au-dessus d'une portion du câble sous-marin de raccordement de la plate-forme SEM-REV au large du Croisic (Loire-Atlantique). D'une largeur de 200 mètres, elle prohibe tout mouillage, chalutage ou dragage au-dessus de l'ouvrage⁸¹⁵.

B. La mise en oeuvre de la protection du câble sous-marin

Les textes pertinents imposent dans un premier temps aux Etats de réprimer les atteintes portées à l'intégrité du câble sous-marin (1) en adoptant les lois et règlements pertinents dans leurs ordres juridiques internes. Cette obligation se double de la *possibilité* offerte aux Etats côtiers de prendre un certain nombre de mesures liées à la protection de l'environnement en lien avec le câblage sous-marin (2).

November 9, 1923, Cuba Submarines Telegraph Company, Limited (Great Britain) v. United States, Rec. sentences arbitrales, vol. VI, pp. 112-118 et pp. 118-120.

⁸⁰⁶ Lorsque les navires câbliers appartiennent à un État ou sont exploités par lui, ils jouissent en haute mer de l'immunité complète de juridiction : Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 96.

⁸⁰⁷ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 60, § 5 ; Convention sur le plateau continental, *préc.*, art. 5, § 3.

⁸⁰⁸ *Japan, Telecommunications Business Law (1 000 meters), Law n° 86 of December 25, 1984, section 141 (1).*

⁸⁰⁹ *New Zealand, Submarine and Pipelinesrotection Act 1996, Section 12 and Submarine Cables and Pipelines Order 1992, 2A.*

⁸¹⁰ *Australia telecommunication and other Legislation Amendment*, prescription mise en application par le *Australian Communications and Media Authority « ACMA » : Submarine Cable (Perth Protection Zone) Declaration 2007, dated 24th september 2007. – Submarine Cable (Northern Sydney Protection Zone) Declaration dated 6th july 2007. – Submarine Cable (Northern Sydney Protection Zone) Declaration 1st october 2007.*

⁸¹¹ *Decree n° 24 of the Ministry of Land and Resources of the People's Republic of China. Regulations of the Protection of Submarine Cables and Pipelines (into effect on 1 March 2004, article 7, 50 to 500 meters).*

⁸¹² *ICPC, Recommendation n° 6, Recommended Actions for Effective Cable Protection, 16 November 2009, § 5.3.*

⁸¹³ *Submarine Cable protection in Indonesian waters, K. n° 94 Tahun 1999 (art. 9 : 3500 meters).*

⁸¹⁴ *Maritime and Port Authority of Singapore Act (chapter 170A), section 46 (8) : www.mpa.gov.sg/sites/pdf/01_mpa_act.pdf.*

⁸¹⁵ PREFECTURE MARITIME DE L'ATLANTIQUE, Arrêté n° 2012/120 portant interdiction du mouillage, du chalutage et du dragage au-dessus d'une portion du câble sous- marin de raccordement de la plate-forme SEM-REV au large du Croisic (Loire-Atlantique), 12 septembre 2012.

1. Les Etats ont l'obligation de réprimer les atteintes à l'intégrité du câble sous-marin

L'obligation de réprimer les atteintes à l'intégrité du câble sous-marin est organisée **(a)** autour de la Convention de Paris de 1884 et les textes postérieurs. Ces derniers imposent aux Etats de réprimer les actes – volontaires ou résultant d'une négligence coupable – ayant conduit à la rupture ou la détérioration d'un câble sous-marin dans et/ou au-delà de leur juridiction nationale. L'étude de la pratique démontre toutefois que les mesures internes adoptées par les Etats en exécution de cette obligation internationale sont inadéquates car sans réelle mesure avec la gravité des infractions en cause **(b)**.

a. L'organisation de la répression

La Convention de 1884 impose que soit réprimée la rupture ou la détérioration d'un câble faite *volontairement* ou par *négligence coupable*, ayant pour résultat d'interrompre ou d'entraver, en tout ou en partie, les communications télégraphiques⁸¹⁶. Le terme « volontairement » signifie ici « que la disposition en matière de responsabilité (...) ne s'applique pas aux cas de rupture ou de détériorations occasionnées accidentellement ou nécessairement en réparant un câble, alors que toutes les précautions ont été prises pour éviter ces ruptures ou ces détériorations »⁸¹⁷. Le concept de « négligence coupable », quant à lui, a été formulé pour la première fois dans deux affaires portées devant des juridictions britanniques et visant la détérioration de câbles sous-marins⁸¹⁸. La *Convention de Genève sur la haute mer* de 1958 reprend cette définition dans son article 27⁸¹⁹, tout comme la Convention de Montego-Bay en ses articles 113 et suivants à cette différence près qu'elle substitue au terme « volontairement » celui de détérioration « *délibérée* ». Il va de soi qu'au cas où la présence du câble n'a pas été suffisamment signalée, il ne saurait être question d'une « négligence coupable » de la part des navigateurs⁸²⁰. S'il appartient aux Etats de constater les infractions commises dans les

⁸¹⁶ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. II.

⁸¹⁷ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, Déclaration du 1er décembre 1884, annexée à la Convention.

⁸¹⁸ *The Clara Killam, 1870 August 2 Jurisdiction – Damage done by any ship – The Admiralty Court Act, 1861 (24 Vict. C. 10), s. 7 – Damage to Telegraph Cable : Admiralty and Ecclesiastical Courts, Volume III, 1870, 161. – The Submarine Telegraph Company v. Dixon ; Submarine telegraph – Liability of shipowners for damage done to the cable – Negligence, January 20, 1864 : Admiralty and Ecclesiastical Court – Council of Law Report, March 5 1864, Reports, volume X, NS –33.*

⁸¹⁹ Convention sur la haute mer, Genève, *préc.*, art. 27 : « Tout Etat est tenu de prendre les mesures législatives nécessaires afin que la rupture ou la détérioration, par un navire battant son pavillon ou par une personne soumise à sa juridiction, d'un câble sous-marin en haute mer, faite volontairement ou par négligence coupable, et qui pourrait avoir pour résultat d'interrompre ou d'entraver les communications télégraphiques ou téléphoniques, ainsi que la rupture ou la détérioration dans les mêmes conditions d'un câble à haute tension ou d'un pipeline sous-marins, constituent des infractions passibles de sanctions. Cette disposition ne s'applique pas aux ruptures ou détériorations dont les auteurs n'auraient eu que le but légitime de protéger leur vie ou la sécurité de leur navire, après avoir pris toutes les précautions nécessaires pour éviter ces ruptures ou détériorations ».

⁸²⁰ CDI, *Annuaire de la Commission du droit international. Documents de la huitième session et rapport de la Commission*

espaces internationaux par leurs ressortissants ou par des objets relevant de leur juridiction⁸²¹, ces infractions peuvent être constatées par d'autres Etats en matière de dommages causés aux câbles sous-marins⁸²².

Pour la partie des câbles qui se trouve en *haute mer*, la protection repose sur l'application des dispositions de la Convention de 1884 partiellement reprises par les Conventions de Genève de 1958 et par la Convention de Montego Bay de 1982. Historiquement, le régime de la haute mer a exercé une très forte attraction sur celui des câbles sous-marins : l'essentiel du réseau transitant pour l'essentiel par la haute mer, c'est en fonction du statut juridique de cet espace maritime que leur protection a dû être organisée. L'autorité des Etats utilisant la haute mer ne s'exerçant en principe qu'à l'égard des navires battant leur pavillon, la protection internationale des câbles sous-marins impliquait ainsi que leur détérioration ou coupure fût considérée par tous comme une infraction et que les auteurs en fussent poursuivis par leur Etat national. Les dispositions reprises de la Convention de 1884 ne l'ont été que par les textes internationaux relatifs à la haute mer. Ce sont les articles les plus importants qui ont été rappelés, à savoir ceux qui obligent à considérer comme infractions dans le droit national les différents actes de rupture ou de détérioration des câbles sous-marins et à les faire réprimer par l'Etat du pavillon.

Les règles dégagées à l'occasion de la haute mer s'appliquent aux parties des câbles situées dans la *zone économique exclusive* et sur le *plateau continental*. Dans son article 58-2, la CNUDM précise que les articles 88 à 115 — qui comprennent les articles relatifs à la protection des câbles — s'appliquent à la ZEE. La détérioration ou la rupture d'un câbles qui s'y produirait relèverait donc de la compétence de l'Etat du pavillon. Statistiquement, l'Etat côtier assumera l'essentiel de la protection dans ces espaces maritimes. Tant dans sa ZEE que sur son plateau continental, les dommages susceptibles d'être causés aux câbles risquent d'être le plus souvent le fait de ressortissants de l'Etat côtier, ce dernier disposant de l'exclusivité de l'exploitation des richesses du sol et du sous-sol et même également de celle de la pêche dans la zone économique. Encore faut-il que l'Etat côtier ait étudié précisément la compatibilité du tracé des câbles avec les diverses infrastructures et installations nécessaires à l'exploitation économique et qu'il ait pris toutes les mesures de précautions nécessaires lors des interventions sur ces ouvrages pour éviter de détériorer les câbles sous-marins. Mais si le

soumis à l'Assemblée générale, 1956, vol. II, A/CN.4/SER.A/1956/Add.I, p. 294.

⁸²¹ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. VIII, § 1 : « Les tribunaux compétents pour connaître des infractions à la présente Convention *sont ceux du pays auquel appartient le bâtiment à bord duquel l'infraction a été commise* ». Nos italiques.

⁸²² Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. VIII, § 2 : « Il est, d'ailleurs, entendu que dans les cas où la disposition insérée dans le précédent alinéa ne pourrait pas recevoir d'exécution, la répression des infractions à la présente Convention aurait lieu, *dans chacun des Etats contractants* à l'égard de ses nationaux, conformément aux règles générales de compétence pénale résultant des lois particulières de ces Etats ou des traités internationaux ». Nos italiques.

dommage est causé au câble à l'occasion de la seule navigation ou de la pêche dans les eaux surjacentes au plateau continental, l'Etat du pavillon retrouve sa compétence pour sanctionner.

Sur le *territoire terrestre aux points d'atterrissement* et dans les *eaux territoriales*, l'Etat côtier est compétent pour protéger un câble sous-marin dès lors que ce dernier est posé dans un espace relevant de sa juridiction plénière et exclusive. Seront ainsi protégés les câbles sous-marins qui traversent la mer territoriale de l'Etat côtier jusqu'à son rivage avant d'être connectés aux stations d'atterrissement (première hypothèse), et ceux qui ne font que transiter par les eaux territoriales sans atterrir sur le rivage en vue de gagner en distance (deuxième hypothèse). Cette protection s'effectuera d'abord au moyen de mesures techniques. Pour renforcer la protection dans les eaux territoriales où le trafic et les activités maritimes sont plus intenses, les câbles font l'objet à leurs extrémités d'un ensouillage, c'est-à-dire d'un enfouissement sous terre pour les préserver des chaluts et engins de navigation⁸²³. Si le câble ne peut être enterré en raison de la nature du fond, l'Etat d'atterrissement devra signaler de façon précise sa localisation et établir éventuellement un balisage et des zones de protection. La protection assurée par l'Etat côtier s'effectuera ensuite au moyen de l'édiction, en droit national, des règles pertinentes prises « (...) en conformité avec les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international, des lois et règlements relatifs au passage inoffensif dans sa mer territoriale, qui peuvent porter sur les questions suivantes : c) protection des câbles et pipes-lines »⁸²⁴.

La répression de ces infractions s'effectue sans préjudice de l'action civile en dommages-intérêts, et ne s'applique pas aux ruptures ou détériorations consécutives à des opérations destinées à protéger la vie ou la sécurité des bâtiments, après avoir pris toutes les précautions nécessaires pour éviter ces ruptures ou détériorations⁸²⁵. Les Etats ont l'obligation d'adopter « (...) les lois et règlements nécessaires pour qu'en cas de rupture ou de détérioration en haute mer d'un câble ou d'un pipeline sous-marin causée par la pose d'un autre câble ou pipeline appartenant à une personne relevant de sa juridiction, cette personne supporte les frais de réparation des dommages qu'elle a causés »⁸²⁶.

Les Etats ont également l'obligation d'adopter les lois et règlements nécessaires à l'indemnisation des propriétaires de navires ayant dû sacrifier une ancre, un filet ou un autre engin de pêche pour éviter d'endommager un câble ou un pipeline sous-marin. Ceux-ci devront être

⁸²³ Cet ensouillage peut être réalisé sur des distances importantes. Par exemple le câble transatlantique TAT 6 a été ensouillé sur 180 km à chacune de ses extrémités en 1975. V. CHAPPEZ J., « Les câbles sous-marins de télécommunications », *op. cit.*, p. 776.

⁸²⁴ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 21, c).

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 114 ; Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. IV.

indemnisés par le propriétaire du câble ou du pipeline, sous la double condition que le propriétaire du navire puisse prouver ses dires et qu'il ait pris toutes mesures de précaution raisonnables⁸²⁷. Dans l'affaire *Agincourt Steamship Company Ltd. v. Eastern Extension, Australia and China Telegraph Company Ltd.* 2K.B 305 (1907), une juridiction britannique avait estimé que l'indemnisation couvre outre l'ancre et les filets sacrifiés, la perte des prises halieutiques et d'autres conséquences résultant du sacrifice tel le temps pris par le navire pour ré-appareiller dans le port le plus proche.

Les tribunaux compétents pour réprimer les infractions à la Convention de 1884 sont ceux de l'Etat du pavillon du navire à bord duquel l'infraction a été commise. Cette solution classique est complétée par la possibilité offerte à des Etats autres que l'Etat du pavillon de pouvoir constater l'infraction⁸²⁸. L'article X de la Convention permet à certaines autorités étrangères d'exiger les pièces officielles justifiant la nationalité du bâtiment et de dresser, lorsqu'elles ont des raisons de croire qu'une infraction à la Convention a été commise, un procès-verbal de l'infraction commise⁸²⁹. Il s'agit en l'espèce des officiers des bâtiments de guerre ou des bâtiments spécialement affectés à cette mission par l'une des parties contractantes. En application des règles relatives aux immunités, cette faculté cède si le bâtiment soupçonné est un navire de guerre. L'affaire du *Novorossisk* constitue le cas le plus célèbre de contrôle exercé par une autorité autre que l'Etat du pavillon : « (...) cinq marins d'un navire américain, le Roy D. Hale, sont montés à bord d'un chalutier soviétique, le Novorossisk, le 26 février 1959 à environ 120 milles au nord-est de Saint – Jean de Terre – Neuve, comme suite à la coupure de trois câbles télégraphiques et d'un câble téléphonique. Les marins américains ayant constaté que tous les papiers étaient en règle, le chalutier soviétique a continué sa route »⁸³⁰. Dans cette situation, l'action en justice est introduite par l'Etat du pavillon ou en son nom⁸³¹.

b. L'insuffisance de la répression

La Convention de 1884 fait obligation à chaque Etat partie de fixer par ses propres lois les peines applicables qui peuvent être « soit l'emprisonnement, soit l'amende, soit ces deux peines »⁸³². Comme exposé précédemment, la rupture d'un câble – qu'elle soit délibérée ou due à une négligence – peut entraîner de graves incidences sur les communications et le commerce régional. La rupture par l'ancre d'un navire, le 5 février 2008, de la portion du câble *Sea-Me-We-4* immergée dans les eaux maritimes sous juridiction de l'Égypte a fortement affecté les communications internet de l'Égypte,

⁸²⁷ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. VII ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 115.

⁸²⁸ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. VIII.

⁸²⁹ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. X.

⁸³⁰ ROUSSEAU CH., « Etats-Unis et URSS – Application de la Convention du 14 mars 1884 sur les câbles sous-marins. Affaire du Novorossisk », *RGDIP, Chron. des faits internationaux*, 1959, pp. 318-320, *spéc.* p. 319.

⁸³¹ Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. IX.

⁸³² Convention internationale relative à la protection câbles des sous-marins, *préc.*, art. XII.

de l'Inde, du Koweït, de l'Arabie Saoudite, des Émirats arabes Unis et de Dubaï pendant plusieurs jours⁸³³. La réparation d'un câble sous-marin n'est pas une opération anodine : elle requiert l'intervention d'un navire particulier, d'une équipe extrêmement qualifiée et se révèle extrêmement onéreuse. A l'époque du télégraphe, les opérations de réparation s'effectuaient assez rapidement – entre trois et six heures – et ne nécessitaient qu'une seule sortie en mer⁸³⁴. Aujourd'hui, la durée d'une réparation est généralement comprise entre deux et quarante-cinq jours, soit une moyenne de 20,6 jours sur la base des principales données scientifiques disponibles⁸³⁵. Le coût moyen d'une réparation est quant à lui compris entre un et trois millions de dollars. Ce prix varie en fonction de plusieurs facteurs. Les premiers frais engagés sont ceux de localisation de la panne sur le réseau par les équipes techniques des propriétaires du câble opérant sur terre. S'il s'agit d'un dommage non réparable à distance⁸³⁶, une opération en mer est déclenchée. Tout est comptabilisé : la distance entre le port de départ du navire câblé et le lieu de réparation et le temps utilisé pour la couvrir, cette dernière variable étant nécessairement indexée sur les conditions de navigation⁸³⁷ et d'intervention⁸³⁸. Les ressources humaines obèrent également le montant financier général, puisque doivent être pris en compte, outre les frais inhérents à tout équipage, les frais de formation, initiale et continue, aux sciences de l'ingénieur impliquées par les opérations de réparation. Il en va de même pour les aspects purement techniques de la réparation qui vont dépendre intégralement de la panne constatée par le navire câblé une fois sur place : nature de la panne – endommagement(s) superficiel(s) ou rupture(s) (simple ou multiples) du câble –, longueur totale du câble à changer, déplacement du câble par rapport à la pose initiale, etc. Une fois sur site, le câble endommagé est récupéré au moyen d'engins spéciaux.

L'une des meilleures façons de protéger des câbles sous-marins demeure donc de poursuivre les auteurs des dommages causés aux infrastructures, que ces ruptures aient été intentionnelles ou résultant d'une négligence coupable⁸³⁹. La répression de ces infractions est fondamentale à un double-titre. D'abord, les poursuites civiles ou pénales ont un effet dissuasif et responsabilisateur sur l'ensemble des acteurs du secteur. Cette responsabilisation est d'ailleurs accrue par l'évolution des moyens techniques qui permettent désormais de localiser et reporter plus facilement – si ce n'est,

⁸³³ BBC NEWS, « Work begins to repair severed net », 15 février 2008, <http://tinyurl.com/2bjjk4>, consulté le 1^{er} octobre 2013.

⁸³⁴ PNUE, World Conservation Monitoring Centre, *Submarine cables and the oceans : connecting the world*, op. cit., p. 19.

⁸³⁵ BURNETT D. R., « Recovery of Cable Repair Ship Cost Damages from Third Parties that Injure Submarine Cables », *Tulane Maritime Law Journal*, vol. 35, Winter 2010 (1), p. 107, note 20.

⁸³⁶ Chaque réseau de câble bénéficie de segments de secours, appelés *backup cable system*, dont la fonction est d'offrir une alternative à la circulation du trafic initialement assuré par la partie endommagée du câble.

⁸³⁷ Les conditions climatiques sont d'autant plus importantes que les navires câblés les plus modernes ne peuvent procéder aux réparations dès que les vents atteignent les degrés 4 (de 20 à 28 km/h) et 5 (de 29 à 38 km/h) de l'échelle de Beaufort.

⁸³⁸ Que l'on pense ici à l'état du fonds marin, ou à la présence d'autres navires commerciaux aux alentours.

⁸³⁹ Recommendation No. 6: Recommended Actions for Effective Cable Protection (Post Installation), Int'l Cable Prot. Comm. (Nov. 16, 2009), <http://iscpc.org> (follow "Publications" hyperlink; then follow "Recommendations" hyperlink).

dans certains cas, automatiquement – les navires impliqués dans une rupture ou détérioration de câble sous-marin⁸⁴⁰. Toutefois, l'examen des différentes législations nationales pertinentes laisse perplexe tant les sanctions attachées aux infractions apparaissent, dans certains cas, trop peu dissuasives eu égard aux enjeux suscités par une rupture de câble⁸⁴¹.

Perspectives – L'essentiel des hypothèses de rupture et/ou de détérioration des câbles sous-marins que nous venons d'étudier résultent d'incidents impliquant des filets de pêche ou des ancres de navires. Cette liste n'est pas limitative. L. Renault, dans un article paru en 1880, évoquait ainsi le risque de voir augmenter le nombre des actes délictueux inspirés par la concurrence des opérateurs câbliers⁸⁴². Si ce constat ne s'est pas vérifié par la suite, il en ira peut-être différemment de la question du vol de câbles sous-marins en haute mer et des actes de terrorisme dirigés à l'encontre de ces infrastructures. Ces situations, si elles restent marginales pour le moment, existent. En mars 2007, cent kilomètres de câbles furent subtilisés en haute mer, au large du Vietnam, par des pirates, provoquant une rupture des communications téléphoniques régionales soixante-dix-neuf jours durant⁸⁴³. Le 11 juin 2010, des terroristes philippins attaquèrent avec succès un câble dans le but de déstabiliser les communications⁸⁴⁴ ; le 27 mars 2013, l'Égypte annonça avoir arrêté trois hommes pris en flagrant délit de sabotage d'une partie du câble *Sea-Me-We 4* située à moins d'un mille marin des côtes égyptiennes⁸⁴⁵. Le vol et le sabotage ne se limitent pas aux câbles immergés : les navires câbliers constituent également des cibles de premier choix du fait de leur faible vitesse et sont dès lors

⁸⁴⁰ Depuis 2006, le *taux d'identification* des navires ayant endommagé un câble a fortement progressé grâce au Système d'identification automatique (SIA, ou Automatic Identification System (AIS) en anglais). Ce système a pour but l'échange automatisé de messages entre navires par radio VHF afin de permettre aux navires et aux systèmes de surveillance de trafic (CROSS en France) de connaître l'identité, le statut, la position et la route des navires se situant dans la zone de navigation. Cette progression du taux d'identification s'est répercutée sur le *nombre* d'actions en justice formées contre les navires responsables de dommages. Sur ces questions, v. BURNETT D. R., « Recovery of Cable Repair Ship Cost Damages from Third Parties that Injure Submarine Cables », *Tulane Maritime Law Journal*, vol. 35, Winter 2010 (1), p. 104.

⁸⁴¹ SAVADOGO L., « Le régime international des câbles sous-marins », *JDI*, 2013, p. 45 ; UNITED STATES OF AMERICA, US Code – Title 47 « Telegraphs, Telephones and Radiotelegraphs », Section 21 – Submarines cables ; willful injury to ; punishment, 47 USC 21 ; Section 22 – Negligent injury to submarines cables ; punishment, 47 USC 22 ; SINGAPOUR, *Maritime and Port Authority of Singapore Act (Chapter 170A)*, Section 50 ; AUSTRALIE, *Submarine Cables and Pipelines Protection Act 1963*, Section 7 ; JAPON, *Telecommunications Business Law Law n° 86 of December 25, 1984, as amended last by : Law No. 125 of July 24, 2003*, Art. 188, xiii). V. également, art. 141, 143 ; NOUVELLE-ZELANDE, *Submarine Cables and Pipelines Protection Act*, 1996, n° 22, Sec. 1 ; ROYAUME-UNI, *Submarine Telegraph Act 1885*, Section 3, 1885 CHAPTER 49 48 and 49 Vict ; POLOGNE, L. 21 mars 1991 relative aux zones maritimes de la République polonaise, art. 55, reproduit in ONU - DIVISION DES AFF. MARITIMES ET DU DT. DE LA MER, *Bulletin du droit de la mer*, n° 21, août 1992, p. 88 ; FRANCE, *Code des postes et télécommunications électroniques*, Livre II : « Les communications électroniques », Titre II : « Ressources et police », Chapitre V : « Protection des câbles sous-marins », art. L. 72 à L. 86 et R. 45 à R. 49.

⁸⁴² RENAULT L., « De la protection internationale des câbles télégraphiques sous-marins », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1880, p. 258.

⁸⁴³ GREEN M. P., BURNETT D. R., « Security of International Submarine Cable Infrastructure : Time to Rethink ? », in NORDQUIST M. H. (Dir.), *Legal Challenges in Maritime Security*, Martinus Nijhoff, Coll. « Center for Oceans Law and Policy », 2008, pp. 557-583.

⁸⁴⁴ DALIZON A., « Reds Bomb Cagayan Globe Site, Disarm Cop, Guards », *People's Journal*, 11 juin 2010, <http://tinyurl.com/plbspoz>, consulté le 20 juillet 2013.

⁸⁴⁵ BBC NEWS, « Egypt arrests as undersea internet cable cut off Alexandria », 27 mars 2013, <http://tinyurl.com/kw3u28p>, consulté le 1^{er} octobre 2013.

particulièrement vulnérables aux actes de violence en mer de Chine, dans le détroit de Malacca et en Afrique de l'Est, notamment au large de la Somalie. Les infrastructures connexes au câble, telles les stations d'atterrissage, sont également susceptibles d'être visées. Il faut dire que les attaques sont simplifiées par le fait que la localisation des câbles (et des infrastructures connexes) est une information publique, précisément reportée sur les cartes de navigation pour des raisons de sécurité maritime.

De longue date, on a tenté d'assimiler ces faits à des actes de piraterie⁸⁴⁶ bien qu'ils n'entrent pas dans la définition retenue par l'article 101 de la Convention de Montego-Bay, n'inclut pas le vol de câbles parmi les éléments constitutifs de l'infraction. Certains auteurs plaident ainsi pour que le texte soit interprété de manière à y comprendre la détérioration délictueuse de câbles au-delà de la mer territoriale ainsi que les actes de violence ou de détention ou toute déprédation contre un navire câblier. Cette approche s'enracine dans le fait que les ouvrages visés sont des biens qui se trouvent dans un lieu ne relevant pas de la juridiction nationale et que les auteurs des actes incriminés agissent à des fins privées. L'ICPC s'est saisi de cette question et a adopté, en février 2008, une *Draft Convention for the Protection and Repair of Submarine infrastructure* afin de fournir une solution adaptée⁸⁴⁷. Aux termes de l'article 2 du projet d'articles : « The objective of this Agreement is to ensure the reliability and security of the world's submarine cable infrastructure through the effective implementation of the relevant provisions of the Convention ». La nouveauté apportée par l'instrument réside dans la criminalisation internationale des infractions, qui repose sur la reconnaissance du caractère d'ordre public des règles violées⁸⁴⁸.

2. Les Etats ont la possibilité d'adopter des mesures de protection de l'environnement relatives aux câbles sous-marins

A l'époque de l'élaboration de la Convention de Montego-Bay, il était tenu pour certain que l'immersion des câbles sous-marins ne présentait pas de risque important pour le milieu marin. Ainsi, « the reason for the distinction was the determination that with a pipeline there is a need by the coastal State to prevent, reduce, and control pollution, a consideration that does not exist with an ocean cable where a rupture may impact communications, but involves no pollution »⁸⁴⁹. La rédaction de l'article 79, § 2, de la CNUDM en porte toujours les marques puisqu'il ne prend en compte que la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution *par les pipelines* dans le plateau continental et ne dit rien

⁸⁴⁶ GIDEL G., *Le droit international public de la mer*, t. I, *op. cit.*, pp. 416-417.

⁸⁴⁷ ICPC, *Draft Convention for the Protection and Repair of Submarine infrastructure*, Février 2008, <http://www.iscpc.org>.

⁸⁴⁸ ICPC, *Draft Convention for the Protection and Repair of Submarine infrastructure*, *préc.*, Art. 10 : « Cooperation in suppression of hostile actions against submarine cables and cable ships ».

⁸⁴⁹ CENTER FOR OCEANS LAW AND POLICY, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 – A Commentary*, Volume II, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, p. 915.

des câbles sous-marins. Le premier alinéa reconnaît à « tous les Etats (...) le droit de poser des *câbles* et des pipelines sous-marins sur le plateau continental conformément au présent article »⁸⁵⁰.

En revanche, toute mention aux câbles sous-marins est évacuée de l'alinéa 2 qui dispose donc que « sous réserve de son droit de prendre des *mesures raisonnables* pour l'exploration du plateau continental, l'exploitation de ses ressources naturelles et la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution *par les pipelines*, l'Etat côtier ne peut entraver la pose ou l'entretien de ces câbles ou pipelines »⁸⁵¹. Si l'on s'en tient à une interprétation stricte de l'article 79 § 2, l'État côtier ne dispose pas du pouvoir d'imposer à un exploitant – un opérateur câblé – de procéder à une étude d'impact de l'environnement afin d'évaluer les effets potentiels de l'immersion du câble.

Dès lors, quelle fondement juridique donner à la création de multiples « zones de protection » ou autres établissements et observatoires spécialisés par les Etats autour des câbles immergés ? Ces initiatives unilatérales répondent aux incertitudes qui existent aujourd'hui sur les *véritables* impacts environnementaux des câbles sous-marins. Certes, la petite taille des câbles sous-marins de télécommunication n'induit *a priori* qu'une empreinte minime sur l'environnement. Mais si l'on envisage l'opération de pose dans sa globalité, doivent alors être y ajoutés plusieurs impacts néfastes. Si les câbles sont composés pour l'essentiel de matériaux non toxiques, les travaux d'enfouissement et les modifications du lit de la mer qu'ils empruntent pourraient être nocifs pour les ressources biologiques⁸⁵². Les aléas naturels sont également susceptibles d'endommager les câbles et de causer indirectement des effets préjudiciables au milieu marin. D'autres dommages écologiques pourraient résulter des ondes électromagnétiques émises par les « câbles à haute tension »⁸⁵³. Plusieurs éléments invitent ainsi à considérer que les câbles sous-marins doivent être soumis aux évaluations environnementales appropriées.

C'est le cas, tout d'abord, lorsque pareille évaluation est imposée par une obligation internationale préexistante, par exemple dans l'hypothèse où le tracé de l'ouvrage doit emprunter une zone bénéficiant d'une protection conventionnelle spéciale l'Etat est tenu de procéder à une telle étude d'impact. C'est encore le cas lorsque l'ouvrage fait l'objet d'un financement accordé par une banque multilatérale de développement, les directives opérationnelles de la banque considérée imposant le respect de critères de conditionnalité environnementale afin d'accorder ou non le prêt projeté⁸⁵⁴. Ainsi, le Projet multinational de câble sous-marin des Seychelles reliant les Seychelles à

⁸⁵⁰ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 79, al. 1. Nous soulignons.

⁸⁵¹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 79, al. 2. Nous soulignons.

⁸⁵² COFFEN SMOUT S. & HERBERT G. J., « Submarine cables : a challenge for ocean management », *Marine Policy*, Vol. 24, n° 6, Novembre 2000, pp. 441-448.

⁸⁵³ LAGONI R., *Legal Aspects of Submarine High Voltage Direct Current (HVDC) Cables*, Hambourg, Lit Verlag, 1998, 86 p. ; BARNES C. C., *Submarine telecommunication and power cables*, Stevenage, Eng. 1977, 206 p.

⁸⁵⁴ Cela suppose bien évidemment que la Banque applique sa propre politique et, plus généralement, que ses directives opérationnelles intègrent les plus hauts standards environnementaux possibles. Sur cette question, v. Partie II, Titre II, Chapitre I.

la Tanzanie⁸⁵⁵ a-t-il été soumis à une étude d'impact environnemental rigoureuse en vue d'emporter l'accord de la Banque africaine de développement d'accorder un financement de 12 millions de dollars⁸⁵⁶.

Mais, en l'absence de telles obligation(s) internationale(s), les Etats peuvent-ils imposer un examen environnemental approfondi aux opérateurs câblés ? Absente de l'article 79 de la CNUDM pour les câbles sous-marins, cette possibilité revient indirectement par la fenêtre de l'article 246 consacré à la « Recherche scientifique marine dans la zone économique exclusive et le plateau continental ». Au plan technique, l'immersion des câbles sous-marins nécessite la réalisation d'études préliminaires *in situ* dans le but de déterminer le tracé optimal de l'ouvrage. Certains auteurs considèrent ainsi que, par assimilation, ces études relèvent des dispositions générales précitées sur la « Recherche scientifique marine » et que par conséquent que l'État côtier a le droit de les réglementer et de les autoriser⁸⁵⁷. Il apparaît également possible de justifier l'obligation de réaliser des études préalables par application du principe de précaution⁸⁵⁸. Les mesures visées doivent en tout état de cause être « raisonnables ». L'article 19 doit être alors lu en parallèle des articles 204, 205 et surtout 206 de la CNUDM qui se lit comme suit : « Lorsque les Etats ont de sérieuses raisons de penser que les activités envisagées relevant de leur juridiction ou de leur contrôle risquent d'entraîner une pollution importante ou des modifications considérables et nuisibles du milieu marin, ils évaluent, dans la mesure du possible, les effets partiels de ces activités sur ce milieu et rendent compte des résultats de ces évaluations de la manière prévue à l'article 205 ».

⁸⁵⁵ Pour une présentation de ce projet, v. BANQUE AFRICAINE DE DEVELOPPEMENT, *Projet multinational de câble sous-marin – Résumé de l'étude d'impact environnemental et social*, Projet n° P-SC-GB0-002, Décembre 2010, disponible via <http://www.afdb.org>, 21 p., spéc. pp. 4-6.

⁸⁵⁶ BANQUE AFRICAINE DE DEVELOPPEMENT, « La BAD octroie 12 millions de dollars EU pour le projet de câble sous-marin des Seychelles », *Centre d'actualité de la BafD*, 29 avril 2011, disponible via <http://www.afdb.org>.

⁸⁵⁷ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *préc.*, art. 246 ; SAVADOGO L., « Le régime international des câbles sous-marins », *JDI*, 2013, p. 45.

⁸⁵⁸ Nations Unies, ass. gén., *Rapp. Conférence des Nations Unies sur l'environnement* (Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992), A/CONF.151/26 (Vol. 1). – V. également, CIJ, *Projet de Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c/ Slovaquie)*, arrêt, CIJ 1997, § 140.

CONCLUSION DU CHAPITRE IV

Ce Chapitre était consacré à la prise en compte de l'ouvrage public par le droit de la mer. Nous sommes d'abord revenus sur la question de la prise en compte des ouvrages publics comme points de base aux fins de la première phase de délimitation maritime. La Convention de Montego Bay offre ici une disposition particulièrement significative - l'article 11 - qui assimile à la côte terrestre les « installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire et s'avancant le plus au large ». Nous avons interrogé la pratique qui consiste, pour les Etats, à construire un certain nombre d'ouvrages publics intégrés à la terre ferme et s'avancant au large avant de fixer le point de base à l'extrémité. Or, le droit de la mer s'étant construit sur l'idée fondamentale que la terre domine la mer, le juge international rechigne à accepter la fixation d'un point de base à l'extrémité d'un ouvrage d'une longueur excessive. Dans un second temps, nous avons sélectionné deux questions qui relèvent de la prise en compte des ouvrages publics dans la seconde phase du contentieux de la délimitation maritime (la prise en compte des circonstances pertinentes). Après avoir rappelé l'extrême diversité des formations maritimes (îles, îlots, hauts fonds découvrants, rochers, etc.), nous avons successivement envisagé la question des travaux publics permettant de « forcer la matière » et d'attribuer à de minuscules éminences maritimes les vastes étendues promises aux îles par l'article 121, § 1. Nous avons également envisagé la construction de l'ouvrage public en mer par un Etat aux prises avec l'élévation du niveau de la mer exposés de ce fait à un risque de submersion intégrale ou partielle de leur territoire terrestre. La Convention de 1982, pas plus que celles de 1958, n'adresse cette question de manière satisfaisante.

Au-delà de la dialectique de l'ouvrage public et de la délimitation maritime, nos travaux nous ont amené à questionner cette dialectique sous l'angle de la liberté de la navigation. Nous avons choisi à cet effet l'exemple de l'aménagement des détroits servant la navigation internationale. La question était alors celle de la conciliation de l'intérêt public présidant à la réalisation unilatérale d'un ouvrage public par un Etat (le développement économique et la cohésion territoriale) avec l'intérêt collectif des Etats matérialisé par la liberté de la navigation. Les négociateurs de la Partie III de la Convention de Montego Bay n'ont jamais entendu priver l'Etat côtier du droit de construire des ouvrages publics, fussent-ils des ponts et autres liaisons fixes traversant le détroit. Les débats se sont toujours concentrés sur la compatibilité des caractéristiques techniques de l'ouvrage (la hauteur, par exemple) avec l'obligation de ne pas entraver le passage en transit. Plusieurs aspects doivent être pris en compte dans cette opération : l'intérêt de l'infrastructure projetée pour l'Etat côtier et avantages économiques attendus ; les intérêts des autres Etats ; l'identification des évolutions futures de la navigation (évolution du type de navire, par exemple) ; l'existence d'une route maritime de substitution de nature

équivalente (rapport coût/temps supplémentaire(s), qualité de la route du point de vue de la navigation et des dangers, etc) ; la nature de la partie du détroit aménagée ; la possibilité de compenser la perte par un Etat d'un de ses intérêts légitimes qui n'aura pu être pris en compte. La pratique est riche de ces ouvrages publics défiant les limites technologiques et permettant de désenclaver des espaces terrestres traversés par le détroit. L'affaire des travaux de poldérisation entrepris par Singapour dans le détroit de Johor et la construction du pont suspendu au-dessus du Grand-Belt montrent toutes les difficultés qu'ont les Etats, maîtres de l'ouvrage, à intégrer les autres Etats dans la boucle de la conception du projet.

In fine nous avons procédé à l'étude de l'aménagement du fond des mers en prenant le cas des câbles sous-marins, dont la construction et la pose sont garanties par plusieurs instruments conventionnels. Il n'existe pas de « régime juridique » homogène des câbles sous-marins : « l'ensemble forme un corpus offrant une multiplicité d'espèces, mosaïque où coexistent plusieurs âges de règles faites de traités à portée universelle ou régionale, de résolutions d'instances internationales génératrices de soft law, d'actes unilatéraux. Dans cette richesse, cette diversité de situations, le câble sous-marin n'apparaît pas comme un concept juridique unique, unificateur du droit qui le régleme. Certes, la liberté de navigation a été bien préservée depuis l'adoption de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Tel n'est pas le cas de la liberté de poser des câbles, comme nous l'avons vu avec la pratique – discutable au regard des prescriptions de la Convention – des Etats côtiers consistant à imposer la détention d'un permis aux opérateurs câbliers. Les exigences de sécurité conduisent à réglementer la liberté de poser des câbles en recommandant, voire en imposant des tracés. Ces tracés peuvent être unilatéralement définis par les Etats côtiers, ce qui entraîne une très grande diversité dans l'étendue de la liberté qu'ils acceptent de consacrer.

*

CONCLUSION DU TITRE II

L'exercice par l'Etat de sa liberté d'aménagement garantie par le droit international doit nécessairement s'exercer dans le respect des droits et intérêts des Etats tiers. L'ouvrage public, opération d'intérêt national, ne saurait justifier une quelconque politique du fait accompli. Afin de faire ressortir la portée structurante du droit international à cet égard, nous avons choisi de prendre la mesure des obligations internationales applicables à l'aménagement des ressources en eau partagées ainsi qu'à la construction d'ouvrages publics en mer.

Cette première partie de notre étude visait à identifier les obligations substantielles de l'Etat riverain lorsque ce dernier procède à la construction d'un ouvrage public. Nous avons procédé en deux temps successifs, examinant consécutivement les obligations substantielles et procédurales structurant la construction de l'ouvrage public.

S'agissant des obligations substantielles, nous avons d'abord précisé l'*étendue* des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage. Pour ce faire, il convenait de déterminer les sources des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage avant d'en préciser le champ d'application personnel et matériel. Les obligations internationales de l'Etat maître de l'ouvrage se déduisent aujourd'hui du droit international coutumier, tel que codifié dans la Convention des Nations Unies de 1997, et dans les différents accords régionaux conclus entre Etats riverains. Ces obligations s'appliquent en premier lieu aux Etats. Leur application aux bailleurs de fonds multilatéraux, amenés à financer des infrastructures sur les ressources en eaux partagées, est moins évidente. Leur action ne se trouve pourtant pas hors du droit, comme en témoigne le rôle pionnier joué par la BIRD dans l'élaboration de règles applicables aux projets financés par les banques multilatérales de développement. La politique opérationnelle 7.50 relative aux projets sur les voies d'eau internationales en constitue le point d'orgue. Après avoir présenté ces textes et mesuré l'importance de la contribution de la BIRD sur le sujet, nous avons procédé à l'identification du champ d'application spatial (quelles sont les ressources concernées ?) et matériel (quels sont les travaux et ouvrages soumis à ces obligations ?) des obligations substantielles de l'Etat maître de l'ouvrage.

Nous avons ensuite précisé le *contenu* desdites obligations substantielles. Nous sommes revenus, à titre liminaire, sur les obligations substantielles de la BIRD lorsqu'un ouvrage doit être construit sur une voie d'eau internationale au sens de sa politique opérationnelle 7.50. La Banque est tenue par deux obligations. En amont, lors de la préparation du projet, le personnel de la Banque est tenu par une obligation d'identification précoce des problèmes concernant les droits des Etats riverains sur les voies d'eau internationales faisant l'objet du projet. En aval, lors de la présentation du projet pour approbation finale aux Administrateurs de l'Institution, la Banque est tenue par l'obligation de refuser de financer un projet sur une voie d'eau internationale susceptible de causer un

dommage appréciable à l'un quelconque des Etats riverains. L'Etat souhaitant construire un ouvrage sur la portion d'un fleuve international relevant de sa souveraineté est quant à lui tenu par trois obligations coutumières : le principe de l'utilisation équitable et raisonnable des ressources en eau, l'obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres Etats riverains et de coopérer avec eux. En tout état de cause, le droit international coutumier ne consacre pas de droit de veto aux Etats riverains. Aux obligations substantielles concernant la planification de l'ouvrage, s'ajoutent ainsi des obligations substantielles relatives à l'exécution et au fonctionnement de l'ouvrage.

S'agissant des obligations procédurales structurant la construction de l'ouvrage public par l'Etat riverain, nous avons concentré nos développements sur la notification due aux Etats riverains. Cette obligation découle de celle, plus générale, qui impose aux Etats de notifier les Etats susceptibles d'être affectés par une activité se déroulant sur son territoire apparaît comme le corollaire de l'obligation générale de coopération, d'échange d'informations et de données entre les Etats riverains d'une même voie d'eau internationale. La pratique distingue trois hypothèses dans lesquelles pareille notification est exigée. C'est d'abord le cas lorsque l'activité considérée entreprise par l'Etat implique l'utilisation d'une partie des eaux partagées. La notification est également exigée d'un Etat informé d'une activité se déroulant sur son territoire et susceptible de causer un dommage aux autres riverains. La notification peut également être *réclamée* par un Etat riverain lorsqu'il a des motifs raisonnables de penser qu'un autre Etat du cours d'eau projette des mesures qui peuvent avoir des effets négatifs significatifs pour lui. Après avoir identifié les débiteurs et les destinataires de l'obligation de notification, nous avons procédé à la délimitation de son champ d'application matériel. Cela supposait que nous déterminions le seuil minimal à partir duquel des travaux et ouvrages doivent être notifiés par l'Etat qui les entreprend mais également les informations qui doivent être fournies de façon à permettre aux riverains de pouvoir fonder leur position par rapport aux activités envisagées.

In fine, nous nous sommes attelés à déterminer le contenu de la notification et préciser les modalités de règlement des différends susceptibles de s'ériger entre les riverains. Les aménagements des cours d'eau internationaux soumis à l'obligation de notification impliquent souvent la constructions d'infrastructures lourdes. Au plan substantiel, la notification du projet ne se limite pas à la transmission d'une brochure décrivant sommairement le projet. Elle doit au contraire contenir toutes les informations techniques ainsi que les effets potentiels de l'ouvrage sur l'écosystème du cours d'eau international. La complexité des dossiers considérés impose à l'Etat auteur de la notification d'accorder un certain délai à l'Etat notifié pour réagir : ce dernier doit disposer d'un délai raisonnable pour étudier, évaluer, (éventuellement) critiquer le projet et répondre à l'Etat auteur de la notification. Ce délai doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir pour effet de dénier indéfiniment à l'Etat auteur de la notification de mener les aménagements privatifs envisagée, pas plus que ce délai ne doit rendre impossible par l'Etat riverain l'examen minutieux du projet. Durant

le délai accordé par l'Etat auteur de la notification, l'Etat riverain pourra consentir ou non au projet d'aménagement. Dans la première hypothèse, il pourra acquiescer de manière explicite ou implicite s'il ne présente aucune objection dans le délai imparti. *A contrario*, quels sont les droits de l'Etat notifié ayant formulé une ou plusieurs objections au projet présenté par l'un de ses voisins ? Après avoir présenté les conséquences juridiques attachées à la réponse des Etats riverains et/ou des organismes de gestion commune, nous avons brièvement envisagé le règlement des différends. Sauf clause conventionnelle particulière, les États riverains demeurent libres de recourir aux modes diplomatiques et/ou juridictionnels de règlement des différends. La convention de 1997 prévoit à cet effet que les parties, si elles ne règlent pas leur différend par la voie de la négociation, peuvent solliciter les bons offices d'une tierce partie, lui demander d'intervenir à des fins de médiation ou de conciliation, recourir à toute institution mixte, ou soumettre le différend à une procédure juridictionnelle. Tenus par l'obligation de régler pacifiquement leurs différends, les Etats demeurent ainsi libres du choix des modalités de règlement.

Nos travaux nous ont ensuite mené à envisager la portée structurante du droit international à l'égard des ouvrages publics construits en mer.

Nous sommes d'abord revenus sur la question de la prise en compte des ouvrages publics comme points de base aux fins de la première phase de délimitation maritime. La Convention de Montego Bay offre ici une disposition particulièrement significative - l'article 11 - qui assimile à la côte terrestre les « installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire et s'avancant le plus au large ». Nous avons interrogé la pratique qui consiste, pour les Etats, à construire un certain nombre d'ouvrages publics intégrés à la terre ferme et s'avancant au large avant de fixer le point de base à l'extrémité. Or, le droit de la mer s'étant construit sur l'idée fondamentale que la terre domine la mer, le juge international rechigne à accepter la fixation d'un point de base à l'extrémité d'un ouvrage d'une longueur excessive. Dans un second temps, nous avons sélectionné deux questions qui relèvent de la prise en compte des ouvrages publics dans la seconde phase du contentieux de la délimitation maritime (la prise en compte des circonstances pertinentes). Après avoir rappelé l'extrême diversité des formations maritimes (îles, îlots, hauts fonds découvrants, rochers, etc.), nous avons successivement envisagé la question des travaux publics permettant de « forcer la matière » et d'attribuer à de minuscules éminences maritimes les vastes étendues promises aux îles par l'article 121, § 1. Nous avons également envisagé la construction de l'ouvrage public en mer par un Etat aux prises avec l'élévation du niveau de la mer exposés de ce fait à un risque de submersion intégrale ou partielle de leur territoire terrestre. La Convention de 1982, pas plus que celles de 1958, n'adresse cette question de manière satisfaisante.

Au-delà de la dialectique de l'ouvrage public et de la délimitation maritime, nos travaux nous ont amené à questionner cette dialectique sous l'angle de la liberté de la navigation. Nous avons choisi à cet effet l'exemple de l'aménagement des détroits servant la navigation internationale. La question était alors celle de la conciliation de l'intérêt public présidant à la réalisation unilatérale d'un ouvrage public par un Etat (le développement économique et la cohésion territoriale) avec l'intérêt collectif des Etats matérialisé par la liberté de la navigation. Les négociateurs de la Partie III de la Convention de Montego Bay n'ont jamais entendu priver l'Etat côtier du droit de construire des ouvrages publics, fussent-ils des ponts et autres liaisons fixes traversant le détroit. Les débats se sont toujours concentrés sur la compatibilité des caractéristiques techniques de l'ouvrage (la hauteur, par exemple) avec l'obligation de ne pas entraver le passage en transit. Plusieurs aspects doivent être pris en compte dans cette opération : l'intérêt de l'infrastructure projetée pour l'Etat côtier et avantages économiques attendus ; les intérêts des autres Etats ; l'identification des évolutions futures de la navigation (évolution du type de navire, par exemple) ; l'existence d'une route maritime de substitution de nature équivalente (rapport coût/temps supplémentaire(s), qualité de la route du point de vue de la navigation et des dangers, etc) ; la nature de la partie du détroit aménagée ; la possibilité de compenser la perte par un Etat d'un de ses intérêts légitimes qui n'aura pu être pris en compte. La pratique est riche de ces ouvrages publics défiant les limites technologiques et permettant de désenclaver des espaces terrestres traversés par le détroit. L'affaire des travaux de poldérisation entrepris par Singapour dans le détroit de Johor et la construction du pont suspendu au-dessus du Grand-Belt montrent toutes les difficultés qu'ont les Etats, maîtres de l'ouvrage, à intégrer les autres Etats dans la boucle de la conception du projet.

In fine nous avons procédé à l'étude de l'aménagement du fond des mers en prenant le cas des câbles sous-marins, dont la construction et la pose sont garanties par plusieurs instruments conventionnels. Il n'existe pas de « régime juridique » homogène des câbles sous-marins : « l'ensemble forme un corpus offrant une multiplicité d'espèces, mosaïque où coexistent plusieurs âges de règles faites de traités à portée universelle ou régionale, de résolutions d'instances internationales génératrices de soft law, d'actes unilatéraux. Dans cette richesse, cette diversité de situations, le câble sous-marin n'apparaît pas comme un concept juridique unique, unificateur du droit qui le régleme. Son « régime international » ne constitue qu'une désignation commode recouvrant des règles éparses auxquelles leur objet commun ne confère aucune unité, fût-elle de façade »⁸⁵⁹. Certes, la liberté de navigation a été bien préservée depuis l'adoption de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Tel n'est pas le cas de la liberté de poser des câbles.

⁸⁵⁹ SAVADOGO L., « Le régime international des câbles sous-marins », *JDI*, 2013, p. 45.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

Le droit international est un droit fondamentalement spatial dont la mission première est la répartition des espaces entre Etats. Dans les rapports entre souverains, l'ouvrage public interpelle ainsi avant toute chose le statut juridique des territoires sur lesquels il est construit. L'ouvrage public peut en affecter la possession (s'il vise à consolider une prétention territoriale), en troubler le régime (lorsque sa construction conduit à soumettre un territoire à la juridiction d'un Etat autre que celui qui détient le titre de souveraineté), en préempter l'utilisation (lorsque l'ouvrage est construit unilatéralement sur une ressource naturelle partagée), etc. Il en résulte que l'ouvrage public sera nécessairement soumis à des règles différentes compte tenu de la nature particulière du statut du territoire sur lequel il est construit.

L'ouvrage public, opération matérialisant le choix d'aménagement opéré par l'Etat, est avant toute chose une utilisation privative et durable du territoire. Le droit international garantit ainsi à tout Etat souverain le droit d'aménager les espaces sur lesquels s'exerce sa souveraineté ou qui relèvent de sa juridiction. C'est ici que se trouve la première dialectique d'importance de notre sujet : le droit international *structure* l'ouvrage public dans la société interétatique en fournissant un cadre général ordonnant à la fois le droit par l'Etat de procéder aux aménagements de son choix et le respect des droits et intérêts des Etats tiers. Le droit international prohibe ainsi l'imposition du fait accompli, c'est-à-dire une situation de fait résultant de la construction de l'ouvrage public en violation des règles cardinales de plénitude et d'exclusivité de la compétence territoriale. Les Etats sont tenus par une obligation générale de coopération⁸⁶⁰ qui s'applique indifféremment à l'ouvrage public implanté sur le territoire terrestre ou maritime. Afin de faire ressortir la portée structurante du droit international à cet égard, nous avons choisi de prendre la mesure des obligations internationales applicables à l'aménagement des ressources en eau partagées ainsi qu'à la construction d'ouvrages publics en mer.

La construction de l'ouvrage public sur une ressource en eau partagée est structurée par une série d'obligations substantielles et procédurales. S'agissant des obligations substantielles, nous avons d'abord précisé l'*étendue* des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage. Pour ce faire, il convenait de déterminer les sources des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage avant d'en préciser le champ d'application personnel et matériel. Les obligations internationales de l'Etat maître de l'ouvrage se déduisent aujourd'hui du droit international coutumier, tel que codifié dans la

⁸⁶⁰ V. décl. 2625(XXV) relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats.

Convention des Nations Unies de 1997, et dans les différents accords régionaux conclus entre Etats riverains. Ces obligations s'appliquent en premier lieu aux Etats. Leur application aux bailleurs de fonds multilatéraux, amenés à financer des infrastructures sur les ressources en eaux partagées, est moins évidente. Leur action ne se trouve pourtant pas hors du droit, comme en témoigne le rôle pionnier joué par la BIRD dans l'élaboration de règles applicables aux projets financés par les banques multilatérales de développement. La politique opérationnelle 7.50 relative aux projets sur les voies d'eau internationales en constitue le point d'orgue. S'agissant des obligations procédurales structurant la construction de l'ouvrage public par l'Etat riverain, nous avons concentré nos développements sur la notification due aux Etats riverains. Cette obligation découle de celle, plus générale, qui impose aux Etats de notifier les Etats susceptibles d'être affectés par une activité se déroulant sur son territoire apparaît comme le corollaire de l'obligation générale de coopération, d'échange d'informations et de données entre les Etats riverains d'une même voie d'eau internationale.

Nos travaux nous ont ensuite mené à envisager la portée structurante du droit international à l'égard des ouvrages publics construits en mer. Le droit de la mer s'étant construit sur l'idée fondamentale que la terre naturelle domine la mer, ce qui conduit à priver d'effets l'ouvrage public dans un certain nombre de cas. Nous avons sélectionné deux questions qui relèvent de la prise en compte des ouvrages publics dans le contentieux de la délimitation maritime (la prise en compte des circonstances pertinentes). Après avoir rappelé l'extrême diversité des formations maritimes (îles, îlots, hauts fonds découvrants, rochers, etc.), nous avons successivement envisagé la question des travaux publics permettant de « forcer la matière » et d'attribuer à de minuscules éminences maritimes les vastes étendues promises aux îles par l'article 121, § 1. Nous avons également envisagé la construction de l'ouvrage public en mer par un Etat aux prises avec l'élévation du niveau de la mer exposés de ce fait à un risque de submersion intégrale ou partielle de leur territoire terrestre. La Convention de 1982, pas plus que celles de 1958, n'adresse cette question de manière satisfaisante. Au-delà de la dialectique de l'ouvrage public et de la délimitation maritime, nos travaux nous ont amené à questionner cette dialectique sous l'angle de la liberté de la navigation. Nous avons choisi à cet effet l'exemple de l'aménagement des détroits servant la navigation internationale. La question était alors celle de la conciliation de l'intérêt public présidant à la réalisation unilatérale d'un ouvrage public par un Etat (le développement économique et la cohésion territoriale) avec l'intérêt collectif des Etats matérialisé par la liberté de la navigation. *In fine* nous avons procédé à l'étude de l'aménagement du fond des mers en prenant le cas des câbles sous-marins, dont la construction et la pose sont garanties par plusieurs instruments conventionnels.

Quel que soit l'espace considéré, le droit international structure en premier lieu la construction de l'ouvrage public par l'obligation qui est faite à l'Etat de prévenir la survenance de dommages transfrontières à l'environnement et sa portée. Cette obligation se déduit du principe de l'utilisation non dommageable du territoire reconnue en droit international coutumier. Ce premier mouvement de structuration (l'exigence d'un aménagement innocent) est doublé, en droit international, de l'obligation d'un espace aménageable : l'Etat est libre de procéder aux aménagements de son choix dans les limites indiquées ci-dessus mais à la condition que l'espace aménagé relève de sa souveraineté ou de sa juridiction. Quand l'ouvrage public est construit en vue de consolider une prétention territoriale le droit international rechigne à prendre en compte cette catégorie particulière d'effectivités. Les Etats sont libres de convenir des modalités particulières de construction et d'exploitation de l'ouvrage public. La construction et l'exploitation d'ouvrages publics en communs, très fréquente en pratique, nécessite l'intervention préalable des Etats concernés, qui, dans un accord international, détermineront le cadre juridique de l'opération transfrontalière. Le droit international protège également la liberté de l'Etat d'aménager son territoire au moyen de l'ouvrage public. Au plan substantiel, l'Etat a le droit de déterminer lui-même les ouvrages publics devant être construits sur son territoire (ce qui pose la question des ouvrages publics imposés par une autorité autre que le souverain, comme ceux construits en situation d'occupation) et à le droit au respect de ses biens en situation de conflit armé (sous l'angle de la protection conférée par le droit international humanitaire).

Au plan juridictionnel, le juge international joue un rôle central dans la protection de la liberté d'aménager : les Etats ne disposant d'aucun droit de veto sur les projets entrepris par leurs semblables, le recours au juge est souvent le seul moyen de trancher le différend. L'argument du « fait accompli » est ainsi régulièrement invoqué devant le juge international. La situation peut être résumée de la façon suivante. Du côté des Parties au litige, l'Etat qui conduit les activités contestées est tenu par l'obligation générale de ne pas aggraver le différend mais doit répondre, devant ses administrés, de la poursuite d'un projet de développement important. L'interruption des travaux engendre des coûts considérables (que l'on songe aux clauses de pénalité insérées dans les contrats de construction, ou à la dégradation des ouvrages durant la pause de suspension des travaux). L'Etat qui s'oppose aux travaux sait quant à lui que le droit international coutumier ne lui confère aucun droit de veto sur les projets de construction entrepris par les autres souverains (sauf à ce que cette possibilité ait fait l'objet d'un aménagement conventionnel préalable). Il sait également qu'une fois construit l'ouvrage public aura très peu de chances d'être démantelé, y compris si le juge international conclut à l'illicéité de la construction. La *restitution in integrum*, qui est la règle, ne trouve que difficilement à s'appliquer ici. Pour prendre une comparaison tirée du droit interne français, « ouvrage public mal placé ne se détruit pas ». Quand bien même la destruction serait ordonnée par le juge international, il faut garder à l'esprit que les travaux de démantèlement sont loin d'être anodins : rien n'indique *a priori* qu'ils

n'entraîneront pas de pollution(s) et seront dépourvus d'impact sur l'environnement. Cet équilibre entre l'Etat demandeur (qui souhaite obtenir la suspension des travaux avant l'examen au fond du différend) et le défendeur (qui souhaite poursuivre un projet licite à ses yeux) est également fragilisé par la dynamique qui sous-tend l'office du juge international saisi pour trancher le différend. Les mutations importantes observées dans le droit international depuis plusieurs décennies (réduction du domaine réservé, codification des règles, diversification des sujets, développement d'un contrôle général de la licéité des actions entreprises par les Etats) n'en ont pas altéré la substance volontariste. Le consentement à la juridiction internationale demeure la règle et les juridictions pour fonctionner doivent continuer à susciter la confiance des Parties.

A cette première dialectique horizontale, fondée sur l'idée de structuration de l'ouvrage public dans la société interétatique, s'ajoute une seconde dialectique fondée, quand à elle, sur un rapport de verticalité. Elle prend acte de la place grandissante accordée et/ou occupée par les individus qui peuvent se prévaloir dans l'ordre juridique interne de droits directement conférés par le droit international et saisir, dans la mesure où cette possibilité a été prévue, un juge international pour faire constater (voire réparer) la violation par l'Etat de ses obligations internationales. L'idée peut être présentée de la façon suivante. La construction de l'ouvrage public, conduite au nom de l'intérêt général, présuppose l'emploi par la puissance publique de pouvoirs exorbitants primant les intérêts individuels. Dans cette hypothèse, le droit international se désintéresse fondamentalement de la détermination de l'utilité publique qui justifie la construction de l'ouvrage public : il s'agit là d'une mission qui ressort de l'Etat et de lui seul. En revanche, la mise en oeuvre des étapes successives du projet n'échappe pas au contrôle de conventionnalité : la licéité des décisions administratives prises par la puissance publique pour faciliter la construction (fixation du cadre procédural de l'enquête publique, consultation des populations, expropriations⁸⁶¹, etc.) puis l'exploitation (suivi environnemental, etc.) de l'ouvrage public doit être appréciée au regard des engagements internationaux conventionnels et des obligations tirées du droit international coutumier opposables à l'Etat. Que la décision contestée vise à établir un ouvrage public permettant l'amélioration des conditions de vie d'une part importante de la population n'est pas une cause permettant à l'Etat de ne pas exécuter ses engagements internationaux.

⁸⁶¹ LOMBAERT B., « La protection juridictionnelle de la propriété privée face aux empiètements de l'administration », *RTDH*, vol. 21, 1995, pp. 33-40 ; DEJEANT-PONS M., « Droits de l'homme et environnement : les travaux du Conseil de l'Europe concernant la dimension territoriale des droits de l'homme », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 25, n° 2, 2008, pp. 97-119 ; DEJEANT-PONS M., « Les droits de l'homme à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe », *RTDH*, vol. 60, 2004, pp. 861-888.

PARTIE 2. LA SOUMISSION DE L'OUVRAGE PUBLIC AU DROIT INTERNATIONAL

Les opérations d'aménagement du territoire sont frappées du sceau d'une importante conflictualité qui présente des caractères de permanence, d'universalité et de radicalité. Le droit international contemporain s'est enrichi de normes visant en premier lieu au rééquilibrage dans la prise de décision en matière d'aménagement du territoire. Ces obligations concourent donc à l'acceptation de l'ouvrage par le public afin de remédier à la conflictualité importante des décisions d'aménagement du territoire. La seconde dimension, l'atténuation des nuisances environnementales et sociales, est appréhendée essentiellement par un régime de protection des sites (culturels et naturels) auquel s'ajoute un régime visant assurer la prééminence du droit dans la mise en oeuvre de la puissance publique : il en va en premier lieu de l'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage (expropriations directes et indirectes et perturbation de la jouissance effective du bien à raison du fonctionnement de l'ouvrage). Il en va ensuite de l'octroi d'une protection renforcée aux populations particulièrement vulnérables dans l'exécution des projets de développement, que ce régime favorable soit justifié *ab initio* par le genre, l'âge ou l'identité culturelle (dont la spécificité à la terre des peuples autochtones constitue l'une des manifestations les plus satisfaisantes). Il en va, enfin, de la question de la nature, de l'étendue et des modalités de la protection devant être accordée aux populations déplacées et réinstallées contre leur volonté et dont l'appréhension par le droit international apparaît largement inadéquate. S'il ne fait guère de doute que le droit international encadre les opérations d'aménagement du territoire, l'efficacité desdites normes environnementales et sociales se heurte à leur mise en oeuvre dans l'ordre juridique de l'Etat (**Titre III**).

Face à ces difficultés, la solution privilégiée en droit positif pour assurer le respect de ces normes protectrices passe par l'imposition de conditionnalités environnementales et sociales par les bailleurs de fonds internationaux. Les Etats qui recourent à l'emprunt auprès des banques multilatérales de développement ne peuvent disposer des sommes décaissées comme ils l'entendent : la contrepartie des taux réduits et des facilités de paiement octroyés par ces institutions s'exprime dans la surveillance exercée par le personnel de l'institution chargé de conseiller l'Etat emprunteur dans la mise en oeuvre du projet. Cette surveillance étroite se concrétise par l'analyse du droit interne de l'Etat emprunteur applicable au projet. Lorsqu'il apparaît que ce dernier est insuffisant aux yeux de la Banque, cette dernière subordonnera l'octroi des fonds au respect de ses politiques et directives opérationnelles. Cette analyse du projet engage la Banque dans des limites juridiques très précises. L'extrême diversité des acteurs et programmes internationaux intervenant dans les opérations d'aménagement du territoire s'accompagne d'une véritable concurrence entre bailleurs de fonds multilatéraux. Cet état du « marché de l'aide au développement » nuit à l'efficacité globale de l'aide et incite les Etats à pratiquer une politique du moins-disant environnemental et social. En réaction, un mouvement de fond visant à la standardisation des conditionnalités environnementales et sociales

de banques multilatérales de développement peut être observé. Cette tendance à l'harmonisation, qui s'exprime par une véritable émulation institutionnelle entre organisations internationales, tend aujourd'hui à dépasser le seul cadre des banques multilatérales de développement. Les standards édictés par ces institutions sont repris et modifiés par d'autres acteurs intervenant dans le financement de l'ouvrage : les agences de crédit à l'exportation et les banques commerciales privées. Ce vaste rapprochement ne va pas sans poser de questions sur les attentes légitimes créées par cette conversation aux plus hautes exigences environnementales et sociales (**Titre IV**).

TITRE III. L'OBLIGATION DE L'ETAT DE RESPECTER LES NORMES INTERNATIONALES ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES APPLICABLES A L'OUVRAGE PUBLIC

Les opérations d'aménagement du territoire sont frappées du sceau d'une importante conflictualité qui présente des caractères de permanence, d'universalité et de radicalité. Le droit international contemporain s'est enrichi de normes visant en premier lieu au rééquilibrage dans la prise de décision en matière d'aménagement du territoire. Ces obligations concourent donc à l'acceptation de l'ouvrage par le public afin de remédier à la conflictualité importante des décisions d'aménagement du territoire. La seconde dimension, l'atténuation des nuisances environnementales et sociales, est appréhendée essentiellement par un régime de protection des sites (culturels et naturels) auquel s'ajoute un régime visant assurer la prééminence du droit dans la mise en oeuvre de la puissance publique : il en va en premier lieu de l'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage (expropriations directes et indirectes et perturbation de la jouissance effective du bien à raison du fonctionnement de l'ouvrage). Il en va ensuite de l'octroi d'une protection renforcée aux populations particulièrement vulnérables dans l'exécution des projets de développement, que ce régime favorable soit justifié *ab initio* par le genre, l'âge ou l'identité culturelle (dont la spécificité à la terre des peuples autochtones constitue l'une des manifestations les plus satisfaisantes). Il en va, enfin, de la question de la nature, de l'étendue et des modalités de la protection devant être accordée aux populations déplacées et réinstallées contre leur volonté et dont l'appréhension par le droit international apparaît largement inadéquate (**Chapitre V**). S'il ne fait guère de doute que le droit international encadre les opérations d'aménagement du territoire, l'efficacité desdites normes environnementales et sociales se heurte à leur mise en oeuvre dans l'ordre juridique de l'Etat (**Chapitre VI**).

CHAPITRE VI. LE CONTENU DES NORMES INTERNATIONALES ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES APPLICABLES A L'OUVRAGE PUBLIC

Les opérations d'aménagement du territoire sont frappées du sceau d'une importante conflictualité qui présente des caractères de permanence, d'universalité et de radicalité. Le droit international contemporain s'est enrichi de normes visant en premier lieu au rééquilibrage dans la prise de décision en matière d'aménagement du territoire. Ces obligations concourent donc à l'acceptation de l'ouvrage par le public afin de remédier à la conflictualité importante des décisions d'aménagement du territoire (**Section 1**). La seconde dimension, l'atténuation des nuisances environnementales et sociales, est appréhendée essentiellement par un régime de protection des sites (culturels et naturels) auquel s'ajoute un régime visant assurer la prééminence du droit dans la mise en oeuvre de la puissance publique : il en va en premier lieu de l'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage (expropriations directes et indirectes et perturbation de la jouissance effective du bien à raison du fonctionnement de l'ouvrage). Il en va ensuite de l'octroi d'une protection renforcée aux populations particulièrement vulnérables dans l'exécution des projets de développement, que ce régime favorable soit justifié *ab initio* par le genre, l'âge ou l'identité culturelle (dont la spécificité à la terre des peuples autochtones constitue l'une des manifestations les plus satisfaisantes). Il en va, enfin, de la question de la nature, de l'étendue et des modalités de la protection devant être accordée aux populations déplacées et réinstallées contre leur volonté et dont l'appréhension par le droit international apparaît largement inadéquate (**Section 2**).

Section 1. Les obligations concourant à l'acceptation de l'ouvrage par le public

Le droit international contemporain s'est enrichi de normes dont la finalité est de parvenir à un rééquilibrage dans la prise de décision de construire un ouvrage. Ces obligations concourent donc à l'acceptation de l'ouvrage par le public afin de remédier à la conflictualité importante des décisions d'aménagement du territoire (§1). La solution apportée par la participation du public au processus décisionnel d'aménagement comme solution à la conflictualité (§2).

§1. Le constat de la conflictualité des décisions d'aménagement du territoire

Les opérations d'aménagement du territoire sont frappées du sceau d'une importante conflictualité qui présente des caractères de permanence, d'universalité et de radicalité **(A)**. Pour contraignante qu'elle soit pour l'Etat, il est tenu par l'obligation de garantir le droit du public de contester la décision d'aménagement **(B)**.

A. Permanence, universalité et radicalité de la contestation des décisions d'aménagement du territoire

L'aménagement du territoire est devenu une question éminemment conflictuelle tant et si bien que la perspective d'un conflit est désormais une donnée permanente du processus d'aménagement, de la production des équipements.

Il n'existe pas de typologie impérative des conflits liés à l'aménagement du territoire, l'intensité de chaque opposition résultant de la pondération de différents facteurs. Ainsi, le même projet d'infrastructure sera générateur de conflit dans un territoire donné, alors qu'il passera inaperçu ou sera accueilli avec enthousiasme ailleurs. Comme le relève P. Subra, « le conflit naît en réalité de *la rencontre d'un projet*, avec ses caractéristiques techniques (gabarit, tracé ou lieu d'implantation, solutions techniques, etc.) *et d'un territoire*, avec ses enjeux, ses populations, son système d'acteurs, son histoire, sa culture »⁸⁶². Il n'y a donc *a priori* rien de commun d'une contestation à une autre : prises de position favorables ou non au projet des différents acteurs et élus locaux ; intensité variable des rapports de force entre le camp des partisans du projet et celui de ses opposants ; recours plus ou moins important à la règle de droit dans la construction du discours des opposants, etc. Les facteurs de conflictualité ne peuvent donc être systématisés avec certitude. Certes, le décalage entre les impacts positifs (sur le développement économique) et négatifs (sur l'environnement, le paysage, les communautés affectées) constitue un indéniable facteur de déclenchement d'une contestation. Ainsi, les populations des territoires traversés par des ouvrages mais n'en supportant que les impacts négatifs seront par nature plus enclines à s'opposer au tracé du projet. Cela se vérifie particulièrement dans le cas des infrastructures linéaires - telles les lignes à grande vitesse, les autoroutes, les lignes électriques à très haute tension - qui ne profitent qu'aux territoires situés à leurs extrémités et à quelques villes intermédiaires desservies par une gare ou par une sortie d'autoroute. Mais la question ne peut se résoudre à au seul bilan des impacts positifs et négatifs de l'ouvrage. Le niveau de développement du territoire destiné à accueillir l'ouvrage tire également à la hausse ou à la baisse la potentialité d'une

⁸⁶² SUBRA Ph., « Ce que le débat public nous dit du territoire et de son aménagement », *Géocarrefour*, vol. 81/4, 2006, § 7, p. 292.

contestation. Les maux du sous-développement ou du mauvais développement peuvent ainsi favoriser l'accoutumance aux nuisances et, partant, l'acceptation des grands projets, sans qu'il ne soit possible de conclure que les contestations sont l'apanage des Etats développés. L'affirmation de l'existence d'un droit international de l'environnement puis sa consolidation *via* la conclusion de nombreux traités internationaux ont eu un impact majeur dans la redéfinition des rapports des individus à l'aménagement de leur territoire.

Cette contestation des projets d'équipement transcende les inégalités de développement. Elle affecte au contraire l'ensemble des Etats, développés ou non. Si son existence est partagée par tous, ses effets sont au contraire amplifiés par les inégalités de développement. Ces affrontements s'inscrivent dans trois grandes logiques : la défense de l'aménagement, du maintien des emplois et des services publics (1) et la concurrence entre des territoires, qui se disputent une même infrastructure ou un même équipement dont chacun attend des bénéfices (2) n'intéressent pas à proprement parler le droit international, ou alors de façon marginale. La troisième logique conflictuelle est celle du rejet de l'aménagement (3), qui va mobiliser riverains, certains élus locaux, militants écologistes, représentants de populations vulnérables, isolément ou en commun, contre les nuisances et les atteintes à l'environnement dont un projet est réputé porteur. C'est cette logique conflictuelle qui est particulièrement féconde dans le champ du droit international. Quelques enseignements nous semblent pouvoir être tirés de la « pratique » des oppositions aux projets d'équipement. D'abord, les opposants aux projets ont obtenu gain de cause dans de nombreux cas, alternant succès limités (par exemple dépasser les réticences initiales des autorités chargées de l'aménagement et accéder aux informations pertinentes), d'estime (modification du projet initialement envisagé par les autorités au profit d'un tracé ou de caractéristiques jugées plus respectueuses de l'environnement et des considérations sociales) ou d'éclat (retrait pur et simple du projet par les autorités chargées de l'aménagement, mise en échec de l'intervention des bailleurs de fonds multilatéraux, etc). Ces succès ont démontré la capacité des opposants aux projets à peser sur les choix en matière d'aménagement, à faire preuve d'un véritable « pouvoir de nuisance » du point de vue des maîtres d'ouvrage. Ces victoires ont constitué un formidable encouragement pour les opposants aux projets d'équipements, et ont contribué à « professionnaliser » la contestation. Les références - plus ou moins heureuses - au droit international des droits de l'homme, aux directives et politiques opérationnelles de la Banque mondiale, aux travaux de l'ONU sont devenues monnaie courante dans l'argumentaire déployé par les opposants pour asseoir la légitimité de leurs actions contre les grands projets d'aménagement.

Ensuite, la généralisation de la contestation des projets d'équipements conduit dans de nombreux cas à l'allongement significatif des délais de réalisation des équipements projetés. Ces délais supplémentaires, qui se chiffrent parfois en années, sont utilisés pour procéder aux

modifications substantielles du projet initial - par exemple un nouveau tracé - ce qui tire invariablement les coûts de l'ouvrage à la hausse, entraîne parfois le gel durable du projet, voire par son abandon pur et simple. En France, le canal Rhin-Rhône, l'autoroute A400 en Haute-Savoie, les projets de troisième aéroport parisien, d'extension du port de Nice, de ligne à très haute tension entre la France et l'Espagne, n'ont pas survécu aux contestations.

Enfin, ces mouvements ont amené les maîtres d'ouvrage publics et les États à s'interroger sur l'évolution des politiques d'aménagement du territoire en vue de satisfaire aux nécessités du développement. Ils ont mis en évidence à la fois les limites des politiques d'aménagement du territoire fondées exclusivement sur l'imposition et le passage en force et la nécessité absolue de désamorcer ces conflits le plus en amont possible du projet, c'est-à-dire dans l'idéal avant la déclaration d'utilité publique (DUP) du projet : « comment, dans ces conditions, continuer à équiper le pays ? au prix de quelle évolution des pratiques d'élaboration des projets, de quelle évolution de la prise de décision, de quelles concessions sur les méthodes et les contenus des équipements, de quel niveau de concertation ? »⁸⁶³. La réponse donnée à ces questions a été de rapatrier la contestation dans les limites acceptables du projet. Concrètement, le glissement s'est opéré de la *contestation* à la *participation* avec la création d'étapes et / ou de mécanismes *ad hoc* dans les cycles de projet destinés à accueillir les observations des populations affectées par l'aménagement projeté.

Faire participer le public s'est donc rapidement imposé en droit international comme le meilleur moyen de canaliser la contestation en lui offrant un cadre procédural permettant avant tout de rapprocher les usagers des aménageurs. Au plan théorique, les vertus du débat public sont infinies : puisque l'essence même de la contestation est de poser la question de la faisabilité des opérations d'aménagement, et que l'on conçoit mal aujourd'hui modifier profondément l'environnement immédiat d'une population par la construction d'un grand ouvrage sans un minimum de pédagogie, la création d'un *espace* et d'un *temps* de la parole dans le cycle du projet s'impose comme le meilleur moyen de jeter les bases d'un dialogue constructif, réduisant au passage le risque d'oppositions durables de façon significative. Tous peuvent désormais exprimer leur doléances directement auprès des autorités chargées de l'aménagement, dans une représentation mythifiée de l'*accès direct* des citoyens au centre névralgique de la *décision publique*. A cet égard, la participation du public vise bien moins la faisabilité technique ou financière de l'opération d'aménagement que sa faisabilité *politique* : bien plus que des ingénieurs ou des techniciens, ce sont les individus susceptibles d'être affectés ou les futurs usagers qui se pressent en nombre pour participer aux débats avec les aménageurs. Il en va ainsi, sans exhaustivité, du propriétaire terrien menacé d'une expropriation ; du

⁸⁶³ SUBRA Ph., « Ce que le débat public nous dit du territoire et de son aménagement », *Géocarrefour*, vol. 81/4, 2006, § 7, p. 292.

riverain soucieux de la détérioration potentielle des conditions de jouissance de son domicile en raison des vibrations et du bruit escompté suite à la création d'une autoroute à proximité ; de l'autochtone inquiet de l'inondation de tout ou partie de ses terres ancestrales par le réservoir d'un barrage ; du citoyen impliqué dans la défense du patrimoine culturel de sa Cité pointant les incohérences d'un aménagement en marge d'un site inscrit sur la Liste du patrimoine mondial et culturel de l'UNESCO, etc. Le débat public est désormais l'instrument privilégié de « l'acceptabilité sociale » des projets d'aménagement et est logiquement devenu au cours des deux dernières décennies une donnée incontournable du métier d'aménageur.

B. L'obligation de garantir le droit du public de contester la décision d'aménagement

L'obligation de garantir le droit du public de contester la décision d'aménagement a fait l'objet de travaux significatifs à l'ONU comme en témoignent la « Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus » et la création d'un poste de Représentant spécial de l'ONU sur la question des défenseurs des droits de l'homme (1). Il y a, en effet, une relation étroite entre les projets de développement de grande ampleur et les activités des défenseurs des droits de l'homme (2).

1. La « Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus » et la création d'un poste de Représentant spécial de l'ONU sur la question des défenseurs des droits de l'homme

Après treize années de négociations, l'Assemblée générale a adopté, le 9 décembre 1998, la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus⁸⁶⁴. Le texte adopté par consensus⁸⁶⁵, est structuré autour de vingt articles (ré)affirmant la contribution essentielle des défenseurs des droits de l'homme (articles 16 et 18). Le droit de toute personne, seule ou en association avec d'autres, de promouvoir la protection et la réalisation des droits de l'homme au niveau national et / ou international (article 1) est ainsi garanti. Cela présuppose que

⁸⁶⁴ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus*, Cinquante-troisième session, Point 110, b, de l'ordre du jour, Rés. A/RES/53/144, 8 mars 1999, 8 p. Ci-après « la Déclaration ».

⁸⁶⁵ La déclaration fut adoptée par 50 voix contre zéro, avec 3 abstentions, à l'issue d'un vote par appel nominal le 26 avril 2000 lors de la soixante-cinquième séance de la Commission des droits de l'homme.

toute personne ait le droit de se réunir et de se rassembler pacifiquement, de former des organisations, associations ou groupes non gouvernementaux, de s'y affilier, d'y participer ou encore de communiquer avec des organisations non gouvernementales ou intergouvernementales (article 5), mais également de chercher à obtenir les moyens matériels nécessaires pour conduire lesdites activités (article 13). Toute personne doit également être libre d'exercer sa profession parallèlement et / ou en lien avec ses activités de défense des droits de l'homme (article 11). Ces droits à finalité relationnelle constituent le support préalable à l'activité des défenseurs des droits de l'homme :

- liberté de rechercher des informations sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales, notamment en vue de procéder à leur examen critique et d'en informer le public (article 6) ;
- liberté de proposer, d'élaborer et de promouvoir de nouvelles idées concourant à la reconnaissance de nouveaux droits (article 7) ;
- liberté de protester pacifiquement (article 12) ;
- droit au juge (droit de bénéficier d'un recours effectif et de bénéficier d'une protection en cas de violation de ces droits), droit à un *bon* juge (droit des défenseurs poursuivis à l'examen rapide des plaintes en audience publique par une autorité judiciaire ou toute autre autorité instituée par la loi qui soit indépendante, impartiale et compétente, et d'obtenir de cette autorité une décision, prise conformément à la loi, leur accordant réparation, y compris une indemnisation, lorsque ses droits ou libertés ont été violés, ainsi que l'application de la décision et du jugement éventuel, le tout sans retard excessif) (article 9).
- droit de communiquer librement avec l'ensemble des organes internationaux compétents de manière générale ou spéciale pour recevoir et examiner des communications relatives aux droits de l'homme, et de communiquer librement avec ces organes (article 9, 4°).

La Déclaration retient surtout en son article 8 le droit de toute personne, individuellement ou en association avec d'autres, de participer effectivement, sur une base non discriminatoire, au gouvernement de son pays et à la direction des affaires publiques. Cette participation recouvre notamment le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de soumettre aux organes et institutions de l'État, ainsi qu'aux organismes s'occupant des affaires publiques, des critiques et propositions touchant l'amélioration de leur fonctionnement, et de signaler tout aspect de leur travail qui risque d'entraver ou empêcher la promotion, la protection et la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les Etats ont quant à eux la responsabilité et le devoir de protéger, promouvoir et rendre effectifs l'ensemble des libertés garanties par le texte (article 2) par l'adoption d'une législation interne adéquate, c'est-à-dire compatible avec les obligations internationales pertinentes (article 3). Ils doivent notamment assurer la publication et la large disponibilité de l'ensemble des textes nationaux et internationaux pertinents (article 14). Sont ici particulièrement visés⁸⁶⁶ le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁸⁶⁷, et celui relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants⁸⁶⁸, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention relative aux droits de l'enfant et la Convention concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical⁸⁶⁹. Les Etats doivent également promouvoir l'enseignement des droits de l'homme et des libertés fondamentales à tous les niveaux de l'enseignement et de s'assurer que tous ceux qui sont chargés de la formation des avocats, des responsables de l'application des lois, du personnel des forces armées et des agents de la fonction publique incluent dans leurs programmes de formation des éléments appropriés de l'enseignement des droits de l'homme (article 15).

Enfin, le texte est assorti des limites habituelles. Ainsi, la Déclaration ne porte atteinte ou ne va pas à l'encontre des buts et principes énoncés dans la Charte pas plus qu'elle ne restreint la Déclaration universelle des droits de l'homme, les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et les autres instruments et engagements internationaux applicables dans ce domaine, ou y dérogeant (article 4). De plus, aucune disposition du texte n'implique pour un individu, groupe ou organe de la société, ou pour un État, le droit de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à détruire des droits et libertés visés dans la présente Déclaration (article 20). Enfin, la Déclaration ne peut être interprétée comme autorisant les États à soutenir ou encourager les activités d'individus, groupes, institutions ou organisations non gouvernementales allant à l'encontre des dispositions de la Charte (article 20).

En 1999, la Commission des droits de l'homme et l'Assemblée générale ont encouragé les États Membres à mettre en œuvre la Déclaration et ont prié le Secrétaire général de rendre compte de

⁸⁶⁶ ECOSOC (COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME), *Promotion et protection des droits de l'homme : défenseurs des droits de l'Homme. Rapport présenté par Mme Hina Jilani, Représentante spéciale du Secrétaire général, pour la question des défenseurs des droits de l'homme, en application de la résolution 2000/61 de la Commission des droits de l'homme*, Cinquante-septième session, E/CN.4/2001/94, 26 janvier 2001, § 13.

⁸⁶⁷ (notamment le paragraphe 3 de l'article 2, et les articles 12, 17, 19, 21 et 22)

⁸⁶⁸ (notamment l'article 13)

⁸⁶⁹ (Convention No 87 de l'Organisation internationale du Travail).

l'état de son application⁸⁷⁰. Suite à l'appel de nombreuses délégations, la Commission des droits de l'homme a prié le Secrétaire général de nommer, pour une période de trois ans, un représentant spécial qui ferait rapport sur la situation des défenseurs des droits de l'homme dans toutes les régions du monde et sur les moyens qui pourraient permettre de renforcer leur protection conformément à la Déclaration. Mme Hina Jilani hérita en premier lieu de cette mission, avec pour principal mandat de faire rapport au Secrétaire général, à la Commission et à l'Assemblée générale de la situation des défenseurs des droits de l'homme dans toutes les régions du monde et des moyens qui pourraient permettre de renforcer leur protection. En vertu des articles 3⁸⁷¹ et 4⁸⁷² de la Déclaration, la Représentante spéciale est tenue de donner la priorité au droit interne, sans que cela n'entraîne pour autant des restrictions ou des dérogations à l'application des normes internationales en matière de droits de l'homme. En conséquence, la Représentante spéciale a pour mission d'identifier les obstacles et de recommander toute(s) solution(s) constructive(s) aux niveaux interne, régional et international pour favoriser les libertés des défenseurs des droits de l'homme.

2. La relation entre les projets de développement de grande ampleur et les activités des défenseurs des droits de l'homme

Les atteintes aux libertés ou à l'intégrité physique des défenseurs des droits de l'homme opposés aux projets d'infrastructures **(a)** ont suscité l'adoption de lignes directrices sensées garantir leur protection **(b)**.

⁸⁷⁰ Voir les rapports présentés par le Secrétaire général à la Commission des droits de l'homme (E/CN.4/2000/95) et à l'Assemblée générale (A/55/292) en application de la résolution 1999/66 de la Commission et de la résolution 54/170 de l'Assemblée générale, respectivement.

⁸⁷¹ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus*, Cinquante-troisième session, Point 110, b, de l'ordre du jour, Rés. A/RES/53/144, 8 mars 1999, article 3 : « Les dispositions du droit interne qui sont conformes à la Charte des Nations Unies et aux autres obligations internationales de l'État dans le domaine des droits de l'homme et des libertés fondamentales servent de cadre juridique pour la mise en œuvre et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que pour toutes les activités visées dans la présente Déclaration qui ont pour objet la promotion, la protection et la réalisation effective de ces droits et libertés ».

⁸⁷² ONU (ASSEMBLEE GENERALE), *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus*, Cinquante-troisième session, Point 110, b, de l'ordre du jour, Rés. A/RES/53/144, 8 mars 1999, article 4 : «Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme portant atteinte aux buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies ou allant à leur encontre, ni comme apportant des restrictions aux dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme, des pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et des autres instruments et engagements internationaux applicables dans ce domaine, ou y dérogeant ».

a. Constat - Les défenseurs des droits de l'homme opposés aux projets d'infrastructures sont particulièrement exposés aux atteintes à leurs libertés ou à leur intégrité physique

La construction de centrales hydroélectriques, de pylônes électriques, de barrages ou encore d'autoroutes donne ainsi régulièrement lieu à des campagnes d'action menées par les défenseurs des droits de l'homme visant, *a minima*, à alerter les populations sur les dangers de l'opération ou, bien plus fréquemment, à obtenir de substantielles modifications du projet, voire son retrait pur et simple. Ces opérations sont variées dans leurs modalités mais visent toutes à perturber le schéma établi de prise de décision publique. Il n'est pas surprenant, dans ces conditions, que les Etats cherchent à disqualifier ces actions en déniaient la qualité de « défenseurs des droits de l'homme » aux détracteurs du projet, les qualifiant bien plus volontiers d'« opposants au développement » lorsque, par leurs actions, ils entravent la mise en œuvre de projets de développement qui ont un impact direct sur les ressources naturelles, l'environnement et les populations affectées par l'ouvrage. Quelles que soient leurs motivations, les adversaires des grands projets d'infrastructure sont également fortement exposés à des atteintes à leur intégrité physique et nombre d'entre eux sont tués en raison de leur travail sur l'impact environnemental d'activités de construction ou de projets d'aménagement ou sur les droits fonciers des peuples autochtones et des minorités. Statistiquement, ce groupe des défenseurs des droits de l'homme est le second le plus exposé à un risque mortel⁸⁷³. Entre les mois de décembre 2006 et mai 2011, la Représentante a ainsi été saisie de cent-six communications envoyées durant la période couverte par le rapport faisant état d'allégations de violations des droits de défenseurs, militants, femmes et journalistes s'occupant de questions foncières ou environnementales, notamment dans le contexte d'activités minières et de projets de construction et d'aménagement⁸⁷⁴. Durant la même période, la Représentante a envoyé trente-quatre communications relatives à des défenseurs s'occupant de problèmes fonciers ou environnementaux dans le contexte d'activités menées par des entreprises minières ou des promoteurs de projets de construction ou d'aménagement.

⁸⁷³ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), *Promotion et protection des droits de l'homme : Questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme*, soixante-huitième session, point 69 b) de l'ordre du jour provisoire, A/68/262, 5 août 2013, § 17.

⁸⁷⁴ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme*, Mme Margaret Sekaggya, Dix-neuvième session, Point 3 de l'ordre du jour, A/HRC/19/55, 21 décembre 2011, p. 13. Les violations signalées sont liées à divers projets miniers ou projets de construction ou d'aménagement: centrales hydroélectriques ou cimenteries (Guatemala, Brésil); barrages (Brésil, Inde); décharges (Mexique); gazoducs (Brésil); lotissements résidentiels fermés et marinas (Bahamas); complexes résidentiels et récréatifs (Mexique); exploitation minière (Chine, Mexique, Équateur, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Pérou); centrales nucléaires (Philippines); production de pétrole et d'essence (Chine, Nigéria, Pérou); exploitation forestière (Brésil, Cambodge, Honduras, Mexique).

L'ensemble des violations constatées se sont produites principalement dans le contexte de différends fonciers avec l'État ou des acteurs non étatiques, dont des entreprises transnationales et des entreprises de sécurité privées. Les défenseurs des droits de l'homme s'opposant à de grands projets d'aménagement sont confrontés à des risques élevés d'atteintes diverses à leur intégrité physique⁸⁷⁵. Ce sont les défenseurs des droits de l'homme s'occupant de questions foncières ou environnementales dans le contexte d'activités minières ou de projets de construction ou d'aménagement dans la région des Amériques auxquels a été consacré le plus grand nombre de communications (vingt-et-une) sur la période 2006-2011. C'est parmi eux aussi que l'on compte le plus de tués au motif de leurs activités en faveur des droits de l'homme⁸⁷⁶. En 2010, la Rapporteuse spéciale a signalé que des acteurs non étatiques, et notamment des sociétés et des entreprises privées, avaient commis des violations contre des défenseurs des droits de l'homme. Elle a indiqué que, dans certains cas, des gardes de sécurité recrutés par des sociétés pétrolières ou minières auraient harcelé, attaqué ou menacé de tuer des défenseurs des droits de l'homme qui dénonçaient des activités qui, d'après eux, entravaient l'exercice effectif par les populations locales de leurs droits fondamentaux. Elle a aussi mentionné des cas dans lesquels les autorités locales avaient été accusées de connivence avec le secteur privé ou dans lesquels des sociétés privées auraient aidé et encouragé à commettre des violations à l'encontre de défenseurs des droits de l'homme⁸⁷⁷. Le domicile de certains défenseurs a été perquisitionné ou incendié. Dans la région des Amériques, les défenseurs ont été visés par des campagnes ou des déclarations d'agents de l'État tentant de les dénigrer. Dans certains Etats, la législation relative à la sûreté nationale est fréquemment invoquée pour limiter toute activité relative à la défense des droits de l'homme. Dans un cas porté à l'attention du Représentant spécial, des activistes qui avaient appelé l'attention sur des pratiques portant gravement atteinte à l'environnement et informé le public des dangers qu'elles impliquaient pour la santé ont été accusés d'espionnage⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, Mme Margaret Sekaggya*, Dix-neuvième session, Point 3 de l'ordre du jour, A/HRC/19/55, 21 décembre 2011, § 68, p. 13. La Représentante a été saisie des faits suivants : tentatives de meurtre (Brésil, Équateur) ; meurtres (Brésil, Cambodge, Équateur, El Salvador, Honduras, Mexique, Philippines); agressions (Brésil, Mexique, Papouasie-Nouvelle-Guinée); coups et blessures et mauvais traitements (Philippines); usage excessif de la force par la police durant des manifestations (Inde). Ils ont été aussi la cible de menaces et de menaces de mort (Brésil, El Salvador, Guatemala, Mexique, Nigéria, Pérou, Philippines), ainsi que de divers types d'intimidation (Pérou, Bahamas, Brésil, Guatemala, Papouasie-Nouvelle-Guinée) et de harcèlement (Chine, Mexique, Pérou).

⁸⁷⁶ Sur ces 21 communications 7 concernaient des meurtres, dont 6 dans des pays de cette région, dans laquelle ce groupe particulier de défenseurs a subi un grand nombre d'autres violations telles que menaces de mort, agressions, tentatives de meurtre, intimidation, harcèlement ou encore campagnes visant à les dénigrer et à les discréditer.

⁸⁷⁷ A/65/223, §§ 10-11.

⁸⁷⁸ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), *Questions relatives aux droits de l'homme : questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Cinquante-sixième session, Point 131 b) de l'ordre du jour provisoire, A/56/341, 10 octobre 2001, § 26, p. 6.

D'autres ont été poursuivis pour extorsion ou chantage, diffamation, voire terrorisme⁸⁷⁹. La liste est longue : détention des membres d'une association indienne regroupant les communautés affectés par la construction du barrage de Mapithel, en Inde⁸⁸⁰ ; emprisonnement de certains membres de cette association suite à une action de protestation avec ordre de mettre fin à leur appartenance à ce mouvement⁸⁸¹ ; disparition inexpliquée d'un leader de la communauté indigène opposé à la construction d'un barrage sur des terres ancestrales⁸⁸² ; attaque physique d'un représentant d'une association contestant la construction du barrage d'Estreito, au Brésil⁸⁸³ ; arrestation et mise en examen de quatre agriculteurs chinois ayant prévu de se rendre à Pékin pour protester contre le détournement, par les autorités de police locales, des fonds publics destinés à leur réinstallation suite à la construction du barrage des Trois Gorges. Tous les quatre furent poursuivis pour trouble à l'ordre public, diffusion de secrets d'Etat et collaboration interdite avec un Etat étranger, en raison de l'aide qu'ils avaient reçue de la part d'une ONG étrangère⁸⁸⁴.

Parmi les cent-six communications soumises à la Représentante entre 2006 et 2011, vingt-cinq étaient relatives à des femmes défenseurs⁸⁸⁵ ayant notamment participé à des négociations avec des autorités locales tendant à résoudre des différends fonciers (900 femmes au Brésil, en Colombie, au Guatemala et en Inde), agi en vue d'obtenir des indemnisations pour des autochtones (Inde, Népal

⁸⁷⁹ A titre d'exemple, les défenseurs des droits de l'homme indiens qui dénoncent les projets de développement ayant détruit ou susceptibles de détruire les terres, les ressources naturelles et les moyens de subsistance des populations concernées ont été qualifiés et poursuivis par les autorités en qualité d'« ennemis de l'État » ou de « sympathisants naxalites » : ONU (ASSEMBLEE GENERALE), CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, Mme Margaret Sekaggya*, Dix-neuvième session, Point 3 de l'ordre du jour, A/HRC/19/55, 21 décembre 2011, § 56.

⁸⁸⁰ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Report submitted by the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya. Addendum : Summary of cases transmitted to Governments and replies received*, dixième session, A/HRC/10/12/Add.1, 4 mars 2009, § 1240, p. 230.

⁸⁸¹ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Report submitted by the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya. Addendum : Summary of cases transmitted to Governments and replies received*, dixième session, A/HRC/10/12/Add.1, 4 mars 2009, § 1241, p. 230.

⁸⁸² ECOSOC (COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME), *Promotion et protection des droits de l'homme : défenseurs des droits de l'Homme. Rapport présenté par Mme Hina Jilani, Représentante spéciale du Secrétaire général, pour la question des défenseurs des droits de l'homme, en application de la résolution 2000/61 de la Commission des droits de l'homme*, Cinquante-huitième session, E/CN.4/2002/106, 27 février 2002, § 71, p. 49.

⁸⁸³ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Report submitted by the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya. Addendum : Summary of cases transmitted to Governments and replies received*, dixième session, A/HRC/10/12/Add.1, 4 mars 2009, § 298, pp. 57-58.

⁸⁸⁴ ECOSOC (COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME), *Promotion et protection des droits de l'homme : défenseurs des droits de l'Homme. Rapport présenté par Mme Hina Jilani, Représentante spéciale du Secrétaire général, pour la question des défenseurs des droits de l'homme, en application de la résolution 2000/61 de la Commission des droits de l'homme*, Cinquante-huitième session, E/CN.4/2002/106, 27 février 2002, § 61, p. 46.

⁸⁸⁵ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, Mme Margaret Sekaggya*, Dix-neuvième session, Point 3 de l'ordre du jour, A/HRC/19/55, 21 décembre 2011, pp. 15-16. Les communications peuvent être ventilées en fonction de l'origine géographique des requérants : Amériques: 6 ; Asie et Pacifique: 2.

et Pérou) ; ayant fait campagne contre l'implantation de centrales nucléaires (Philippines) ou organisé des campagnes en faveur du droit à l'eau et contre la construction d'un barrage (Inde). Dans le cadre de leur action, les femmes défenseurs ont été victimes d'atteintes à leur intégrité physique, à savoir meurtres, principalement dans la région des Amériques (Colombie, Guatemala, Honduras), usage excessif de la force au cours de manifestations (Brésil, Inde, Népal) et agressions par des individus armés (Guatemala). Elles ont été la cible de menaces et de menaces de mort (Colombie, Équateur, Mexique, Philippines, Pérou), ainsi que d'actes de harcèlement et d'intimidation (Bahamas, Mexique, Pérou), visant parfois aussi des membres de leur famille (Colombie). Neuf communications ont été transmises entre 2006 et 2011 à la Représentante de la part de journalistes s'occupant de questions environnementales⁸⁸⁶, eux-aussi fortement exposés à des risques d'atteinte à leur intégrité physique.

b) Réponses - Propositions de protection issue du Rapport sur la situation des défenseurs des droits de l'homme de 2013

La récurrence des violations des droits des défenseurs des droits de l'homme opposés aux projets d'aménagement de grande ampleur a conduit la Rapporteuse spéciale à leur dédier un rapport complet au mois d'août 2013⁸⁸⁷. Sans surprise, ce document rappelle que la politique de développement devrait faire mieux respecter les droits fondamentaux de tous et donner à tous les moyens de vivre dans la dignité. Elle ne devrait pas se limiter à promouvoir la croissance économique et à répondre aux besoins élémentaires en y associant les personnes défavorisées et vulnérables. Au-delà, l'objectif de cette politique de développement devrait être « de donner aux hommes et aux femmes, en particulier aux laissés-pour-compte, des moyens de participer à la vie politique et de demander des comptes aux détenteurs de l'autorité »⁸⁸⁸. Au sens du rapport, les défenseurs des droits de l'homme font partie des personnes les mieux placées pour établir les liens entre droits de l'homme et programmation du développement, car ils sont souvent au cœur du dialogue social et des interactions entre les citoyens et les autorités au niveau local. Il est donc essentiel que les autorités et les autres acteurs concernés facilitent leur participation à l'élaboration des politiques ou des projets, leur mise en œuvre et leur évaluation, en accord avec l'article 8 de la Déclaration qui consacre le droit

⁸⁸⁶ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, Mme Margaret Sekaggya*, Dix-neuvième session, Point 3 de l'ordre du jour, A/HRC/19/55, 21 décembre 2011, pp. 16-17.

⁸⁸⁷ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), *Promotion et protection des droits de l'homme : Questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme*, soixante-huitième session, point 69 b) de l'ordre du jour provisoire, A/68/262, 5 août 2013, 27 p.

⁸⁸⁸ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), *Promotion et protection des droits de l'homme : Questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme*, soixante-huitième session, point 69 b) de l'ordre du jour provisoire, A/68/262, 5 août 2013, § 21 *in fine*, p. 8.

de toute personne, individuellement ou en association avec d'autres, de participer effectivement, sur une base non discriminatoire, au gouvernement de son pays et à la direction des affaires publiques. Comme nous l'avons évoqué précédemment, cette liberté de participation recouvre notamment le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de soumettre aux organes et institutions de l'État, ainsi qu'aux organismes s'occupant des affaires publiques, des critiques et propositions touchant l'amélioration de leur fonctionnement, et de signaler tout aspect de leur travail qui risque d'entraver ou empêcher la promotion, la protection et la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pour la rédactrice du rapport, « il faut [donc] comprendre les prises de position défendues et les activités entreprises par les défenseurs des droits de l'homme et par les dirigeants des communautés locales touchées par des projets de développement de grande ampleur non comme une résistance au développement mais comme l'expression d'un appui à un modèle durable de développement qui soit centré sur l'individu, non discriminatoire, participatif et transparent et qui exige des organismes publics chargés de l'exécution, entre autres, qu'ils répondent de leurs actes »⁸⁸⁹.

Le rapport de 2013 est un véritable plaidoyer en ce sens : tant qu'elles sont pacifiques, les actions de contestations conduites par des défenseurs des droits de l'homme devraient être considérées non pas comme des marques d'opposition au développement, mais comme des tentatives légitimes pour défendre les droits des personnes touchées, directement et indirectement, par les projets d'aménagement et / ou de développement. Au sens du rapport, ces actes de résistance s'inscrivent dans un large faisceau de droits et libertés susceptibles d'être menacés par l'imposition d'un projet de développement, dont le droit des peuples d'assurer librement leur développement économique, social et culturel et de ne pas faire l'objet de discrimination, et le droit de participer à la conduite des affaires publiques et d'accéder à des informations. Dès lors, toute restriction posée aux droits des défenseurs de s'opposer à un projet doit être prévue et organisée par la législation nationale pertinente, elle-même respectueuse de l'ensemble des obligations internationales de l'État en matière de droits de l'homme.

Les États ont l'obligation positive de protéger quiconque entend exercer son droit légitime de participer aux décisions et exprime son opposition à des projets de développement de grande ampleur ainsi que ceux qui défendent les droits des populations locales à cette occasion. Ce droit à la protection a été affirmé à de nombreuses reprises, notamment par la Déclaration universelle des droits de l'homme (dans son article 3), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (dans ses articles 6, al. 1, et 9, al. 1) et la Déclaration sur les défenseurs des droits de l'homme (dans son article

⁸⁸⁹ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), *Promotion et protection des droits de l'homme : Questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme*, soixante-huitième session, point 69 b) de l'ordre du jour provisoire, A/68/262, 5 août 2013, § 37, p. 12.

12, al. 2). Les principes d'égalité et de non-discrimination s'accommodent mal de la construction de grands ouvrages. Toutes les personnes concernées par le projet ne sont pas égales face à ses éventuels effets néfastes et certaines populations traditionnellement marginalisées - au premier rang desquelles les femmes et les populations autochtones - ne sont jamais associées à la prise de décision. Dans cette optique, le rapport considère que les droits fondamentaux des communautés et des groupes de population touchés par des projets de développement de grande ampleur sont inviolables, et ce, à toutes les étapes de ces processus. Le rapport va cependant beaucoup plus loin, puisqu'il recommande que les défenseurs des droits de l'homme qui agissent comme représentants ou membres de ces populations participent pleinement et substantiellement à la conception, l'exécution et l'évaluation de ces projets. Le rapport recommande également le recours à des études d'impact sur les droits de l'homme, menées régulièrement en vue d'identifier toutes les discriminations potentielles d'un projet à l'égard de certaines catégories de la population⁸⁹⁰.

La participation est plus qu'une simple consultation : elle signifie que les défenseurs s'impliquent activement, disposent des moyens de le faire et que leur capacité à interagir réellement avec d'autres acteurs soit renforcée. Les populations locales et leurs défenseurs doivent donc pouvoir participer activement, librement et substantiellement au processus et bénéficier, à chaque étape, d'une protection contre les représailles et les autres violations de leurs droits. La participation permet aux bénéficiaires de s'approprier authentiquement les projets ou politiques en question et elle leur donne l'impression de les contrôler. Il faut veiller à ce qu'ils soient impliqués à toutes les étapes du projet (étude et analyse, conception, planification, exécution, suivi et évaluation). Tout ceci présuppose néanmoins que les communautés affectées par l'ouvrage fassent connaître leurs attentes aux autorités publiques, par exemple par des proclamations de portée générale⁸⁹¹. En pratique, pareil accord implique que la détermination d'une telle position commune soit possible, ce qui n'est en rien garanti si l'on prend en compte la grande diversité sociale et culturelle des populations amenées à se fédérer contre le projet par le biais de leurs représentants. Il importe donc de veiller, dans cet esprit, à ce que ceux qui sont touchés par des projets puissent participer au processus en s'exprimant dans leur propre langue. Les informations relatives au projet doivent ainsi être disponibles dans la langue ou les langues parlées par les populations touchées et il faut que la communication tienne compte des connaissances et de la culture des différents interlocuteurs de manière à ce qu'ils soient réellement écoutés. Dans ce contexte, les défenseurs des droits de l'homme qui travaillent avec les populations

⁸⁹⁰ BANQUE MONDIALE ET FONDS D'AFFECTATION SPÉCIALE NORDIQUE, *Human Rights Impact Assessments: A Review of the Literature, Differences with Other Forms of Assessments and Relevance for Development* (2013), disponible en anglais sous http://siteresources.worldbank.org/PROJECTS/Resources/40940-1331068268558/HRIA_Web.pdf.

⁸⁹¹ Global Witness, the Oakland Institute et the International Land Coalition (2012), *Dealing with Disclosure Improving Transparency in Decision-making over Large-scale Land Acquisition, Allocations and Investments* (2012), p. 24. Disponible en anglais sous www.globalwitness.org/sites/default/files/library/Dealing_with_disclosure_1.pdf.

locales jouent un rôle crucial car ils peuvent faciliter la communication entre celles-ci et les responsables des politiques ou des projets concernés et transmettre les informations d'une manière compréhensible par les interlocuteurs en présence. L'abolition de l'obstacle linguistique doit être complétée par l'octroi de droits de participation renforcés à destination des populations particulièrement vulnérables. Du fait des fortes attaches culturelles qui lient les peuples autochtones au territoire où ils vivent, ceux-ci doivent donner leur consentement préalable, libre et éclairé à la suite de négociations ou de consultations portant sur les projets de développement de grande ampleur⁸⁹².

Transparence et accès à l'information - L'accès aux caractéristiques techniques et à l'étendue des impacts potentiels du projet est essentiel aux défenseurs des droits et à ceux qui sont directement affectés. L'accès à l'information est en effet une condition préalable à la compréhension par les populations concernées des impacts de l'ouvrage et à l'éventuelle défense de leurs droits : il est essentiel que les personnes concernées comprennent de quelle façon elles seront affectées, comment elles peuvent se prévaloir de leurs droits qui pourraient être mis à mal par le projet et comment faire en sorte que les parties prenantes et les responsables soient tenus de répondre de leurs actes. Les défenseurs des droits de l'homme sont directement intéressés par ce principe, car ils doivent avoir accès à l'information nécessaire pour pouvoir jouer leur rôle, qui est capital puisqu'il consiste à communiquer les visées de ces projets et à instaurer une relation de confiance avec les collectivités touchées. En pratique, les populations et leurs représentants sont régulièrement confrontés à des difficultés considérables pour accéder à des informations au mieux parcellaires, la majorité des décisions relatives au projet étant prises sans consultation préalable des populations. Au surplus, il n'est pas rare que les communautés concernées préfèrent s'adresser directement aux entreprises privées car ils trouvent l'aide de l'État inadaptée ou inexistante. L'instauration d'un dialogue entre les communautés et les autorités chargées de l'aménagement constitue indéniablement la réponse la plus fréquemment avancée pour améliorer la prise de décision. Dans l'idéal, ce dialogue constructif devrait être organisé en continu : en amont, lors de planification, durant la phase mise en œuvre du projet et, enfin, en aval, lors de l'évaluation de leur impact. Le droit international organise déjà les fondations de cet échange par le truchement du droit à l'accès à l'information prévu par l'article 19 alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits civils. En même sens, l'article 6, alinéa a), de la Déclaration sur les défenseurs des droits de l'homme reconnaît le droit de rechercher activement de l'information et d'y avoir accès et consacre également le droit des défenseurs à recevoir et à conserver des informations, un droit essentiel à leurs activités de surveillance et de documentation. Le rapport

⁸⁹² Le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones a souligné qu'il est nécessaire que les États tiennent de bonne foi des consultations avec les populations autochtones afin d'obtenir leur consentement (A/HRC/12/34, par. 46 à 49).

prévoit que quiconque divulgue de bonne foi de l'information sur des projets de développement à grande échelle qu'il pense être d'intérêt public soit mis à l'abri d'éventuelles représailles. Le texte renvoie pour ce faire à un hypothétique « dispositif légal, institutionnel et administratif »⁸⁹³ doit être mis en place pour assurer l'intégrité et la protection de ceux qui tirent le signal d'alarme afin de garantir leur droit de rechercher et de divulguer des renseignements et celui du public d'être informé de la situation des droits de l'homme dans une situation ou un pays donné.

Les informations pertinentes doivent être accessibles, c'est-à-dire mises à la disposition du public dans les langues et par les canaux appropriés pour que toutes les personnes touchées par un projet puissent y accéder. Lorsque l'information pertinente est détenue par une ou plusieurs entreprises privées, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme recommandent que ces entreprises rendent compte de la façon dont elles remédient à l'incidence de leurs activités sur les droits de l'homme, en particulier lorsque des préoccupations sont exprimées par les acteurs concernés ou en leur nom. L'information doit être communiquée selon des modalités et à une fréquence en rapport avec les préoccupations évoquées, être facile d'accès pour les publics auxquels elle s'adresse et être suffisamment détaillée pour permettre d'évaluer l'efficacité des mesures prises par l'entreprise pour remédier au problème dont il est plus particulièrement question. Le rapport fait peu de cas de la confidentialité des documents⁸⁹⁴ et retient le principe de divulgation maximale : « dans des projets de développement d'envergure, il convient de divulguer autant que possible et en temps utile l'information concernant l'élaboration et la préparation du projet, y compris les contrats de sous-traitance passés, les documents relatifs aux parties concernées, les cadres de financement, les modalités, les études d'impact et les mesures d'atténuation »⁸⁹⁵. Le principe de transparence ne doit pas s'appliquer uniquement aux aspects techniques que sont l'accessibilité et la disponibilité de l'information. Les collectivités qui défendent leurs droits peuvent avoir du mal à obtenir les bonnes informations faute de connaissances techniques : les États et les autres acteurs doivent donc tout faire pour aider les parties concernées à obtenir l'information dont elles ont besoin. Dans ce domaine, les ONG nationales et internationales connaissant bien le domaine visé peuvent également fournir un appui précieux aux collectivités locales.

⁸⁹³ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), *Promotion et protection des droits de l'homme : Questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme*, soixante-huitième session, point 69 b) de l'ordre du jour provisoire, A/68/262, 5 août 2013, § 66.

⁸⁹⁴ Il ne doit être dérogé à ce principe que lorsque la divulgation pourrait aller à l'encontre des intérêts de l'État, tel que le prévoit la législation, dans le respect du droit international des droits de l'homme (voir A/67/292, par. 51 à 55 et par. 11 e) de la résolution 22/6 du Conseil des droits de l'homme).

⁸⁹⁵ ONU (ASSEMBLEE GENERALE), *Promotion et protection des droits de l'homme : Questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme*, soixante-huitième session, point 69 b) de l'ordre du jour provisoire, A/68/262, 5 août 2013, § 65.

§2. L'obligation de faire participer le public au processus décisionnel d'aménagement comme solution à la conflictualité

L'obligation de faire participer le public au processus décisionnel d'aménagement est aujourd'hui consacré en droit international sous des modalités diverses. Ce principe tire ses fondements de travaux sociologiques **(A)** qui ont précédé sa réception juridique **(B)**.

A. Les fondements sociologiques du principe de participation du public au processus décisionnel d'aménagement

Le principe de participation poursuit essentiellement une finalité d'appropriation des projets par les populations **(1)**. En dépit de sa promotion importante dans l'ordre juridique international, ce principe n'est pas exempt de critiques **(2)**.

1. Les finalités poursuivies par le principe de participation

La transformation des modalités de gestion des territoires contribue, depuis plusieurs décennies, à modifier en profondeur les conditions d'exercice de la planification et de l'aménagement du territoire. Les premiers pas de l'urbanisme sont marqués par la philosophie des Lumières, de la rationalité, du progrès. La pratique urbanistique, intimement liée aux enjeux de modernisation des villes, correspond alors à une étape du capitalisme industriel dans laquelle l'assainissement, la gestion des eaux, l'insalubrité et l'assistance sont alors la priorité. La réforme urbaine, conduite au nom d'un intérêt général énoncé par la science et garanti par la puissance publique, accompagne la construction de la société salariale. Or, les instruments traditionnels de planification sont devenus insuffisants pour relever les défis actuels qui frappent le territoire (changement climatique, urbanisation croissante, perte des valeurs paysagères et patrimoniales, etc.). Les urbanistes sont amenés à travailler dans des contextes institutionnels de plus en plus fragmentés, pour des publics diversifiés dont les identités ou intérêts spécifiques tendent à s'affirmer. La conflictualité croissante des grands projets d'aménagement urbain complexifie le processus décisionnel, de sorte que leur mise en discussion publique apparaît de plus en plus comme un impératif de l'action publique⁸⁹⁶. Les questions de négociation et de participation deviennent ainsi déterminantes dans un contexte où les processus de décision sont à la fois plus ouverts et plus opaques⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ SIMARD L., LEPAGE L., FOURNIAU J.-M., GARIEPY M., GAUTHIER M., *Le débat public en apprentissage. Aménagement et environnement. Regards croisés sur les expériences française et québécoise*, Paris, L'Harmattan, 2006.

⁸⁹⁷ BLANC M., « La gouvernance urbaine », in STEBE J. M., MARCHAL H. (dirs.), *Traité de la ville*, Paris, PUF, 2008.

L'idée selon laquelle les orientations de gestion et d'aménagement des territoires seraient l'apanage d'une autorité unique est donc explicitement remise en cause. À cet égard, il convient de faire la distinction entre une conception « substantialiste » de l'intérêt général – un intérêt général immanent qui possède un contenu, une substance et qui est défini par l'État – et les conceptions anglo-saxonnes davantage « procédurales », dans lesquelles l'intérêt général n'est pas donné mais à faire et à construire à partir de débats et de délibérations publiques⁸⁹⁸. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que les premiers efforts de théorisation de la participation du public aient été conduits par des auteurs anglo-saxons. Dans un article remarqué paru en 1969, Sherry R. Arnstein mettait en exergue la faible portée opératoire des dispositifs participatifs utilisés dans les années 1960 dans les programmes fédéraux américains de rénovation urbaine et qui se résumaient à des rituels symboliques. S. R. Arnstein appelait de ses vœux des formes de participation plus axées sur le partenariat, la délégation de pouvoir et le contrôle par les citoyens et proposait pour ce faire de recourir à une « échelle de la participation »⁸⁹⁹. C'est au cours des années d'après-guerre (1950-1960) que les pratiques planificatrices se structurent véritablement avec le modèle de la planification rationnelle globale (*rational comprehensive planning*). Ce modèle est considéré comme le paradigme fondateur de la planification moderne. Sur le plan opérationnel, cette procédure de planification procède à partir de cinq opérations distinctes : 1) la formulation d'un ensemble de valeurs générales exprimées en termes de buts et d'objectifs généraux à atteindre ; 2) l'établissement d'un portrait de la situation par la collecte et l'analyse des données (qualitatives et quantitatives) ; 3) l'inventaire et l'analyse de toutes les options pour atteindre les buts et les objectifs visés ; 4) la prévision, l'évaluation et la comparaison de toutes les options ; 5) la sélection de la meilleure option pour l'atteinte des buts et des objectifs. Cette approche se veut rationnelle et globale, en ce sens qu'elle vise à retenir la meilleure option et l'exhaustivité, en considérant toutes les options et leurs conséquences⁹⁰⁰.

A la planification territoriale imposée, il conviendrait dès lors de substituer une planification territoriale participative et consensuelle qui seule permettrait d'aménager l'espace de manière appropriée au moyens de projets concrets et durables. La participation du public est ainsi devenue une constante des projets d'aménagement des territoires, marquée par la volonté affichée de ses promoteurs d'approfondir la démocratie, d'élargir l'espace public par le débat et d'ouvrir la décision aux citoyens, en accordant une place privilégiée aux groupes sociaux défavorisés et sous-représentés dans le champ politique. L'introduction généralisée des politiques participatives a ainsi été présentée

⁸⁹⁸ PADIOLEAU J.-G., « Intérêt général », in WACHTER S. et al. (dir.), *Repenser le territoire. Un dictionnaire critique*, La Tour d'Aigues, DATAR-Éditions de l'Aube, pp. 47-51 ; PADIOLEAU J.-G., « L'action publique. Du substantialisme au pragmatisme », *Techniques, Territoires, Sociétés*, 22/23, pp. 89-95.

⁸⁹⁹ ARNSTEIN S.-R., « A ladder of citizen participation », *Journal of the American Institute of Planners*, vol. 35 (4), 1969, pp. 216-224.

⁹⁰⁰ FRIEDMANN J., *Planning in the public domain. From knowledge to action*, Princeton, Princeton University Press, 1987.

par ses promoteurs comme visant à ouvrir de nouveaux canaux de médiation des demandes sociales, qui ont pu être qualifiés de « cadres cognitifs de l'action publique »⁹⁰¹, et comme offrant aux organisations contestataires des espaces pour exprimer leurs demandes. L'heure est à l'écoute et la prise en compte d'autres savoirs que ceux de l'Administration dans l'opération de planification territoriale. Certes, l'existence d'une information publique et contradictoire, à même de produire une compréhension partagée de la réalité, en termes de besoins et de possibilités du territoire, a toujours été fondamentale. Un minimum d'informations et de connaissances territoriales est ainsi nécessaire pour arriver à une compréhension partagée de la réalité territoriale⁹⁰². Mais la participation bouscule et transforme les rôles, postures et relations des protagonistes habituels de la décision environnementale ; dans le même temps, elle favorise l'entrée de nouveaux joueurs, en l'occurrence les « personnes ordinaires ». Dans les versions les plus poussées, la participation du public repose sur une décomposition du processus de projet, processus itératif fait d'allers et retours entre diagnostic, évaluation des contraintes et propositions formelles d'une part, et entre travail en plein air et élaboration en chambre d'autre part. Dans cette décomposition, se joue la redéfinition du rôle du concepteur, se négocie la prise en compte de différents types de savoirs (professionnels, d'usage, politiques), mais aussi en arrière plan, de différentes représentations et images de la ville. La tendance de fond est alors à garantir par le droit que les individus comme les groupes puissent mobiliser et acquérir des savoirs d'usage (des savoirs non spécialisés fondés sur une pratique du territoire), des savoirs professionnels (des savoirs plus systématisés basés sur une expertise technique) et des savoirs militants, qui se réfèrent à l'inscription dans des réseaux d'acteurs et à la maîtrise de savoirs et de savoir-faire politiques⁹⁰³.

Cette revendication historique de la société civile est aujourd'hui largement partagée par ceux qui étaient, hier, soupçonnés de définir les orientations de gestion des territoires de manière autoritaire et non concertée. La participation fait désormais partie des références obligées dans les discours politiques qui orientent l'activité des bailleurs de fonds internationaux (Faire un renvoi aux PO relatives à la participation du public) qui « se sont approprié des concepts qui, par le passé, ont été utilisés par des mouvements radicaux »⁹⁰⁴. Le caractère subversif du principe de participation - tel

⁹⁰¹ MULLER J.-P., « Esquisse d'une théorie du changement dans l'action publique. Structures, acteurs et cadres cognitifs », *Revue française de science politique*, 2005/1, vol. 55, pp. 155-187.

⁹⁰² FARINÓS DASI J., « Le défi, le besoin et le mythe de la participation à la planification du développement territorial durable : à la recherche d'une gouvernance territoriale efficace », *L'Information géographique*, 2009/2, vol. 73, pp. 89-111.

⁹⁰³ NEZ H., « La professionnalisation et la politisation par la participation » Trajectoires d'individus et de collectifs à Paris et Cordoue, *Revue internationale de politique comparée*, 2013/4, vol. 20, pp. 29-53 ; NEZ H., « Nature et légitimités des savoirs citoyens dans l'urbanisme participatif : une enquête ethnographique à Paris », in *Sociologie*, 2011, n° 4, pp. 387-404 ; NEZ H., *Les savoirs citoyens dans l'urbanisme participatif. Regards croisés sur les expériences de Paris et Cordoue*, Thèse de doctorat en sociologie, Université Paris 8/Université autonome de Barcelone, 2010.

⁹⁰⁴ CORNWALL A., BROCK K., « What do Buzzwords Do for Development Policy ? A Critical Look at 'Participation', 'Empowerment' and 'Poverty Reduction' », *Third World Quarterly*, 2005, vol. 26, n°7, pp. 1043-1060, spéc. pp. 1052 et 1055.

qu'il émergea dans les années 1950 à travers des travailleurs sociaux qui pointaient vers la nécessité de la prise en compte des réalités locales dans les programmes de développement - a *de facto* été progressivement coopté par les gouvernements et les institutions de développement. Ce derniers se trouvaient, dès les années 1970, explicitement confrontés aux échecs de leurs programmes et sentaient le besoin de relais pour leur activité. Il n'est pas anodin de noter que la mode de la « participation » prit son envol au début des années 1980, au moment où la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International furent confrontés aux échecs des plans d'ajustement structurel (PAS) africains. À la fin des années 1980, cette recherche de légitimité s'appuiera sur les notions d'« empowerment » et de « consensus building » puis, à partir des années 1990, surtout sur la notion de « participation ». Ces échecs conduisirent à une réflexion sur la construction de la légitimité politique de ces programmes pour en accroître l'efficacité. La participation est conçue, ici, comme un instrument privilégié de l'action publique qui s'impose au nom du renforcement des capacités (« *empowerment* ») des populations. Au-delà des bailleurs de fonds internationaux, la participation offre également une solution à ceux qui avaient souligné les risques de l'institutionnalisation des mouvements sociaux en termes de cooptation, de clientélisation et de contrôle.

Les pratiques qu'il est possible d'associer au vocable « participation » sont d'une grande hétérogénéité. Elles s'étendent des formes d'auto-mobilisation (contestation de certaines décisions d'aménagement), jusqu'aux démarches formelles d'association des parties prenantes aux décisions ou au fonctionnement des institutions de gestion de l'environnement. Cette hétérogénéité des pratiques et des critères fait par ailleurs écho à la pluralité des concepts mobilisés dans ce champ (participation / consultation / concertation / négociation), et au débat visant à en stabiliser le sens. La participation est le plus souvent favorisée dans des espaces et sur des enjeux spécifiques aux groupes sociaux à l'intention desquels elle est conçue, en toute négation de la possible universalité de leurs demandes. Les dispositifs participatifs constituent à ce titre des outils de dépolitisation des enjeux sur lesquels peuvent se mobiliser des groupes « participants ». Les premiers acteurs concernés par l'ouverture des processus de décision sont bien évidemment les maîtres d'ouvrages. Qu'en est-il alors du participant dit ordinaire ? Il apparaît sous plusieurs figures dans la littérature : membre d'une « population concernée » dont la définition fait objet de débat⁹⁰⁵ ; profane ou amateur⁹⁰⁶ ; habitant dont l'implication est recherchée dans les dispositifs territorialisés et auquel on assigne une posture d'usager du territoire ; etc. Toute procédure de participation s'adresserait ainsi à une « population concernée » ce qui suppose qu'il existe une ou des populations qui ne le sont pas, ou moins. Au

⁹⁰⁵ CLAEYS-MEKDADE C., « Qu'est-ce qu'une population concernée ? L'exemple camarguais », *Géocarrefour*, 2001, n° 76(3), pp. 217-223.

⁹⁰⁶ FOURNIAU J.-M., « La sélection des participants dans les dispositifs de démocratie participative : un citoyen plus amateur qu'ordinaire », Document de travail, 2008, <http://tinyurl.com/pclu6kf>, consulté pour la dernière fois le 5 juillet 2015.

surplus, qui est concerné et qui ne l'est pas ? Et à quel titre ? Même lorsque les acteurs publics (nationaux et internationaux) en charge du développement territorial n'utilisent pas forcément l'expression générique de « population concernée », ils opèrent bien dans leur pratique un travail de désignation d'individus considérés comme concernés. L'emploi dans les directives et politiques opérationnelles des banques multilatérales de développement de catégories telles que « femmes »⁹⁰⁷, « habitants », ou « autochtones »⁹⁰⁸ gomme les positions sociales et naturalise les groupes, définis par des caractéristiques physiologiques (le genre, par exemple) ou d'appartenance à un groupe humain (être autochtone). Les publics ciblés par les dispositifs participatifs y sont définis par des caractéristiques précises qui ne relèvent pas directement d'un rapport politique au groupe social. Cette labellisation homogénéise les publics participants, comme si une caractéristique sociale commune suffisait à définir des intérêts et des positions politiques partagées. Elle vise à renforcer l'évitement du conflit et la canalisation de la protestation⁹⁰⁹.

2. Les critiques adressées au principe de participation

Malgré ces succès relatifs, l'urbanisme collaboratif est l'objet de vives critiques. La rhétorique participative s'est imposée, à des degrés divers selon les Etats, au point que certains dénoncent la « tyrannie de la participation »⁹¹⁰. Il convient dans un premier temps, nous semble-t-il, de sortir de l'opposition schématique entre d'un côté le décideur et, de l'autre, la population concernée par l'opération d'aménagement. Toute décision susceptible d'impacter l'environnement est le résultat d'un processus complexe dont l'analyse conduit souvent à la déconstruction de la figure quelque peu mythique du « décideur décidant »⁹¹¹. Il apparaît en fait que les enjeux territoriaux, sociaux et environnementaux d'un projet sont simultanément négociés dans une pluralité d'arènes et débattu dans de multiples espaces publics⁹¹². La participation est une étape indispensable du cycle de projet. Mais elle ne demeure que l'un des multiples maillons de la chaîne de décision. Ramenée à sa juste place, il apparaît ensuite indispensable d'interroger les effets concrets de la participation sur les projets ou sur les grandes orientations d'urbanisme. Dans quelle mesure évoluent-ils sous l'effet de la délibération du public et comment ? La participation du public contribue-t-elle à la production de

⁹⁰⁷ V., pour la BIRD, OP/BP 4.20 « Gender and development ».

⁹⁰⁸ V., pour la BIRD, OP/BP 4.10 « Indigenous peoples ».

⁹⁰⁹ GORAND C., « Participation institutionnalisée et action collective contestataire », *Revue internationale de politique comparée*, 2013/4, vol. 20, p. 18).

⁹¹⁰ COOKE B., KOTHARI U. (dirs.), *Participation. The New Tyranny ?*, Londres, Zed Books, 2001. ; HICKEY S., MOHAN G. (dirs.), *Participation. From Tyranny to Transformation*, Londres, Zedbook, 2004.

⁹¹¹ ALLAIN S., EMERIT A., « Projets d'aménagement hydraulique, concertation et planification participative de bassin : une approche en termes d'Action Publique Négociée », *Natures Sciences Sociétés*, vol. 11(3), 2003, pp. 255-265.

⁹¹² SURAUD M.-G., « "Espaces publics intermédiaires" et risques industriels. La concertation après la catastrophe de Toulouse », in MERMET L. ET BERLAN-DARQUE M. (dirs.), *Environnement : décider autrement*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 215-233.

meilleurs projets, au sens où ils seraient plus adaptés à la demande sociale, et surtout favorise-t-elle l'émergence d'une ville plus juste, plus équitable et plus durable ? Il faut se déprendre de la fascination suscitée par quelques procédures innovantes et rappeler avec que la participation des populations est encadrée dans un système d'action qui la contraint fortement.

Ratione legis, l'absence ou l'insuffisance des dispositions légales en matière de participation est la règle. En général, les législations sur les études d'impact, quand elles existent, comportent des limites en matière de participation. Elles traitent plus de consultation que d'une réelle participation. Les limites de la législation se posent aussi bien dans les pays en voie de développement que dans les pays développés⁹¹³. Devant l'absence de règles juridiques en la matière ou en raison de leur imprécision ou inadéquation, les règles du jeu de la participation sont généralement fixées par l'entreprise. L'implication des parties prenantes et des populations potentiellement affectées relève alors du pur volontarisme d'entreprise ou résulte de la pression exercée par un grand bailleur de fonds. La Banque Mondiale retient à cet égard une définition restrictive de la participation dans sa politique en matière d'étude d'impact environnemental et social qu'elle applique aux projets qu'elle finance. Ainsi, les promoteurs du projet sont uniquement tenus à fournir aux populations des informations relatives à l'étude d'impact et d'incorporer leurs attentes dans le design du projet. Mais, il n'est pas précisé comment ni jusqu'où. Ce degré de liberté accordé de fait aux promoteurs du projet réduit le caractère effectif de la participation. Au-delà, la confiance dans l'Etat et dans ses institutions, ainsi que les expériences passées avec le secteur privé en général, vont influencer les attitudes des populations vis-à-vis du processus d'étude d'impact et de l'éventuelle participation qui leur est proposée. En effet, un manque de crédibilité générale des institutions publiques, des relations dénuées de confiance avec les entreprises et des expériences négatives réduiront d'autant toute velléité de participation.

Ratione temporis, la participation intervient en aval des choix majeurs précédant la construction de l'ouvrage : elle est une garantie procédurale de légitimité du projet, non pas le lieu de la décision publique. Pour être effective, la participation présuppose que les populations soient associées à la définition des problèmes, à l'analyse de la situation, à l'identification des solutions potentielles et au suivi effectif de la mise en œuvre du plan de management environnemental et social qu'elles auront contribué à définir. Certaines études empiriques établissent une corrélation claire : une participation forte des populations s'observe dans les études d'impact où une réelle opportunité leur était donnée d'influencer l'ingénierie de projet⁹¹⁴. Or, le lien entre la participation et la prise de

⁹¹³ Pour une illustration canadienne, v. SINCLAIR A. ET DIDUCK A. P., « Public involvement in Environmental Assessment in Canada : a transformative Learning Perspective », *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 21, 2001, pp. 113-136.

⁹¹⁴ BUCHAN D., « Buy-in and Social Capital : by-product of Social Impact Assessment », *Impact Assessment and project Appraisal*, vol. 21 (3), 2003, pp. 168-172.

décision par rapport au projet est souvent loin d'être effectif. Les études d'impact sociales et environnementales en matière de grands barrages sont fréquemment mal reliées au cycle du projet et à son processus d'approbation et ont, de ce fait, un impact marginal sur la décision finale ou sur l'ingénierie du projet⁹¹⁵. Cet état de fait est particulièrement vrai quand il y a un découplage entre l'équipe projet et l'équipe de consultants qui mènent l'étude d'impact. Quand bien même en effet la sollicitation des publics obéirait-elle au précepte d'une participation « le plus en amont possible »⁹¹⁶, elle s'inscrirait inévitablement à l'aval d'un certain nombre de choix majeurs, portant aussi bien sur la substance du débat (cadre des éléments soumis à la participation) que sur sa procédure (forme de la participation).

Ratione personae, la participation du public comporte une composante socio-territoriale essentielle à son succès. Elle se heurte à des questions très concrètes de représentativité des participants, de tradition démocratique et/ou de participation et d'asymétrie dans l'accès à l'information.

Le principe de participation (et sa mise en oeuvre concrète lors des projets de développement) repose sur des présupposés implicites afférents aux rôles respectifs du public, du privé, des relations entre État, marché et société civile et de leur rôle dans l'organisation du vivre-ensemble. Cette vision accorde un rôle prépondérant à la société civile qui apparaît comme crucial dans la mise en œuvre de la participation. Dans de nombreux programmes de développement, cette société civile a tendance à se substituer complètement l'État. La participation de la population se heurte souvent à l'épineux problème de la représentativité des personnes ou des groupes à impliquer dans la participation. La « société civile » est loin de constituer une catégorie homogène, sorte de secteur « privé à intention publique » ou de « privé visant l'intérêt général »⁹¹⁷. Certains auteurs déplorent ainsi le « romantisme participatif » de procédures qui ressemblent « à un mécanisme d'accaparement des sites de l'autorité par des minorités cooptées », qui seules maîtrisent les règles informelles de la négociation⁹¹⁸. Il est souvent reproché à certains processus de participation, initiés par les promoteurs du projet, de procéder à une désignation unilatérale et inadéquate des communautés pouvant être incluses dans la consultation⁹¹⁹. Un processus délibératif peut avoir un air de légitimité, alors que dans la réalité, des inégalités entre les participants et des déséquilibres de pouvoir peuvent amener à des décisions

⁹¹⁵ SADLER B., VEROCAI I. ET VANCLAY F., « Environmental and Social Impact Assessment for Large Scale Dams », World Commission on Dams, 2000.

⁹¹⁶ Ce qui est au demeurant discutable, comme l'a souligné RUI S., « L'impasse de l'amont. Débat public et conflits d'aménagement », Annales des Ponts et Chaussées - Ingénieur Science Société, 92, 1999, pp. 47-52.

⁹¹⁷ ARNAUD A.-J., *Critique de la raison juridique*, op. cit., p. 271 et s.

⁹¹⁸ HERMET G., « Un régime à pluralisme limité ? À propos de la gouvernance démocratique », *Revue Française de Science Politique*, 2004, vol. 54, n° 1, pp. 162, 173 et 161.

⁹¹⁹ EMERY A., *Integrating Indigenous Knowledge in Project Planning and Implementation*, ILO, World Bank, Canadian International Development Agency, 2002.

biaisées et dénuées de légitimité⁹²⁰. La société civile n'inclut pas vraiment les structures politiques, sociales, économiques et juridiques plus traditionnelles, telles que les réseaux familiaux, religieux, de castes, d'entraide. Dans le cas des pays en développement des structures de participation traditionnelles existent mais ne sont pas nécessairement sollicitées dans les processus formels d'étude d'impact, tels que définis par la loi. Comme cela a pu être souligné, « les procédures de « participation » mises en œuvre dans le cadre de politiques de développement sont souvent des procédures inventées par les décideurs et imposées comme nouvelle manière de gérer des problématiques particulières qui, de surcroît, ne prennent souvent pas en compte des réalités et des structures politico-juridico-sociales locales »⁹²¹.

Ce biais semble lié pour partie au fait que les législations en matière d'étude d'impact dans les pays en voie de développement suivent un modèle occidental avec ses formes spécifiques de participation (audiences publiques, demande d'information écrites) sans solliciter les structures traditionnelles et souvent informelles de participation, qui servent à la prise de décision et à la gestion des conflits (comité de village, par exemple). Ces réseaux sont difficiles à appréhender car ils ne rentrent *a priori* dans aucun modèle pré-identifié par un instrument juridique. Certes, ces réseaux vitaux pour les communautés ne sont pas complètement ignorées. Mais ils ne sont souvent appréhendés qu'au travers de leur éventuelle participation à l'activité d'une ONG. Ils demeurent des objets d'étude à part et peu identifiés. Rien n'indique toutefois que s'appuyer directement sur les structures locales des communautés (en lieu et place des ONG, ou à titre complémentaire de leur action) permette de privilégier l'intérêt général. Ce sont généralement les populations les plus visibles, les mieux organisées et les plus éduquées qui ont des chances d'être intégrées dans un processus de participation pour faire valoir leurs droits et leurs intérêts⁹²². Le principe de participation se heurte immédiatement aux limites tenant à la représentation des groupes les plus marginalisés mais aussi celle de l'institutionnalisation des mouvements sociaux : quand les populations ont des représentants dans le processus de participation, il n'est pas certain que ces derniers privilégient l'intérêt général de la communauté. Les approches d'urbanisme collaboratif postulent une société civile relativement organisée, homogène et à la recherche du consensus. Elles sous-estiment la complexité et les conflits qui la traversent⁹²³, ce qui peut conduire, dans certains cas, à marginaliser

⁹²⁰ SAARIKOVSKI H., « Environmental Impact Assessment as Collaborative Learning Process », *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 20 (6), 2000, pp. 681-700.

⁹²¹ EBERHARD Ch., « Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009/1 Volume 62, pp. 125-151, spéc. p. 133.

⁹²² Pour une illustration des difficultés concrètes lors de la mise en œuvre de procédures légales de participation du public en Indonésie, v. PURNAMA D., « Reform of the EIA Process in Indonesia : Improving the Role of Public Involvement », *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 23, 2003, pp. 415-439.

⁹²³ WATSON V., « Seeing from the South . Refocusing Urban Planning on the Globe's Central Urban Issues », *Urban Studies*, vol. 46 (11), 2009, p. 2264.

plutôt qu'à inclure les groupes et les individus les plus dominés⁹²⁴. La participation ne se déploie pas dans un vide de pouvoir, mais au contraire dans une configuration socio-territoriale structurée par des rapports sociaux, que la participation peut aussi bien atténuer que reproduire ou même renforcer. Les leaders ou les élites locales, même s'ils peuvent jouer un rôle utile de médiation, peuvent aussi représenter un obstacle à la participation directe et active des populations quand ils y voient une remise en cause de leur pouvoir (multitude de prétendants au leadership ; opposition entre représentants traditionnels et nouveaux représentants ou encore une opposition entre générations).

Même en présence d'une réglementation favorable à la participation ou à la consultation, d'autres aspects institutionnels, telles que des normes et des valeurs dominantes créeront un terrain favorable ou hostile à la participation. La Banque mondiale peine ainsi à associer pleinement les communautés dans les projets dans les pays qui n'ont pas une tradition sociale encourageant la participation⁹²⁵. Des réticents similaires s'observent en Europe⁹²⁶.

Même quand la loi prévoit une participation du public, ce dernier a-t-il les capacités à se mobiliser ? La pauvreté est généralement le corollaire de niveaux d'éducation faibles qui restreignent *de facto* les capacités des communautés, potentiellement affectées, à comprendre ou à s'intéresser à ce type d'approche. La capacité des populations à influencer les décisions qui les concernent est également entravée par l'existence d'une asymétrie dans l'accès à l'information relative au projet. Ce déséquilibre restreint les capacités des populations à comprendre ce qui est en jeu et à défendre leurs intérêts⁹²⁷. Les consultants, l'administration et surtout l'entreprise détiennent en effet des informations sur le projet auxquelles les populations n'ont pas accès d'un point de vue matériel ou intellectuel. Cette réalité alimente le dogme selon lequel le public ne veut pas être impliqué, qu'il est ignorant et doit par conséquent être guidé par « ceux qui savent », c'est à dire les experts⁹²⁸. L'asymétrie est également renforcée par le fait que les populations ne produisent pas d'information pour conforter leur position et lui donner plus de crédibilité. Il leur est difficile de mobiliser des ressources intrinsèques ou à créer des alliances pouvant les aider à peser dans le processus. Parfois le projet est l'occasion d'un premier contact de communautés, auparavant isolées, avec l'entreprise. Aussi, peuvent-elles éprouver des difficultés à comprendre les implications du projet, à en identifier les

⁹²⁴ HILLIER L., « Agonizing over consensus. Why Habermasians ideals cannot be 'real' », *Planning Theory*, vol. 2, 2003, pp. 37-59.

⁹²⁵ PAUL S., « Community participation in Development Projects : the World Bank Experience », World Bank Discussion paper, n° 6, The World Bank, Washington DC, 1987.

⁹²⁶ V. le faible impact du processus participatif au Portugal, institué suite à la transposition de la directive européenne sur les études d'impact : GONCALVES M. E., « Implementation of EIA directives in Portugal : How Changes in Civic Culture are challenging political and Administrative practice », *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 22, 2003, pp. 249-269

⁹²⁷ EMERY A., *Integrating Indigenous Knowledge in Project Planning and Implementation*, ILO, World Bank, Canadian International Development Agency, 2002.

⁹²⁸ BOTES L., VAN RENSBERG D., « Community Participation in Development : Nine Plagues and Twelve Commandments », *Community Development Journal*, vol. 35, n° 1, 2000, pp. 41-58.

impacts potentiels sur leurs vies et à exprimer leurs attentes à l'entreprise. Il peut également exister des barrières linguistiques ou des difficultés pour les plus pauvres et les moins organisés à se déplacer quand des occasions formelles de participation sont organisées. Le rééquilibrage de cette relation passe par la formation préalable et l'apport d'une assistance aux communautés et autres parties prenantes de leur permettre d'être à égalité avec les entreprises et de défendre leurs intérêts⁹²⁹. Pour promouvoir leur participation, ce type de rencontre devrait se dérouler au plus près de leurs lieux de vie et non dans les capitales comme on l'observe parfois. Ces rencontres devraient de surcroît être organisées à des moments compatibles avec l'activité des populations.

B. La réception juridique du principe de participation du public au processus décisionnel d'aménagement

La réception juridique du principe de participation du public au processus décisionnel d'aménagement est effectuée par la Convention d'Aarhus (1). Elle fait également l'objet d'une protection stricte par le juge européen des droits de l'homme (2).

1. La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement

La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) a été adoptée à la quatrième Conférence ministérielle « Un environnement pour l'Europe » à Aarhus, Danemark, le 25 juin 1998. Elle s'inscrit dans un mouvement plus large de démocratisation administrative⁹³⁰. Les Etats parties ont institué un comité d'examen (*compliance committee*) du respect des dispositions de la convention d'Aarhus (CERDCA). Prévu à l'article 15 de la convention d'Aarhus, le CERDCA a été créé par la décision I/7 sur l'examen du respect des dispositions adoptée par les parties lors de leur première réunion à Lucca en 2002⁹³¹. N'ayant pas formellement la qualité de juridiction, il s'en rapproche toutefois fortement, au moins au plan de sa saisine puisque des « communications » individuelles, sortes de requêtes ou de pétitions peuvent lui être adressées lorsqu'un ressortissant d'un Etat-partie estime que les pouvoirs publics de son Etat s'affranchissent de leurs obligations internationales. Le caractère obligatoire des décisions du CERDCA reste soumis à leur validation « politique » par la

⁹²⁹ IFC (a), *Good Practice Note : Addressing the Social Dimensions of Private Sector Projects*, 2003, p. 28.

⁹³⁰ PRIEUR M., « La convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », *RJ envir.*, 1999, n° 22, BETAILE J., « Le droit français de la participation du public face à la convention d'Aarhus », *AJDA* 2010, pp. 2083 et s.

⁹³¹ Décision I/7, Examen du respect des dispositions, adoptée le 23 oct. 2002, ECE/MP.PP/2/Add.8, p. 1 ; v. KOESTER V., « Le comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus : panorama des procédures et de la jurisprudence », *Rev. europ. dr. envir.*, 2007, p. 251.

conférence des parties. Dans le même ordre d'idées, les États doivent soumettre à intervalles réguliers au CERDCA leur rapport de mise en œuvre de la convention, le public devant avoir été mis en situation de formuler ses observations sur celui-ci. Par analogie avec le comité des droits de l'homme des Nations unies, le CERDCA pourrait être qualifié d'organe « quasi juridictionnel » selon l'expression utilisée par Emmanuel Decaux⁹³². Comme l'indique Frédéric Sudre, « il n'est pas excessif, à défaut de « chose jugée », d'évoquer « la chose constatée »⁹³³. Le principe de participation est également appréhendé par le juge européen des droits de l'homme.

2. La garantie jurisprudentielle par la Cour européenne des droits de l'homme

La participation du public fait l'objet d'une garantie par la Cour européenne des droits de l'homme. Les juges de Strasbourg appréhendent ce droit sous l'angle du droit d'être informé et de communiquer sur les projets d'aménagement du territoire susceptibles d'entraîner des impacts environnementaux et sociaux négatifs **(a)** et sous l'angle du principe de participation *stricto sensu* **(b)**.

a. Le droit d'être informé et de communiquer sur les projets d'aménagement du territoire susceptibles d'entraîner des impacts environnementaux et sociaux négatifs

Le droit de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées est garanti par l'article 10 de la Convention qui dispose à cet effet que :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. [...]

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui,

⁹³² DECAUX E., « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit ? », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2008, p. 217

⁹³³ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Droit fondamental, 2008, 9e éd., p. 773.

pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

La liberté d'expression n'est pas restée étrangère au mouvement général de contestation contre certains grands projets d'infrastructures. La question a donc été posée de savoir si les particuliers et les groupes soucieux d'attirer l'attention de l'opinion sur des sujets d'intérêt public tels les atteintes potentielles à l'environnement résultant d'activités industrielles ou des politiques d'aménagement du territoire pouvaient contribuer au débat public par la diffusion d'informations et d'idées. Contribuer à un tel débat présuppose que les individus et groupes concernés puissent avoir accès aux informations pertinentes **(a.1.)** afin de pouvoir les recevoir et les communiquer **(a.2.)**.

a.1. L'accès aux informations relatives aux questions environnementales

La liberté de recevoir des informations énoncée à l'article 10 interdit aux autorités d'empêcher une personne de recevoir les informations que d'autres souhaitent ou sont disposées à lui communiquer. L'interprétation de cet article par la Cour va-t-elle jusqu'à imposer aux Etats parties une obligation générale de diffusion des informations environnementales ? Tel n'est pas le cas selon la Cour pour qui la liberté de recevoir des informations prévue au premier alinéa de l'article 10 ne peut pas être interprétée comme imposant aux autorités publiques une obligation générale de rassembler et de diffuser des informations relatives à l'environnement de leur propre initiative. Dans l'affaire *Guerra et autres c. Italie*⁹³⁴, une usine chimique située à proximité du lieu de résidence des requérants. En dépit de son classement à hauts risques, l'usine avait entraîné plusieurs accidents causant l'hospitalisation de plusieurs riverains. Les requérants soutenaient notamment devant la Cour que les autorités italiennes avaient violé leur droit à l'information garanti par l'article 10. Ils estimaient pour ce faire que les autorités n'avaient pas informé le public des dangers de l'usine et des procédures à suivre en cas d'accident majeur. La Cour a refusé de faire droit à cet argument, considérant que l'article 10 n'était pas applicable, car cet article interdit fondamentalement aux autorités publiques de restreindre le droit d'une personne de recevoir des informations que d'autres souhaitent ou sont disposées à lui communiquer. L'article 10 n'imposait donc pas aux Etats l'obligation de collecter, d'élaborer et de diffuser, de leur propre initiative, des informations relatives à l'environnement : si une telle obligation existait, elle serait extrêmement difficile à mettre en œuvre pour les autorités publiques qui devraient déterminer, entre autres, les modalités et le moment de la divulgation des informations ainsi que leurs destinataires⁹³⁵. En revanche, les juges ont conclu à la violation de l'article 8 en raison de l'absence de mise à disposition des informations qui auraient

⁹³⁴ Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie*, n° 14967/89, 19 février 1998.

⁹³⁵ Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie* (GC), § 51.

permis aux requérants d'évaluer les risques qu'ils encouraient avec leurs familles en continuant à vivre à proximité de l'usine⁹³⁶.

S'il n'existe pas d'obligation *générale* de diffusion des informations relatives à l'environnement, certains droits protégés par Convention peuvent donc imposer aux Etats une obligation positive *spécifique* de garantir un droit d'accès à l'information sur les questions environnementales dans certains cas particuliers⁹³⁷. Il en va ainsi des obligations positives des autorités publiques de communiquer des informations aux personnes dont le droit à la vie (article 2) ou le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) sont susceptibles d'être menacés⁹³⁸. Les activités dangereuses relevant de la responsabilité de l'Etat constitue à cet égard un terrain privilégié pour le droit du public à l'information⁹³⁹. La Cour est allée beaucoup plus loin puisqu'elle a aussi estimé, s'agissant des catastrophes naturelles, que les Etats ont l'obligation « d'informer le public de manière adéquate de toute situation pouvant mettre la vie en danger » sur le fondement de l'article 2⁹⁴⁰. La Cour a ultérieurement précisé la portée de l'obligation d'informer en cas de « dangers réels et imminents » soit pour l'intégrité physique, soit pour la vie privée des requérants. Dans l'affaire *Öneryıldız c. Turquie*⁹⁴¹, l'explosion d'une décharge municipale avait tué trente-neuf personnes qui avaient illégalement construit leurs habitations autour de celle-ci. Les autorités turques étaient au courant du risque d'accident depuis deux ans, suite à une expertise menée sur les lieux de la décharge. En dépit de ces données, les autorités n'avaient pris aucune mesure de protection et d'information à l'égard des personnes dont les habitations jouxtaient l'ouvrage. La Cour a d'abord estimé que les autorités étaient dans l'obligation de prendre des mesures préventives pour protéger le droit à la vie de ces personnes, car elles savaient, ou auraient dû savoir, qu'il existait un risque réel et imminent à vivre près de la décharge. Au plan du droit à l'information, la Cour a également reproché aux autorités de ne pas avoir informé les habitants de ces constructions sauvages des risques qu'ils encouraient à vivre à proximité de la décharge : que le requérant ait été en mesure d'évaluer une partie des risques, notamment sanitaires, ne permettait pas aux autorités nationales de se soustraire à leur devoir d'information. La même solution fut retenue dans l'espèce *Boudaïeva et autres c. Russie*⁹⁴² relative à des coulées de boue. La Cour devait déterminer dans quelle mesure les autorités étaient tenues d'agir

⁹³⁶ Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie* (GC), § 60.

⁹³⁷ Cour EDH, *Öneryıldız c. Turquie* (GC), § 90 ; *Guerra et autres c. Italie* (GC), § 60.

⁹³⁸ Cour EDH, *Öneryıldız c. Turquie* (GC), § 90.

⁹³⁹ Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire *Tătar c. Roumanie*, dans laquelle les autorités nationales avaient prolongé le permis d'exploitation d'une mine d'or qui ne répondait pas à l'ensemble des normes sanitaires et environnementales requises, la Cour s'est demandée si les autorités nationales avaient bien informé la population des localités voisines d'éventuels risques et conséquences pour la santé humaine et l'environnement : Cour EDH, *Tătar c. Roumanie*, arrêt du 27 janvier 2009, § 101 et 113.

⁹⁴⁰ Cour EDH, *Boudaïeva et autres c. Russie*, arrêt du 20 mars 2008, § 131.

⁹⁴¹ Cour EDH, *Öneryıldız c. Turquie* (GC), § 67 et 84 -87.

⁹⁴² Cour EDH, *Boudaïeva et autres c. Russie*, § 131 et 132.

pour protéger des biens contre des catastrophes naturelles. La Cour n'est pas allée aussi loin qu'en matière d'activités dangereuses, considérant que « [...] les catastrophes naturelles qui, en tant que telles, échappent au contrôle de l'homme, ne sauraient imposer à l'Etat un engagement de cette ampleur. Par conséquent, les obligations positives de l'Etat en ce qui concerne la protection de la propriété contre les risques météorologiques ne vont pas aussi loin que celles qui pèsent sur lui dans le domaine des activités dangereuses d'origine humaine. » Les autorités étaient tenues de faire tout ce qui était en leur pouvoir pour protéger les vies humaines¹⁴⁰. Les juges, rappelant l'obligation de l'Etat de sauvegarder la vie des personnes relevant de sa juridiction, précisèrent que cette obligation devait être respectée à la fois au plan matériel et au plan procédural. Les Etats ont donc l'obligation positive d'adopter des mesures réglementaires et d'informer le public de manière adéquate de toute situation pouvant mettre la vie en danger, ainsi que d'assurer que toutes les circonstances des décès ainsi survenus fassent l'objet d'une enquête⁹⁴³.

Le droit d'accéder aux informations dans certains cas doit être rationalisé : rien ne sert de l'affirmer dans l'absolu si les individus et les groupes concernés doivent surmonter de nombreux obstacles administratifs rendant difficile ou impossible d'accéder aux données pertinentes. La Roumanie a ainsi été condamnée pour ne pas avoir mis à la disposition des détenus d'une prison située à côté d'une décharge les conclusions des études environnementales ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le risque sanitaire auquel ils étaient exposés⁹⁴⁴. En conséquence, la Cour a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 8 notamment parce que les autorités n'avaient pas garanti au requérant le droit d'accès à l'information. Pour cette raison, la Cour a défini des critères applicables à la mise en place de procédures servant à communiquer des informations. Le public doit ainsi avoir accès aux résultats des éventuelles études sur les conséquences environnementales et sanitaires de l'opération projetée⁹⁴⁵. Les juges rappellent dans plusieurs affaires que « lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit tout d'abord comporter la réalisation des enquêtes et études appropriées [...]. L'importance de l'accès du public aux conclusions de ces études ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé ne fait pas de doute »⁹⁴⁶. Lorsque les autorités publiques se livrent à des activités dangereuses dont elles savent qu'elles ont des conséquences néfastes pour la santé, elles doivent en outre établir une procédure effective et accessible permettant à quiconque de demander la communication de toute information pertinente et appropriée⁹⁴⁷.

⁹⁴³ Cette solution a été réaffirmée dans l'affaire *Brândușe c. Roumanie*, arrêt du 7 avril 2009, § 63.

⁹⁴⁴ *Brândușe c. Roumanie*, arrêt du 7 avril 2009, § 63 et 74. De la même manière, *Guerra et autres c. Italie* (GC), § 60.

⁹⁴⁵ *Brândușe c. Roumanie*, arrêt du 7 avril 2009, § 63.

⁹⁴⁶ *Giacomelli c. Italie*, § 83, et *Lemke c. Turquie*, § 41.

⁹⁴⁷ *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, arrêt du 9 juin 1998, § 97 et 101.

a.2. Le droit de recevoir ou de communiquer des informations en matière d'environnement

L'affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni* a soulevé la question de l'existence du droit de diffuser des documents dont bénéficieraient les militants actifs dans le domaine de l'environnement. Comme toute expression, les débats sur la protection de l'environnement et / ou l'aménagement du territoire peuvent faire l'objet de restrictions de la part des autorités publiques. Il ressort clairement du texte du paragraphe 2 de l'article 10, que la liberté d'expression n'est pas un droit absolu :

« L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire »⁹⁴⁸.

Les mesures interférant avec la liberté d'expression doivent être proportionnées au but légitime poursuivi, un juste équilibre devant ainsi être établi entre l'intérêt de l'individu et celui de la communauté dans son ensemble⁹⁴⁹. Toute ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression est ainsi subordonnée à la réunion de trois conditions cumulatives pour pouvoir être justifiée au sens de l'article 10 § 2. La possibilité de restreindre la liberté d'expression doit, d'abord, être prévue par une loi accessible et dont les effets doivent être prévisibles. Ensuite, l'ingérence ne peut être justifiée au regard des obligations découlant de la Convention que si elle vise à satisfaire l'un des buts reconnus au paragraphe 2 de l'article 10 : protection de la sécurité nationale, de l'intégrité territoriale, de la sûreté publique, de l'ordre, de la prévention du crime, de la santé ou de la morale, de la réputation ou des droits d'autrui, ou pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles et garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Enfin, l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression doit être nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire que les restrictions mises en oeuvre par les autorités soient proportionnées au but poursuivi. La Cour a fréquemment déclaré que l'adjectif « nécessaire » implique l'existence d'un « besoin social impérieux »⁹⁵⁰. Les informations que les groupes ou les militants agissant pour la défense de l'environnement veulent diffuser

⁹⁴⁸ Article 10, §2, CEDH.

⁹⁴⁹ Cour EDH, *Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie*, § 40.

⁹⁵⁰ Par exemple Cour EDH, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 novembre 1991, § 59.

présentent souvent un caractère sensible et sont donc naturellement exposées aux restrictions des autorités étatiques.

Dans l'affaire *Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie*, une association de protection de l'environnement alléguait que le maire d'une commune n'avait pas fait cesser des travaux de construction qui nuisaient au littoral. Le maire avait introduit un recours à l'issue duquel le juge interne avait estimé que l'association n'avait pas prouvé la véracité de ses déclarations. En conséquence, le tribunal avait condamné l'association au versement de dommages et intérêts assorti de la publication d'un démenti. Saisie de l'affaire, la Cour conclura au contraire à la violation de l'article 10. Sa jurisprudence est indéniablement favorable à la liberté d'exprimer des informations sensibles lorsqu'il en va de l'intérêt de la collectivité visée. La Cour rappelle souvent à cet effet que dans une société démocratique, les pouvoirs publics s'exposent en principe à un contrôle permanent de la part des citoyens : sous réserve de bonne foi, chacun doit ainsi pouvoir attirer l'attention publique sur des situations qu'il estime irrégulières au regard de la loi. En tant qu'organisation non gouvernementale spécialisée, l'association requérante avait souhaité attirer l'attention du public sur un sujet sensible. Ce faisant, elle avait exprimé un avis personnel de nature juridique constituant un jugement de valeur : les autorités lettonnes ne pouvaient exiger qu'elle démontre l'exactitude de son appréciation. En dépit de la marge de manœuvre dont disposaient les autorités nationales, la Cour a donc logiquement estimé qu'il n'existait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les restrictions imposées à la liberté d'expression de l'organisation requérante et le but légitime poursuivi.

b. Le contrôle européen de la participation du public au processus décisionnel en matière d'environnement

La Cour a reconnu à plusieurs reprises qu'il est important que le public soit impliqué dans les processus décisionnels conduisant à des décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement lorsque les droits inclus dans la Convention peuvent s'en trouver affectés. La participation du public lors de la prise de décisions ayant une incidence sur les questions environnementales n'est donc pas étrangère à la jurisprudence de la Cour⁹⁵¹, cette dernière reconnaissant l'importance et la nécessité des observations faites aux autorités par le public⁹⁵². Certes, la Cour ne va pas jusqu'à exiger que toute décision soit prise après avoir pris connaissance de données

⁹⁵¹ Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (GC), arrêt du 8 juillet 2003, § 99 ; Cour EDH, *Chapman c. Royaume-Uni* (GC), arrêt du 18 janvier 2001, § 92.

⁹⁵² Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (GC), § 128.

exhaustives et vérifiables sur l'intégralité aspects de la question à trancher⁹⁵³. Néanmoins, les dossiers complexes de politique environnementale et économique⁹⁵⁴ doivent ainsi s'accompagner d'un processus décisionnel comportant la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, destinées à prévenir et évaluer à l'avance les effets sur l'environnement. L'accès du public aux conclusions de ces études ainsi qu'à des informations lui permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé⁹⁵⁵ permet d'assurer l'existence d'un équilibre minimal entre les divers intérêts en jeu⁹⁵⁶.

Dans l'affaire *Hatton et autres c. Royaume-Uni* qui concernait le bruit généré par le trafic aérien d'un aéroport international, ainsi que les réglementations régissant cet aéroport. La Cour a considéré que la participation du public devait être mise en rapport avec la jouissance paisible de la vie privée et familiale et du domicile des requérants. Les juges ont donc examiné cette question sous l'angle de l'article 8. Au plan méthodologique, l'analyse de la Cour comportait deux volets. Dans un premier temps, les juges ont apprécié le contenu « matériel » de la décision du gouvernement, afin d'en déterminer la compatibilité avec l'article 8. Dans un second temps, les juges ont analysé les aspects « procéduraux » du différend en vérifiant que les intérêts de l'individu avaient été correctement pris en compte lors des processus décisionnels. La Cour a conclu à l'absence de vices de procédure fondamentaux dans la préparation du plan de limitation des vols de nuit et à l'absence de violation de l'article 8, les requérants ayant eu accès aux documents pertinents et la faculté de formuler des observations. Dans l'hypothèse où ces dernières n'auraient pas été prises en compte, ils auraient pu contester les décisions prises ultérieurement par les autorités publiques ou le plan lui-même devant un tribunal. La jurisprudence sur cette question est bien établie, les principes dégagés à l'occasion de l'affaire *Hatton* ayant constamment été réaffirmés⁹⁵⁷ et précisés par la suite. Dans l'affaire *Giacomelli c. Italie*, la requérante se plaignait d'émissions nuisibles émanant d'une usine de traitement de « déchets spéciaux, y compris dangereux », située à trente mètres de son domicile. Elle alléguait en outre que cette usine posait un risque pour sa santé et son domicile. Une étude d'impact sur l'environnement ayant été conduite sept ans seulement après le début de l'exploitation de l'usine, alors que la loi l'imposait avant le début de l'activité, les autorités de l'État n'avaient pas respecté la législation nationale en matière d'environnement. Alors même que les juridictions nationales avaient ordonné la suspension de l'exploitation de l'usine tant qu'elle ne serait pas mise aux normes de

⁹⁵³ Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (GC), § 128 ; Cour EDH, *G. et E. c. Norvège*, décision de recevabilité du 3 octobre 1983 ; Cour EDH, *Giacomelli c. Italie*, arrêt du 2 novembre 2007, § 82.

⁹⁵⁴ Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (GC), § 128 ; Cour EDH, *Taşkın et autres c. Turquie*, § 119.

⁹⁵⁵ Cour EDH, *Taşkın et autres c. Turquie*, § 119.

⁹⁵⁶ Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (GC), § 128 ; Cour EDH, *Taşkın et autres c. Turquie*, § 119.

⁹⁵⁷ Cour EDH, *Giacomelli c. Italie*, (no 59909/00), § 82-84 et 94 ; Cour EDH, *Lemke c. Turquie*, arrêt du 5 septembre 2007, § 41 ; Cour EDH, *Tătar c. Roumanie*, arrêt du 27 janvier 2009, § 88, 101 et 113 ; Cour EDH, *Taşkın et autres c. Turquie*, § 118-119 ; Cour EDH, *McMichael c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 février 1995, § 87 ; voir aussi Cour EDH, *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, arrêt du 9 juin 1998, § 97 ; Cour EDH, *Brânduşe c. Roumanie*, arrêt du 7 juillet 2009, § 62-63 ; Cour EDH, *Dubetska et autres c. Ukraine*, § 66-69 ; Cour EDH, *Grimkovskaya c. Ukraine*, § 66-69.

protection de l'environnement, l'administration n'avait pas imposé sa fermeture. La Cour a estimé que les autorités nationales n'avaient pas respecté le mécanisme procédural prévu pour garantir la protection des droits individuels lorsqu'elles ont autorisé une usine de traitement des déchets sans tenir compte des décisions judiciaires nationales suspendant le projet et sans avoir effectué l'« évaluation de l'impact sur l'environnement » devant être conduite avant tout projet potentiellement nuisible pour l'environnement, conformément à la législation nationale⁹⁵⁸.

Dans l'affaire *Dubetska et autres c. Ukraine*, la Cour a d'abord apprécié si les autorités avaient réalisé les études suffisantes pour élaborer une politique adéquate vis-à-vis des pollueurs et pris toutes les mesures nécessaires pour la mettre en œuvre. Les juges souhaitaient en particulier savoir dans quelle mesure les personnes affectées par cette politique avaient pu contribuer à la prise de décision. Cette participation supposait notamment que ces personnes aient eu accès aux informations pertinentes et aient pu contester la décision des autorités de manière effective. La Cour a par ailleurs estimé que les garanties procédurales à la disposition des requérants pouvaient être rendues inopérantes et que l'Etat pouvait être tenu pour responsable, au titre de la Convention, lorsqu'une procédure décisionnelle est abusivement longue ou qu'une décision résultant d'une telle procédure reste inappliquée pendant un laps de temps important⁹⁵⁹. La Cour a également conclu en même sens dans l'affaire *Grimkovskaya c. Ukraine*, suite à la décision des autorités de ne pas respecter les garanties procédurales minimales pour ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la requérante et celui de la collectivité. Plusieurs constats ont conduit la Cour à conclure à la violation de l'article 8. Les juges ont d'abord relevé que la décision de faire passer l'autoroute par la ville n'avait pas été précédée d'une étude de faisabilité adéquate, destinée à évaluer la probabilité de respect des normes environnementales applicables et à permettre aux intéressés d'apporter leur contribution. Ils ont ensuite critiqué l'absence d'accès du public aux informations pertinentes sur l'environnement : au moment où elles ont pris leur décision de faire passer l'autoroute par la ville, les autorités auraient dû mettre en place une politique raisonnable visant à atténuer les nuisances pour les habitants, d'autant que ces derniers avaient déposé de nombreuses plaintes. Enfin, les juges ont critiqué l'impossibilité de contester la décision des pouvoirs publics devant une autorité indépendante⁹⁶⁰.

*

Les opérations d'aménagement du territoire sont frappées du sceau d'une importante conflictualité qui présente des caractères de permanence, d'universalité et de radicalité. Il n'existe pas de typologie impérative des conflits liés à l'aménagement du territoire, l'intensité de chaque

⁹⁵⁸ Cour EDH, *Giacomelli c. Italie*, § 94-95.

⁹⁵⁹ Cour EDH, *Dubetska et autres c. Ukraine*, § 143-144.

⁹⁶⁰ Cour EDH, *Grimkovskaya c. Ukraine*, § 66-69.

opposition résultant de la pondération de différents facteurs. Ainsi, le même projet d'infrastructure sera générateur de conflit dans un territoire donné, alors qu'il passera inaperçu ou sera accueilli avec enthousiasme ailleurs. Comme le relève P. Subra, « le conflit naît en réalité de *la rencontre d'un projet*, avec ses caractéristiques techniques (gabarit, tracé ou lieu d'implantation, solutions techniques, etc.) *et d'un territoire*, avec ses enjeux, ses populations, son système d'acteurs, son histoire, sa culture »⁹⁶¹. Il n'y a donc *a priori* rien de commun d'une contestation à une autre : prises de position favorables ou non au projet des différents acteurs et élus locaux ; intensité variable des rapports de force entre le camp des partisans du projet et celui de ses opposants ; recours plus ou moins important à la règle de droit dans la construction du discours des opposants, etc. Les facteurs de conflictualité ne peuvent donc être systématisés avec certitude. Certes, le décalage entre les impacts positifs (sur le développement économique) et négatifs (sur l'environnement, le paysage, les communautés affectées) constitue un indéniable facteur de déclenchement d'une contestation. Ainsi, les populations des territoires traversés par des ouvrages mais n'en supportant que les impacts négatifs seront par nature plus enclines à s'opposer au tracé du projet. Cela se vérifie particulièrement dans le cas des infrastructures linéaires - telles les lignes à grande vitesse, les autoroutes, les lignes électriques à très haute tension - qui ne profitent qu'aux territoires situés à leurs extrémités et à quelques villes intermédiaires desservies par une gare ou par une sortie d'autoroute. Mais la question ne peut se résoudre à au seul bilan des impacts positifs et négatifs de l'ouvrage. Le niveau de développement du territoire destiné à accueillir l'ouvrage tire également à la hausse ou à la baisse la potentialité d'une contestation. Les maux du sous-développement ou du mauvais développement peuvent ainsi favoriser l'accoutumance aux nuisances et, partant, l'acceptation des grands projets, sans qu'il ne soit possible de conclure que les contestations sont l'apanage des Etats développés. L'affirmation de l'existence d'un droit international de l'environnement puis sa consolidation *via* la conclusion de nombreux traités internationaux ont eu un impact majeur dans la redéfinition des rapports des individus à l'aménagement de leur territoire. L'Etat est tenu par l'obligation de garantir le droit du public de contester la décision d'aménagement et de faire participer le public au processus décisionnel d'aménagement. Cette dernière obligation est aujourd'hui consacré en droit international sous des modalités diverses. Ce principe tire ses fondements de travaux sociologiques qui ont précédé sa réception juridique par la Convention d'Aarhus. La participation du public fait également l'objet d'une garantie par la Cour européenne des droits de l'homme. Les juges de Strasbourg appréhendent ce droit sous l'angle du droit d'être informé et de communiquer sur les projets d'aménagement du territoire susceptibles d'entraîner des impacts environnementaux et sociaux négatifs et sous l'angle

⁹⁶¹ SUBRA Ph., « Ce que le débat public nous dit du territoire et de son aménagement », *Géocarrefour*, vol. 81/4, 2006, § 7, p. 292.

du principe de participation *stricto sensu*. Nous identifierons désormais les obligations internationales concourant à l'atténuation des impacts environnementaux et sociaux de l'ouvrage public.

Section 2 - Les obligations internationales concourant à l'atténuation des impacts environnementaux et sociaux de l'ouvrage public

L'atténuation des nuisances environnementales et sociales causées par l'ouvrage public fait l'objet d'une appréhension directe par le droit international. Les premières sont appréhendées essentiellement par un régime de protection des sites culturels et naturels (**Sous-Section 1**). Les secondes seront analysés sous trois angles successifs : atténuation par l'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage ; atténuation par l'octroi d'une protection renforcée aux populations particulièrement vulnérables dans l'exécution des projets de développement, et *in fine*, protection devant être accordée aux populations déplacées et réinstallées contre leur volonté et dont l'appréhension par le droit international apparaît largement inadéquate (**Sous-Section 2**).

Sous-section 1. L'atténuation de l'impact environnemental de l'ouvrage public

Les nuisances environnementales causées par les travaux et ouvrages publics sont directement appréhendés par le droit international. Deux dimensions particulièrement significatives méritent d'être soulignées : la protection des sites culturels (§1) et naturels (§2).

§1. La protection des sites culturels

Les techniques du génie civil et de la construction sont sorties du cadre national et régional pour tendre à l'universel. La globalisation du marché de la construction et du commerce des matériaux nécessaires à toute opération d'aménagement du territoire a fortement imprimé l'idée que la révolution des moyens techniques d'aménagement de l'espace s'opère indépendamment de considérations historiques : l'ingénieur et l'architecte sont contraints, pour des raisons d'ordre professionnel et de calcul de prix de revient, d'employer partout le béton, l'acier, le verre et les matières plastiques (**A**). Or, le droit international se glisse une fois de plus dans ce fin interstice au travers de la protection de monuments – ouvrages publics préexistants – qui ont valeur de symbole et d'expression de la vie collective (**B**).

A. Les défis de la protection du patrimoine culturel à l'aune de l'urbanisation et de la pression démographique

Les travaux publics constituent une menace de première importance pour les biens culturels immeubles et meubles⁹⁶², présents ou passés⁹⁶³. Les exemples sont innombrables : projets d'expansion ou de rénovation urbaines, qui même s'ils permettent de conserver les monuments classés tout en entraînant parfois la suppression de constructions de moindre importance, ont pour résultat de détruire des rapports historiques et le cadre de quartiers anciens ; construction ou transformation de routes de grande circulation, de barrages, de pipe-lines et de lignes électriques, etc. L'urgence des besoins rend secondaire les considérations relatives au patrimoine culturel dont la sauvegarde est financièrement coûteuse. Les pistes d'un régime juridique minimal ont été dégagées de longue date : les Etats devraient adopter des mesures spécifiques de protection s'étendant à l'ensemble du territoire sur la base d'un inventaire préalable des biens culturels. Il devrait être tenu dûment compte de l'importance relative des biens culturels en cause lors de la détermination des mesures d'aménagement. Les États devraient également accorder la priorité souhaitable aux mesures propres à assurer la préservation in situ des biens culturels mis en péril par des travaux publics ou privés, en vue de leur conserver leur cadre et leur signification historiques. Lorsqu'une nécessité économique ou sociale impérieuse exige le transport, l'abandon ou la destruction de biens culturels, les opérations de sauvetage devraient en tout cas comprendre une étude minutieuse de ces biens et l'établissement de relevés détaillés.

Les mesures de préservation ou de sauvetage des biens culturels devraient être appliquées sensiblement avant que les travaux publics ou privés ne commencent. Dans les régions importantes du point de vue archéologique ou culturel, telles que villes, villages, sites et quartiers historiques, qui devraient être protégés par la législation de tout pays, toute construction nouvelle devrait être obligatoirement précédée de recherches archéologiques préliminaires. Au besoin, les travaux de construction devraient être retardés pour permettre l'application de mesures propres à assurer la préservation ou le sauvetage des biens culturels, etc.

B. La protection du patrimoine culturel organisée par le droit international

L'inscription sur la Liste du patrimoine mondial de l'UNESCO est aujourd'hui l'instrument le plus efficace pour donner corps à l'idée de protection du patrimoine culturel exposé aux travaux et

⁹⁶² Soit les biens meubles d'importance culturelle, y compris ceux qui existent ou ont été trouvés dans des biens immeubles et ceux, enfouis sous la terre, qu'on peut découvrir dans les sites archéologiques ou historiques ou ailleurs.

⁹⁶³ L'expression « biens culturels » englobe non seulement les sites et monuments architecturaux, archéologiques et historiques reconnus ou classés, mais aussi les vestiges du passé qui ne sont pas répertoriés ou classés, et les sites et monuments récents ayant une importance artistique ou historique.

ouvrages publics. Si cette protection s'adresse spécifiquement aux sites présentant des caractéristiques exceptionnelles (1), l'introduction en droit international de mesures visant à la conservation des sites paysages ordinaires est aujourd'hui possible par l'entremise de la Convention européenne du paysage (2).

1. La protection des sites exceptionnels au titre de la Convention de l'UNESCO du 16 novembre 1972

L'inscription sur la Liste du patrimoine mondial de l'UNESCO confère au site exceptionnel une protection rigoureuse mise à la charge de l'Etat dans l'intérêt de la Communauté internationale (a). L'effectivité de cette protection ne repose pas sur la mise en oeuvre de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite en cas de violation de ses obligations primaires de conservation. La préférence est au contraire donnée à des sanctions graduées de nature réputationnelle, s'étalant de l'inscription du site sur la Liste du patrimoine mondial en péril puis, éventuellement, de son retrait complet. Cette éventualité ne s'est concrétisée que deux fois depuis l'entrée en vigueur de la Convention de 1972, dont un précédent célèbre intéresse directement notre étude : le retrait des canaux de Dresde suite à la construction du viaduc autoroutier de Waldschlösschen (b).

a. Les obligations internationales résultant de l'inscription du site sur la Liste du patrimoine mondial de l'UNESCO

La protection est alors sélective et n'intervient qu'à partir du moment où le paysage dispose d'une valeur exceptionnelle. L'outil principal de cette protection demeure la Convention du 16 novembre 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel adopté sous l'égide de l'UNESCO⁹⁶⁴. Ce texte consacre explicitement le paysage comme objet de protection contre toute destruction ou altération. Outre les monuments, relèvent également du patrimoine mondial les « ensembles », définis comme « des groupes de construction isolées ou réunies qui, en raison de leur architecture, de leur unité, ou de leur intégration dans le paysage, ont une valeur exceptionnelle ». La Convention intègre également les « sites » à la notion de patrimoine mondial qu'elle définit comme des « oeuvres de l'homme ou oeuvres conjuguées de l'homme et de la nature ainsi que les zones (...) qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou

⁹⁶⁴ LITTON S., « The World Heritage "in Danger" Listing as a Taking », *New York University journal of international law and politics*, vol. 44, n° 1, 2011, pp. 219-267 ; BORIES C., « La convention du patrimoine mondial, à l'aube de son 40^e anniversaire : un colosse aux pieds d'argile ? », *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 139-165 ; KOMURCU M., « Cultural Heritage Endangered by Large Dams and it's Protection under International Law », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 20, n° 2, 2001, pp. 233-296 ; PRIEUR M., « Les conséquences juridiques de l'inscription d'un site sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco », *Revue juridique de l'environnement*, 2007, pp. 101-112.

anthropologique ». La Convention a pour finalité principale de protéger les monuments, ensembles et sites reconnus comme faisant partie du patrimoine mondiale des destructions et altérations résultant (notamment) des opérations d'aménagement (et plus, largement, de développement) menées ou autorisées par les Parties contractantes sur leur territoire.

La reconnaissance du caractère exceptionnel d'un monument, d'un ensemble ou d'un site se fait par le Comité intergouvernemental de protection du patrimoine culturel et naturel de valeur universelle exceptionnelle (ci-après « le Comité ») créé par l'article 8 de la Convention. Composé de vingt-et-un Etats membres élus par les Etats parties à la Convention, ce Comité est chargé d'inscrire les sites proposés par les Etats sur la « liste des biens du patrimoine culturel et naturel [...] ayant une valeur universelle exceptionnelle » (ci-après « la Liste ») ou sur la « liste du patrimoine en péril ». L'inscription d'un monument, d'un site ou d'un ensemble sur la Liste met à la charge des Etats parties l'obligation de protéger les sites et monuments inscrits relevant du patrimoine mondial. L'article 4 du texte énonce à cet effet l'obligation des Etats d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel. Les Etats doivent, pour ce faire, adopter une politique générale de conservation, créer des services de protection, et sont surtout soumis à une obligation de coopération en vue de préserver les sites et monuments concernés. Le mécanisme de la Convention peut-être apprécié différemment selon que l'on tienne compte ou non des inégalités économiques entre Etats parties. Les Etats les moins bien dotés trouveront, par le biais de l'inscription sur l'une des deux listes, l'assistance internationale de nature financière et/ou technique qui leur fait défaut pour protéger le patrimoine concerné. *A contrario*, pour de nombreux Etats l'obtention d'une telle assistance n'est pas l'objectif principalement recherché. L'essentiel est alors d'obtenir la certification du caractère exceptionnel du site concerné : « l'inscription est donc en réalité le résultat que l'Etat recherche, sans qu'il soit utile que les conséquences juridiques qui peuvent paraître à son avantage se déploient »⁹⁶⁵. La reconnaissance d'un site comme relevant du patrimoine mondial de l'UNESCO récompense tout à la fois la contribution de l'Etat à une culture profitant à l'ensemble de la Communauté internationale et valorise fortement son attractivité touristique (et, partant, son potentiel économique). L'inscription ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'Etat mais met à la charge de ce dernier l'obligation de protéger le site au nom de la Communauté internationale et d'accepter que s'exerce une supervision internationale indépendante des autorités publiques nationales compétentes. Il s'agit là de la substance de l'article 6.1 de la Convention qui dispose que tout « en respectant pleinement la souveraineté des Etats sur le territoire desquels est situé le patrimoine culturel et naturel visé aux articles 1 et 2, et sans préjudice des droits réels prévus par la législation nationale sur ledit patrimoine, les Etats parties à la

⁹⁶⁵ HAUPAIS N., « Le paysage vu du droit international public », in *Mélanges Sur*, Pedone, 2014, p. 128

présente convention reconnaissent qu'il constitue un patrimoine universel pour la protection duquel la communauté internationale toute entière a le devoir de coopérer ». Certains auteurs ont pu relever à cet égard qu'il « s'agit, avant l'heure, d'une « responsabilité de protéger », applicable non à des hommes mais à des sites, des monuments, des ensembles. L'Etat, finalement, devient prestataire d'un service international, au nom de la défense des intérêts de la communauté internationale »⁹⁶⁶.

L'effectivité des protections internationales du paysage ne passe pas par des mécanismes classiques de droit international fondés sur la sanction. Cette effectivité fait l'objet de critiques récurrentes qui avancent tout à la fois la nature vague (et essentiellement procédurale) des normes sensées assurer la protection et la difficulté à définir l'objet même de la protection (le paysage, par exemple). Or, le droit international a développé des mécanismes d'un genre nouveau qui permettent de contrecarrer efficacement les atteintes au paysage.

b. Le retrait de la Liste comme sanction de la violation répétée des obligations de protection : le précédent de la construction du viaduc autoroutier de Dresde

Le Comité du patrimoine mondial de l'UNESCO a décidé, lors de sa 33^e session tenue à Séville du 22 au 30 juin 2009, de retirer la vallée de l'Elbe à Dresde, en Allemagne, de la Liste du patrimoine mondial suite à la construction d'un pont à quatre voies au cœur de ce site⁹⁶⁷. Le Comité, dont les vingt-et-un membres se penchent chaque année sur l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial (ci-après « la Liste ») et sur les propositions d'inscription de nouveaux sites culturels et naturels, prend ainsi acte de l'incapacité de l'Etat allemand à conserver la valeur exceptionnelle de ce site qui lui avait valu son inscription en 2004⁹⁶⁸. Cette décision fait logiquement suite aux nombreuses mises en garde adressées par le Comité aux autorités allemandes et constitue le second cas de retrait d'un site de la Liste.

Pour figurer sur la Liste du patrimoine mondial, les sites doivent avoir une valeur universelle exceptionnelle et satisfaire à au moins un des dix critères de sélection contenus dans les Orientations qui ont pour objectif de faciliter la mise en œuvre de la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel du 16 novembre 1972 (ci-après « la Convention »). Ces

⁹⁶⁶ HAUPAIS N., « Le paysage vu du droit international public », *op. cit.*, p. 128.

⁹⁶⁷ ARDOLINO R., « Due cancellazioni della Lista del patrimonio mondiale UNESCO », *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. 26, n° 3, 2011, pp. 561-565 ; SCHORLEMER S., « Compliance with the UNESCO World Heritage Convention : Reflections on the Elbe Valley and the Dresden Waldschlösschen Bridge », *German Yearbook of International Law*, vol. 51, 2008, pp. 321-390 ; RÖNNEPER J., « Bridges over Troubled Water : on the Evaluation of Values by the Unesco Convention, notably in Relation to the New Category of Cultural Landscapes : the Cases of the Dresden Elbe Valley and the Middle Rhine Valley », in ALAMI-HAMEDANE A. (Dir.), *International protection of cultural property and national legal systems*, Roma : Aracne, 2009, pp. 141-149.

⁹⁶⁸ <http://whc.unesco.org/fr/actualites/522>.

critères, actuellement au nombre de dix⁹⁶⁹, sont régulièrement révisés par le Comité pour rester en phase avec l'évolution du concept même de « patrimoine mondial ». La vallée de l'Elbe satisfaisait à quatre d'entre eux : ses collections d'art, son architecture, ses jardins et les caractéristiques de son paysage ont été une référence importante pour le développement de l'Europe centrale aux XVIII^e et XIX^e siècles (critère « ii » - le bien considéré doit témoigner d'un échange d'influences considérable pendant une période donnée ou dans une aire culturelle déterminée, sur le développement de l'architecture ou de la technologie, des arts monumentaux, de la planification des villes ou de la création de paysages). La vallée recèle également une richesse architecturale exceptionnelle, symbole du développement urbain en Europe et de son passage à l'ère industrielle moderne (critère « iii » - le bien doit apporter un témoignage unique ou du moins exceptionnel sur une tradition culturelle ou une civilisation vivante ou disparue). Elle offre un paysage culturel exceptionnel, qui réunit le célèbre décor baroque et la ville en un ensemble artistique intégré au paysage fluvial (critère « iv » - le bien doit offrir un exemple éminent d'un type de construction ou d'ensemble architectural ou technologique ou de paysage illustrant une ou des périodes significative(s) de l'histoire humaine). Enfin, elle est un exemple remarquable d'aménagement du territoire qui représente le développement exceptionnel d'une grande ville d'Europe centrale. La valeur de ce paysage culturel est reconnue depuis longtemps, mais ce dernier est aujourd'hui soumis à de nouvelles pressions en faveur de changements (critère « v » - le bien doit être un exemple éminent d'établissement humain traditionnel, de l'utilisation traditionnelle du territoire ou de la mer, qui soit représentatif d'une culture (ou de cultures), ou de l'interaction humaine avec l'environnement, spécialement quand celui-ci est devenu vulnérable sous l'impact d'une mutation irréversible).

Surnommé « la Venise du Nord », le site a été inscrit sur la Liste du patrimoine en péril en 2006 à cause du projet Waldschlösschen, gigantesque viaduc routier en béton et acier de 635 mètres de long, doté de quatre voies, qui doit surplomber l'Elbe au niveau de Dresde. Ce faisant, le Comité a fait application des dispositions de l'article 11(4) de la Convention qui lui permet d'établir, mettre à jour et diffuser, chaque fois que les circonstances l'exigent, une liste de biens figurant sur la Liste du patrimoine mondial particulièrement menacés et pour la sauvegarde desquels de grands travaux sont nécessaires. Depuis des années, le projet, sensé fluidifier le trafic, divise profondément la capitale saxonne. Si les opposants au projet ont réussi à retarder le démarrage des travaux au cours du mois de juillet 2006⁹⁷⁰, la municipalité a tenu bon, soutenue par le gouvernement du Land de Saxe et par le large plébiscite des Dresdois qui avaient approuvé le pont lors d'une consultation populaire en 2005. In fine, rien n'a permis de stopper le coûteux chantier, ouvert à l'automne 2007 : ni les recours

⁹⁶⁹ <http://whc.unesco.org/fr/criteres/>

⁹⁷⁰ <http://whc.unesco.org/fr/actualites/272>.

déposés par des écologistes, inquiets pour les oiseaux du site et une variété rare de chauves-souris, ni les manifestations conduites régulièrement par des personnalités du monde de la culture.

Le 25 juin 2007, lors de sa 31^e session, le Comité a décidé le maintien de la vallée de l'Elbe sur la liste du Patrimoine mondial en péril, sommant l'Allemagne de trouver sous quatre mois un projet alternatif. A cet égard, il s'était prononcé pour la construction d'un tunnel et avait convenu de retirer ce bien de la Liste du patrimoine mondial en 2009 si la construction se poursuivait et si les dommages n'étaient pas réparés⁹⁷¹. Une fois de plus cet avertissement demeurait dépourvu d'effets, un tribunal allemand ayant autorisé en novembre 2007 la construction du pont⁹⁷². Lors de sa 32^e session, en juillet 2008, le Comité décida la constitution d'une mission internationale composée d'experts de l'U.N.E.S.C.O. et de l'I.C.O.M.O.S. chargée de rencontrer les autorités locales et nationales entre le 4 et le 5 février 2009. Cette mission fait suite au mécanisme de surveillance renforcé, mis en œuvre pour la première fois en 2007 à Jérusalem, dans les sites de la République démocratique du Congo⁹⁷³. Sans surprise, elle conclura à l'incompatibilité absolue du projet autoroutier et du maintien du site sur la Liste du patrimoine mondial. Le site sera officiellement retiré de la Liste le 25 juin 2009. Le Comité a déclaré que l'Allemagne pourrait proposer à l'avenir une nouvelle proposition d'inscription concernant Dresde, reconnaissant ainsi que des parties du site peuvent être considérées comme ayant une valeur universelle exceptionnelle mais qu'il faudrait le présenter selon d'autres critères et avec d'autres limites géographiques. Dresde devient ainsi le second site retiré de la Liste depuis sa création.

En dépit des multiples efforts de négociations, le message envoyé par le Comité est particulièrement fort. Ce n'est pas la première fois qu'un site est retiré de la Liste : le cas s'est déjà produit en 2007 avec le sanctuaire de l'oryx arabe situé en Oman. Inscrit sur la Liste depuis 1994, ce sanctuaire où vit une espèce rare d'antilope en a été retiré de suite à la décision d'Oman de réduire la taille de la zone protégée de 90%. Le Comité avait alors estimé que les projets de prospection d'hydrocarbures envisagés détruiraient la valeur et l'intégrité du bien, qui abrite également d'autres espèces en danger comme la gazelle d'Arabie ou l'outarde houbara. L'obstination de la municipalité de Dresde à construire le pont alors qu'il était techniquement possible et moins coûteux de construire un tunnel ne pouvait qu'entraîner inéluctablement le déclassement du bien.

⁹⁷¹ <http://whc.unesco.org/fr/actualites/355>

⁹⁷² <http://whc.unesco.org/fr/actualites/396>

⁹⁷³ <http://whc.unesco.org/fr/actualites/412>

2. Le développement de la protection internationale des sites ordinaires

Le paysage peut être défini comme « un organisme complexe, fait d'une association spécifique de formes. Il ne peut être que naturel et culturel à la fois. Son contenu est constitué par la combinaison d'éléments matériels et de ressources naturelles, disponibles en un lieu, avec les oeuvres humaines correspondant à l'usage qu'en font les groupes culturels qui ont vécu en ce lieu »⁹⁷⁴. Dans une optique classique, le droit international est indifférent à la question du paysage. Le droit international humanitaire protège certains biens mais n'a pas développé de problématiques propres aux paysage dont la protection renvoie indirectement à celle des biens culturels : « il faut également convenir que les questions esthétiques ne préoccupent guère au regard de ce qui paraît essentiel : le progrès technique, le confort, la satisfaction des intérêts matériels. Il n'en reste pas moins que la préoccupation esthétique est désormais prise en compte et qu'elle doit l'être »⁹⁷⁵. Le paysage n'a pas besoin d'être consacré en tant que catégorie juridique pour être réellement protégé et rien n'assure que cette consécration soit réellement effective dans la plupart des cas. Si une protection indirecte peut être accordée par le droit international sous l'angle du droit de la responsabilité internationale **(a)**, le principal instrument accordant une protection directe est aujourd'hui la Convention européenne du paysage du 20 octobre 2000 **(b)**.

a. La protection indirecte du paysage ordinaire par le droit international

Certaines normes de droit international soulignent l'existence d'une préoccupation paysagère en reconnaissant le paysage comme faisant partie de l'environnement. La Convention de Lugano du 21 juin 1993 (non entrée en vigueur), sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement inclut « les aspects caractéristiques du paysage » dans la définition de l'environnement. Le commentaire du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite ne fait pas directement référence au paysage. Il mentionne cependant que « dans les cas où une indemnité a été accordée ou convenue à la suite d'un fait internationalement illicite ayant causé ou menaçant de causer un dommage à l'environnement, les sommes versées avaient pour objet de rembourser l'Etat lésé des frais qu'il avait raisonnablement encourus pour prévenir la pollution ou y remédier, ou de le dédommager de la perte de valeur du bien pollué. Cependant, les dommages à l'environnement vont souvent au-delà de ceux qui peuvent facilement être évalués en termes de frais de nettoyage ou de perte de valeur d'un bien. Les atteintes à de telles valeurs environnementales (biodiversité, agrément, etc. - parfois appelées »valeurs de non-usage «)

⁹⁷⁴ cité in HAUPAIS N., « Le paysage vu du droit international public », in *Mélanges Sur*, Pedone, 2014, p. 120.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

ne sont pas moins réelles et indemnissables, en principe, que les dommages aux biens, même si elles sont sans doute plus difficiles à évaluer »⁹⁷⁶. Le terme « agrément », employé par le commentaire, nous semble pouvoir intégrer la dimension paysagère. En même sens, le Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses inclut dans la notion d'environnement « les ressources naturelles, abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et les interactions de ces mêmes facteurs, et les aspects caractéristiques du paysage ». La Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement érige, en son article 2, en tant « qu'éléments de l'environnement », à côté de l'air, de l'atmosphère, de la diversité biologique et ses composantes, « le paysage et les sites naturels »⁹⁷⁷.

Au plan théorique, il est également possible d'admettre que le préjudice paysager puisse être réparé par le biais de son rattachement à des catégories préexistantes. La définition du préjudice retenue par la CDI dans l'article 31.1 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite est suffisamment large pour y intégrer des préoccupations esthétiques ou paysagères. Aux termes de l'article précité, le préjudice inclut « tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite ». Il serait possible de considérer qu'une atteinte au paysage soit constitutive, en soi, d'un dommage susceptible de donner lieu à réparation, lorsqu'une violation d'une norme internationale a été commise. Dans l'affaire des Usines de pâte à papier, la CIJ a refusé d'examiner l'effet sur le tourisme des pollutions visuelles, sonores et olfactives liées à la construction d'une usine sur l'autre rive du fleuve. Il n'est toutefois pas possible d'en déduire que la réparation de tels dommages est impossible, car cette question ne rentrait pas spécifiquement dans le cadre de la compétence dévolue à la CIJ par la clause compromissoire acceptée par l'Argentine et l'Uruguay pour soumettre le différend à son examen.

Ces normes peuvent concerner la responsabilité internationale de l'Etat *per se*, ou celle établie par des conventions relatives à la responsabilité civile des exploitants d'activités industrielles ou dangereuses. Différents cas de violation peuvent être envisagés, sans prétendre à l'exhaustivité : violation d'une norme relative à la protection de l'environnement qui cause un préjudice sur le territoire d'un autre Etat ; violation du principe de l'interdiction du recours à la force armée qui inclurait les dommages paysagers dans les réparations dues à l'issue d'un conflit ; constructions nouvelles, aux abords des frontières, qui causeraient un préjudice esthétique transfrontalier, etc. La question première est de déterminer si une atteinte au paysage peut, le cas échéant, constituer un

⁹⁷⁶ CDI, « Article 36 - Indemnisation », Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, § 15, pp. 271-272

⁹⁷⁷ Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement, art. 2.

dommage donnant lieu à indemnisation. Incidemment, la question demeure également ouverte de savoir si une atteinte au paysage peut entraîner une indemnisation autonome (ici, pour « dommage écologique pur »). Comme le relève N. Haupais, « Il est ainsi aisé (...) d'estimer qu'une atteinte à l'environnement ayant un impact paysager provoque par ricochet des dommages dont la réparation est parfaitement admise : atteintes aux biens et à leurs valeurs, impact sur l'activité économique (touristique, par exemple). Il est également possible de considérer qu'une personne morale, telle que l'Etat ou une région dans son ensemble subit une atteinte à ses droits matériels et immatériels lorsque ces paysages sont touchés »⁹⁷⁸. Le préjudice paysager n'a pas les honneurs d'une catégorie juridique autonome. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit absent du droit de la responsabilité internationale, où il réapparaît dans le cadre de l'indemnisation. Le comportement des agents économiques donne une consistance financière au préjudice : « nul n'a envie de se déplacer pour contempler des plages souillées, des lieux dégradés »⁹⁷⁹.

b. La protection directe du paysage ordinaire par la Convention européenne du paysage du 20 octobre 2000.

Adoptée à Florence (Italie) le 20 octobre 2000 sous les auspices du Conseil de l'Europe, la Convention européenne du paysage a pour objet de promouvoir la protection, la gestion et l'aménagement des paysages européens, et d'organiser la coopération européenne dans ce domaine **(b.1.)**. L'effectivité de cet instrument n'est pas à rechercher dans son caractère contraignant mais au contraire dans l'effet de coordination et de diffusion des bonnes pratiques en matière de gestion paysagère entre les Etats parties **(b.2.)**.

b.1. Les finalités poursuivies par la Convention

La Convention est l'aboutissement d'un programme commun au Conseil de l'Europe et au Programme des Nations Unies pour l'environnement intitulé « Stratégie paneuropéenne de la diversité biologique et paysagère ». Ce programme, approuvé le 25 octobre 1995 à Sofia par les ministres de l'Environnement de cinquante-cinq Etats européens, reposait notamment sur un plan d'action pour les années 1996 à 2000 dont une partie était spécifiquement consacrée à la conservation des paysages. Ce document énonçait les défis suivants à relever d'ici à l'an 2000, au premier titre « enrayer la dégradation des paysages en Europe et du patrimoine culturel et géologique qu'ils représentent. Préserver leur beauté et leur identité. Faire en sorte, ce qui n'est pas le cas actuellement,

⁹⁷⁸ HAUPAIS N., « Le paysage vu du droit international public », *op. cit.*, p. 122.

⁹⁷⁹ *Ibid.*

que l'on ait une vision d'ensemble des paysages et qu'on les envisage comme constituant une mosaïque unique de caractéristiques culturelles, naturelles et géologiques; faire en sorte également que le public et la classe politique soient davantage sensibilisés et que les paysages soient mieux protégés dans toute l'Europe »⁹⁸⁰. La Convention européenne du paysage représente le premier traité international exclusivement consacré à l'ensemble des dimensions du paysage européen. Elle a pour objectif principal de contribuer à des paysages de qualité visant à l'amélioration du cadre de vie des populations européennes. Elle témoigne de l'urgence de développer d'une préoccupation des pouvoirs publics à l'organisation spatiale et à l'aménagement, à la gestion et la protection de paysages de qualité, qui constituent ses objectifs essentiels.

Le texte ambitionne de permettre aux populations de constater, dans l'aménagement ou la gestion des paysages, par des signes tangibles, le souci des pouvoirs politiques de se préoccuper du bien-être individuel et social et non uniquement des bénéfices des secteurs d'activité économique. Elle s'applique à tout le territoire des Parties et porte sur les espaces naturels, ruraux, urbains et périurbains. Elle concerne donc aussi bien les paysages pouvant être considérés comme remarquables que les paysages du quotidien et les paysages dégradés. La Convention européenne du paysage se présente donc comme le prolongement du processus de sauvegarde des biens et lieux remarquables. La Convention du 16 novembre 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel ne posait qu'indirectement la question de la protection du paysage. Cette dernière n'était envisagée qu'au travers de l'inscription sur l'une des deux listes d'un paysage remarquable. La Convention européenne appréhende au contraire le paysage dans sa globalité, entendu comme cadre des vies des populations : là où la Convention de 1972 exclue, la Convention de 2000 inclut. Les dispositions du texte démontrent que la définition du paysage retenue dépasse très largement celle du « patrimoine » : le paysage « désigne une partie du territoire telle qu'elle est perçue par les populations, dont le caractère résulte de l'action de facteurs naturels et/ou humains et leurs interrelations ». La perception des populations crée ainsi un objet juridique soumis à protection au sens de la Convention.

b.2. L'effectivité de la protection accordée par la Convention

La protection du paysage, telle qu'envisagée ici, repose uniquement sur la formulation par les autorités publiques compétentes de principes généraux, de stratégies et d'orientations (Article 1.b de

⁹⁸⁰ PRIEUR M., « Paysage et approches sociale, économique, culturelle et écologique », in DEJEANT-PONS M., Buerger E. (Dir.), *Paysage et développement durable. Les enjeux de la Convention européenne du paysage*, Editions du Conseil de l'Europe, 2006, p. 11 ; STRECKER A., « The Human Dimension to Landscape Protection in International Law », in BORELLI S., LENZERINI F. (Dir.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity : New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 327-347.

la Convention européenne du paysage). Puisque le texte ambitionne de protéger tous les paysages, chacun d'entre eux doit faire l'objet d'une politique adaptée à sa situation. Le traité distingue à cet effet la protection, la gestion et l'aménagement. La politique de protection vise à préserver le caractère et la qualité de paysages existants. La politique de gestion renvoie « aux mesures prises pour accompagner les transformations induites par les nécessités économiques, sociales ou environnementales ». La politique d'aménagement s'adresse prioritairement aux paysages dégradés dans le but de les restructurer. Elle désigne « le processus formel d'étude, de conception et de construction par lequel de nouveaux paysages sont créés de manière à répondre aux aspirations de la population concernée ».

L'objectif poursuivi n'est donc pas de parvenir à la conservation de l'ensemble des paysages des Etats parties au moyen de politiques prohibant toute intervention humaine. Seuls certains paysages, ayant atteint un point d'équilibre, feront l'objet de telles politiques de conservation. D'autres paysages feront l'objet de politiques de gestion destinées à accompagner leurs évolutions futures lorsqu'il apparaîtra qu'ils seront encore soumis à de profondes mutations sous l'impulsion de la démographie ou des activités économiques. La Convention impose donc à ses Etats parties de prendre en compte la dimension paysagère dans le cadre de leur action d'aménagement du territoire au motif que toute population, quelle qu'elle soit, a droit à un paysage convenable en tant qu'élément d'un cadre de vie satisfaisant. Insistant à de nombreuses reprises sur la notion de « bien-être » des individus, le texte leur garantit le droit de participer aux politiques ayant un impact sur le paysage.

La Convention n'impose aucune politique uniforme aux paysages des Etats parties. L'obligation internationale principale mise à la charge de ces derniers est une obligation de formuler des politiques paysagères appropriées au terrain et aux besoins exprimés par les populations, et à mettre en commun, à l'échelle du Conseil de l'Europe, les choix des politiques suivies et des expériences réalisées. Au-delà, le texte met à la charge des Etats une série d'obligations particulièrement malléables : « reconnaître le rôle fondamental de la connaissance », « promouvoir la sensibilisation », « prendre en considération le territoire tout entier », « respecter les objectifs de qualité paysagère », « développer l'assistance mutuelle et l'échange d'informations ». Il s'agit essentiellement d'obligations de nature procédurale, ou d'obligations définissant le cadre d'action des politiques publiques. L'article 5 de la Convention y occupe une place centrale : « Chaque Partie s'engage : a) à reconnaître juridiquement le paysage en tant que composante essentielle du cadre de vie des populations, expression de la diversité de leur patrimoine commun culturel et naturel, et fondement de leur identité ; b) à définir et à mettre en oeuvre des politiques du paysage visant la protection, la gestion et l'aménagement des paysages par l'adoption des mesures particulières visées à l'article 6 ; c) à mettre en place des procédures de participation du public, des autorités locales et régionales, et des autres acteurs concernés par la conception et la réalisation des politiques du paysage

mentionnées à l'alinéa b ci-dessus ; d) à intégrer le paysage dans les politiques d'aménagement du territoire, d'urbanisme et dans les politiques culturelle, environnementale, agricole, sociale et économique, ainsi que dans les autres politiques pouvant avoir un effet direct ou indirect sur le paysage »⁹⁸¹. La nature particulière de ces obligations s'explique par les objectifs poursuivis par la convention qui vise avant tout à susciter une large ratification et améliorer la prise en compte du paysage dans les politiques publiques des Etats parties.

Le texte ne leur impose donc nullement des obligations contraignantes, similaires à celles contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme, pas plus qu'il n'institue une juridiction internationale chargée du contrôle du respect des engagements. Le décalage entre les ambitions portées par la Convention et la faible consistance des normes qu'il contient n'a, au fond, rien d'étonnant compte tenu de l'évolution du droit international qui s'accommode parfaitement de la coexistence d'instruments qui n'ont plus pour objectif premier de prescrire des comportements dont le non-respect sera sanctionné. Que l'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, ce « droit » tourné vers la proclamation de valeurs et la promotion de priorités existe et occupe une place importante dans le domaine de l'aménagement du territoire. Comme le rappelle N. Haupais, « le droit international a pendant longtemps été un droit de la coexistence des Etats, de la délimitation des espaces. Il est devenu par la suite beaucoup plus que cela, tout d'abord lorsqu'il a introduit des valeurs dans son champ traditionnel (la coexistence pacifique, les relations amicales), ensuite lorsqu'il est devenu un droit du progrès (droit du développement) et un droit de la préservation (de la vie humaine, de sa qualité). Finalement, le droit du paysage s'inscrit comme l'achèvement du droit de la conservation qui a commencé avec les oeuvres d'art, les bâtiments remarquables, ce que l'on peut regrouper sous l'appellation des « biens culturels » et qui s'étend désormais à l'ensemble du territoire »⁹⁸².

La Convention européenne du paysage contient une disposition particulière qui aborde en partie cette question avec l'article 12 « Relations avec d'autres instruments ». Aux termes de cet article, les conventions internationales antérieures ou postérieures priment la Convention européenne du paysage à la condition que leurs dispositions soient plus strictes quant à la protection, de gestion ou d'aménagement des paysages. Ce faisant, l'article 12 répond à la recherche de l'efficacité maximale par rapport à l'objectif poursuivi par la convention⁹⁸³. *A contrario*, la Convention européenne du paysage prime sur tout autre instrument international qui contiendrait, en matière de paysage, des dispositions moins exigeantes (mais cette prééminence ne concernerait toutefois que les

⁹⁸¹ Convention européenne du paysage, art. 5.

⁹⁸² HAUPAIS N., « Le paysage vu du droit international public », *op. cit.*, p. 133).

⁹⁸³ WECKEL Ph., *La concurrence des traités internationaux*, thèse de droit, université Robert-Schuman, Strasbourg, 1989, p. 356 ; PRIEUR M., « Paysage, politiques et programmes internationaux, et paysages transfrontaliers », *op. cit.*, p. 158.

Etats parties aux mêmes traités). L'article 12 reconnaît par ailleurs la supériorité de *toute* règle plus favorable au paysage, que cette règle provienne d'un traité international ou du droit national plus favorable de l'Etat partie⁹⁸⁴.

La Convention européenne du paysage s'inscrit dans le prolongement de la Convention d'Aarhus, sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998, qu'elle vise dans son préambule. Le texte fait obligation à ses Etats parties de mettre en place des procédures de participation du public, des autorités locales et régionales, et des autres acteurs concernés par la conception et la réalisation des politiques du paysage [visées par la Convention] »⁹⁸⁵. Cette exigence est logique dès lors que le paysage est appréhendé comme résultant des interactions entre les hommes et la nature. Comme le souligne M. Prieur, « si la Convention européenne du paysage insiste tant sur l'approche participative, ce n'est pas tant pour céder à l'air du temps que pour mieux traduire juridiquement la spécificité du "paysage". Celui-ci n'existe que parce qu'il est vu. Une politique qui n'impliquerait que les experts et les administrateurs, qui sont souvent aussi des experts, produirait un paysage subi par les gens, comme il a pu être dans le passé produit pour et par une élite. La démocratisation du paysage est non seulement liée au nouveau champ d'application introduit par la Convention européenne du paysage, mais elle s'exprime par cette appropriation collective et individuelle de tous les paysages qui nécessitent, pour leur transformation, le suivi de leur évolution et la prévention de leur destruction inconsidérée, une participation directe de tous à toutes les phases de décision »⁹⁸⁶. L'importance des relations entre les politiques du paysage et celles de l'aménagement du territoire est nettement établie dans l'article 5, d) de la convention qui fait obligation aux Etats parties « d'intégrer le paysage dans les politiques d'aménagement du territoire [...] »⁹⁸⁷.

La globalisation du marché de la construction et du commerce des matériaux nécessaires à toute opération d'aménagement du territoire a fortement imprimé l'idée que la révolution des moyens techniques d'aménagement de l'espace s'opère indépendamment de considérations historiques : l'ingénieur et l'architecte sont contraints, pour des raisons d'ordre professionnel et de calcul de prix de revient, d'employer partout le béton, l'acier, le verre et les matières plastiques. Le Comité du

⁹⁸⁴ La primauté du droit interne plus favorable sur le droit international en matière de protection de l'environnement n'est pas un phénomène isolé. V., en ce sens, la référence à des mesures internes plus strictes l'emportant sur la convention dans la Convention de Bonn de 1979 relative à la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage (Article XII-3), et dans la Convention de Berne de 1979 relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe (Article 12). V., par analogie, le droit communautaire de l'environnement qui repose sur un tel mécanisme, l'Etat membre pouvant toujours appliquer des mesures nationales plus sévères en matière environnementale

⁹⁸⁵ Article 5.c de la Convention européenne du paysage. V. également l'article 6, D), aux termes duquel « chaque Partie s'engage à formuler des objectifs de qualité paysagère pour les paysages identifiés et qualifiés, après consultation du public conformément à l'article 5.c. »

⁹⁸⁶ PRIEUR M., « Paysage, politiques et programmes internationaux, et paysages transfrontaliers », *op. cit.*, pp. 178-179.

⁹⁸⁷ Article 5.d de la Convention européenne du paysage.

patrimoine mondial de l'UNESCO mène un dialogue actif avec l'Etat sur le territoire duquel un bien ou un site a été inscrit sur la Liste du Patrimoine mondial. Nous renvoyons sur ce point notre lecteur aux annexes de ce travail qui illustrent ce dialogue entre le Comité et l'Etat. Nous reviendrons à présent sur la protection des sites naturels.

§2. La protection des espaces naturels

Les impacts des ouvrages publics sur les écosystèmes ont fait fait l'objet de nombreux travaux de recherche de la part d'observateurs variés. Il s'agit là d'une question de première importance en droit international lorsque l'on considère que les barrages, les détournements d'eau d'un bassin à un autre et les prélèvements pour l'irrigation ont fragmenté 60% des cours d'eau du monde. Tout projet d'aménagement de grande ampleur entraîne ainsi une série d'impacts environnementaux et sociaux. Bien que de nombreux impacts négatifs puissent être observés, il n'existe aucun lien de causalité automatique entre la construction d'un ouvrage public et l'altération négative d'un écosystème. Les impacts sur l'environnement sont nombreux et complexes, de telle sorte qu'il apparaît difficile de prédire de façon précise et détaillée les changements possibles liés à l'opération de construction. Rien n'indique par ailleurs que les effets négatifs sur l'écosystème préexistant ne s'accompagneront pas, immédiatement ou à terme, d'effets positifs. Certains réservoirs ont ainsi été déclarés sites Ramsar d'importance internationale pour les oiseaux.

L'étude de la pratique conduite par la Commission mondiale des barrages démontre la préférence donnée aux mesures d'*atténuation* des impacts plutôt qu'à celles d'*éviction* du projet au profit de solutions alternatives⁹⁸⁸. La principale difficulté inhérente à ce choix réside dans l'anticipation de(s) impact(s) négatif(s) de l'ouvrage sur l'écosystème, celle-ci n'étant pas synonyme de prévision exacte de la direction et de l'ampleur de ses effets sur les écosystèmes et la biodiversité. La compensation pourra d'abord être *écologique*, « *en nature* ». Il pourra s'agir de replanter des forêts inondées par les retenues d'eau dans un autre lieu, de transférer les animaux des zones à inonder, de construire une ferme d'alevinage pour balancer la perte des frayères de poisson ou encore de convenir d'un plan de protection des cours d'eau dans le haut bassin en compensation de la perte de l'habitat fluvial ou de celui des terres humides. Les compensations peuvent également être *financières*, soit par la création de fonds fiduciaires à travers des subventions provenant des aménageurs, soit de fonds fiduciaires qui gèrent une partie des revenus générés et les utilisent à des fins environnementales, par exemple pour créer un parc national sur le bassin versant. Les mesures de compensation, qu'elles soient écologiques et/ou financières, réduisent les impacts sur l'écosystème sur le site concerné, mais

⁹⁸⁸ WORLD COMMISSION ON DAMS, *Barrages et développement. Un nouveau cadre pour la prise de décisions*, « Chapitre 3 - Ecosystèmes et grands barrages », novembre 2000.

sont indéniablement moins efficaces que les mesures d'éviction totale des impacts grâce à la sélection de projets alternatifs au barrage. Au-delà, c'est la logique même des mesures de compensation qui doit être questionnée. Ces mesures s'appuient essentiellement sur les idées d'interchangeabilité des territoires et de déplacements des fonctions et espèces de l'écosystèmes. La plantation d'une nouvelle forêt pour compenser celle inondée par le réservoir d'un barrage repose sur l'idée d'identité des ressources de l'écosystème indépendamment du territoire (un arbre *est un* arbre, un arbre *pour un* arbre) ce qui repose sur le postulat que les bénéfices escomptés des arbres replantés seront équivalents à ceux des arbres inondés. Cette problématique est déclinable à l'envie en fonction de l'espèce ou de la ressource considérée (les poissons provenant des frayères sont-ils semblables à ceux qui viennent du milieu naturel ?).

Nous n'examinerons pas ici l'ensemble des dispositifs conventionnels de protection de l'environnement. Nous y reviendront ultérieurement, à la fois dans nos développements relatifs aux conditionnalités environnementales imposées par les banques multilatérales de développement et dans l'analyse générale de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage. Un certain nombre de conventions internationales relatives à la protection de l'environnement sont ainsi susceptibles d'entraîner pour les États parties des obligations lors de la conception, de la construction et du fonctionnement des ouvrages publics. La Convention relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats d'oiseaux d'eau, adoptée à Ramsar en 1971, (ci-après la Convention de Ramsar) souligne l'importance de sauvegarder les écosystèmes des zones humides afin de garantir la conservation et l'utilisation durable des ressources en eau partagées. L'inscription d'un site sur la Liste Ramsar oblige un gouvernement à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir le maintien des caractéristiques écologiques spécifiques du site. La Convention sur la biodiversité envisage quant à elle une protection des ressources du milieu aquatique fondée sur la prévention des dommages à l'environnement. L'objectif à long terme de la Convention-cadre sur les changements climatiques est « de stabiliser, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique »⁹⁸⁹.

L'atténuation des nuisances environnementales et sociales causées par l'ouvrage public fait l'objet d'une appréhension directe par le droit international. Les premières sont appréhendées essentiellement par un régime de protection des sites culturels et naturels. Les secondes seront analysés sous trois angles successifs : atténuation par l'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage ; atténuation par l'octroi d'une protection renforcée aux populations particulièrement vulnérables dans l'exécution des projets de

⁹⁸⁹ Convention-cadre sur les changements climatiques, art. 2.

développement, et *in fine*, protection devant être accordée aux populations déplacées et réinstallées contre leur volonté et dont l'appréhension par le droit international apparaît largement inadéquate.

Sous-Section 2. L'atténuation de l'impact social de l'ouvrage public

La construction de l'ouvrage public nécessite de larges étendues de terres et pose invariablement la question de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le choix de l'emplacement est d'abord dicté par la nature technique de l'ouvrage à construire : les ouvrages linéaires telles les routes nécessitent de plus nombreuses expropriations que les ouvrages fixes, comme les barrages. Le droit international conventionnel (lorsqu'il existe) n'interdit pas aux Etats de porter atteinte à la propriété privée au nom de l'utilité publique. Il laisse intact le droit de l'Etat de procéder aux aménagements de son choix, dans la mesure où ces derniers sont conduits en accord avec les garanties procédurales et substantielles dont peuvent se prévaloir les individus en vertu du traité protégeant leur droit à la propriété. A l'Etat, donc, la liberté finale de la détermination de l'implantation de l'ouvrage public. A l'Etat, également, l'obligation d'identifier les propriétaires privés concernés et procéder à leur expropriation dans les strictes limites fixées par les obligations internationales pertinentes : expropriation limitée à la seule portion rendue nécessaire par la construction, versement d'une indemnité, etc. Dans cette étape, le cadastre, ici entendu comme un registre public de la propriété foncière, joue un rôle fondamental. Le cadastrage des espaces illustre le morcellement d'un territoire, distingue chacune des parcelles en en identifiant le possesseur et en lui attribuant une valeur⁹⁹⁰. Composante de base des systèmes d'information territoriale, le cadastre permet de supporter la prise de décisions à référence spatiale⁹⁹¹. Il existe sur cette base un abondant contentieux international devant le juge européen des droits de l'homme.

Mais un point mérite selon nous d'être soulevé. Cette présentation demeure pleinement valable dans des ordres juridiques qui reconnaissent et valorisent le droit *individuel* à la *propriété* (usus, abusus, fructus). Mais dans de très nombreux Etats, à une parcelle donnée d'un cadastre ne correspond pas un détenteur unique (le propriétaire) mais un ensemble de droits superposés (droits d'administration ; droits de cession globaux ou restreints ; droits d'usage généraux ou partiels). Ces droits sont détenus par des personnes ou des *groupes de personnes*.

Le droit domanial fut un puissant instrument au service de la mainmise étatique sur les terres des primo-occupants. Le principe du domaine éminent, qui établit une présomption de monopole

⁹⁹⁰ ROY F., « Le développement des systèmes cadastraux pour un aménagement durable des territoires », *Cahiers de géographie du Québec*, vol. 50, n° 141, 2006, pp. 361-369.

⁹⁹¹ BENNETT R., WALLACE J., WILLIAMSON I., « Organizing Land Information for Sustainable Land Administration », *Land Use Policy*, vol. 25, n° 1, 2008, pp. 126-138.

foncier au profit de l'Etat, a notamment été appliqué aux terres autochtones au motif qu'elles ne faisaient l'objet d'aucun titre de propriété. Par le truchement de ce principe, la primauté a été donnée aux droits légalement établis sur ces pratiques considérées comme des détentions sans droit (ou comme des « droits de jouissance ») tolérés par l'État tant que celui-ci n'avait pas besoin des terrains pour répondre à des demandes d'investisseurs). Les occupants ne pouvaient désormais disposer que de droits fonciers dérivés acquis sur le fondement du droit étatique par l'effet de la loi ou, par exemple d'un acte translatif. Les terres traditionnelles, tenues pour « vacantes et sans maître » en dépit de leur occupation et de leur utilisation, pouvaient dès lors être concédées et/ou affectées par la puissance publique sans que cette dernière n'ait à souffrir du respect des règles formelles et substantielles de la procédure d'expropriation.

Cette position a fait l'objet de vives contestations qui ont progressivement débouché, dans plusieurs Etats, sur la mise en oeuvre de politiques de validation des droits locaux, notamment dans le cadre des programmes PFR (plans fonciers ruraux)⁹⁹². Il est ainsi soutenu que les politiques d'administration des terres et leurs instruments techniques de mise en œuvre, comme le cadastre, constituent une réponse aux problèmes socio-économiques des pays en développement⁹⁹³. La Banque mondiale et l'ONU⁹⁹⁴ font ainsi de l'amélioration des modes de tenure et de la sécurisation des droits fonciers un enjeu majeur de développement, permettant notamment de réduire l'insécurité face à l'éviction.

Ces programmes sont fondés sur des procédures de reconnaissance locale pour stabiliser la situation foncière des occupants sans titres. Ils postulent, *in fine*, une prise en compte accrue par le droit positif des droits fonciers non écrits. La logique est alors inversée, l'usage (ici, les modes alternatifs d'occupation de la terre) étant désormais reconnu dans et par le droit interne de l'Etat. L'usage figure alors « une sorte de lieu intellectuel où s'effectue la conversion du fait en droit, où se réalise l'assimilation dans le champ juridique de tel ou tel type de régularité sociale, où se joignent le domaine de la légalité et l'empire des faits »⁹⁹⁵. Pour ce faire, des procédures de reconnaissance

⁹⁹² ROCHEGUDE A., « La terre, objet et condition des investissements agricoles. Quels droits fonciers pour l'Afrique ? », *Afrique contemporaine*, n° 237, n° 1, 2011, pp. 85-96 ; ORIOL M., DORNER V., « L'indivision en Haïti. Droits, temps et arrangements sociaux », *Économie rurale*, vol. 330-331, 2014, pp. 161-174 ; STAMM V., « Formaliser les pratiques coutumières. Europe médiévale, Afrique coloniale et contemporaine », *Études rurales*, vol. 191, n° 1, 2013, pp. 169-189 ; VIRCOULON T., « Les questions de la terre dans la nouvelle Afrique du Sud », *Hérodote*, vol. 111, n° 4, 2003, pp. 99-115.

⁹⁹³ DEININGER K., « Une politique foncière pour la croissance et la lutte contre la pauvreté », Rapport d'étude de la Banque mondiale, Éditions ESKA, Paris, 2005, 288 p. ; ROBERGE D., « La protection des droits fonciers, facteur-clé de développement durable – l'exemple du Québec », *Geomatica*, vol. 54, n° 3, 2000, pp. 322-326.

⁹⁹⁴ UN-HABITAT, *Enhancing Urban Safety and Security. Global Report on Human Settlements*, United Nations, 2007, 448 p. ; PAYNE G. (dir.), *Land, Rights and Innovation: Improving Tenure Security for the Urban Poor*, ITDG Publishing, London, 2002, 352 p. ; JAN VRY A. (DE), SADOULET E., « Access to Land and Land Policy Reforms », Policy Brief n° 3, The United Nations University, World Institute for Development Economics Research, 2001, 28 p.

⁹⁹⁵ ASSIER-ANDRIEU L., « Le concept d'usage dans la culture juridique. Essai d'interprétation », in ASSIER-ANDRIEU L. (dir.), *Une France coutumière. Enquête sur les « usages locaux » et leur codification (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, CNRS, 1990, pp. 187-207, spéc. p. 190.

locale, publiques et contradictoires sont organisées, permettant de recenser les droits sur les parcelles, les limites de celles-ci, sans recourir à une administration d'État (topographes ou cadastre), en présence des voisins et personnes intéressées, et en réglant les oppositions. Le système du livre foncier est le dispositif légal le plus largement répandu en Afrique. Associant immatriculation du terrain et inscription des droits (à commencer par celui de propriété) après la purge des oppositions, il permet de donner au droit de propriété un caractère inattaquable.

D'importantes différences existent entre ces législations. Le dispositif de validation de la coutume peut être territorialement limité et/ou être réservé à certaines personnes. La valeur probante du document foncier délivré peut varier, tout comme sa durée de validité. Selon les Etats, tous les documents de reconnaissance des droits coutumiers n'ouvrent pas droit à une cession en pleine propriété, ou encore à une location de longue durée (par exemple, bail emphytéotique). Au-delà, ces programmes de reconnaissance nécessitent une importante logistique administrative. La conservation des archives foncières et des pièces justificatives est souvent hors des moyens des administrations en charge. La cohérence des informations juridiques et topographiques détenues par des administrations différentes n'est pas toujours assurée. Très souvent, les détenteurs des titres ne respectent pas l'obligation de faire inscrire tous les actes juridiques affectant le statut juridique de leur terrain.

L'atténuation des impacts sociaux causés par l'ouvrage public fait l'objet d'une appréhension directe par le droit international. Trois dimensions fondamentales de cette prise en compte doivent être relevées. Il en va en premier lieu de l'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage (expropriations directes et indirectes et perturbations de la jouissance effective du bien à raison du fonctionnement de l'ouvrage) (§1). Il en va ensuite de l'octroi d'une protection renforcée aux populations particulièrement vulnérables, que ce régime favorable soit justifié *ab initio* par le genre, l'âge ou l'identité culturelle (dont la spécificité à la terre des peuples autochtones constitue l'une des manifestations les plus saisissantes) (§2). Il en va, enfin, de la question de la nature, de l'étendue et des modalités de la protection devant être accordée aux populations déplacées et réinstallées contre leur volonté et dont l'appréhension par le droit international apparaît largement inadéquate (§3).

§1. L'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés

Le régime juridique international des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage est marqué par un double mouvement : l'encadrement des ingérences publiques dans la propriété **(A)** et dans la jouissance **(B)** des biens.

A. L'encadrement des atteintes publiques à la propriété privée

La construction de l'ouvrage public suppose généralement des ingérences publiques dans la propriété privée des particuliers. Les Etats disposent à cet égard du droit d'exproprier directement leurs administrés, sous couvert du respect des dispositions internationales applicables. La jurisprudence tirée de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme est extrêmement riche sur ce point **(1)**. En revanche, le recours à la théorie de l'expropriation indirecte, aussi connue sous le nom de principe d'intangibilité de l'ouvrage public, fait l'objet d'une condamnation substantielle par les juges de Strasbourg **(2)** qui s'assurent également que les personnes expropriées bénéficient de l'accès à un tribunal indépendant chargé de vérifier la légalité et la proportionnalité de l'ingérence **(3)**.

1. La compatibilité des procédures d'expropriation directe pour cause d'utilité publique avec la Convention européenne des droits de l'homme

La question de la compatibilité des procédures d'expropriation directe pour cause d'utilité publique avec la Convention européenne des droits de l'homme suppose que nous revenions dans un premier temps sur l'étendue du droit protégé **(a)** avant d'analyser les atteintes autorisées **(b)**.

a. L'étendue du droit protégé

Une proportion importante des lois relatives à l'aménagement du territoire et à la protection de l'environnement affecte le droit de propriété⁹⁹⁶. Reconnu par d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, le droit de propriété ne fait l'objet d'aucune protection spécifique de la part du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. La question de la protection de la propriété n'avait également pu faire l'objet d'un accord entre les Etats lors de la rédaction de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette méfiance a perduré en dépit de la consécration de ce droit par le premier Protocole. L'article 1er de ce texte (ci-après, « l'article 1 (P1) ») retient une conception assez restrictive du droit à la propriété et confère à l'État un vaste pouvoir d'ingérence dans l'exercice dudit droit :

⁹⁹⁶ Pour une introduction au droit à la propriété dans la Convention, v. GRGJÆ A., MATAGA Z., LONGAR M., VILFAN A., *Le droit à la propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme. Un guide sur la mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles*, Ed. du Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 10, 2007, 52 p.

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes »⁹⁹⁷.

L'absence de référence immédiate au droit « de propriété », à laquelle est préférée le droit « au respect de ses biens », ne fait pas obstacle à une lecture plus « substantialiste » de l'article 1. Comme l'a relevé la Cour EDH dans son arrêt *Marckx c. Belgique*, « en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 garantit en substance le droit de propriété. Les mots « biens », « propriété », « usage des biens », en anglais « possessions » et « use of property », le donnent nettement à penser ; de leur côté, les travaux préparatoires le confirment sans équivoque : les rédacteurs n'ont cessé de parler de « droit de propriété » pour désigner la matière des projets successifs d'où est sorti l'actuel article 1. Or le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété »⁹⁹⁸. L'article 1 (P1) protège les personnes physiques ou morales⁹⁹⁹ contre les ingérences arbitraires de l'État dans leurs biens. Il reconnaît néanmoins à l'État le droit de contrôler l'usage des biens, voire même de priver une personne morale ou physique de ses biens. Pour être licite au regard de l'article 1 (P1), toute ingérence dans les droits de propriété doit être justifiée au nom de la poursuite de l'intérêt général ou public, dépourvue de tout caractère arbitraire et exécutée conformément à la loi.

Le droit au respect des biens entraîne une série d'obligations négatives et positives pour l'Etat ayant ratifié le Protocole. L'Etat a d'abord l'obligation négative de ne pas s'ingérer dans le droit au respect des biens de façon injustifiée. Cette obligation négative demeure valable notamment en cas d'expropriation ou de destruction de biens immeubles, de restrictions inhérentes aux politiques d'aménagement du territoire, de contrôle des loyers et de saisie provisoire. Au titre de ses obligations positives, l'Etat doit également protéger activement le droit au respect des biens par l'adoption de mesures de protection. Cela sera notamment le cas en présence d'un lien direct entre les mesures

⁹⁹⁷ Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STE n° 009, 20 mars 1952, art. 1.

⁹⁹⁸ Cour EDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, § 63.

⁹⁹⁹ L'article 1 (P1) est par ailleurs le seul article de la Convention qui mentionne expressément les « personnes morales ».

qu'un requérant peut légitimement attendre des autorités et la jouissance effective de ses biens par ledit requérant¹⁰⁰⁰.

La Cour a précisé son interprétation du droit à la propriété dans l'arrêt de principe *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, mettant en évidence les trois règles contenues dans l'article 1 (P1) : « [...] La première [règle], d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété ; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin ; elle ressort du deuxième alinéa »¹⁰⁰¹. L'article 1 (P1) doit ainsi être lu de la façon suivante :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens (**première règle**). Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international (**deuxième règle**).

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes (**troisième règle**) ».

La première règle revêt un caractère général et inclut toutes les situations portant atteinte aux droits de propriété d'une personne sans pour autant constituer une privation de biens ou une mesure visant à contrôler l'usage de biens. Pour déterminer si une certaine situation relève de cette règle, la Cour commence normalement par évaluer l'applicabilité des deuxième et troisième règles dans la mesure où celles-ci portent sur des catégories particulières d'ingérence au droit au respect des biens¹⁰⁰². Toute violation de l'article 1 (P1) est ainsi subordonnée à la démonstration préalable par le requérant de l'existence d'un droit de propriété sur un « bien ». La deuxième étape consistera ensuite à vérifier s'il y a eu « ingérence » dans le droit au respect de ce bien et, le cas échéant, à identifier la nature de cette ingérence (laquelle des trois règles s'applique). Les cas d'ingérence ne se limitent pas

¹⁰⁰⁰ La Cour a ainsi jugé que l'État avait l'obligation positive de prendre préventivement des mesures concrètes pour éviter la destruction de biens menacés par les conditions dangereuses prévalant sur une décharge : Cour EDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], 30 novembre 2004, n° 48939/99.

¹⁰⁰¹ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, n° 7151/75, § 61.

¹⁰⁰² Nous reviendrons, *infra*, sur ces distinctions en étudiant séparément les hypothèses de privation de la propriété et celles relevant de l'altération des conditions de jouissance des biens.

aux seuls expropriations ou transferts de propriété formels. La Cour procédera en sus à un examen approfondi des faits de l'espèce pour déceler toute expropriation de fait éventuelle¹⁰⁰³.

b. L'étendue des atteintes autorisées

Pour être compatible avec l'article 1 (P1), une mesure d'expropriation directe doit être prévue par la loi, conduite dans l'intérêt général et nécessaire dans une société démocratique (**b.1.**) et ne pas être discriminatoire (**b.2.**). La Convention fait également obligation aux Etats parties de garantir l'accès à un tribunal indépendant chargé de vérifier la légalité et la proportionnalité de l'ingérence (**b.3.**).

b.1. Une ingérence prévue par la loi, conduite dans l'intérêt général et nécessaire dans une société démocratique

Le droit au respect de ses biens n'est pas absolu : la propriété privée doit céder face à l'intérêt de tous, mais la privation de propriété doit rester l'exception. Nul ne peut ainsi être privé de sa propriété que dans les conditions prévues par la loi, dans l'intérêt général, et si cette mesure s'avère nécessaire dans une société démocratique.

L'ingérence dans le droit au respect des biens doit d'abord être prévue par la loi de telle sorte qu'en cas contraire la Cour constatera automatiquement une violation de l'article 1 (P1), sans même se pencher sur la question de la légitimité de l'objectif poursuivi par l'Etat ou celle de la proportionnalité de l'ingérence. La légalité dont il est ici question fait l'objet d'une interprétation autonome et n'est pas limitée aux lois *stricto sensu*. Cette qualité peut être conférée à d'autres textes à caractère législatif : législation subordonnée, constitution, traités internationaux auquel l'Etat concerné est partie et instruments contraignants du droit communautaire. Est-ce à dire que la simple *existence* d'une loi, même entendue au sens large, suffit pour permettre à un Etat de limiter le droit au respect des biens ? La Cour procédera au contraire à une analyse *qualitative* de la loi considérée : si l'existence d'un texte est indispensable, encore faut-il qu'il réunisse certaines caractéristiques et offre des garanties procédurales appropriées afin d'assurer une protection contre toute mesure arbitraire¹⁰⁰⁴. Au rang des attributs qualitatifs « classiques », les juges vérifieront que les administrés

¹⁰⁰³ Dans *Papamichalopoulos c. Grèce*, le terrain des requérants possédait une très grande valeur ; il avait été pris par l'Etat en 1967 durant la dictature et donné à la marine, qui y avait établi une base navale. Depuis cette époque, les requérants avaient été incapables de jouir effectivement de leur bien ou de le vendre, de sorte que l'Etat fut reconnu responsable d'une expropriation de fait : Cour EDH, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, 24 juin 1993, n° 14556/89.

¹⁰⁰⁴ Par exemple, en l'affaire *James c. Royaume-Uni*, la Cour a rappelé que : [...] au sens de la Convention les mots « loi » (law) et « régulier » (lawful) « ne se borne[n]t pas à renvoyer au droit interne, mais concerne[n]t aussi la qualité de la « loi » ; il[s] la veu[le]n[t] compatible avec la prééminence du droit » [...] : Cour EDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, n° 8793/79, § 67.

ont accès à la loi en cause - ce qui revient à exiger *a minima* que la loi soit publiée - et que le texte est formulé avec suffisamment de précision pour permettre aux personnes concernées d'en prévoir de façon raisonnable les conséquences à leur égard. Le degré de prévisibilité exigé par la Cour variera selon l'instrument en question, le domaine que celui-ci est censé couvrir, ainsi que le nombre et le statut des personnes visées par les mesures d'ingérence dans leurs biens.

En plus d'être prévue par un texte, toute ingérence dans le droit de propriété d'une personne doit poursuivre un but légitime d'« intérêt général » ou « d'utilité publique ». Cette condition est explicitement énoncée à propos de la privation de propriété (« nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'*utilité publique* (...) »)¹⁰⁰⁵ et du contrôle de l'usage des biens (« les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'*intérêt général* (...) »)¹⁰⁰⁶. Toutefois, toute atteinte aux droits de propriété, quelle que soit la règle dont elle relève, doit satisfaire à l'exigence de poursuite d'un intérêt légitime public (ou général). La notion d'« intérêt public » est nécessairement large et appréciée en premier lieu par les autorités nationales, nécessairement mieux au fait de leurs propres besoins que les juges de la Cour. Le contrôle européen de l'intérêt poursuivi par la mesure de restriction du droit de propriété ne se manifestera que dans le cas d'une mesure ou une décision de justice manifestement mal fondée¹⁰⁰⁷.

Fondée sur un texte, décidée en vue de la satisfaction d'un but d'intérêt légitime ou général, la mesure portant atteinte au droit au respect de biens doit en outre être nécessaire dans une société démocratique. Cela revient à exiger de la mesure considérée qu'elle ménage un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et celles des droits fondamentaux de la personne. Ce juste équilibre est réputé affecté dès lors que le propriétaire d'un bien est amené à « supporter une charge spéciale et exorbitante »¹⁰⁰⁸. Les Etats ne sont pas dépossédés de leur pouvoir de décision par la Cour. Aussi, les juges ne concluront généralement pas à une violation de l'article 1 (P1) lorsqu'une autre mesure moins restrictive à un droit conventionnel que celle retenue pour atteindre le but légitime énoncé était disponible, dès lors que le choix entre les deux mesures relevait de la marge d'appréciation de l'État¹⁰⁰⁹. Pour autant, la Cour ne se privera pas pour autant de critiquer si besoin est les mesures adoptées par les États en vertu de leur marge d'appréciation¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁵ Protocole additionnel, *préc.*, art. 1, al. 1, second membre de phrase, nos italiques.

¹⁰⁰⁶ Protocole additionnel, *préc.*, art. 1, al. 2, nos italiques.

¹⁰⁰⁷ V. *supra* nos développements consacrés à la marge nationale d'appréciation.

¹⁰⁰⁸ Cour EDH, *Hentrich c. France*, 22 septembre 1994, n° 13616/88, § 49.

¹⁰⁰⁹ En revanche, la Cour ne manquera pas de tenir compte des autres solutions éventuellement disponibles pour déterminer la proportionnalité entre l'ingérence et le but poursuivi.

¹⁰¹⁰ La portée de ladite marge dépend des circonstances de l'espèce, de la nature du droit conventionnel affecté, du but légitime poursuivi par l'ingérence, ainsi que de l'ampleur de cette dernière. Dans l'affaire *Hentrich c. France*, le requérant

b.2. Une ingérence non-discriminatoire

Les lois relatives à l'aménagement du territoire établissent fréquemment des distinctions entre les différents groupes sociaux et économiques susceptibles de constituer des « discriminations » au sens de l'article 14 de la Convention qui interdit de traiter une personne moins favorablement pour des raisons fondées notamment sur la race, l'origine nationale et la fortune¹⁰¹¹. Cet article n'est pas autonome en ce qu'il ne peut être invoqué qu'en même temps que d'autres droits consacrés par la Convention. Dans l'affaire *Chassagnou et autres c. France*, la Cour a ainsi rappelé que « lorsque la Cour a constaté une violation séparée d'une clause normative de la Convention, invoquée devant elle à la fois comme telle et conjointement avec l'article 14, elle n'a, en général, pas besoin d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de cet article, mais il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige »¹⁰¹². Invoqué en complément de l'article 1 (P1), l'article 14 protège ainsi le droit de jouir sans discrimination des droits de propriété. Un requérant alléguant d'une violation du droit au respect de ses biens sur le fondement de l'article 1 (P1) pourra invoquer l'article 14 à titre complémentaire s'il estime avoir l'objet d'un traitement discriminatoire. Dans cette hypothèse, le requérant devra démontrer au préalable l'existence d'un bien au sens de l'article 1 (P1), mais ne sera pas tenu d'établir que ses droits de propriété ont été violés pour alléguer une discrimination : il lui suffira d'établir qu'il a été soumis à un traitement constitutif d'une ingérence dans ses biens et que ledit traitement diffère de manière injustifiable de celui réservé aux autres personnes placées dans des situations comparables. Il incombera alors à l'État d'établir que la différence de traitement était conforme à la loi et poursuivait un but légitime selon des moyens proportionnés. La jurisprudence de la Cour indique sur ce point qu'un traitement différentiel peut être compatible avec l'article 14 tant qu'il peut être raisonnablement et objectivement justifié au nom de l'intérêt général. Les Etats ne bénéficient pas pour autant d'un blanc-sein et leur marge d'appréciation est ici sensiblement plus étroite que celle dont ils jouissent en vertu de l'article 1 (P1), en particulier lorsque certains critères de différenciation tels que le sexe, la nationalité, ou encore la race servent à justifier un traitement moins favorable. *A contrario*, leur marge

avait acheté un terrain sur lequel un organisme public avait par la suite exprimé le désir d'exercer son droit de préemption. L'État faisait valoir que l'intérêt public en l'occurrence était de parer les fraudes fiscales. La Cour estima premièrement que le droit de préemption avait été exercé de manière arbitraire, sélective et guère prévisible. Elle estima ensuite que, sur la base d'une telle procédure, le requérant en sa qualité de victime sélective avait supporté une charge spéciale et exorbitante que seule aurait pu rendre légitime la possibilité – qui lui fut refusée – de contester utilement la mesure prise à son égard. Le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général avait donc été rompu : Cour EDH, *Hentrich c. France*, *préc.*

¹⁰¹¹ CEDH, art. 14 : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

¹⁰¹² Cour EDH, *Chassagnou et autres c. France*, 29 avril 1999, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 89.

d'appréciation sera plus grande lorsque le critère de différenciation prendra essentiellement en considération le bien possédé.

b.3. L'obligation de garantir l'accès à un tribunal indépendant chargé de vérifier la légalité et la proportionnalité de l'ingérence.

L'article 6 § 1 protège le droit de toute personne de faire entendre sa cause équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal impartial. Le paragraphe 1 vise spécifiquement les contestations sur ses droits et obligations de caractère civil dont le droit de propriété fait partie :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, *soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) »¹⁰¹³.

L'article 6, § 1, énonce ainsi des garanties procédurales visant à résoudre les litiges concernant des biens. Le jeu combiné de cet article et de l'article 1 (P1) est particulièrement important s'agissant des privations de propriété : l'article 1 (P1) énonce les conditions dans lesquelles une ingérence dans le droit de propriété est admissible tandis que l'article 6 § 1 garantit un accès à un tribunal indépendant chargé de vérifier la légalité et la proportionnalité de l'ingérence.

La garantie du droit de toute personne à un procès dans un délai raisonnable soulève également d'importantes questions en lien avec les procédures d'expropriation visées à travers l'article 1 (P1). Sont ici visées les hypothèses où ces dernières sont exagérément longues de telle sorte que les administrés concernés sont placés dans une situation d'incertitude prolongée susceptible de porter atteinte aux droits de propriété concernés. La Cour a ainsi été saisie à de nombreuses reprises de requêtes visant à faire constater la perte de valeur effective des indemnités d'expropriation en raison de l'inflation. Dans l'affaire *Aka c. Turquie*, le requérant avait été indemnisé par les autorités turques suites à son expropriation rendue nécessaire par la construction d'un barrage. Les compléments d'indemnités alloués par les autorités étaient assortis d'un intérêt légal de 30 % alors que l'inflation en Turquie atteignait 70 % par an, entraînant une dépréciation importante de la valeur des créances du requérant au moment de leur règlement effectif par rapport au moment où elles lui avaient été accordées. La Cour conclut à la violation de l'article 1 (P1). Ce faisant, les juges n'ont pas imposé à l'État une obligation positive de remédier à des situations de dépréciation de la devise nationale et de

¹⁰¹³ CEDH, art. 6 § 1. Nos italiques.

l'augmentation de l'inflation par le biais d'une législation ou de décisions judiciaires, ce qui reviendrait *mutatis mutandis* à lui imposer une obligation de garantie de la valeur des biens en dépit de l'inflation ou d'autres phénomènes économiques¹⁰¹⁴.

Les garanties procédurales consacrées par l'article 6 § 1 seraient privées de toute substance si la décision sur laquelle elles débouchent n'était pas honorée. Dans un tel cas, la Cour conclut à la violation du droit d'accès à un tribunal et – si les procédures internes portaient sur des droits de propriété – peuvent assimiler l'inexécution de la décision définitive à une violation desdits droits. Le principe de sécurité juridique fait partie intégrante de l'article 6 § 1 : il impose l'autorité de la chose jugée. Des liens peuvent également être tissés entre les articles 6 § 1 et 13. Ce dernier garantit un recours effectif devant une instance nationale à toute personne alléguant de la violation d'un ou plusieurs des droits garantis par la CEDH¹⁰¹⁵. Le droit de propriété faisant l'objet d'une telle protection, il incombe aux États de veiller à ce que toute personne relevant de sa juridiction jouisse d'un recours effectif pour assurer sa protection. Lorsque le droit conventionnel invoqué par le requérant est un « droit civil » reconnu par le droit interne – comme le droit de propriété par exemple –, la protection offerte par l'article 6, §1, peut également être opposée. Or, l'article 6, §1 constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 13 : ses garanties sont plus strictes que celles de l'article 13 et englobent ces dernières. Par voie de conséquence, lorsque la Cour conclut à une violation de l'article 6, §1, elle n'estime généralement pas nécessaire d'examiner séparément le grief des requérants sous l'angle de l'article 13. Le droit à un recours effectif n'est pourtant pas dénué d'intérêt dans le cadre des privations de propriété puisqu'il est susceptible de jouer lorsque l'article 6 est inapplicable.

Les mesures d'expropriation directe rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage public font donc l'objet d'un contrôle étroit par la Cour au titre des dispositions de l'article 1 (P1), utilement complété par l'article 14 de la Convention. Prévue par un texte, toute ingérence dans le droit de propriété d'une personne doit poursuivre un but légitime d'« intérêt général » ou « d'utilité publique » et ne pas être discriminatoire. L'absence de telles garanties a conduit la Cour à sanctionner les États ayant recours à la théorie de l'expropriation indirecte qui, en France, a longtemps conféré sa spécificité à la notion d'ouvrage public : « ouvrage public mal planté ne se détruit pas ».

¹⁰¹⁴ Cour EDH, *Aka c. Turquie*, 23 septembre 1998, n° 107/1997/891/1103, §§ 41-51.

¹⁰¹⁵ CEDH, art. 13 : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

2. L'incompatibilité de l'expropriation indirecte avec la Convention européenne des droits de l'homme

Présentée comme de nature à faciliter la mission des pouvoirs publics et à servir l'intérêt général au cas où celui-ci se heurterait à l'égoïsme des intérêts privés, l'expropriation indirecte présente pour les Etats un pouvoir d'attraction considérable. Incitant implicitement les Etats à s'abstenir de respecter les procédures légales et à privilégier la politique du fait accompli **(a)**, cette pratique ne résiste pas au contrôle de conventionnalité **(b)**.

a. L'affirmation de l'expropriation indirecte au nom du pragmatisme de l'action administrative

Aux termes de la théorie de l'expropriation indirecte, l'Administration bénéficie de la faculté d'acquérir la propriété d'un bien immobilier au seul motif qu'après avoir occupé matériellement ce bien, elle y a procédé à l'implantation d'un ouvrage public¹⁰¹⁶. Cette pratique permet de valider un comportement entaché d'illégalité puisque les Etats y auront recours à la suite d'une occupation irrégulière d'un bien privé. Que l'occupation eut été irrégulière dès le début (si les autorités publiques ont agi sans autorisation) ou qu'elle ne le soit devenue qu'*a posteriori* (si l'utilité publique a été contestée avec succès devant le juge interne), la construction de l'ouvrage public, réputé intangible, permettra de figer la situation. Les autorités publiques, avantagées à tous égards, pourront ainsi s'affranchir des contraintes de l'expropriation formelles présentées précédemment. En effet, la possession paralyse mais ne fait pas disparaître le droit de propriété à raison de l'existence de l'ouvrage public. Comme il n'est pas juridiquement possible pour le propriétaire dépossédé irrégulièrement d'obtenir la démolition de cet ouvrage, la seule voie de droit dont il dispose est de saisir le juge. Constatant l'impossibilité pour celui-ci de rentrer en possession de son fonds, ce dernier transformera le droit réel du propriétaire en une créance sur l'Administration et, en statuant sur le montant de l'indemnité qui lui est due, transférera à l'Administration la propriété du fonds¹⁰¹⁷. *In fine*, l'expropriation indirecte ne serait qu'un moindre mal, justifié au nom du pragmatisme devant guider l'action de l'administration dans la fourniture des ouvrages publics bénéficiant à la collectivité : « Assurément, on peut dire que le respect dû au droit de propriété exigerait, à la rigueur, que les travaux exécutés sur un terrain dont le propriétaire a été indûment dépossédé [...] fussent détruits, de façon

¹⁰¹⁶ Sur la compatibilité de cette pratique avec la CEDH, v. prioritairement HOSTIOU R., « La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de l'expropriation indirecte », *RTDH* vol. 18, n° 70, 2007, pp. 385-395 ; HOSTIOU R., « La CEDH condamne à nouveau l'expropriation de fait », *Revue de droit immobilier*, n° 9, 2013, pp. 420-423.

¹⁰¹⁷ MESTRE A., note sous Cass., Ch. des requêtes 2 février 1909, *Préfet de la Corse c. Casanova*, S., 1912, 1ère partie, p. 577 : « Le jugement rendu par le juge civil produit donc à la fois les effets du jugement d'expropriation et de la décision du jury sur l'indemnité : c'est la raison pour laquelle on peut donner le nom d'expropriation indirecte à l'ensemble de cette procédure ».

que les lieux pussent être remis dans leur état primitif. Mais comme l'administration les rétablirait presque aussitôt à la suite d'une expropriation régulière, cette application judaïque de la loi n'aboutirait qu'à imposer au Trésor public un sacrifice inutile »¹⁰¹⁸. Bien connue en France, l'expropriation indirecte est également pratiquée avec assiduité en Italie où elle est appelée « occupazione acquisitiva » ou d'« accessione invertita »¹⁰¹⁹. Cette dernière a fait l'objet de constats de violation répétés devant les juges de Strasbourg.

b. La remise en cause de la théorie de l'expropriation indirecte au nom du principe de prééminence du droit dans une société démocratique

La théorie de l'expropriation indirecte a été remise en cause par la Cour suite aux condamnations récurrentes (plus d'une centaine) prononcées contre l'Italie. Les juges ont par ailleurs dressé un tableau inquiétant de la « défaillance » de l'ordre juridique italien tant en ce qui concerne l'indemnité d'expropriation que la durée des procédures¹⁰²⁰. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est émue de la persistance des autorités italiennes à maintenir la théorie de l'expropriation indirecte, qualifiée de « pratique abusive des collectivités locales équivalant en fait à une confiscation illégale et qui porte atteinte au droit de propriété des requérants au titre de la Convention européenne »¹⁰²¹.

Dans l'affaire *Belvédère Alberghiera c. Italie*, le terrain appartenant à la société du requérant avait fait l'objet d'une expulsion en vue de construire une route. Le tribunal compétent avait ensuite annulé la décision d'expulsion en arguant de son illégalité. Cependant, lorsque la société avait fait une demande en vue d'obtenir la remise en état et la restitution du terrain, elle s'était heurtée à un refus au motif que le transfert de la propriété du terrain aux autorités était devenu irréversible du fait de l'achèvement des travaux. La Cour conclut que le refus de restitution du terrain dans les circonstances de l'espèce s'analysait en une violation de l'article 1 (P1)¹⁰²². C'est le principe même de l'expropriation indirecte qui contrevient au principe de la « la prééminence du droit dans une

¹⁰¹⁸ AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3e ed., 1886, t. II, p. 655, cité in HOSTIOU R., « La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de l'expropriation indirecte », *art. préc.*, pp. 387-388.

¹⁰¹⁹ SEATZU F., « L'occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo : alcune considerazioni in margine alle sentenze nei casi Carbonara e Ventura e Belvedere Alberghiera srl », *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, vol. 15, n° 2, 2002, pp. 292-317 ; CONTI G. L., « Principio di legalità, proprietà, cittadinanza e governo del territorio : i paradigmi della occupazione acquisitiva e della legge obiettivo », in BARILE P. (Dir.), *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali : scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003, pp. 263-295.

¹⁰²⁰ Cour EDH, *Scordino c. Italie*, 29 mars 2006, n° 36813/97, §§ 229-240.

¹⁰²¹ ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, « Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », Rés. 1516, Rapp. K. Jurgens, 2 octobre 2006, § 11.4.

¹⁰²² CEDH, *Belvedere Alberghiera S.R.L. c. Italie*, 30 mai 2000, n° 31524/96 ; V. en même sens Cour EDH, *Carbonara et Ventura c. Italie*, 30 mai 2000, n° 24638/94.

société démocratique » qui innervent l'ensemble des articles de la Convention¹⁰²³. L'expropriation indirecte ne saurait passer le test de conventionnalité car elle ne respecte pas les exigences tirées du principe de légalité et de son corollaire, le principe de sécurité juridique. Il ne suffit pas qu'une telle pratique soit prévue par une loi pour lui donner une once de respectabilité. Encore faut-il que cette base légale présente les qualités nécessaires pour emporter la conviction de la Cour¹⁰²⁴ qui exige des Etats parties « cohérence et clarté » en matière d'ingérence dans le droit au respect des biens¹⁰²⁵. Comme le relève R. Hostiou, « en permettant à l'Administration d'occuper un terrain et de transformer celui-ci irréversiblement, de telle sorte qu'un bien privé puisse être considéré comme incorporé au patrimoine public sans qu'un acte formel déclarant le transfert de propriété n'ait été pris, l'expropriation indirecte tend à entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l'Administration et à régler au bénéfice de cette dernière les conséquences de cette situation ; elle contraint le propriétaire, privé de la jouissance de son bien, à solliciter du juge compétent une décision constatant tout à la fois l'illégalité de la situation et la réalisation d'un ouvrage d'intérêt public, conditions nécessaires pour qu'il soit déclaré rétroactivement privé de son bien »¹⁰²⁶. Durant toute la période préalable à l'intervention de la décision du juge, le requérant est ainsi confronté à une situation qui ne saurait être considérée comme « prévisible » et se trouve privé de la sorte de la « sécurité juridique » à laquelle il est en droit de prétendre.

*

La conventionnalité des procédures d'expropriation avec la Convention européenne des droits de l'homme est subordonnée à l'existence de conditions substantielles et procédurales. Au plan substantiel, ces procédures doivent être prévues par une loi présentant des qualités minimales d'accessibilité et de prévisibilité. Elles doivent également être conduites dans l'intérêt général et être nécessaires dans une société démocratique, ce qui suppose également qu'elles ne soient pas discriminatoires. Au plan procédural, les requérants expropriés doivent avoir accès à un tribunal indépendant chargé de vérifier la légalité et la proportionnalité de l'ingérence. Parce qu'elle ne remplit aucune de ces garanties fondamentales, l'expropriation indirecte (qui permet d'entériner l'occupation illégale d'un bien privé par la puissance publique au moyen de la construction d'un ouvrage public dès lors réputé intangible) ne saurait être regardée comme compatible avec les exigences découlant

¹⁰²³ CEDH, *Iatridis c. Grèce*, 25 mars 1999, n° 31107/96, § 58 ; Cour EDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, n° 19776/92, § 50.

¹⁰²⁴ Sur les qualités attendues par la Cour du droit interne en matière de privation de propriété (accessibilité, précision, prévisibilité), v. nos développements *supra*.

¹⁰²⁵ CEDH, *de Geouffre de la Pradelle c. France*, 16 décembre 1992, n° 12964/87, § 35.

¹⁰²⁶ HOSTIOU R., « La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de l'expropriation indirecte », *art. préc.*, pp. 392-393. Sur les conséquences de cette jurisprudence sur le droit administratif français, v. BOUTAYEB C., « L'expropriation, la protection de l'ouvrage public et la CEDH : une influence européenne au déploiement inégal », *JCP A*, n° 24, 2008, pp. 36-40 ; MAHERZI D., « L'intangibilité de l'ouvrage public : un principe à préserver », *JCP A*, n° 36, 2009, pp. 33-37 ;

de la Convention. Le contrôle exercé par la Cour ne se limite pas aux privations de propriété : il s'étend également au contentieux de l'altération des conditions de jouissance des biens causée par l'ouvrage public.

B. Le contentieux des nuisances environnementales générées par l'ouvrage public

Après avoir analysé le cadre juridique européen des expropriations rendues nécessaires pour la construction de l'ouvrage public, nous souhaitons revenir à présent sur l'autre versant de ce contentieux qui porte, non plus sur la privation de propriété, mais sur l'altération des conditions de jouissance des biens.

La Cour a ainsi eu à connaître de requêtes en violation de l'article 1 (P1) suite à la perte de valeur vénale de biens situés à proximité d'un ouvrage public nouvellement construit. Ces affaires concernent principalement des propriétaires de biens immobiliers ayant fait l'objet d'une expropriation partielle afin d'implanter l'ouvrage et ayant été indemnisés à ce titre. La partie non expropriée de leurs biens immobiliers, désormais attenante à l'ouvrage public, perd alors en valeur à raison des nuisances (sonores, visuelles, olfactives, etc) causée par l'aménagement. Les propriétaires concernés formeront alors des demandes indemnitaires en vue d'obtenir des autorités publiques qu'elles accordent une somme afin de compenser la dépréciation de la valeur vénale des biens concernés. Ces demandes sont généralement traitées dans le cadre d'un régime de responsabilité sans faute de l'administration, les juges internes n'accordant de telles indemnisations complémentaires que lorsqu'il est établi que le requérant aura subi un préjudice anormal et spécial. Si la Cour n'est évidemment pas la mieux à même d'apprécier l'existence d'un tel préjudice, sa jurisprudence est riche d'exemples dans lesquels elle a pourtant conclu à une violation de l'article 1 (P1) suite au refus d'indemniser des propriétaires directement affectés par le fonctionnement d'un ouvrage public.

Au-delà de la seule dépréciation de la valeur vénale, la responsabilité internationale de l'Etat peut-elle être engagée pour les nuisances environnementales générées par l'ouvrage lorsque ces dernières viennent fortement perturber la vie quotidienne des individus ? Il est désormais acquis que la construction d'un ouvrage public modifie substantiellement l'environnement et qu'existe un lien entre un environnement urbain dégradé, affecté par la pollution de l'air, les nuisances sonores et l'absence d'espaces verts et de possibilités de mobilité et la récurrence de problèmes sanitaires. Les conditions de logement ont aussi un effet direct sur la santé physique et mentale de la population¹⁰²⁷. Un rapport de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) visant à quantifier l'impact de

¹⁰²⁷ UNECE, *Charte de Genève des Nations Unies sur le logement durable. Garantir à tous l'accès à un logement convenable, de qualité adéquate, abordable et salubre*, Chapitre 1, § 3.

l'environnement sur la santé analyse a pu conclure que 24 % de la charge mondiale de morbidité (années de vie en bonne santé perdues) et 23 % de tous les décès (mortalité prématurée) peuvent être attribués à des facteurs environnementaux¹⁰²⁸. De très intéressants travaux conduits au sein de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe incitent les Etats à intégrer ces dimensions de santé publique dans leurs opérations d'aménagement¹⁰²⁹.

A priori, aucune disposition de la Convention ou de ses protocoles ne protège les intérêts environnementaux des particuliers : « ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; d'autres instruments internationaux et législations internes sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier »¹⁰³⁰. L'article 8 a pourtant été invoqué dans plusieurs affaires soulevant des préoccupations en matière d'environnement. Son interprétation extensive a permis à la Cour d'examiner au fond des requêtes dans lesquelles des facteurs environnementaux affectaient directement et gravement le droit à la vie privée et familiale et au respect du domicile.

Nous distinguerons donc successivement les garanties dégagées par la Cour dans le contentieux des nuisances environnementales causées par l'ouvrage public et affectant la valeur des biens **(1)** et le droit au domicile et/ou à la vie privée des personnes **(2)**.

1. Le contentieux des nuisances environnementales affectant la valeur des biens

La Cour européenne des droits de l'homme connaît sous certaines conditions du contentieux de la dépréciation de la valeur des biens entraînée par la construction d'un ouvrage public. Ces situations, qui relèvent traditionnellement de régimes de responsabilité sans faute de l'administration, sont susceptibles d'emporter violation de l'article 1 (P1) **(a)** comme l'atteste la jurisprudence **(b)**.

a. L'étendue du contrôle

Le contentieux de la dépréciation de valeur des biens causée par l'ouvrage public vise principalement la situation de requérants ayant préalablement subi une expropriation partielle de leurs

¹⁰²⁸ PRUSS-ÜSTÜN A., CORVALÁN C., *Preventing Disease Through Healthy Environments. Towards an estimate of the environmental burden of disease*, WHO Publications, 2006, 104 p.

¹⁰²⁹ V. plus particulièrement UNECE, « The Future of Social Housing Environmental and Social Challenges and the Way Forward », *Workshop Report*, Genève, 4-5 février 2014, 72 p. ; UNECE, *Climate Neutral Cities. How to make cities less energy and carbon intensive and more resilient to climatic challenges*, United Nations, 2011, 85 p. ; UNECE, *The Relationship between Population and Housing*, ECE/HBP/158, United Nations, 2010, 42 p. ; UNECE, *Spatial Planning - Key Instrument for Development and Effective Governance with Special Reference to Countries in Transition*, United Nations, 2008, 46 p. ; UNECE, *Towards Sustainable Human Settlements Development in the ECE Region*, United Nations, 1996, 23 p.

¹⁰³⁰ Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, 23 mai 2003, n° 41666/98, § 52.

biens pour la construction d'un ouvrage public et ayant été indemnisés à ce titre. L'objet des requêtes portera alors sur la dépréciation de valeur vénale des parcelles non expropriées mais désormais exposées aux nuisances (olfactives, sonores, visuelles, etc) de l'ouvrage : déjà amputée partiellement suite à l'expropriation, le bien immobilier concerné perd en valeur, rendant sa revente encore plus difficile par le propriétaire. Cette situation fait l'objet d'un contrôle exercé par le juge interne, généralement sous les traits d'un régime de responsabilité sans faute permettant au requérant d'obtenir un dédommagement lorsqu'il a subi un préjudice « anormal » – c'est-à-dire dont la gravité dépasse les charges qui résultent de la vie normale en société – et « spécial » – c'est-à-dire portant de manière inégale sur une personne ou un groupe de personnes.

La Cour européenne peut-elle également connaître de requêtes en ce sens et prononcer la violation de l'article 1 (P1) lorsqu'un propriétaire s'est vu refuser une indemnisation pour la dépréciation de la valeur de la portion non expropriée de ses biens ? Répondre par l'affirmative revient à conférer le pouvoir aux juges strasbourgeois de contrôler l'appréciation du préjudice anormal et spécial par le juge interne. Or, comme en matière de contentieux de l'expropriation, le contrôle de la Cour est limité car les requêtes s'inscrivent dans le contexte de la mise en œuvre d'une politique d'aménagement du territoire « où l'intérêt général de la communauté occupe une place prééminente, laisse à l'État une marge d'appréciation plus grande que lorsque sont en jeu des droits exclusivement civils »¹⁰³¹.

En pratique, le contentieux de la dépréciation de valeur des biens à raison de la construction d'un ouvrage public relève alternativement de la première phrase de l'article 1 (P1)¹⁰³² ou du second alinéa de cet article¹⁰³³. La seconde phrase du premier alinéa (« Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ») est ici inopérante, puisque par défaut les requêtes ne porteront pas sur une expropriation. Comme nous l'avons vu précédemment à l'occasion du contentieux européen de l'expropriation, dans le cas d'une privation de propriété, l'absence d'indemnisation constitue en principe une charge excessive et emporte à elle seule violation de l'article 1 (P1)¹⁰³⁴. Dans l'hypothèse qui nous intéresse ici (contentieux de la dépréciation des biens), c'est-à-dire lorsque l'atteinte au droit au respect des biens dénoncée relève du second alinéa de cette disposition¹⁰³⁵ ou de la première phrase du premier alinéa, l'absence d'indemnisation ne constitue au contraire que l'un des facteurs à prendre

¹⁰³¹ Cour EDH, *Depalle c. France* [GC], 29 mars 2010, n° 34044/02, § 84 ; Cour EDH, *Couturon c. France*, arrêt du 25 juin 2015, n° 24756/10, § 34.

¹⁰³² CEDH, Protocole 1, art. 1, al. 1 : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ».

¹⁰³³ CEDH, Protocole 1, art. 1, al. 2 : « Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

¹⁰³⁴ V. not. Cour EDH, *Papachelas c. Grèce* [GC], 4 avril 2010, n° 31423/96, § 48.

¹⁰³⁵ Cour EDH, *Depalle c. France* [GC], *préc.*, § 91.

en compte pour établir si le juste équilibre a été respecté. Lorsqu'elle apprécie l'existence d'une violation de l'article 1 au titre de ces dispositions, la Cour recherchera si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu¹⁰³⁶. Cet équilibre est rompu si la personne concernée a eu à subir une charge spéciale et exorbitante¹⁰³⁷. La Cour vérifiera également que l'analyse conduite par le juge interne pour infirmer l'existence d'un trouble anormal et spécial n'est pas arbitraire¹⁰³⁸. Le contrôle du juge peut être illustré par la jurisprudence subséquente.

b. La mise en oeuvre du contrôle

Nous souhaitons illustrer le contrôle effectué par la Cour européenne des droits de l'homme en mettant en évidence deux hypothèses tirées de sa jurisprudence. Nous reviendrons dans un premier temps sur l'hypothèse de la dépréciation de la valeur du bien suite à une expropriation partielle **(b.1.)**. Nous concluons notre présentation, dans un second et dernier temps, en abordant la question de la dépréciation de la valeur des biens en l'absence de toute expropriation, c'est-à-dire suite à la construction d'un ouvrage public sur le domaine public **(b.2.)**.

b.1. Hypothèse 1. Dépréciation de la valeur du bien suite à une expropriation partielle

Confrontée à ce type de requêtes, la Cour s'abrite généralement derrière la marge nationale d'appréciation de l'Etat et ne contredit les juges internes que lorsqu'il est manifeste que les propriétaires partiellement expropriés sont exposés à des nuisances extrêmement importantes. Nous illustrerons notre propos en présentant des cas dans lesquels la Cour a refusé ou accepté de reconnaître l'existence d'un préjudice anormal et spécial.

Dans l'affaire *Couturon c. France*¹⁰³⁹, le propriétaire d'un ensemble de biens de grande valeur¹⁰⁴⁰ se plaignait de la perte de valeur vénale causée par la construction d'une autoroute à 250 mètres de sa propriété. Déclaré d'utilité publique en 1996, l'ouvrage fut ouvert à la circulation en 2003. Une parcelle adjacente au portail du château et appartenant au requérant fit l'objet d'une

¹⁰³⁶ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth, préc.*, § 69.

¹⁰³⁷ Cour EDH, *Perdigão c. Portugal* [GC], 16 novembre 2010, n° 24768/06, § 67 ; Cour EDH, *Antunes Rodrigues c. Portugal*, 26 avril 2011, n° 18070/08, § 29.

¹⁰³⁸ Ainsi, dans l'affaire *Bistrović c. Croatie*, la Cour a de plus constaté que les juridictions internes s'étaient basées sur un rapport d'expertise établi sans que l'expert se soit rendu sur les lieux, et n'avaient pas vérifié les allégations des requérants selon lesquelles ledit expert s'était fondé sur une carte erronée, se mettant ainsi dans l'impossibilité de fixer une indemnité adéquate : Cour EDH, *Bistrović c. Croatie*, 31 mai 2007, n° 25774/05.

¹⁰³⁹ Cour EDH, *Couturon c. France, préc.*

¹⁰⁴⁰ Ensemble qui comprend notamment un château, les vestiges d'un cloître et un portail inscrits à l'inventaire des monuments historiques.

expropriation dans le cadre de la réalisation de ce projet. Cette expropriation n'était pas contestée, les moyens soulevés par le requérant portant exclusivement sur la dépréciation de la valeur vénale de ses biens occasionnée par les nuisances sonores et visuelles de l'autoroute. Le contentieux avait été élevé devant le juge administratif français qui avait, après quelques hésitations, jugé que la présence visible et audible de l'autoroute située à 250 mètres du château appartenant au requérant n'était pas en elle-même de nature à générer une perte de valeur vénale indemnisable. De l'avis du juge, la dépréciation alléguée ne pouvait ouvrir droit à réparation, quelles que soient les particularités de la propriété en cause, que si elle présentait un caractère anormal eu égard à la gravité des troubles de jouissance liés à la présence de l'ouvrage et à l'importance du trafic routier. En l'absence de troubles de cette nature « excédant ceux que, dans l'intérêt général, peuvent être amenés à supporter les propriétaires résidant à proximité d'un tel ouvrage », le juge français conclut que la perte de valeur vénale dont se plaignait le requérant ne pouvait donner lieu à réparation.

Devant la Cour, le requérant ne se plaignait pas de la privation de propriété dont il a été l'objet. Il dénonçait au contraire le défaut d'indemnisation de la perte de valeur de la partie non expropriée de sa propriété résultant des nuisances sonores et paysagères dues à l'autoroute construite à proximité. Cette affaire va donner l'occasion à la Cour de se prononcer sur la perte de valeur vénale de la partie non expropriée de la propriété du fait de la construction de l'ouvrage public. La Cour considère que cette dépréciation est peut générer une atteinte au droit au respect de ses biens mais que la France n'a pas violé l'article 1 (P1) en l'espèce.

La Cour va relever que la perte de valeur vénale de la partie non expropriée de la propriété du requérant du fait de la construction de l'autoroute est avérée. Elle s'en remet pour ce faire aux analyses produites devant le juge interne qui faisaient état d'une dépréciation de la valeur vénale comprise entre 20 et 40 %. Cependant, la Cour se refuse à y voir une charge spéciale et exorbitante imposée au requérant de nature à rompre le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu¹⁰⁴¹.

A contrario, la Cour a reconnu l'existence d'une charge spéciale et exorbitante imposée au requérant dans les affaires *Ouzounoglou c. Grèce*¹⁰⁴² et *Athanasίου et autres c. Grèce*¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ Cour EDH, *Couturon c. France*, préc., § 38 : « [...] que l'on retienne que cette perte de valeur vénale est de 20 % – comme le tribunal administratif de Limoges – ou de 40 % – comme le notaire qui a calculé la moins-value en 2002 –, les effets du voisinage de cette autoroute sur la propriété du requérants sont sans commune mesure avec ceux dont il était question dans les affaire *Ouzounoglou et Athanasίου et autres*. Selon la Cour, on ne peut dire dans ces conditions que le requérant a eu à supporter une charge spéciale et exorbitante ».

¹⁰⁴² Cour EDH, *Ouzounoglou c. Grèce*, 24 novembre 2005, n° 32730/03.

¹⁰⁴³ Cour EDH, *Athanasίου et autres c. Grèce*, 9 février 2006, n° 2531/02.

L'affaire *Ouzounoglou c. Grèce* concernait la situation d'une personne qui, suite à la réalisation d'un projet routier, avait été expropriée d'un tiers du terrain sur lequel se trouvait sa résidence principale. La maison familiale de la requérante se trouvait désormais située au carrefour de quatre routes et à une distance de 15 mètres d'un pont suspendu et, mis à part le fait que le champ de vue de sa propriété donnait directement sur la nouvelle autoroute, la requérante était exposée aux effets de la pollution sonore et des vibrations constantes. La requérante se plaignait d'une violation de l'article 1 (P1) résultant du refus d'indemniser la dépréciation de la partie non expropriée de son bien due à la nature de l'ouvrage.

Dans l'affaire *Athanasίου et autres c. Grèce*, les requérants développaient le même type de grief dans le contexte de la construction d'une ligne et d'un pont ferroviaires destinés à la circulation de trains à grande vitesse. Les maisons de chacun des quatre requérants se trouvaient, après la construction de l'ouvrage, à une distance inférieure à cinq mètres des rails, avec toutes les nuisances qu'une telle situation entraînait. Les maisons de trois d'entre eux se trouvaient en contrebas du pont ferroviaire, si bien que leur horizon était définitivement obstrué et qu'elles se trouvaient exposées à une pollution sonore et à des vibrations constantes. Enfin, l'exploitation de la partie non expropriée du terrain de l'autre requérant, qui se situait sous le pont ferroviaire et était inconstructible en raison de l'expropriation, se trouvait sérieusement compromise.

La Cour a rappelé que, dans les affaires antérieures dans lesquelles elle avait examiné la question du refus des juridictions helléniques de fixer une indemnité spéciale pour les parties restantes des terrains visés par une mesure d'expropriation, elle avait jugé qu'en égard à la marge d'appréciation que l'article 1 (P1) laisse aux autorités nationales, le fait que les juridictions helléniques n'avaient pas tenu compte de la nature des travaux effectués et de la question de savoir si ceux-ci avantageaient ou non les propriétaires mais s'étaient fondées seulement sur la scission de la propriété, n'avaient pas emporté violation de cette disposition¹⁰⁴⁴. Elle a cependant noté qu'« à la différence de ces affaires, dans lesquelles, faute d'absence manifeste d'arbitraire, elle s'en [était] remise à la marge d'appréciation des autorités nationales », il était plus évident dans les cas des requérants dans les affaires *Ouzounoglou* et *Athanasίου et autres* que la nature de l'ouvrage avait directement contribué à la « dépréciation substantielle » de la valeur des parties restantes. Elle en a déduit dans les deux affaires qu'en refusant d'indemniser les requérants pour la baisse de la valeur de la partie non expropriée de leurs terrains, le juge interne avait rompu le juste équilibre devant régner

¹⁰⁴⁴ Cour EDH, *Azas c. Grèce*, 19 septembre 2002, n° 50824/99 ; Cour EDH, *Interoliva ABEE c. Grèce*, 10 juillet 2003, n° 58642/00 ; Cour EDH, *Konstantopoulos AE et autres c. Grèce*, 10 juillet 2003, n° 58634/00 ; Cour EDH, *Biozokat A.E. c. Grèce*, 9 octobre 2003, n° 61582/00.

entre la sauvegarde des droits individuels et les exigences de l'intérêt général, et a conclu à la violation de l'article 1 (P1).

Enfin, dans l'affaire *Bistrović c. Croatie*¹⁰⁴⁵, qui concernait l'expropriation partielle d'un couple d'agriculteurs dans le cadre de la réalisation d'un projet autoroutier, la Cour a conclu à la violation de l'article 1 (P1) à raison du défaut de prise en compte dans la procédure d'expropriation de la perte de valeur de la partie non expropriée du bien. Pour parvenir à cette conclusion, elle a notamment relevé que, pour fixer l'indemnité d'expropriation, les juridictions internes avaient omis de prendre en compte le fait que l'autoroute passerait à deux ou trois mètres de la maison des requérants et que leur propriété se trouverait privée de l'environnement plaisant dans lequel elle se trouvait, d'une très grande cour, d'une faible exposition au bruit et d'une structure particulièrement adaptée à l'exploitation agricole. Elle a de plus constaté que les juridictions internes s'étaient basées sur un rapport d'expertise établi sans que l'expert se soit rendu sur les lieux, et n'avaient pas vérifié les allégations des requérants selon lesquelles ledit expert s'était fondé sur une carte erronée, se mettant ainsi dans l'impossibilité de fixer une indemnité adéquate.

b.2. Hypothèse 2. Dépréciation de la valeur du bien suite à la construction d'un ouvrage public sur le domaine public

Dans l'affaire *Antunes Rodrigues c. Portugal*¹⁰⁴⁶, un requérant avait été autorisé à construire un immeuble, dont le rez-de-chaussée devait accueillir un établissement commercial. L'immeuble était idéalement situé au bord d'une route nationale, ce qui permettait aux clients d'arriver directement sur le parvis du futur établissement. Alors que les travaux de construction de l'immeuble étaient en phase de finition, les autorités compétentes décidèrent de fermer le chemin d'accès de la route nationale à l'immeuble en cause afin de pouvoir mettre en place, un peu plus loin, une voie de sortie de l'autoroute. Après la réalisation de cet ouvrage, l'immeuble du requérant perdit l'accès direct à la route nationale.

Le requérant introduisit devant le juge interne une demande en dommages et intérêts, alléguant que l'immeuble avait perdu de sa valeur en raison du manque d'accès à la route nationale. Le requérant souligna que des propositions concrètes d'achat de l'immeuble dont il disposait avant la réalisation de l'ouvrage n'aboutirent finalement pas en raison d'un tel manque d'accès à la route nationale. Le tribunal reconnut d'abord que l'immeuble du requérant avait perdu de sa valeur mais estima cependant qu'il n'y avait eu en l'espèce aucune conduite illicite de la part des autorités.

¹⁰⁴⁵ Cour EDH, *Bistrović c. Croatie*, 31 mai 2007, n° 25774/05.

¹⁰⁴⁶ Cour EDH, *Antunes Rodrigues c. Portugal*, 26 avril 2011, n° 18070/08.

Examinant ensuite la question sous l'angle de la responsabilité sans faute, le tribunal administratif considéra que le requérant n'avait pas subi de « préjudice anormal et spécial ». S'il était vrai que son droit de propriété avait souffert une certaine compression en raison de la modification des conditions d'accès à l'immeuble, cela était le résultat du risque lié aux aléas de la vie commerciale. *In fine*, le tribunal administratif souligna que l'on ne saurait admettre un droit automatique à l'indemnisation de tous ceux qui voient leur activité commerciale baisser en raison de la réalisation d'un ouvrage routier.

Saisie de l'affaire, la Cour va conclure à la non-violation par le Portugal de l'article 1 (P1), tout en donnant d'utiles précisions sur la dépréciation de valeur des biens entraînée par des actes de gestions publique (ici, la construction d'un ouvrage public sur le domaine public, indépendamment de toute expropriation du requérant). Aux yeux de la Cour, la situation litigieuse relève de la réglementation de l'usage des biens dans un but d'intérêt général. En effet, le régime juridique du domaine public, en tant qu'il affecte celui-ci à l'usage du public afin de servir le bien commun, correspond à cette catégorie¹⁰⁴⁷. La Cour observe à cet égard que l'ingérence dont se plaint le requérant est à distinguer des affaires d'expropriation partielle d'un terrain affectant la valeur de la parcelle non expropriée. En effet, dans le cas d'espèce, il n'y avait eu aucune intervention de l'Etat sur une parcelle de terrain appartenant à l'intéressé mais la simple réalisation d'un ouvrage routier sur le domaine public. Il s'agit là d'un système qui permet de mettre en balance les intérêts de l'intéressé et ceux de la communauté et qui se rapproche d'ailleurs de la démarche de la Cour lorsqu'elle est appelée à examiner, dans le contexte du droit au respect des biens garanti par l'article 1 (P1), si le « juste équilibre » a été respecté. L'on ne saurait en effet mettre à charge de l'Etat un dédommagement automatique des personnes affectées par la réalisation d'un ouvrage routier sur le domaine public, sans aucun examen de la nature et de l'étendue des préjudices subis. Il est donc raisonnable de charger les autorités judiciaires d'examiner, sur la base de certains critères prévus par la loi, les préjudices en cause et d'accorder, s'il y a lieu, un dédommagement.

En l'occurrence, les juridictions portugaises ont estimé, après avoir entendu les parties intéressées et sur la base des éléments qu'elles ont jugés pertinents et adéquats pour la résolution du litige, qu'un tel préjudice « spécial et anormal » n'avait pas eu lieu. La Cour estime que la baisse de la valeur de marché de l'immeuble en cause ne saurait suffire, en tant que telle et en l'absence d'autres éléments, à mettre en cause les décisions des juridictions nationales, surtout si l'on tient compte du fait que le requérant savait que le chemin d'accès en question appartenait au domaine public et que

¹⁰⁴⁷ Cour EDH, *Antunes Rodrigues c. Portugal*, préc., § 28 ; V., également Cour EDH, *Depalle*, préc., § 80

l'Institut des routes pouvait, se fondant sur la législation applicable, effectuer des travaux sur le réseau routier susceptibles de modifier ou même d'éliminer – comme ce fut le cas – l'accès à l'immeuble¹⁰⁴⁸.

*

La construction d'un ouvrage public entraîne toujours un ajustement des prix du foncier à proximité immédiate : certains biens gagneront en valeur (par exemple grâce à la plus-value réalisée par la desserte d'une nouvelle voie de communication) quand d'autres verront leur valeur vénale se déprécier (lorsque une vue exceptionnelle est désormais occultée par une autoroute ; lorsque le bruit d'un axe de communication trouble la quiétude des lieux et freine les possibilités de revente, etc). Ce contentieux, qui ressort de la responsabilité sans faute de la puissance publique, subordonne l'octroi d'une indemnité à la démonstration par le requérant de l'existence d'un trouble anormal et spécial. La Cour n'est pas la mieux à même d'apprécier l'existence d'un tel préjudice (son contrôle est restreint) mais ne se refuse pas pour autant à vérifier l'analyse du juge interne (son contrôle est proportionné). La violation de l'article 1 (P1) ne sera prononcée que dans les cas où il est patent que les requérants subissent un préjudice anormal et spécial ouvrant droit à indemnisation : tel n'est pas le cas d'un terrain qui perd entre 20 et 40% de sa valeur suite à la construction d'une autoroute à 250 mètres ; tel est le cas de propriété résidant désormais à quelques mètres seulement d'imposantes infrastructures. Il est également possible pour les requérants d'invoquer la violation, non plus de l'article 1 (P1), mais de l'article 8 de la Convention lorsque les nuisances occasionnées par l'ouvrage public affectent leur droit au domicile et/ou à la vie privée.

2. Le contentieux des nuisances environnementales affectant le droit au domicile et/ou à la vie privée des personnes

Les droits garantis à l'article 8 sont susceptibles d'être violés lorsque le domicile et/ou la vie privée d'une personne sont directement et gravement affectés par des nuisances sonores ou d'autres formes de pollution environnementale¹⁰⁴⁹. Bien que le texte de la Convention ne reconnaisse pas expressément le droit à un environnement sain et calme¹⁰⁵⁰, il a pu être déduit implicitement de

¹⁰⁴⁸ Cour EDH, *Antunes Rodrigues c. Portugal*, préc., § 37.

¹⁰⁴⁹ MERINO M., « Protection de l'individu contre les nuisances environnementales : de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au système juridictionnel national de protection », *RTDH*, vol. 65, 2006, pp. 55-86.

¹⁰⁵⁰ L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a par ailleurs appelé à la conclusion d'un Protocole additionnel à la Convention spécialement dédié au droit à un environnement sain : v. ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation n° 1885 (2009) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe concernant l'élaboration d'un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un environnement sain*, 30 septembre 2009. Sur le droit à un environnement sain, v., parmi une abondante littérature, FELIZIANI C., « The Duty of Member States to Guarantee the Right to a Healthy Environment: A Consideration of European Commission v Italy (C-297/08) », *Journal of Environmental Law*, vol. 24, n° 3, 2012, pp. 535-546 ; HENRARD K., « A Critical Analysis of the Margin of Appreciation Doctrine of the ECtHR, With Special Attention to Rights of a Traditional Way of Life and a Healthy Environment : a Call for an Alternative Model of International Supervision », *The*

l'article 8¹⁰⁵¹ ou l'article 2¹⁰⁵² par les juges de Strasbourg. L'article 8 de la Convention garantit le respect de la vie privée et familiale, qui englobe également le droit au respect de la correspondance et au respect du domicile dispose ainsi :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »¹⁰⁵³.

a. L'exigence d'un domicile

Tout grief soulevé sur le terrain de l'article 8 doit être corroboré par des preuves attestant que l'habitation dont le requérant a été chassé constituait vraiment son « domicile »¹⁰⁵⁴. Si la notion de « domicile » est généralement définie comme le lieu où une personne réside de façon permanente ou avec lequel elle a des liens suffisants et continus¹⁰⁵⁵, elle fait également l'objet d'une interprétation autonome et souple par la Cour et sera appréciée *in concerto* en fonction des circonstances particulières de l'espèce. La démarche de la Cour se justifie notamment ici par la différence linguistique existante entre les versions française et anglaise de la Convention, le vocable français «

Yearbook of Polar Law, vol. 4, 2012, pp. 365-413 ; ATAPATTU S., « The Right to a Healthy Life or the Right to die Polluted ? : the Emergence of a Human Right to a Healthy Environment under International Law » in SHELTON D. (Dir.), *Human Rights and the Environment*, vol. 1, Elgar, 2011, pp. 57-118 ; FLAUSS J.-F., « Le droit de l'homme à un environnement sain, entre juridiction et justiciabilisation », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, 2006, pp. 531-546 ; VERDISSENT M., « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des États européens », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, 2006, pp. 327-349 ; FONTBRESSIN P., « Mondialisation et droit de l'homme à l'environnement sain », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, 2006, pp. 239-256 ; TAVERNIER P., « Le droit de l'homme à un environnement sain, le droit de propriété et les libertés économiques », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, 2006, pp. 219-237 ; SUDRE F., « Le droit à un environnement sain et le droit au respect de la vie privée », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, 2006, pp. 201-217 ; DE SALVIA M., « Principes généraux du droit de l'homme à un environnement sain, selon la Convention européenne des droits de l'homme », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, 2006, pp. 57-69 ; DHOMMEAUX J., « Le droit de l'homme à un environnement sain dans les principaux instruments des Nations-Unies relatifs aux droits de l'homme », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, 2006, pp. 71-112.

¹⁰⁵¹ Cour EDH, *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, n° 16798, § 51 ; Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, n° 116/1996/735/932, §§ 57-60 ; Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, n° 36022/97, §§ 96-99 ; Cour EDH, *Georgel et Georgeta Stoicescu c. Roumanie*, 26 juillet 2011, n° 9178/03, §§ 61-62.

¹⁰⁵² Cour EDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], 30 novembre 2004, n° 48939/90, § 90.

¹⁰⁵³ CEDH, art. 8.

¹⁰⁵⁴ Les requérants invoquant une violation de leur droit au respect de leur domicile en arguant de l'article 8 se fondent parfois aussi sur l'article 1 (P1) dans certains cas extrêmes comme les destructions de résidence, les déplacements massifs de population ou encore les pollutions et nuisances entraînées par des mesures relatives à l'aménagement du territoire.

¹⁰⁵⁵ V., entre autres, Cour EDH, *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, n° 9063/80.

domicile » ayant une connotation plus large que le terme « home » utilisé dans la version anglaise. Pour qu'une requête soit examinée sur le terrain de l'article 8, la propriété ne constitue pas une condition nécessaire ou suffisante ; il n'est pas non plus indispensable qu'une résidence ait été légalement établie pour qu'elle soit considérée comme un « domicile »¹⁰⁵⁶. Ont été ainsi qualifiés de « domicile » au sens de l'article 8 les maisons de vacances, résidences secondaires et hôtels fournissant un hébergement de longue durée¹⁰⁵⁷ ; l'occupation d'une maison appartenant à autrui pendant une longue période ou sur une base annuelle¹⁰⁵⁸ ; les locaux professionnels en l'absence d'une distinction claire entre le bureau et la résidence privée ou entre les activités privées et professionnelles¹⁰⁵⁹ ; le siège social, les filiales ou autres locaux professionnels d'une société¹⁰⁶⁰ ou encore les résidences non traditionnelles comme les caravanes et autres domiciles non fixes¹⁰⁶¹. Inversement, ne peuvent être qualifiés de domicile aux fins de l'article 8 une buanderie appartenant conjointement aux copropriétaires d'un immeuble et servant à un usage occasionnel¹⁰⁶² ; la loge d'un artiste¹⁰⁶³ ou un terrain sur lequel le propriétaire pratique ou autorise un sport¹⁰⁶⁴. Tout cadre de vie peut constituer un domicile au sens de l'article 8 (1), à condition qu'existe des liens suffisants entre l'occupant et ledit cadre de vie. Lorsqu'un requérant revendique la qualité de « domicile » pour une propriété qu'il n'a jamais (ou très rarement) occupée ou qui est restée inoccupée pendant très longtemps, les liens avec cette propriété sont si atténués qu'ils ne sont plus de nature à relever de l'article 8¹⁰⁶⁵ sauf à démontrer que le lien n'a jamais été réellement rompu¹⁰⁶⁶. Cette condition tient notamment au fait que l'article 8 ne saurait conférer à un individu le droit de faire passer ses préférences concernant son lieu de résidence avant l'intérêt général¹⁰⁶⁷ tant et si bien que lorsque

¹⁰⁵⁶ Cour EDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, n° 20348/92, § 54.

¹⁰⁵⁷ Cour EDH, *Demades c. Turquie*, 31 juillet 2003, n° 16219/90, § 31 et s.

¹⁰⁵⁸ Cour EDH, *Mentes et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, n° 58/1996/677/867.

¹⁰⁵⁹ Cour EDH, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, n° 13710/88, §§ 27-33.

¹⁰⁶⁰ Cour EDH, *Société Colas Est et autres c. France*, 16 avril 2002, n° 37971/97, §§ 40-42.

¹⁰⁶¹ Cour EDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, préc. ; Cour EDH, *Chapman c. Royaume-Uni*, §§ 73-74.

¹⁰⁶² Cour EDH, *Chelu c. Roumanie*, 12 janvier 2010, n° 40274/04, §§ 43-45.

¹⁰⁶³ Cour EDH, *Hartung c. France*, 3 novembre 2009, n° 10231/07, § 1.

¹⁰⁶⁴ Cour EDH, *Friend c. Royaume-Uni et Countryside Alliance et autres c. Royaume-Uni*, 24 novembre 2009, n° 16072/06 et n° 27809/08, §§ 40-46.

¹⁰⁶⁵ Cour EDH, *Andreou Papi c. Turquie*, n° 45653/99, § 53. A cet égard, la Cour a clarifié que la perspective d'hériter une propriété ne constitue pas un lien concret suffisant pour que cette propriété puisse être considérée comme un « domicile ». Il en va de même de l'intention de construire un appartement sur une parcelle de terrain où la requérante affirme avoir ses racines est insuffisante : Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, n° 15318/89, § 66.

¹⁰⁶⁶ Cour EDH, *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, n° 9063/80, § 46 : les requérants n'avaient pas occupé, pendant près de dix-neuf ans, la maison qu'ils avaient fait construire à Guernesey, mais ils avaient conservé un lien avec elle en la louant avant de finir par s'y installer. La Cour a relevé que les requérants n'avaient jamais choisi de « domicile » ailleurs et avaient toujours nourri l'intention d'y revenir. Ils avaient donc conservé assez de liens avec la maison pour qu'il faille regarder cette demeure comme leur « domicile » au sens de l'article 8 de la Convention.

¹⁰⁶⁷ Ainsi, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, la requérante avait acheté un terrain en vue de s'y installer. Cependant, sa demande de permis de stationnement de sa caravane sur ledit terrain avait été rejetée en raison de ses effets préjudiciables au caractère rural du paysage. La Cour considéra qu'il existait d'autres solutions pour la requérante que de continuer d'occuper un terrain sans permis d'aménagement dans la ceinture verte et constatèrent qu'il n'y avait donc pas eu violation du droit de la requérante au respect de ses biens, tel qu'il est consacré par l'article 1 du Protocole n°1 : Cour EDH, *Chapman c. Royaume-Uni [GC]*, 18 janvier 2001, n° 27238/95, §§ 105-116.

l'absence d'un « domicile » est établie, la Cour conclut automatiquement à l'absence de violation de l'article 8, quelles que soient les conclusions formulées concernant la violation alléguée de l'article 1 (P1).

Une fois démontrée préalablement l'existence d'un domicile, le requérant devra rapporter la preuve de l'existence de nuisances environnementales suffisamment graves pour emporter la conviction de la Cour quant à la violation de l'article 8 par l'Etat partie.

b. L'exigence d'un domicile affecté par des nuisances environnementales suffisamment graves

Les moyens tirés d'une dégradation générale de l'environnement ne sauraient prospérer devant la Cour. Cette dernière exige au contraire que soit démontrée l'existence de nuisances environnementales suffisamment graves et consistant en une ingérence dans la sphère privée du requérant **(b.1.)**. Les affaires relatives aux nuisances sonores font toutefois ressortir les limites d'un tel contrôle lorsque l'ingérence dont se plaint le requérant doit être mise en balance avec les intérêts économiques attachés au développement du tissu urbain **(b.2.)**.

b.1. Cadre général du contrôle exercé par la Cour en matière de nuisances environnementales

Pour que des griefs relatifs à des nuisances environnementales puissent relever de l'article 8, il faut d'une part qu'ils s'analysent en une véritable ingérence dans la sphère privée du requérant et, d'autre part, que l'ingérence en question atteigne un minimum de gravité. Toutes les nuisances environnementales ne sont donc pas visées ici, la plupart d'entre elles étant consubstantielles à l'urbanisation croissante en Europe : seules seront concernées celles atteignant un certain seuil de gravité¹⁰⁶⁸ apprécié *in concreto* à la lueur des données de la cause. L'appréciation de ce minimum est relative et dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de l'intensité et de la durée des nuisances ainsi que de leurs effets physiques ou mentaux. Il y a également lieu de tenir compte de la situation générale de l'environnement. Il ne peut y avoir de grief défendable sous l'angle de l'article 8 lorsque le préjudice allégué est négligeable rapporté aux risques écologiques inhérents à la vie dans n'importe quelle ville moderne. La responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article 8 de la Convention ne peut donc être engagée suite à la dégradation générale de l'environnement. Dans l'affaire *Kyrtatos c. Grèce*, les autorités grecques avaient entrepris la construction d'un hameau en

¹⁰⁶⁸ Cour EDH, *Fadeïeva c. Russie*, 9 juin 2005, n° 55723/00, § 69.

dépôt de l'annulation à deux reprises des permis de construire par les juridictions internes compétentes. Les immeubles érigés à proximité de la propriété des requérants avaient occasionné la destruction de leur environnement physique et entraîné des effets préjudiciables pour leur vie. Les juges ont rejeté le moyen des requérants selon lequel les aménagements urbains avaient détruit le marais adjacent à leur propriété et que le site dans lequel était situé leur domicile avait perdu toute sa beauté, mais ont toutefois affirmé que des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale sans pour autant mettre en grave danger la santé¹⁰⁶⁹. Pour se placer sur le terrain de l'article 8, cependant, il faut démontrer l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne : en l'espèce, la Cour a estimé que les nuisances émanant du voisinage des requérants et résultant des aménagements urbains dans la zone n'avaient pas atteint un degré de gravité suffisant pour être prises en compte aux fins de l'article 8¹⁰⁷⁰.

b.2. Exemple d'application : le contentieux des pollutions sonores occasionnées par l'ouvrage public

L'urbanisation, la demande croissante pour le transport motorisé et une planification urbaine inefficace sont ainsi les principales causes de l'exposition des populations au bruit, entendu comme « un ensemble de sons qui soit ne sont pas désirés, soit sont intenses, déplaisants et inattendus »¹⁰⁷¹ et qui peuvent provoquer des gênes, des troubles ou des dommages pour la santé. Divers travaux démontrent notamment que le bruit causé par la circulation routière pourrait coûter chaque année dans les États membres et les autres pays d'Europe occidentale plus d'un million d'années de vie en bonne

¹⁰⁶⁹ Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, préc., § 52 : « Quant à la première branche du grief des requérants, la Cour remarque que, selon sa jurisprudence établie, des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressée (*López Ostra c. Espagne*, arrêt du 9 décembre 1994, série A no 303-C, pp. 54-55, § 51). Toutefois, l'élément crucial qui permet de déterminer si, dans les circonstances d'une affaire, des atteintes à l'environnement ont emporté violation de l'un des droits sauvegardés par le paragraphe 1 de l'article 8 est l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne, et non simplement la dégradation générale de l'environnement ».

¹⁰⁷⁰ Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, préc., § 53 : « En l'espèce, à supposer même que les aménagements urbains effectués dans la zone aient eu de graves répercussions sur l'environnement, les requérants n'ont présenté aucun argument convaincant démontrant que le tort qui aurait été causé aux oiseaux et autres espèces protégées vivant dans le marais était de nature à porter directement atteinte à leurs propres droits garantis par l'article 8 § 1 de la Convention. Il en irait autrement si, par exemple, les dommages à l'environnement dénoncés avaient occasionné la destruction d'une zone forestière à proximité de la maison des requérants, situation qui aurait pu affecter plus directement leur propre bien-être. En conclusion, la Cour ne saurait admettre que l'ingérence dans les conditions de la vie animale dans le marais nuit à la vie privée ou familiale des requérants ».

¹⁰⁷¹ COMMISSION EUROPEENNE, *La politique future de lutte contre le bruit – Livre vert de la Commission européenne*, COM (96) 540 final, 1996, p. 2.

santé¹⁰⁷². L'Union européenne s'est logiquement emparée de la question¹⁰⁷³ et a adopté la directive 2002/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 juin 2002 relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement qui vise à « établir une approche commune destinée à éviter, prévenir ou réduire en priorité les effets nuisibles, y compris la gêne, de l'exposition au bruit dans l'environnement »¹⁰⁷⁴.

Comme cela pouvait être pressenti, plusieurs requêtes de riverains affectés par des nuisances sonores furent soumises à la Cour européenne des droits de l'homme, notamment au sujet des pollutions sonores émanant des aéroports. Dans l'affaire *Powell et Rayner c. Royaume Uni*¹⁰⁷⁵, les requérants, habitant à proximité de l'aéroport de Heathrow, estimaient excessifs les niveaux de bruit résultant de son exploitation et insuffisantes les mesures prises par le Gouvernement pour les réduire. La Cour conclura à la non violation de l'article 8, jugeant que l'exploitation de grands aéroports internationaux à proximité de zones résidentielles à forte densité de population était nécessaire au bien-être économique des Etats. En raison de sa fréquentation et de son importance commerciale, l'aéroport de Heathrow ne dérogeait pas à la règle : son exploitation était justifiée même si l'on ne pouvait en éliminer entièrement les répercussions négatives sur l'environnement. La Cour parvint à la même solution dans l'affaire *Hatton c. Royaume Uni*¹⁰⁷⁶. Les requérants, qui résidaient également tous à proximité de l'aéroport de Heathrow, estimaient que, du fait de la politique instaurée par le Gouvernement en 1993 en matière de vols de nuit, le bruit autour de leurs habitations avait augmenté. Ils alléguèrent que leur état de santé s'était détérioré du fait des interruptions régulières de leur sommeil causées par les vols de nuit. Si elle n'a pas été en mesure de trancher la question de savoir si le niveau de bruit nocturne avait bel et bien augmenté à la suite de l'introduction du plan de 1993, la Cour n'en a pas moins constaté qu'il y avait un intérêt économique à maintenir un plein service de

¹⁰⁷² WHO/EUROPE, *Burden of disease from environmental noise. Quantification of healthy life years lost in Europe*, Ed. WHO Regional Office for Europe, 2011, 106 p. V. également WHO/EUROPE, *Night noise guidelines for Europe*, Ed. WHO Regional Office for Europe, 2009, 162 p. ; WHO/EUROPE, *Assessment of needs for capacity-building for health risk assessment of environmental noise: case studies*, Ed. WHO Regional Office for Europe, 2012, 38 p. ; WHO/EUROPE, *Methodological guidance for estimating the burden of disease from environmental noise*, Ed. WHO Regional Office for Europe, 2012, 55 p. ; WHO/EUROPE, *Environmental burden of disease associated with inadequate housing. A method guide to the quantification of health effects of selected housing risks in the WHO European Region. Summary report*, Ed. WHO Regional Office for Europe, 2011, 13 p. ; WHO, *Guidelines for community noise*, Ed. World Health Organization, 1999, 141 p. ;

¹⁰⁷³ V., parmi une abondante documentation : GUARINONI M., GANZLEBEN C., MURPHY E., JURKIEWICZ K., *Vers une stratégie globale en matière de bruit*, Etude réalisée pour la Direction générale des politiques internes du Parlement européen, IP/A/ENVI/ST/2012-17, PE 492.459, 2012, 89 p. ; COMMISSION EUROPEENNE, *La politique future de lutte contre le bruit – Livre vert de la Commission européenne*, COM (96) 540 final, 1996, 35 p. ; et AGENCE EUROPEENNE POUR L'ENVIRONNEMENT (EEA), *Good practice guide on noise exposure and potential health effects*, Rapport technique n° 11/2010, 2010, 40 p.

¹⁰⁷⁴ Directive 2002/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 juin 2002 relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement, JO L 189, 18 juillet 2002.

¹⁰⁷⁵ Cour EDH, *Powell et Rayner c. Royaume Uni*, 21 février 1990, n° 9310/81, §§ 42-46.

¹⁰⁷⁶ Cour EDH, *Hatton c. Royaume Uni*, 8 juillet 2003, n° 36022/97, §§ 123-130.

nuît, que seul un nombre restreint de personnes pâtissait du bruit, que les prix de l'immobilier n'avaient pas baissé et que les requérants pouvaient déménager sans subir de perte financière.

L'affaire *Flamenbaum et autres c. France* concernait quant à elle la prolongation de la piste principale de l'aéroport de Deauville et les nuisances consécutives sur les propriétés des riverains. Relevant que les juridictions internes avaient reconnu le caractère d'utilité publique du projet et que le Gouvernement justifiait d'un but légitime, à savoir le bien-être économique de la région, la Cour a estimé, au regard des mesures qu'elles avaient prises pour limiter l'impact des nuisances sonores sur les riverains, que les autorités ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence. La Cour a estimé par ailleurs que les requérants ne justifiaient pas d'une perte de la valeur vénale de leurs propriétés en raison de l'allongement de la piste. Ce faisant, elle conclut à la non-violation des articles 8 CEDH et 1 (P1)¹⁰⁷⁷. La violation de l'article 8 fut en revanche retenue dans l'affaire *Deés c. Hongrie*¹⁰⁷⁸. Le requérant se plaignait de nuisances graves (bruit, vibrations, pollution) causées par une circulation intense non réglementée dans la rue où il vivait. La Cour constatera qu'en dépit des efforts consentis par les autorités en vue de limiter et canaliser la circulation dans la rue où résidait le requérant, celui-ci avait souffert de nuisances graves et directes résultant du bruit excessif auquel il avait été exposé pendant une longue période.

*

La planification urbaine, préalable à la construction de l'ouvrage public, transcende les intérêts privés au nom de l'intérêt général. Les documents d'urbanisme ont vocation à être élaborés au sein de larges périmètres, définis sur la base de critères fonctionnels et dépassant les frontières de l'organisation administrative locale. Le plan définit pour un territoire des objectifs ou des orientations dont la mise en œuvre repose sur la coordination de plusieurs politiques sectorielles. Il se nourrit d'une réflexion prospective qui permet d'anticiper les besoins futurs et, plus généralement, d'intégrer les enjeux de long terme. Dans le contexte de territoires sur lesquels s'exerce une pression démographique (plus ou moins forte) et urbanistique (plus ou moins dense), toute opération de construction d'un ouvrage public pose à terme la question des ingérences publiques dans le droit au respect des biens des individus. Deux grandes catégories d'ingérences ont été isolées *prima facie* : celles qui supposent une privation de propriété *stricto sensu* (expropriations) et sont nécessaires à l'implantation de l'ouvrage public et celles qui résultent du fonctionnement de ce dernier (nuisances environnementales causant une dépréciation de la valeur vénale des biens situés à proximité et/ou

¹⁰⁷⁷ Cour EDH, *Flamenbaum et autres c. France*, 13 décembre 2012, n° 3675/04 et 23264/04, §§ 139-160.

¹⁰⁷⁸ Cour EDH, *Deés c. Hongrie*, 9 novembre 2010, n° 2345/06, §§ 18-24.

constituant une ingérence dans le droit au domicile et/ou à la vie privé consacré par l'article 8 de la CEDH).

Les privations de propriété doivent être mises en oeuvre conformément aux obligations internationales de l'Etat expropriant. Si ce droit est garanti par plusieurs instruments internationaux, force est de constater que rares sont ceux qui s'accompagnent d'un mécanisme juridictionnel de contrôle. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, particulièrement riche, fait ici figure d'exception. Pour être compatible avec l'article 1 (P1) qui garantit le droit de tout individu ou personne morale au respect de ses biens, une mesure d'expropriation doit avant tout être prévue par un texte. L'apparence de la légalité ne suffit pas : la théorie de l'expropriation indirecte qui permet à l'administration de légitimer une occupation sans titre par la construction d'un ouvrage public dont la démolition est interdite avait beau reposer, en Italie, sur la loi, elle fut censurée par la Cour. La base légale doit donc présenter les qualités qui découlent du principe de légalité tel qu'interprété par la Cour : accessibilité, prévisibilité, etc. Toute ingérence dans le droit de propriété d'une personne doit poursuivre un but légitime d'« intérêt général » ou « d'utilité publique » et ne pas être discriminatoire.

L'Etat n'est pas délié du respect de ses obligations internationales lorsque la construction de l'ouvrage public a été achevée. Les ingérences résultant du fonctionnement de l'ouvrage (pollutions sonores, visuelles, olfactives, etc) sont elles aussi susceptibles d'emporter la violation de plusieurs articles de la Convention. Violation de l'article 1 (P1), dans un premier temps, lorsque le fonctionnement de l'ouvrage entraîne une dépréciation de la valeur vénale des biens situés à proximité. Le contrôle de la Cour sur ce point précis n'est pas maximal et la marge d'appréciation des autorités nationales joue à plein. Les juges ne sanctionneront un défaut d'indemnisation que dans les cas où il est patent que les requérants ont subi un préjudice anormal et spécial. Violation, ensuite, de l'article 8 qui garantit le droit au respect du domicile et/ou à la vie privée. A condition que soit préalablement démontrée l'existence d'un domicile (ce qui ne cause pas de difficulté sérieuse tant l'interprétation donnée par la Cour sur ce point est favorable), un requérant pourra soumettre à la Cour des moyens tirés de l'altération de ses conditions de vie résultant des nuisances environnementales causées par l'ouvrage public. Il s'agit cependant d'une preuve délicate à ramener, supposant un degré certain de gravité des nuisances, et qui se heurte une nouvelle fois à la marge nationale d'appréciation comme le démontre le contentieux des pollutions sonores.

§2. La réinstallation involontaire des populations déplacées par l'ouvrage

Le développement sous toutes ses formes est par essence une activité spatiale¹⁰⁷⁹. De la construction d'un barrage gigantesque, en passant par la création d'infrastructures de bases telles que les routes, au plus petit plan de gestion locale des ressources, tous les projets de développement impliquent un remaniement du sens et du contrôle de l'espace. S'il ne se limite pas à l'aménagement du territoire, le développement est foncièrement une expression de la territorialité de l'État. Parce qu'il est fondamentalement affaire de réorganisation de l'espace, tout développement est susceptible d'entraîner un déplacement de population **(A)**. En dépit des enjeux soulevés en termes de droits humains, le cadre juridique international applicable est, au mieux parcellaire, sinon inefficace **(B)**.

A. Notion et effets du déplacement et de la réinstallation involontaire

Dans son acception la plus immédiate, au sens direct, le terme désigne ici le déplacement « physique » de personnes forcées de quitter leur lieu de résidence et/ou d'exercice professionnel ainsi que le déplacement « des moyens de subsistance » (ou la dépossession) suite à la construction d'un ouvrage public. L'exécution d'un projet de développement dans une zone déterminée nécessite impérativement un certain degré de disponibilité de l'espace à aménager, ce qui présuppose que les activités économiques et humaines y étant situées soient relocalisées. Il n'est donc pas rare que l'opération d'aménagement entraîne le démantèlement des systèmes de production et que les populations voient leurs moyens de production s'amenuiser, perdent leurs sources de revenu, et/ou soient contraintes de quitter les lieux en vue d'être relocalisées ailleurs. Cette opération de déplacement met à rude épreuve les liens culturels, sociaux et économiques des populations qui s'étaient sédentarisées sur la zone à aménager, que l'on songe à l'affaiblissement des structures communautaires et des réseaux sociaux, à l'éclatement et la dispersion des groupes de parenté, de l'identité culturelle et de l'autorité traditionnelle. Ces expulsions sont vectrices d'inégalités et affectent invariablement les groupes de la société les plus pauvres, marginalisés, socialement et économiquement vulnérables¹⁰⁸⁰. Elles ajoutent l'exclusion physique, économique et sociale à la désarticulation socioculturelle, confrontant les populations à un faisceau de risques d'appauvrissement multiples, affectant leurs moyens de subsistance (expropriation des terres, difficultés liées à la reconversion professionnelle, exposition à une éventuelle insécurité alimentaire, perte ou diminution d'accès aux ressources), leur santé (exposition à des risques de morbidité accrus) et leur identité (désintégration communautaire susceptible d'entraîner la perte de résistance

¹⁰⁷⁹ V., entre autres, VANDERGEEST P., « Affectation des terres et déplacements de population induits par le développement au Laos », *Revue internationale des sciences sociales*, 2003/1, n° 175, pp. 49-50.

¹⁰⁸⁰ En particulier les femmes, les enfants, les minorités et les autochtones.

socioculturelle)¹⁰⁸¹. L'insuffisante prise en compte des effets négatifs des déplacements de personne induits par des projets financés par la BIRD a été mise en évidence pour la première fois par M. Cernea. A l'issue d'un examen systématique des projets financés par cette institution entre 1986 et 1993, il fut mis en évidence que, chaque année, environ 10 millions de personnes avaient été déplacées par des opérations de mise en place d'infrastructures telles que la construction de barrages, d'axes routiers ou des programmes de rénovation urbaine¹⁰⁸².

Les projets de développement impliquent fréquemment le recours à des expropriations foncières. Privées de leurs terres, les populations déplacées se paupérissent puisqu'elles ne disposent plus de la maîtrise de leur système productif, de leurs activités commerciales ou de leurs moyens d'existence. L'inscription du principe compensation par équivalence (une terre de la même superficie et de la même qualité pour toute terre expropriée) dans la loi est devenue depuis longtemps une revendication primordiale des personnes déplacées¹⁰⁸³, ce qui n'empêche pas de nombreux Etats d'y substituer une compensation en numéraire (ce qui revient moins cher et ne permet pas aux personnes expropriées de subvenir à leurs besoins essentiels). Au-delà de l'expropriation des terres, la perte du domicile peut elle aussi entraîner une dégradation temporaire ou durable des conditions de vie. Le risque de privation prolongée du domicile s'accroît ainsi fortement selon que la compensation financière (l'indemnité) pour une habitation vouée à la démolition soit réglée au taux de sa valeur foncière plutôt que selon sa valeur de remplacement¹⁰⁸⁴. Les personnes déplacées sont également fortement exposées à la perte d'accès à leurs ressources naturelles collectives et aux services publics de la communauté, ce qui se traduit ici aussi par une détérioration importante de leurs revenus et moyens d'existence¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ Les grands barrages ont eu de graves impacts sur la vie, les moyens d'existence, les cultures et l'existence spirituelle des populations indigènes et tribales. Du fait de la négligence et du manque de capacité à assurer la justice (à cause d'inéquités structurelles, de dissonances culturelles, de discrimination et de marginalisation économique et politique), les populations indigènes et tribales ont souffert de façon disproportionnée des impacts négatifs des grands barrages, tout en étant souvent exclus du partage des avantages. Sur la protection de l'identité culturelle et du rapport à la terre des populations autochtones, v. nos développements *infra*.

¹⁰⁸² CERNEA M. M., *Involuntary Resettlement in Bank-Assisted Projects. A Review of the Application of Bank Policies and Procedures in FY79-85 Projects*, Agriculture and Rural Development Department, Washington, DC, The World Bank, 1986, 57 p.

¹⁰⁸³ MATHUR H. M., CERNEA M. (dirs.), *Development, Displacement and Resettlement. Focus on Asian experiences*, Delhi, Vikas Publishing House, 1995, 260 p. ; ZAMAN M. Q., « Land Acquisition and Compensation in Involuntary Resettlement », *Cultural Survival Quarterly*, 1990, vol. 14, n° 7, pp. 63-66.

¹⁰⁸⁴ V., parmi de multiples exemples, la situation de plus de deux-mille familles déplacées par le projet de réinstallation urbaine de Douala au Cameroun dont moins de 5 % ont bénéficié de prêts pour financer la construction sur les nouvelles parcelles attribuées : CERNEA M. M., « La sociologie des déplacements forcés : un modèle théorique », *Autre part*, 1998, vol. 5, pp. 17-18.

¹⁰⁸⁵ Pour un exemple d'absence de compensation des biens communautaires des populations déplacées (et ses conséquences sur les conditions matérielles d'existence des intéressés), v. PANDEY B., *Development, Displacement and Rehabilitation in Orissa 1950-1990*, Canada, International Development Research Centre, Bhubaneswar, Institute for Socio-Economic Development, non paginé.

Le déplacement causé par la construction d'un ouvrage public rend ensuite extrêmement difficile le maintien des populations affectées dans l'emploi et le marché du travail. Il s'agit là d'un coût particulièrement difficile à évaluer car le chômage se déclare rarement immédiatement après le déplacement. En effet, les populations déplacées bénéficient généralement à court terme d'une priorité à l'embauche dans le cadre du projet qui est à l'origine de leur déplacement¹⁰⁸⁶. Il ne s'agit toutefois pas d'emplois pérennes mais de postes temporaires durant la durée des travaux. Le déplacement a également des effets sur la santé des populations concernées qui se retrouvent plus fortement exposées à certains risques sanitaires¹⁰⁸⁷. Au-delà, le déplacement marginalise les populations affectées : diminution des revenus, éclatement des structures communautaires, pertes de repères culturels liés au déracinement¹⁰⁸⁸, inadéquation des compétences personnelles et professionnelles des personnes affectées dans leur nouveau cadre de vie, etc. Les déplacements forcés altèrent le tissu social et les formes préexistantes d'organisation sociale par le jeu de la fragmentation des communautés, du démantèlement des systèmes de production, de la dispersion des groupes de parenté et des réseaux familiaux. Les réseaux informels d'entraide, les associations bénévoles autochtones, les services organisés par les communautés, etc., sont dispersés et rendus inopérants¹⁰⁸⁹. Comme le souligne M. Cernea, « une telle désagrégation représente une perte massive de capital social - un dommage qui n'est jamais quantifié ni indemnisé - et qui est aggravé par les pertes en capital physique (possessions naturelles), en capital créé (équipements et infrastructures) et en capital humain (capacités et connaissances) »¹⁰⁹⁰. Dans ce contexte, les femmes apparaissent plus sévèrement touchées que les hommes durant l'ensemble du processus de déplacement et de réinstallation¹⁰⁹¹, notamment dans la détermination des seuls d'éligibilité pour pouvoir prétendre à une indemnisation¹⁰⁹². Les déplacements forcés seront encore plus fréquents dans l'avenir, même si l'on

¹⁰⁸⁶ Pour une illustration à propos de projets de barrage au Brésil, en Inde, au Togo et en Chine, v. CERNEA M. M., *Hydropower Dams and Social Impacts : a Sociological Perspective*, Environment Department Paper, n° 044, Washington DC, The World Bank, 1997, 30 p.

¹⁰⁸⁷ CERNEA M. M., « La sociologie des déplacements forcés : un modèle théorique », *art. préc.*, p. 19. et les références citées.

¹⁰⁸⁸ Pour une étude complète, v. LOW S., ALTMAN I., *Place Attachment*, New York, N.Y. Plenum Press, 1992, 336 p. ; v., également HIDALGO C., HERNANDEZ B., « Place Attachment. Conceptual and Empirical Questions », *Journal of Environmental Psychology*, 2001, vol. 21, pp. 273-281. Pour une application en France, mais dans le contexte de la mobilité géographique des salariés, v. SCHMIDT C., ROBERT-DEMONTROND Ph., « Territoire et mobilité géographique infranationale », *Revue française de gestion*, 2012/7, n° 226, pp. 107-120. Pour une illustration en matière de développement, v. ASSOGBA G., « L'obsession d'habiter sa propre maison à Lomé : quel impact sur la dynamique spatiale ? », *Les Cahiers d'Outre-Mer*, en ligne, 2011, n° 256, pp. 565-590.

¹⁰⁸⁹ Pour un cas particulier d'application, v. BABOO B., *Technology and Social transformation. The Case of Hirakud Multi-Purpose Dam in Orissa*, New Delhi, Concept Publishing Company, 1992, 157 p.

¹⁰⁹⁰ CERNEA M. M., « La sociologie des déplacements forcés : un modèle théorique », *art. préc.*, p. 21.

¹⁰⁹¹ V., parmi une abondante littérature, FEENEY P., *Displacement and the Rights of Women*, Oxford, Oxfam, Policy Department, 1995, non paginé ; KOENIG D., « Women and Resettlement », in GALLINS R., FERGUSON A. (dirs.), *The Women and International Development*, Boulder, CO, Westview Press, 1995.

¹⁰⁹² V., par exemple, la pratique de l'Etat fédéré indien d'Orissa sur ce point, qui établissait un régime discriminatoire à raison du sexe quant à la politique d'indemnisation des terres expropriées envers les femmes. Alors que le seuil d'éligibilité de compensation pour les hommes célibataires était fixé à 18 ans, il était fixé à 30 ans pour les femmes non mariées : AGNIHOTRI A., « The Orissa Resettlement and Rehabilitation of Project-Affected-Persons Policy 1994 : an

parvient plus facilement qu'aujourd'hui à en limiter l'ampleur. La croissance démographique, l'urbanisation et l'inélasticité des terrains exigeront qu'on apporte sans cesse de nouvelles modifications aux modes d'utilisation du sol.

Il n'est pas possible de quantifier avec certitude l'étendue des déplacements directs et indirects de personnes liés au développement. Nous disposons, dans le meilleur des cas, de statistiques officielles pour une catégorie d'ouvrages - les barrages - ayant fait l'objet de travaux avancés de la part de la Commission mondiale des barrages. Le rapport élaboré par cette Commission estime à cet égard que le niveau global des déplacements physiques pourrait se situer entre 40 et 80 millions de personnes. Les grands barrages en Inde auraient ainsi déplacé entre 16 et 38 millions de personnes. Les statistiques officielles fournies par les autorités chinoises font état du déplacement de 10,2 millions de personnes, entre 1950 et 1990 (34% de tous les déplacements liés au développement, y compris ceux causés par l'urbanisation). Sans surprise, cette donnée est critiquée par d'autres observateurs qui estiment quant à eux que le chiffre officiel avancé couvrirait uniquement les seuls déplacés de la seule vallée du Yangtze. Toujours est-il que le nombre de personnes déplacées a augmenté considérablement après 1990 avec la construction de projets emblématiques, au premier rang desquels le barrage des Trois Gorges en Chine. L'estimation officielle fournie pour le gouvernement indien et les services de la Banque mondiale pour la construction du projet Sardar Sarovar n'intégrait pas les personnes déplacées par la construction des canaux en amont de l'ouvrage principal, ni celles déplacées pour laisser de la place à la création d'un sanctuaire d'animaux sauvages, ni celles déplacées au début des années 1960 pour les infrastructures du chantier de construction du barrage¹⁰⁹³.

L'absence de données statistiques fiables rend périlleuse toute entreprise de généralisation. D'abord, comme nous l'avons suggéré, parce que ces chiffres constituent (au mieux) des estimations et n'intègrent pas les millions de personnes déplacées à la suite de la construction d'autres ouvrages. La construction des canaux, des centrales électriques, de toutes les infrastructures périphériques liées à des projets, etc, n'ont pas pas eu l'honneur d'une commission spéciale établie en leur nom en vue de mesurer leurs impacts sociaux négatifs. Au plan méthodologique, ces estimations générales proviennent de la compilation des données sectorielles collectées sur le terrain par les « agents » chargés d'effectuer les travaux de recensement. Le sérieux des résultats obtenus est nécessairement conditionné par la définition préalable de la notion de « personnes affectées » retenue par les enquêteurs. Que la définition retenue subordonne la qualité de « personne affectée » à un critère

Analysis of its Robustness with Reference to the Impoverishment Risks Model », in OTA A. B., AGNIHOTRI A. (dirs.), *Involuntary Resettlement in Dam Projects*, New Dehli, Prachi Prakashan, 1996, pp. 19-42.

¹⁰⁹³ WORLD COMMISSION ON DAMS, *Barrages et développement. Un nouveau cadre pour la prise de décisions*, « Chapitre 4 - Populations et grands barrages », encadré 4.3., 2000, p. 111.

géographique trop étroit - par exemple la résidence dans la zone immédiatement affectée par l'ouvrage pendant une durée minimale - et voilà exclues des statistiques les communautés contraintes de se déplacer suite aux nuisances générées à distance par l'ouvrage : c'est le cas des communautés humaines vivant en amont et en aval d'un barrage qui ont souffert du déplacement de leurs moyens de subsistance, ou de celles résidant à proximité de la zone affectée et qui incommodées par les nuisances environnementales de l'infrastructure. Que la définition retenue subordonne la qualité de « personne affectée » à l'existence de documents officiels d'identité et d'un titre de propriété, et voilà exclus des statistiques les occupants sans titres et ceux qui n'ont pas le droit direct à la propriété en vertu du droit interne. Les populations possédant des titres légaux bénéficient des mesures de compensation, laissant pour compte un grand nombre de population (souvent les plus pauvres) qui dépendent des ressources communes telles que les forêts et les pâturages comme moyens de subsistance. Avec de tels critères d'éligibilité, certains peuples autochtones et minorités ethniques sont mécaniquement exclus du processus d'indemnisation car ils peuvent ne pas avoir de certificat de citoyenneté, de titre de bail ou de titre foncier. Il en va de même, dans certains cas, des disparités liées au genre¹⁰⁹⁴. L'importance de ces situations contraste pourtant avec l'inadéquation et l'inefficacité du cadre juridique international applicable au déplacement à la réinstallation involontaire.

B. Le cadre juridique international du déplacement et de la réinstallation involontaire

Deux enseignements peuvent être tirés de l'analyse du cadre juridique international du déplacement et de la réinstallation involontaire. En premier lieu la priorité est donnée au droit souple sur le droit coutumier et conventionnel. Faute de cadre juridique international assuré, le contentieux du déplacement et de la réinstallation relève encore majoritairement du droit interne des Etats, lorsque celui-ci existe¹⁰⁹⁵. Il n'y a guère qu'au travers des conditionnalités sociales imposées par les bailleurs de fonds multilatéraux que le déplacement et la réinstallation involontaire font l'objet d'une rationalisation limitée **(1)**. En second lieu, ces instruments reposent essentiellement sur le principe de la compensation qui n'a pas, pour le moment, contribué à éviter l'accroissement de la pauvreté des personnes déplacées et réinstallées **(2)**.

¹⁰⁹⁴ Le rapport de la Commission mondiale des barrages fait ainsi état de la situation de certaines femmes qui ne bénéficient que d'un droit d'exploitation des terres et sont privées du droit de propriété par le droit interne. Ces dernières sont donc susceptibles d'être privées d'indemnisation suite à leur déplacement et, consécutivement, d'être plus fortement frappées par la pauvreté et la vulnérabilité.

¹⁰⁹⁵ V., à titre d'exemple, CULLET Ph., « Human rights and displacement : the Indian Supreme Court decision on Sardar Sarovar in international perspective », *The international and comparative law quarterly*, vol. 50, n° 4, 2001, pp. 973-987.

1. Diversité des instruments internationaux applicables au déplacement et à la réinstallation involontaire

Il est possible, avec plus ou moins de fortune, de trouver des dispositions intéressant (in)directement le déplacement et la réinstallation involontaire. C'est le cas, par exemple, de la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique **(a)**. Les Etats rechignent à se lier par avance à une obligation dont la mise en oeuvre est coûteuse et très délicate. Déplacement et réinstallation sont ainsi plus volontiers appréhendés par le biais de bonnes pratiques, tels les « Principes de base et directives concernant les expulsions et les déplacements liés au développement » **(b)**, ou par le biais de conditionnalités sociales imposées par un bailleur de fonds multilatéral **(c)**.

a. L'appréhension indirecte par la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique

Certaines des dispositions de la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique¹⁰⁹⁶ sont susceptibles de s'appliquer aux populations affectées par les opérations d'aménagement du territoire. Le texte met ainsi à la charge des Etats parties les obligations générales de s'abstenir de pratiquer, interdire, prévenir le déplacement arbitraire des populations¹⁰⁹⁷ ; de prévenir l'exclusion et la marginalisation politiques, sociales, culturelles, susceptibles de causer le déplacement de populations ou de personnes en vertu de leur identité, leur religion ou leur opinion politique¹⁰⁹⁸ ; d'assurer la responsabilité des acteurs non étatiques impliqués dans l'exploration et l'exploitation des ressources économiques et naturelles, ayant pour conséquence des déplacements de population¹⁰⁹⁹. Si le texte a vocation première à s'appliquer aux déplacements de population causés par des conflits armés ou des catastrophes

¹⁰⁹⁶ La Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique a été adoptée le 23 octobre 2009. Elle est entrée en vigueur le 6 décembre 2012 et a été ratifiée, au 5 juillet 2015, par vingt-deux Etats africains : <http://tinyurl.com/pobz8wb>. Pour une étude exhaustive, v. not. DUCHATELLIER M., PHUONG C., « The African Contribution to the Protection of Internally Displaced Persons : a Commentary on the 2009 Kampala Convention », in CHETAIL V., BAULOZ C. (dirs.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Elgar, 2014, pp. 650-667 ; TADDELE MARU M., *The Kampala Convention and its contributions to international law : legal analyses and interpretations of the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons*, The Hague, Eleven, 2014, 398 p. ; MEFFRE A., « La Convention sur la Protection et l'Assistance des Personnes Déplacées en Afrique du 23 octobre 2009 (Convention de Kampala) : une pierre de plus dans l'édification d'un droit international des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ? », in DELAS O. (dir.), *Liber amicorum Peter Leuprecht*, Bruxelles, Bruylant, pp. 483-505.

¹⁰⁹⁷ Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique, 23 octobre 2009, art. 3, 1), a).

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, art. 3, 1), b).

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, art. 3, 1), i).

naturelles, son champ d'application vise également expressément le déplacement à raison des projets de développements. L'article 10 dispose à cet effet que :

- « 1. Les États parties préviennent, dans la mesure du possible, le déplacement provoqué par les projets réalisés par les acteurs publics ou privés.
2. Les États parties assurent que les acteurs publics ou privés explorent toutes les alternatives réalisables sur la base de l'entière information et consultation des personnes susceptibles d'être déplacées en raison de projets.
3. Les États parties entreprennent une évaluation de l'impact socio-économique et environnemental de toute proposition de projet de développement avant la mise en œuvre de ce projet »¹¹⁰⁰.

Outre les obligations de prévention, les Etats parties à la Convention de Kampala consentent également à faciliter le retour à l'intégration locale des populations déplacées ou, lorsque le retour est impossible, à garantir un relogement durable¹¹⁰¹. Les solutions doivent en tout état de cause faire l'objet d'un accord avec les personnes déplacées qui doivent être consultées. Au surplus, les États parties établissent des mécanismes appropriés prévoyant des procédures simplifiées, si nécessaire, pour la résolution des litiges relatifs aux biens des personnes déplacées¹¹⁰² et prendre toutes les mesures appropriées pour restaurer, lors de leur retour, leur réinstallation ou leur réinsertion, les terres des communautés qui en sont spécialement dépendantes et y sont attachées¹¹⁰³.

Dans la plupart des zones rurales d'Afrique, les individus ne disposent en général pas de titres de propriété, mais ont plutôt un accès coutumier à la terre, lequel n'est pas toujours reconnu par la loi. Leurs parcelles peuvent donc facilement être concédées à des entreprises privées par des représentants locaux ou nationaux, et ce, sans consultation préalable, ni indemnisation adéquate. Privées d'accès à la terre et de leurs moyens de subsistance, les personnes affectées sont contraintes de partir. Cette situation est particulièrement inquiétante dans le cas des populations spécialement attachées ou dépendantes de leurs terres. Au sens de l'article 4 de la Convention de Kampala, ces groupes doivent être protégés contre les déplacements en raison de leur culture et de leurs valeurs spirituelles propres, sauf en cas de nécessité impérieuse dictée par les intérêts publics. Dans d'autres circonstances, c'est la terre des personnes déplacées à cause de conflits ou de catastrophes qui a été occupée ou réattribuée en leur absence, empêchant leur retour et la mise en œuvre de solutions durables pour remédier à leur situation.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, art. 10.

¹¹⁰¹ *Ibid.*, art. 11, 1).

¹¹⁰² *Ibid.*, art. 11, 4).

¹¹⁰³ *Ibid.*, art. 11, 5).

Un projet de loi-type pour la mise en œuvre de la convention¹¹⁰⁴, préparé en 2012 par la Commission de l'Union africaine sur le droit international¹¹⁰⁵, reflète les normes juridiques susmentionnées et illustre la façon dont les Etats devraient planifier et pratiquer les expulsions liées au développement. Le texte recommande aux Etats d'inclure des garanties procédurales afin de veiller à ce que tout déplacement, expulsion ou relogement soit mené sur la base d'une décision conforme à la loi ; qu'il soit justifié par une nécessité impérieuse dictée par les intérêts publics; qu'il favorise le bien-être général ; qu'il soit envisagé uniquement en l'absence d'autres solutions ; qu'il soit raisonnable et proportionnel; et qu'il soit réglementé de façon à assurer une compensation et une réhabilitation justes et équitables. La loi-type définit également des lignes directrices sur les études d'impact, comprenant l'analyse des effets spécifiques des évacuations forcées sur les femmes, les enfants, les personnes âgées et autres populations vulnérables ou marginalisées.

b. Les « Principes de base et directives concernant les expulsions et les déplacements liés au développement »

Bien qu'extrêmement attentatoires aux droits de l'homme dans ces certains cas, les expulsions forcées liées au développement n'ont pas encore fait l'objet d'un accord international général et leur valeur coutumière n'a pas encore été mise en évidence. Il n'y a là rien de surprenant, puisque les droits susceptibles méconnus lors d'une expulsion ne sont pas spécifiques aux projets de développement. C'est donc une fois de plus par le biais de l'édiction de lignes directrices que cette question est aujourd'hui traitée en droit international. Les dispositions les plus avancées sur ce sujet sont contenues dans les Principes de base et directives concernant les expulsions et les déplacements liés au développement¹¹⁰⁶. Ces lignes directrices ont été élaborées par le Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant. Dépourvues de valeur contraignante, elles forment un recueil des bonnes pratiques en matière de déplacement et de réinstallation involontaire. Aux termes de ce texte, l'obligation qui incombe aux États de ne pas pratiquer d'expulsions forcées d'un logement ou d'une terre et d'en protéger la population découle de plusieurs instruments juridiques internationaux qui protègent le droit fondamental à un logement

¹¹⁰⁴ AFRICAN UNION COMMISSION ON INTERNATIONAL LAW, « Draft Model Law on the Internally Displaced Persons », AUCIL/Legal/Doc. 8 (IV), 2012.

¹¹⁰⁵ Sur le rôle de la commission, v. TCHIKAYA B., « La Commission de l'Union africaine sur le droit international. Bilan des trois premières années », *AFDI*, vol. 58, 2012, pp. 307-317 ; MAJINGE C. R., « The Progressive Development of the Laws of the African Union: Examining the Potential Contribution of the African Union Commission on International Law », *South African Yearbook of International Law*, vol. 35, 2010, pp. 1-35.

¹¹⁰⁶ *Principes de base et directives concernant les expulsions et les déplacements liés au développement. Annexe 1 du rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant*, A/HRC/4/18, 2007, 17 p.

convenable et d'autres droits fondamentaux connexes¹¹⁰⁷. Le texte se compose de soixante-quatorze paragraphes pour autant de bonnes pratiques.

Au plan formel, le texte suit un schéma logique en distinguant successivement les obligations générales des Etats applicables en toute circonstance, les obligations applicables avant, pendant et après les expulsions, les obligations liées à l'indemnisation des personnes déplacées avant de conclure sur les obligations de suivi et d'évaluation des mesures de déplacement et la promotion des bonnes pratiques dans l'ordre juridique international.

Au plan substantiel, toutefois, cette structure peine à valoriser pleinement les obligations évoquées par le texte dont certaines sont redondantes. Si l'on fait abstraction du découpage parfois artificiel opéré par le texte, trois séries d'obligations y sont promues : les premières ont trait à la sécurisation des conditions d'existence des personnes déplacées, les secondes sont relatives à la rationalisation des mesures d'expulsion, les dernières sont consacrées à la diffusion des bonnes pratiques. La thématique de la sécurisation des conditions d'existence des personnes déplacées imprègne l'ensemble du texte. Elle se traduit au premier chef par l'obligation de garantir à tous un logement convenable. Elle s'exprime ensuite par la consécration d'un droit à la compensation par équivalence, indépendamment de la détention d'un titre de propriété par la personne déplacée. Le texte distingue également une série d'obligations internationales visant à garantir que les expulsions soient uniquement fondées sur un critère d'intérêt général, et ne constituent pas des discriminations directes ou indirectes. Le texte indique à cet effet que les États doivent veiller à ce que la protection contre les expulsions forcées et le droit fondamental à un logement convenable et à la sécurité d'occupation soient garantis sans aucune discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou la croyance, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine ethnique ou sociale, le statut juridique ou social, l'âge, le handicap, le patrimoine, la naissance ou toute autre situation. Les États doivent notamment garantir le droit égal des femmes et des hommes d'être protégés contre les expulsions forcées et la jouissance égale du droit fondamental à un logement convenable et à la sécurité d'occupation. L'interdiction des expulsions forcées vise également les

¹¹⁰⁷ V. Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 11, par. 1), la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 27, par. 3), les dispositions relatives à la non-discrimination figurant à l'article 14, paragraphe 2 h), de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et l'article 5 e) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. L'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que «[n]ul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance», et que «[t]oute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes». Le paragraphe 1 de l'article 16 de la Convention relative aux droits de l'enfant contient une disposition similaire. Parmi les autres références en droit international figure l'article 21 de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951, l'article 16 de la Convention n°169 de l'Organisation internationale du Travail (OIT) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (1989) et l'article 49 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (quatrième Convention de Genève).

déplacements arbitraires qui ont pour effet de modifier la composition ethnique, religieuse ou raciale de la population concernée.

La pratique des « expulsions forcées » vise ici l'ensemble des « actes ou omissions qui ont pour effet le déplacement contraint ou involontaire de personnes, de groupes ou de communautés des logements, des terres ou des ressources foncières collectives qu'ils occupaient ou dont ils étaient tributaires, éliminant ou limitant ainsi leur aptitude à vivre ou à travailler dans un logement, une résidence ou un lieu donné, sans leur fournir une forme appropriée de protection juridique ou autre ni leur permettre d'avoir accès à une telle protection ». L'interdiction des expulsions forcées ne vise donc pas les expulsions réalisées conformément à la loi et aux dispositions des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Elles visent spécifiquement ici les expulsions au nom de l'intérêt général liées aux projets de développement et/ou infrastructures, de rénovation urbaine ou de tout autres programmes d'aménagement du territoire. Comme nous l'avons vu précédemment, ces projets peuvent bénéficier des concours financiers d'une banque multilatérale ou de toute autre assistance internationale pour le développement : les projets financés n'en demeurent pas moins susceptibles d'entraîner de telles expulsions forcées. Bien que constituant une pratique distincte au regard du droit international, les expulsions forcées peuvent présenter de nombreuses similitudes avec les déplacements arbitraires¹¹⁰⁸, y compris les transferts de population, les expulsions massives, les exodes, l'épuration ethnique et d'autres pratiques visant à évincer des personnes de leur logement ou de leurs terres ou à les chasser de leur communauté. Toutes les expulsions forcées ne présentent bien évidemment pas le même degré de gravité, mais partagent la caractéristique commune de porter atteinte à plusieurs droits de l'homme garantis par le droit international¹¹⁰⁹.

c. L'appréhension de la réinstallation involontaire par les bailleurs de fonds multilatéraux. L'exemple de la politique opérationnelle 4.12 de la BIRD sur la réinstallation involontaire.

La politique opérationnelle 4.12 de la BIRD sur la réinstallation involontaire vise à atténuer les conséquences sociales, économiques et environnementales de cette réinstallation¹¹¹⁰. Cette politique n'a pas pour objectif de garantir les droits de l'homme des personnes affectées. Elle vise en revanche à éviter que celles-ci tombent dans la pauvreté en raison d'une relocalisation dans un

¹¹⁰⁸ Conformément au Principe 6 des Principes directeurs relatifs au déplacement des personnes à l'intérieur de leur propre pays.

¹¹⁰⁹ Selon l'approche plus ou moins large que l'on retiendra de la notion d'expulsion forcée, le périmètre des droits atteints pourra englober le droit à un logement convenable, à l'alimentation, à l'eau, à la santé, à l'éducation, au travail, à la sécurité de la personne et à la sécurité du domicile, le droit de ne pas être soumis à un traitement cruel, inhumain ou dégradant et la liberté de circulation.

¹¹¹⁰ BANQUE MONDIALE, *OP 4.12 - Involuntary Resettlement*, révisée en avril 2013, § 1. ; complétée par BANQUE MONDIALE, *BP. 4.12 - Involuntary Resettlement*, révisée en avril 2013.

environnement moins favorable à l'exercice de leurs capacités de production, d'un accès aux services ou infrastructures rendu plus difficile, ou de la disparition d'un lien social permettant une aide communautaire aux personnes les plus défavorisées¹¹¹¹. La politique ne vise dès lors pas exclusivement la protection du droit de propriété, mais est applicable, quel que soit le titre d'occupation¹¹¹². Elle recoupe en revanche dans une certaine mesure le droit au logement. Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels prévoit en effet que doit être garantie une protection du logement, quel que soit le titre qu'a son occupant sur celui-ci, qu'il soit formalisé ou pas¹¹¹³. Le commentaire du Pacte envisage par ailleurs la nécessité, non pas seulement d'avoir un logement, mais également que ce logement offre un accès aux services et infrastructures¹¹¹⁴. La politique opérationnelle 4.12 impose deux types d'obligations positives à la Banque.

D'une part, le personnel chargé du projet a l'obligation de mener une analyse approfondie du risque d'appauvrissement lié à la réinstallation et d'incorporer cette analyse dans le dialogue avec l'Etat¹¹¹⁵. Cette analyse inclut notamment un examen du cadre juridique, mais également de la manière avec laquelle de précédents plans de réinstallation ont été mis en œuvre dans l'Etat. Si c'est bien l'emprunteur qui est chargé d'établir un plan de réinstallation, la Banque analyse au préalable la situation afin de pouvoir en discuter avec celui-ci et proposer des solutions pour pallier les risques existants¹¹¹⁶. La politique opérationnelle 4.12 se distingue par son champ d'application extensif. Les garanties offertes sont ouvertes à une large catégorie de bénéficiaires. Les personnes déplacées peuvent appartenir à l'une des trois catégories suivantes : les détenteurs d'un droit formel sur les terres (y compris les droits coutumiers et traditionnels reconnus par la législation du pays) (première catégorie) ; celles qui n'ont pas de droit formel sur les terres au moment où le recensement commence, mais qui ont des titres fonciers ou autres — sous réserve que de tels titres soient reconnus par les lois du pays ou puissent l'être dans le cadre d'un processus identifié dans le plan de réinstallation (seconde catégorie) ; et celles qui n'ont ni droit formel ni titres susceptibles d'être reconnus sur les terres qu'elles occupent (troisième catégorie). Les personnes relevant de la première et seconde catégories doivent recevoir une compensation pour les terres qu'elles perdent, ainsi que toute autre aide. Les personnes relevant de la troisième catégorie devront recevoir une aide à la réinstallation en lieu et place de la compensation pour les terres qu'elles occupent, et toute autre aide, en tant que de besoin, à la condition qu'elles aient occupé les terres dans la zone du projet avant une date limite fixée par

¹¹¹¹ BANQUE MONDIALE, OP 4.12, *préc.*, § 1.

¹¹¹² BANQUE MONDIALE, OP 4.12, *préc.*, § 15.

¹¹¹³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale N° 4 : Le droit à un logement suffisant (art. 11, par. 1, du Pacte), 1991, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), § 8.

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹¹⁵ BANQUE MONDIALE, BP 4.12, *préc.*, §§ 2-3.

¹¹¹⁶ BANQUE MONDIALE, BP 4.12, *préc.*, §§ 2-3.

l’Emprunteur et acceptable par la Banque. Les personnes occupant ces zones après la date limite n’ont droit à aucune compensation ni autre forme d’aide à la réinstallation. Toutes les personnes relevant des trois catégories reçoivent une compensation pour la perte d’éléments d’actif autres que le foncier.

D’autre part, le personnel chargé du projet a l’obligation d’exercer une supervision sur la mise en œuvre du projet par l’Etat soit, en d’autres termes, une obligation de diligence¹¹¹⁷. Ce n’est pas le fait que certaines personnes tombent dans la pauvreté qui pourrait être reproché au management, mais plutôt le fait que celui-ci n’ait pas pris toutes les mesures en son pouvoir pour éviter que ces personnes tombent dans la pauvreté en intervenant, lorsque nécessaire, auprès de l’Etat emprunteur. Ces deux obligations, d’abord dans le cadre de la conception du projet et ensuite lors de sa mise en œuvre, sont intimement liées. Ainsi un manquement à l’obligation de mener une analyse adéquate est-il susceptible d’empêcher une supervision adéquate, comme l’illustre *l’Affaire du pipe-line ouest-africain* impliquant le Ghana¹¹¹⁸. Les requérants affirmaient que le projet de construction d’un pipe-line traversant l’ouest de l’Afrique causerait un dommage irréparable à leurs terres et détruirait leur communauté¹¹¹⁹. Ils se plaignaient plus spécifiquement d’une absence de compensation adéquate et de ne pas avoir été consultés lors de la conception du projet¹¹²⁰. Ils alléguèrent par ailleurs que le management n’avait pas correctement évalué la capacité des autorités ghanéennes à mettre en œuvre un plan de réinstallation cohérent¹¹²¹. Le Panel d’inspection a constaté que la Banque n’avait en effet pas conduit une analyse préalable adéquate, ce qui avait conduit à une impossibilité de superviser les risques d’appauvrissement. Pour le panel : « In the absence of an adequate baseline survey, and without an adequate baseline to measure against, it is difficult to measure the impact of the Project and to conduct impact monitoring in the future. [...] The Panel finds that the absence of adequate baseline information makes it impossible to ensure that the impacts and potential impoverishment risks facing local people are properly addressed, as required under Bank Resettlement Policy »¹¹²².

2. Critiques adressées à l’encadrement juridique du déplacement et de la réinstallation involontaire

Le débat juridique s’est polarisé autour du caractère « exceptionnel » des déplacements induits par le développement et de la détermination des mesures compensatrices appropriées pour rétablir le *status quo ante* des personnes affectées par l’opération d’aménagement du territoire. Dans ce schéma,

¹¹¹⁷ *Ibid.*, §§ 14-17.

¹¹¹⁸ PANEL D’INSPECTION DE LA BANQUE MONDIALE, *Ghana : West African Gas Pipeline Project*, Rapport d’inspection, 25 avril 2008, Rapport No. 42644-GH.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, § 107.

¹¹²⁰ *Ibid.*, § 108.

¹¹²¹ *Ibidem.*

¹¹²² *Ibid.*, § 127.

la consécration d'une obligation internationale de compensation à la charge des Etats est devenue un objectif central. La réponse généralement apportée par les droits internes à cette situation repose sur l'offre de relocalisation par espace équivalent (compensation en nature) ou sous la forme d'une compensation financière versée en une seule fois. Cette compensation apparaît satisfaisante, si on l'envisage sous l'angle de l'idée de justice sociale. Mais elle n'est pas imperméable à la critique si l'on veut bien considérer que l'équivalence des espaces ne se limite pas à leur superficie. De nombreux observateurs soulignent à cet égard que les programmes de réinstallation sont principalement axés sur le processus de redéploiement physique au lieu du développement économique et social des déplacés et autres personnes affectées. Ainsi, les personnes déplacées par un projet de développement pourront-elle être relocalisées dans des environnements où leurs techniques de production risquent d'être moins performantes et la compétition sur les ressources plus forte. La compensation par équivalent - un espace pour un espace - s'est accompagnée d'un appauvrissement de la majorité des réinstallés. Le versement des compensations financières a souvent pris du retard et, même quand les populations sont payées à temps, la compensation financière ne réussit pas toujours à remplacer les moyens de subsistance perdus. Parmi les populations déplacées physiquement, officiellement reconnues comme « touchées par le projet », toutes n'ont pas accès à l'assistance à la réinstallation sur de nouveaux sites. Les sites de réinstallation sont souvent sélectionnés sans faire attention à la disponibilité des opportunités de moyens de subsistance ou aux préférences des personnes déplacées elles-mêmes. Celles-ci ont souvent été obligées de s'installer dans des endroits dépourvus de ressources et à l'environnement dégradé.

Il est parfois possible d'éviter les déplacements de populations causés par les projets de développement, en optimisant la conception technique des projets pour éviter de déplacer les populations ou, *a minima*, pour n'en déplacer qu'un nombre le plus restreint possible¹¹²³. Cependant, lorsqu'il est impossible d'éviter de déplacer des gens, les planificateurs se retrouvent dans l'obligation d'anticiper les impacts sociaux négatifs du déplacement. Les adversaires les plus radicaux des déplacements forcés de populations prônent l'abolition pure et simple de tous les projets de développement qui impliquent un déplacement de population, et ce indépendamment de leur contribution au développement et à la réduction de la pauvreté. Cette proposition n'est aujourd'hui sanctionnée par aucune obligation juridique, tirée du droit interne ou du droit international : les Etats ont un droit d'aménagement de leur territoire qui s'exprime fondamentalement par la prédominance de l'intérêt général sur les intérêts privés. En revanche, les impacts négatifs des déplacements de

¹¹²³ De telles solutions sont parfois techniquement possibles : modification du parcours d'une autoroute afin de contourner des villages, choix d'un site alternatif pour la construction d'un barrage, redimensionnement de l'ouvrage, etc.

personnes induits par des projets de développement font l'objet d'une protection spécifique sous l'angle du droit international des droits de l'homme.

L'élément central de cette protection demeure l'octroi d'une compensation aux personnes déplacées pour remédier à la dépossession, au bouleversement économique et à la perte de revenus dont elles sont victimes. Ce principe de compensation a bénéficié d'une large diffusion et d'une intégration systématique dans les droits internes (ainsi que dans le droit international *lato sensu*) tant et si bien qu'il constitue aujourd'hui le référentiel idéal utilisé pour distinguer une réinstallation fondée ou non en droit. Il convient toutefois de revenir sur les origines de ce principe en vue d'en apprécier la pertinence globale.

L'idée de protéger ceux à qui un projet porterait préjudice est au cœur de la pensée économique et, à bien des égards, la filiation du principe de compensation peut être établie dans les travaux d'économie du développement conduits par Vilfredo Pareto. Au sens de ces derniers, une « amélioration de Pareto » a lieu lorsque, par rapport au *statu quo ante*, la situation d'au moins un individu est améliorée comme conséquence d'un projet, *sans que la situation d'aucun autre individu se détériore*. Si l'on en revient au droit, l'application stricte de ce principe constitue un optimum sur le plan théorique : les droits de tous sont préservés, puisque seuls les projets entraînant des bénéfices pour tous les usagers peuvent être réalisés. Mais l'application aveugle du principe se révèle pernicieuse, car rares sont les projets où il n'y aurait que des gagnants directs : l'application stricte du principe conduit alors à la paralysie des politiques de développement par l'aménagement du territoire. Sortir de cette contradiction imposait que les préjudices subis par les personnes affectées par l'ouvrage soient compensés. Cette idée a notamment été introduite dans les travaux de l'économiste Nicholas Kaldor :

« Mais il est toujours possible pour les pouvoirs publics de faire en sorte que la répartition antérieure des revenus demeure intacte : en compensant toute perte de revenu subie par les « propriétaires » et en dégageant les fonds requis pour cette compensation au moyen d'un impôt supplémentaire sur les personnes dont les revenus ont été augmentés. De cette façon, la situation de chacun restera aussi bonne qu'auparavant [...]. Ainsi, dans tous les cas où une certaine politique conduit à un accroissement [...] du revenu réel global, la justification par l'économiste de cette politique n'est nullement affectée par la question de la comparabilité des satisfactions individuelles, étant donné que, dans tous ces cas, il est *possible* d'améliorer

le bien-être de chacun ou en tout cas d'améliorer le sort de certains sans détériorer la position de quelqu'un d'autre »¹¹²⁴.

L'idée se retrouve également de façon très nette dans les travaux d'Hotelling dans lequel l'auteur s'interroge sur l'opportunité de poursuivre la construction d'une ligne de chemin de fer. L'auteur commence par rappeler la contradiction inhérente à tout projet de développement, soulignant que « selon un critère moins étroit [...], si une certaine répartition des charges est possible de manière que chaque individu concerné soit dans une meilleure situation qu'en l'absence du nouvel investissement, il est alors a priori justifié d'effectuer celui-ci. Ceci ne répond pas à la question de savoir si une telle répartition est praticable ». Comment traiter, alors, les préjudices subis par ceux qui supportent une charge induite au nom du développement ?

« Il est souvent conforme à une bonne politique sociale de se lancer dans de nouvelles entreprises, même si certaines personnes se retrouvent dans une position moins bonne qu'auparavant, étant entendu qu'il y a des avantages suffisamment substantiels pour un grand nombre d'autres personnes [...]. Penser le contraire serait prendre le parti des tisserands qui ont tenté de briser les métiers à tisser mécaniques qui menaçaient leur emploi. Mais la règle ne peut être appliquée trop rigoureusement. Lorsque les pertes entraînent de sérieuses difficultés pour les individus, il doit y avoir indemnisation ou du moins versement de secours pour assurer leur subsistance [...]. Quand il y a de nombreuses améliorations, on peut faire confiance à la loi des moyennes pour égaliser les avantages dans une certaine mesure, mais jamais complètement. Il sera toujours nécessaire de pourvoir aux besoins des individus auxquels le progrès inflige des épreuves particulièrement dures ; si cela se révélait impossible, nous devrions nous faire à l'idée d'une progression plus lente de l'efficacité industrielle »¹¹²⁵.

Les bénéfices escomptés d'une protection juridique des personnes déplacées fondée sur le principe de compensation apparaissent avoir été surestimés. La situation de ces populations a fait l'objet de très nombreux programmes de recherche, portant aussi bien sur des Etats développés que sur des Etats en développement. Ces travaux partagent, pour la majorité d'entre eux, la même conclusion : dans les Etats en développement, beaucoup d'individus déplacés se sont retrouvés plus pauvres qu'ils ne l'étaient avant qu'un projet de développement ne les obligeât à se déplacer, en dépit du versement d'une compensation par les autorités.

¹¹²⁴ KALDOR N., « Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility », *The Economic Journal* 1939, n° 49, vol. 195, p. 550, cité in KANBUR R., « Économie du développement et principe de compensation », *Revue internationale des sciences sociales*, 2003/1, n° 175, p. 31.

¹¹²⁵ HOTELLING H., « The general welfare in relation to problems of taxation and of railway and utility rates », *Econometrica*, 1938, n° 6, p. 265 cité in KANBUR R., « Économie du développement et principe de compensation », *art. préc.*, p. 32.

L'analyse de la pratique des Etats en la matière met en évidence les limites pratiques du principe de compensation. Dans de nombreux cas, l'indemnisation des personnes déplacées à la suite d'un projet de développement se heurte à certain nombre d'obstacles légaux : absence de prise en compte de l'ensemble des biens perdus pour lesquels une compensation doit être versée ; absence d'évaluation d'objective des biens par rapport à un prix de marché conduisant à un remplacement (au mieux) partiel des biens perdus ; sous-évaluation de la perte des biens immatériels ; délais excessifs dans le versement des compensations ; évaluation des biens postérieure à la fixation du montant des compensations ; détournement d'une partie des compensations par le jeu de la corruption¹¹²⁶. Les enquêtes de terrain ont montré que les déplacements forcés ont pour effet d'interrompre le développement (souvent modeste) que les communautés concernées pouvaient avoir atteint par leurs propres moyens avant la construction du projet¹¹²⁷ : la perte ne se limite donc pas aux seuls biens de ces populations et intègre aussi le développement qui, sans le projet, aurait pu se poursuivre. Comme le souligne M. Cernea, « pour reprendre leur vie là où elle en serait s'il n'y avait pas eu de projet, les populations déplacées doivent rattraper le temps qu'elles ont perdu à cause du déplacement et de l'interruption qui s'en est suivie ; elles doivent se développer à un rythme accéléré, plus vite, par exemple, que les communautés voisines [qui ont continué de progresser par elles-mêmes]. Mais une telle accélération exige des investissements supplémentaires. Les compensations permettent de remplacer les biens perdus, mais non pas de financer les investissements dont les communautés déplacées ont besoin pour rattraper le temps perdu en se développant plus rapidement »¹¹²⁸. La mesure des revenus des individus déplacés puis réinstallés¹¹²⁹ montre ainsi que la compensation des biens perdus ne permet pas de reconstituer entièrement le capital perdu par ces populations et suffit à peine, dans certains cas, à rattraper le rythme de développement antérieur au déplacement : les mesures de compensation ne sont pas suffisantes pour que la communauté déplacée puisse rattraper son retard de développement sur les populations non affectées par l'ouvrage.

Comme le conclut M. Cernea, « l'objectif de la réinstallation, quand elle résulte d'un projet de développement, n'est pas simplement de compenser des pertes particulières, mais – plus largement – d'assurer aux individus déplacés, déracinés, une réinstallation productive et de meilleurs moyens

¹¹²⁶ CERNEA M. M., « Pour une nouvelle économie de la réinstallation : critique sociologique du principe de compensation », *Revue internationale des sciences sociales*, 2003/1 n° 175, p. 44.

¹¹²⁷ SCUDDER T., « Development-induced relocation and refugee studies : 37 years of change and continuity among Zambia's Gwembe Tonga », *Journal of Refugee Studies*, 1997, vol. 6, n° 3, pp. 123-152 ; MAHAPATRA L. K., *Resettlement, Impoverishment and Reconstruction in India : Development for the Deprived*, New Delhi, Vikas Publishing House, 1999, 184 p.

¹¹²⁸ CERNEA M. M., « Pour une nouvelle économie de la réinstallation : critique sociologique du principe de compensation », *Revue internationale des sciences sociales*, art. préc., p. 45.

¹¹²⁹ PEARCE D., « Methodological issues in the economic analysis for involuntary resettlement operations » in CERNEA M. M. (dir.), *The Economics of Involuntary Resettlement : Questions and Challenges*, Washington DC : Banque mondiale, 1999, pp. 50-82 ; CERNEA M. M., « The risks and reconstruction model for resettling displaced populations » *World Development*, octobre 1997, pp. 1569-1587 ; SHI G., HU W., *Comprehensive Evaluation and Monitoring of Displaced Persons Standards of Living and Productions*, Nanjing, Chine, NRCR, Hohai University, 1994, 145 p.

d'existence. Les compensations sont un moyen, parmi d'autres, d'atteindre cet objectif ; mais elles ne sont pas en elles-mêmes un moyen suffisant. Il faut, si l'on veut sincèrement accélérer le développement des populations réinstallées, leur allouer non seulement des compensations pour la perte de leurs biens, mais aussi – à titre d'investissements – des ressources capables de faciliter leur développement. Cette exigence n'est guère reconnue par les économistes du développement et par les planificateurs chargés de l'élaboration des projets de développement »¹¹³⁰.

§3. La protection renforcée des populations particulièrement vulnérables

Les opérations d'aménagement du territoire constituent un terreau fertile pour l'accroissement des discriminations faites à certaines catégories de populations qui peuvent, selon le degré de protection qui leur est accordé par le droit interne de l'Etat dans lequel elles vivent et évoluent, faire l'objet de discriminations importantes. Plusieurs instruments conventionnels imposent ainsi aux Etats les ayant ratifié d'accorder une protection renforcée à raison du genre et de l'âge (A). D'autres suscitent une protection renforcée à raison de l'identité culturelle des populations affectées par l'ouvrage public. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur le droit à la propriété des peuples autochtones connaît sur ce point des développements remarquables (B).

A. L'octroi d'une protection renforcée à raison du genre et de l'âge : la garantie des droits des femmes et des enfants affectés par l'ouvrage public

Les femmes et les enfants sont particulièrement exposés aux violations des droits de l'homme susceptibles de naître à l'occasion des opérations d'aménagement du territoire¹¹³¹. La résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la participation des femmes au développement de 2011 exhorte ainsi la communauté des donateurs, les États Membres, les organisations internationales, dont l'ONU, le secteur privé, les organisations non gouvernementales, les syndicats et les autres parties intéressées à recentrer l'aide au développement octroyée pour promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes et des filles et à en renforcer l'impact en tenant compte systématiquement de la problématique hommes-femmes, en finançant des activités ciblées et en améliorant le dialogue entre donateurs et partenaires, et à renforcer également les mécanismes qui

¹¹³⁰ CERNEA M. M., « Pour une nouvelle économie de la réinstallation : critique sociologique du principe de compensation », *Revue internationale des sciences sociales*, art. préc., p. 46.

¹¹³¹ V., notamment, DELZANGLES B., MÖSCHEL M., « Le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes : trente ans d'activités en faveur des femmes », in ROMAN D., *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, pp. 49-80 ; MICHALLET I., « Femmes et droit international de l'environnement », in DOUMBI-BILLE S., *Justice et solidarité*, 2012, pp. 91-98 ; MORGADES-GIL S., « La protection internationale des femmes pour des raisons liées au genre en droit international : interprétations récentes des instruments de droit international soutenant des formes de protection subsidiaire », *RGDIP*, vol. 117, n° 1, 2013, pp. 37-73.

permettent de mesurer efficacement les ressources allouées à l'intégration d'une démarche soucieuse de l'égalité des sexes dans tous les domaines de l'aide au développement¹¹³². La résolution invite également les donateurs multilatéraux, et invite les institutions financières internationales, agissant dans le cadre de leurs mandats respectifs, ainsi que les banques régionales de développement, à étudier et à appliquer des politiques d'appui aux efforts nationaux visant à ce que les femmes, en particulier celles qui vivent dans des zones rurales ou isolées, reçoivent une plus grande partie des ressources¹¹³³. Ces engagements ont été réaffirmés par la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le suivi du Programme d'action de Beijing¹¹³⁴ de 2012 engage les gouvernements et les organismes du système des Nations Unies à veiller plus efficacement au respect des engagements en faveur de l'égalité des sexes et de l'autonomisation des femmes aux niveaux international, régional et national, notamment par un suivi amélioré et l'établissement de rapports sur les progrès accomplis en matière de politiques, de stratégies, de programmes et d'affectation des ressources, ainsi qu'en instaurant l'équilibre entre les sexes. Les discriminations faites aux femmes ont également justifié la création d'ONU Femmes le 21 juillet 2010 par la Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 2 juillet 2010¹¹³⁵.

Au rang des instruments contraignants, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹¹³⁶ et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique¹¹³⁷ contiennent également des dispositions générales susceptibles de s'appliquer aux opérations d'aménagement du territoire. Les dispositions de ces instruments interdisent toutes discriminations fondées sur le genre¹¹³⁸ ; font obligations aux Etats parties d'intégrer les préoccupations des femmes dans les programmes de développement¹¹³⁹, de leur garantir l'égalité dans l'accès à la justice¹¹⁴⁰, le droit à un habitat adéquat¹¹⁴¹, le droit à un environnement sain et viable¹¹⁴². Le Protocole oblige ses Etats parties à garantir aux femmes le droit à un environnement durable, ce qui entraîne l'obligation d'introduire la dimension du genre dans la procédure nationale de planification pour le développement¹¹⁴³, d'assurer une participation équitable

¹¹³² ASSEMBLEE GENERALE (ONU), *La participation des femmes au développement*, A/RES/66/216, 2011, § 10.

¹¹³³ *Ibid*, § 39.

¹¹³⁴ ASSEMBLEE GENERALE (ONU), *Résolution sur le suivi du Programme d'action de Beijing*, A/RES/66/132, 2012.

¹¹³⁵ ASSEMBLEE GENERALE (ONU), *Cohérence du système des Nations Unies*, A/64/L.56 / 64/289, 21 juillet 2010.

¹¹³⁶ La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

¹¹³⁷ Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique a été adopté le 12 juillet 2003 et est entré en vigueur le 25 novembre 2005. Il a été ratifié par trente-six Etats africains au 5 juillet 2015 : <http://tinyurl.com/nds3s4u>.

¹¹³⁸ Protocole, *préc.*, art. 2, a) ; Convention, *préc.*, art. 1.

¹¹³⁹ Protocole, *préc.*, art. 2, c).

¹¹⁴⁰ Protocole, *préc.*, art. 8.

¹¹⁴¹ Protocole, *préc.*, art. 16.

¹¹⁴² Protocole, *préc.*, art. 18.

¹¹⁴³ Protocole, *préc.*, art. 19, a).

des femmes à tous les niveaux de la conception, de la prise de décisions, la mise en œuvre et l'évaluation des politiques et programmes de développement¹¹⁴⁴, de promouvoir l'accès et le contrôle par les femmes des ressources productives, telles que la terre et garantir leur droit aux biens¹¹⁴⁵.

Néanmoins, en dépit du fait que plusieurs pays et agences de financement ont adopté des politiques spécifiques relatives au genre, ces dernières années, visant à intégrer les questions de genre dans leurs interventions au niveau du développement, la planification actuelle des projets et leur mise en œuvre continuent d'ignorer délibérément les aspects liés au genre. Selon une évaluation par la Banque Mondiale d'un certain nombre de projets de la Banque Mondiale, les expériences étudiées « étaient largement oubliées des aspects liés au genre, au niveau de la réinstallation ». Après que la Banque Asiatique de Développement ait approuvé une politique relative au genre en 1998, une révision des projets de barrage a observé que les impacts liés au genre, au niveau de la préparation du projet et des étapes de mise en œuvre, n'étaient pas souvent considérées.

Une protection supplémentaire doit également être accordée aux enfants. Le Comité des droits de l'enfant s'est ainsi inquiété des effets que la construction de barrages pourrait avoir sur les droits de l'enfant, en particulier des conséquences néfastes que les expulsions, réinstallations et déplacements forcés risquent d'entraîner pour les enfants et leur famille, et des autres conséquences pour leur patrimoine culturel et leur environnement¹¹⁴⁶. Le Comité partage à cet égard les préoccupations exprimées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels¹¹⁴⁷. Examinant la situation des enfants affectés par la construction du barrage d'Ilisu en Turquie¹¹⁴⁸ le Comité avait ainsi recommandé à la Turquie d'enquêter sur l'impact négatif de la construction du barrage d'Ilisu et d'autres barrages sur les droits de l'enfant, d'engager des poursuites chaque fois que cela est approprié et, dans tous les cas, d'offrir des voies de recours satisfaisantes aux familles et aux enfants touchés. Certains instruments internationaux sont ainsi susceptibles de s'appliquer directement aux enfants affectés par une opération d'aménagement du territoire. La Convention relative aux droits de l'enfant¹¹⁴⁹ et la Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant¹¹⁵⁰ font de l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁵¹ le critère matriciel de toutes les décisions politiques prise à son égard en matière

¹¹⁴⁴ Protocole, *préc.*, art. 19, b).

¹¹⁴⁵ Protocole, *préc.*, art. 19, c).

¹¹⁴⁶ COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 44 de la Convention. Observations finales : Turquie*, CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, 19 p., spéc. p. 6.

¹¹⁴⁷ COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte*, E/C.12/TUR/CO/1, 2-20 mai 2011, §§ 26-27.

¹¹⁴⁸ Sur cet ouvrage, voir nos développements *infra* consacrés aux agences de crédit à l'exportation.

¹¹⁴⁹ La Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, est entrée en vigueur le 2 septembre 1990. Au 5 juillet 2015, elle a été ratifiée par l'ensemble des États africains à l'exception de la Somalie : <http://tinyurl.com/p3vvzto>

¹¹⁵⁰ La Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant a été adoptée en juillet 1990 et est entrée en vigueur le 29 novembre 1999.

¹¹⁵¹ Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant, art. 4, 1), Convention relative aux droits de l'enfant, art. 3, 1.

d'aménagement du territoire. Les Etats doivent également s'abstenir de porter atteinte au droit de l'enfant à vivre en permanence dans son environnement familial¹¹⁵², par exemple lors de déplacements induits par la construction d'un ouvrage¹¹⁵³. L'interruption temporaire ou permanente du lien avec le milieu familial entraîne l'obligation pour l'Etat partie d'accorder une protection spéciale à l'enfant¹¹⁵⁴.

B. L'octroi d'une protection renforcée à raison de l'identité culturelle : la garantie des droits des peuples autochtones affectés par l'ouvrage public

La réduction de la pauvreté est l'objectif ultime de la plupart des stratégies de développement nationales et internationales, notamment celles financées par des donateurs et prêteurs bilatéraux ou multilatéraux. La réduction de la pauvreté est également une des principales préoccupations des peuples autochtones, ceux-ci représentant une part disproportionnée parmi les plus pauvres. La Banque mondiale estime que les peuples autochtones représentent environ 5 % de la population mondiale, mais 15 % des personnes vivant dans la pauvreté¹¹⁵⁵. Tandis que la construction d'infrastructures, l'exploitation pétrolière, forestière et minière ont contribué à la croissance économique de certains secteurs de la société, elles ont eu des conséquences désastreuses sur la vie des peuples autochtones. Leur pauvreté est une conséquence du fait qu'ils se trouvent généralement en marge de la société dominante. Nous reviendrons successivement sur l'obligation générale de protéger la spécificité des peuples autochtones (1) et sur l'obligation particulière de leur garantir un droit individuel et collectif à la propriété (2). Si la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme occupera une place centrale dans notre analyse, nous concluons notre analyse en présentant quelques éléments pour une protection des peuples autochtones affectés par l'ouvrage public au-delà du système interaméricain (3).

1. L'obligation générale de protéger la spécificité des peuples autochtones

Le droit international des droits de l'homme s'est construit essentiellement pour bénéficier à des bénéficiaires individuels, indépendamment de leur appartenance ethnoculturelle. Ainsi, ni la Convention américaine des droits de l'homme¹¹⁵⁶, ni la Déclaration américaine des droits et des

¹¹⁵² Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant, art. 25, 1), Convention relative aux droits de l'enfant, art. 9, 1).

¹¹⁵³ *Ibid.*

¹¹⁵⁴ Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant, art. 25, 1) ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 9, 1).

¹¹⁵⁵ BANQUE MONDIALE, *Application de la directive opérationnelle 4.20 sur les peuples autochtones*, 2003.

¹¹⁵⁶ Convention américaine relative aux droits de l'homme, Doc. off. 1969, reproduit à OAS/Ser.L/V/L4 Rev. 10. La Convention est entrée en vigueur le 18 juillet 1978, et la Cour installée dès le 3 septembre 1979. Si l'ensemble des trente-cinq États souverains des Amériques sont membres de l'OEA, seuls vingt-quatre États membres de l'OEA sont parties à la Convention.

devoirs de l'homme¹¹⁵⁷ ne contiennent de disposition reconnaissant ou confirmant explicitement les droits ancestraux des peuples autochtones. Les instruments internationaux énonçant des catalogues complets de droits collectifs et individuels au profit des peuples autochtones ont donc été conçus comme des compléments aux traités internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme. L'activité normative internationale visant spécifiquement la protection des peuples autochtones s'est intensifiée dans les années 1980 et a donné lieu à l'élaboration d'instruments nouveaux, aux premiers rangs desquels figure la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (Convention n° 169) de l'Organisation internationale du travail (OIT).

La Convention n°107 concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, signée le 26 juin 1957 à Genève, est entrée en vigueur le 2 juin 1959. Elle a été amendée par la Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du 27 juin 1989 (Convention n° 169). En application des dispositions de l'article 36, 1), a), de la Convention n° 107, l'adhésion ou la ratification de la nouvelle Convention par un Etat partie a entraîné à son égard la dénonciation de la Convention n° 107. Cette dernière n'est donc plus ouverte à ratification, mais demeure opposable aux dix-sept Etats qui se sont abstenus de consentir au nouveau texte : sept Etats africains¹¹⁵⁸, trois Etats du Moyen-Orient¹¹⁵⁹ et deux Etats asiatiques¹¹⁶⁰ auxquels il faut ajouter la ratification symbolique de la Belgique.

La Convention n° 107 participe d'une logique intégrationniste des populations autochtones. Ses dispositions sont largement basées sur le principe selon lequel ces populations sont des sociétés *temporaires* destinées à disparaître avec la « modernisation ». Le texte laisse ainsi aux gouvernements le soin de mettre en oeuvre des programmes coordonnés et systématiques en vue de la protection des populations intéressées « et de leur intégration progressive dans la vie de leurs pays respectifs »¹¹⁶¹. La spécificité de ces populations n'est pas niée, mais a vocation à être progressivement gommée. Ainsi, les Etats parties doivent prendre conscience du danger que peut entraîner le bouleversement des valeurs et des institutions desdites populations, « à moins que ces valeurs et institutions ne puissent être remplacées de manière adéquate et avec le consentement des groupes intéressés »¹¹⁶². Il

¹¹⁵⁷ Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, Doc. off. 1948. Les États qui ne sont pas liés par la Convention – dont les États-Unis et le Canada – sont néanmoins tenus au respect de la Charte de l'OEA qui renvoie à la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme* qui protège plusieurs droits également énoncés dans la Convention.

¹¹⁵⁸ Angola, Egypte, Ghana, Guinée-Bissau, Malawi, République Centrafricaine, Tunisie), quatre Etats américains (Cuba, Haïti, Panama, République dominicaine.

¹¹⁵⁹ Iraq, Pakistan, République arabe syrienne.

¹¹⁶⁰ Bangladesh, Inde.

¹¹⁶¹ Convention n°107 concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, signée le 26 juin 1957 à Genève, art. 2, 1).

¹¹⁶² Convention n°107 concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, signée le 26 juin 1957 à Genève, art. 4, b.

faut également « encourager par tous les moyens possibles parmi lesdites populations le développement des libertés civiques et l'établissement d'institutions électives ou la participation à de telles institutions »¹¹⁶³.

A contrario, la Convention 169 est basée sur la croyance selon laquelle les peuples indigènes constituent des sociétés permanentes.

Au plan formel, la Convention 169 est scindée en dix parties successivement consacrées à la politique générale présidant au texte¹¹⁶⁴, au régime juridique des terres¹¹⁶⁵, à l'emploi des membres des peuples autochtones¹¹⁶⁶, à la formation professionnelle, l'artisanat et les industries rurales¹¹⁶⁷, à la sécurité sociale et la santé¹¹⁶⁸, à l'éducation et aux moyens de communications¹¹⁶⁹, aux contacts et coopérations à travers les frontières¹¹⁷⁰, à l'administration des programmes de développement¹¹⁷¹ et, *in fine*, aux dispositions d'interprétation et d'application¹¹⁷² et d'entrée en vigueur et de contrôle de la Convention¹¹⁷³. Dans le cadre de notre étude, nous concentrons notre analyse sur les parties I (« Partie I - Politique générale », art. 1 à 12), II (« Partie II - Terres », art. 13 à 19) et VIII (« Partie VIII », art. 33).

Au plan substantiel, la Convention n° 169 est un traité international adopté par la Conférence internationale du travail et a un effet juridique contraignant pour les Etats parties, ces derniers étaient astreints à une obligation de bonne foi dans la mise en œuvre de la Convention. Par ailleurs la Constitution de l'OIT contraint les membres de l'OIT à faire entrer en vigueur les dispositions des conventions qu'ils ratifient. Les Etats ont l'obligation de rendre un rapport périodique sur l'application des Conventions ratifiées sur leur territoire. Sur la base de ces rapports, un contrôle est exercé par la Commission d'experts sur l'application des Conventions et des recommandations de l'OIT et par la Commission de l'application des normes de la Conférence internationale du travail. La Commission pourra faire mention de la violation de la Convention par un Etat partie dans son rapport. Ainsi la violation sera portée à la connaissance de l'ensemble de la scène internationale, incitant alors l'Etat à modifier son comportement. La consultation des peuples autochtones lors de la rédaction par les États de leur rapport périodique est obligatoire. L'OIT compte au surplus deux programmes de coopération technique spécialisés visant à soutenir les peuples indigènes: le Projet

¹¹⁶³ Convention n°107 concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, signée le 26 juin 1957 à Genève, art. 5, b.

¹¹⁶⁴ « Partie I - Politique générale », art. 1 à 12.

¹¹⁶⁵ « Partie II - Terres », art. 13 à 19.

¹¹⁶⁶ « Partie III - Recrutement et conditions d'emploi », art. 20.

¹¹⁶⁷ « Partie IV », art. 21 à 23.

¹¹⁶⁸ « Partie V », art. 24 et 25.

¹¹⁶⁹ « Partie VI », art. 26 à 31.

¹¹⁷⁰ « Partie VII », art. 32.

¹¹⁷¹ « Partie VIII », art. 33.

¹¹⁷² « Partie IX », art. 34 et 35.

¹¹⁷³ « Partie X », art. 36 à 44.

pour la promotion de la convention n° 169 de l'OIT (PRO 169) et le Développement économique local des peuples indigènes (DEL/PI).

Le texte est entré en vigueur le 5 septembre 1991 et est opposable à vingt-deux Etats. Les ratifications et adhésions se répartissent comme suit : quinze Etats américains¹¹⁷⁴, quatre Etats européens¹¹⁷⁵, un Etat océanique¹¹⁷⁶, un Etat asiatique¹¹⁷⁷ et un Etat africain¹¹⁷⁸. Contrairement à la convention n° 107 qui visait les « populations autochtones et tribales », le nouveau texte utilise le terme de « peuples ». Ce terme a été choisi, au cours des discussions qui ont mené à l'adoption de la convention n° 169, comme le seul apte à décrire les peuples indigènes et tribaux¹¹⁷⁹. A ce titre, ces peuples doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre. En outre, lesdits peuples doivent participer à l'élaboration, à la mise en oeuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement national et régional susceptibles de les toucher directement¹¹⁸⁰.

L'inversion de la logique est totale, les Etats parties étant désormais soumis à l'obligation générale de prendre des mesures, en coopération avec les peuples intéressés, pour protéger et préserver l'environnement dans les territoires qu'ils habitent¹¹⁸¹. L'article 2 de la Convention précise que l'objectif de l'action gouvernementale est de garantir l'égalité en droit et en possibilités et d'éliminer les écarts socioéconomiques entre les peuples autochtones et le reste de la société, tout en reconnaissant à ces peuples des droits, des besoins et des aspirations spécifiques¹¹⁸². Les instances de contrôle de l'OIT ont insisté sur le fait qu'une action coordonnée et systématique était nécessaire afin de « résoudre les situations d'inégalité affectant les peuples indigènes de manière profonde et durable »¹¹⁸³. Ce message revêt une importance capitale, car les droits des peuples autochtones sont parfois interprétés, à tort, comme des privilèges et avantages accordés aux peuples autochtones par rapport au reste de la société. Au contraire, la reconnaissance des droits des peuples autochtones est

¹¹⁷⁴ Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Dominique, Équateur, Guatemala, Honduras, Mexique, Nicaragua, Paraguay, Pérou, Venezuela.

¹¹⁷⁵ Danemark, Espagne, Norvège, Pays-Bas.

¹¹⁷⁶ Fidji.

¹¹⁷⁷ Népal.

¹¹⁷⁸ République centrafricaine.

¹¹⁷⁹ Conférence internationale du Travail, 75e session, Révision partielle de la convention n° 107 relative aux populations autochtones et tribales de 1957, Rapport VI(2), Genève, 1988, pp. 12-14 : « l'on s'accorde à dire que le terme « peuples » reflète mieux l'identité distinctive que la convention amendée s'attachera à reconnaître à ces groupes de population ».

¹¹⁸⁰ Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du 27 juin 1989, art. 7, 1.

¹¹⁸¹ Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du 27 juin 1989, art. 7, 4.

¹¹⁸² Convention n° 169, articles 2.1) ; 2.2).

¹¹⁸³ Conseil d'administration, 289e session, mars 2004, Réclamation en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT, Mexique, GB.289/17/3, § 133.

une condition nécessaire pour que ces peuples puissent s'impliquer dans la société de leur pays et en bénéficier sur un pied d'égalité, avec les autres. C'est en quoi elle permet de mettre un terme à la discrimination. Aux termes de l'article 33 de la Convention,

« **1.** L'autorité gouvernementale responsable des questions faisant l'objet de la présente convention doit s'assurer que des institutions ou autres mécanismes appropriés existent pour administrer les programmes affectant les peuples intéressés et qu'ils disposent des moyens nécessaires à l'accomplissement de leurs fonctions.

2. Ces programmes doivent inclure :

(a) la planification, la coordination, la mise en œuvre et l'évaluation, en coopération avec les peuples intéressés, des mesures prévues par la présente convention ;

(b) la soumission aux autorités compétentes de propositions de mesures législatives et autres et le contrôle de l'application de ces mesures, en coopération avec les peuples intéressés ».

La portée de ce texte s'observe avec plus d'acuité lorsque que l'on envisage son influence croissante sur l'interprétation des traités universels et régionaux protégeant les droits de la personne qui présentent un haut niveau de ratifications. Ainsi, le Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale qui a pour mandat de contrôler le respect par les États de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, tire du concept de non-discrimination l'obligation pour les États de reconnaître et de protéger les tenures foncières collectives des autochtones sur leurs terres traditionnelles¹¹⁸⁴.

2. L'obligation particulière de garantir le droit de propriété des peuples autochtones

Fréquemment déboutés devant les tribunaux nationaux, plusieurs peuples autochtones se tournent vers les forums internationaux et régionaux pour revendiquer des droits fonciers . Nous accorderons ici une place privilégiée à la jurisprudence de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) et à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IADH). Le droit de propriété, tel qu'il est interprété par cette dernière, se distingue singulièrement de l'acceptation donnée par le juge européen **(a)**. Le régime juridique des atteintes publiques à ce droit est également renforcé, compte tenu de la spécificité du droit en cause **(b)**.

¹¹⁸⁴ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale XXIII (51) sur les droits des populations autochtones*, adoptée par le Comité à la 1235e séance, le 18 août 1997. Le Comité se fonde sur la disposition suivante de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* : Article 5 « Conformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente Convention, les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi, sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : [...] v) droit de toute personne, aussi bien seule qu'en association, à la propriété ».

a. L'étendue du droit protégé

La spécificité du lien territorial des peuples autochtones fait l'objet d'une protection conventionnelle par l'entremise, notamment, de la Convention n° 169 de l'OIT (**a.1.**). L'effectivité de la protection est toutefois pleinement assurée par la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (**a.2.**).

a.1. La protection conventionnelle du droit à la propriété des peuples autochtones

Pour la plupart des peuples autochtones, le territoire a une valeur sacrée ou spirituelle qui va bien au-delà de l'aspect productif et économique de la terre. Comme cela a été souligné, « il est capital de connaître et de comprendre la relation spéciale, profondément spirituelle, que les peuples indigènes entretiennent avec leur terre, qui est essentielle dans leurs existences, croyances, coutumes, traditions et cultures [...] Pour ces peuples, la terre n'est pas uniquement un bien qu'on possède ou qu'on exploite [...]. Leur terre n'est pas un bien qui peut être acquis, mais un élément matériel dont on doit pouvoir jouir librement »¹¹⁸⁵.

La spécificité de ce lien territorial a été reconnue par la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones¹¹⁸⁶ et garantie expressément par la Convention n°169¹¹⁸⁷ : « en appliquant les dispositions de cette partie de la convention, les gouvernements doivent respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires, ou avec les deux, selon le cas, qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et en particulier des aspects collectifs de cette relation ». Elle est également protégée implicitement par l'interprétation dynamique donnée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme du droit de propriété protégé par l'article 21, al. 1er du Pacte de San José¹¹⁸⁸.

Partant du constat des évictions passées des peuples autochtones de leurs terres et territoires, du fait que leur mode de vie traditionnel dépend de la terre, de leur susceptibilité d'être privés de leurs terres et du fait que ces peuples occupent souvent les mêmes terres depuis très longtemps, la

¹¹⁸⁵ MARTINEZ COBO J. R., Rapporteur spécial de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Study on the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, document de l'ONU réf. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1, §§ 196 et 197.

¹¹⁸⁶ *Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 de l'Assemblée générale, 107e session plénière, 13 septembre 2007, art. 25 : « les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures ».

¹¹⁸⁷ Convention n°169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, 27 juin 1989, art. 13, 1

¹¹⁸⁸ V. *infra*.

Convention appelle à la prise de mesures de sauvegarde de leurs droits sur les terres qu'ils occupent. Les Etats parties ont ainsi l'obligation de reconnaître le droit à la propriété et à la possession de terres occupées traditionnellement par des peuples autochtones¹¹⁸⁹. Cette première obligation nécessite que l'on s'accorde dans un premier temps sur la nature du droit de propriété et à la possession tel qu'il est envisagé par la Convention n° 169, avant, dans un second temps, d'identifier avec plus de précision les contours de la notion de « terres traditionnelles ».

En premier lieu, le droit de propriété et de possession comporte un aspect individuel et un aspect collectif. La notion de terres englobe les terres qu'une communauté ou un peuple utilise et protège dans leur ensemble. Cela inclut également les terres utilisées et possédées individuellement, par exemple là où un foyer ou une habitation sont installés. Souvent, des droits individuels sont définis au sein d'un territoire appartenant à la collectivité. Cependant, les instances de contrôle ont exprimé leur inquiétude concernant les cas où les terres collectives sont transformées en propriétés individuelles. Elles affirment que « l'expérience de l'OIT auprès des peuples indigènes et tribaux a montré que lorsque des terres indigènes collectives sont partagées et attribuées à des individus ou à des tiers, l'exercice de leurs droits par les communautés indigènes s'en trouve généralement affaibli, et celles-ci finissent en général par perdre toutes ou la majeure partie de leurs terres, ce qui réduit les ressources que les peuples indigènes avaient à leur disposition lorsqu'ils possédaient leurs terres de manière collective »¹¹⁹⁰.

En second lieu, les « terres traditionnelles » sont celles sur lesquelles les peuples autochtones vivent depuis longtemps et qu'ils souhaitent transmettre aux générations futures. L'établissement des droits des peuples autochtones sur leurs terres est donc fondé sur l'occupation et l'utilisation traditionnelle de ces terres et non sur l'éventuelle reconnaissance légale officielle ou l'enregistrement de titres de propriété par les États. L'occupation traditionnelle de ces terres confère ainsi aux peuples autochtones « un droit à la terre, que ce droit soit ou non reconnu [par l'État] »¹¹⁹¹. Les terres des peuples autochtones peuvent parfois inclure des terres dont ils ont récemment été privés ou des terres qui ont été occupées par ces peuples depuis un temps plus récent (souvent suite à leur éviction des terres qu'ils occupaient précédemment). Comme l'expriment les instances de contrôle de l'OIT, « le fait que les droits sur les terres sont ultérieurs à l'époque coloniale n'est pas un facteur déterminant. La Convention a été rédigée de façon à reconnaître les droits sur les terres occupées traditionnellement, mais elle étend son champ d'application à de nombreux autres cas en déclarant que les peuples indigènes ont des droits sur les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière

¹¹⁸⁹ Convention n° 169, *préc.*, art. 14, § 1.

¹¹⁹⁰ Conseil d'administration, 273e session, novembre 1998, Réclamation en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT, Pérou, GB.273/14/4, § 26.

¹¹⁹¹ Commission d'experts, 73e session, 2002, Observation, Pérou, publiée en 2003, § 7.

»¹¹⁹². Afin de sauvegarder véritablement les droits des peuples autochtones sur leurs terres, les gouvernements doivent mettre en place des procédures qui permettent d'identifier les terres des peuples autochtones et d'élaborer des mesures de sauvegarde de droits de propriété et de possession autochtones¹¹⁹³.

Ces procédures peuvent prendre des formes diverses. Dans certains cas, elles comprennent un travail de démarcation et d'émission de titres, tandis que dans d'autres cas cela peut aller jusqu'à la reconnaissance d'accords d'autonomie gouvernementale ou de régimes de cogestion. Le plus important est que le processus d'identification et de sauvegarde des terres fasse partie d'une action gouvernementale coordonnée et systématique visant à garantir le respect de l'intégrité des peuples autochtones et à ce que des consultations appropriées soient menées concernant les mesures proposées. La plupart du temps, la régularisation de la propriété des terres est une tâche complexe dans laquelle plusieurs parties sont impliquées et qui se déroule en plusieurs étapes, notamment l'adoption de lois, la définition de procédures adéquates et la création de mécanismes institutionnels chargés de la mise en œuvre des mesures et de trancher entre les revendications territoriales concurrentes. L'Etat partie doit, en tout état de cause, protéger les peuples autochtones contre les actions des tiers de mauvaise foi. Ces derniers doivent être empêchées de se prévaloir des coutumes desdits peuples ou de l'ignorance de leurs membres à l'égard de la loi en vue d'obtenir la propriété, la possession ou la jouissance de terres leur appartenant¹¹⁹⁴. Au surplus, la loi doit prévoir des sanctions adéquates pour toute entrée non autorisée sur les terres des peuples intéressés, ou toute utilisation non autorisée de ces terres, et les gouvernements doivent prendre des mesures pour empêcher ces infractions¹¹⁹⁵. En dépit de cette obligation, le processus de régularisation de la propriété et de la possession de terres donne fréquemment lieu à des revendications territoriales concurrentes entre communautés autochtones et/ou avec des communautés non autochtones ou des individus. La Convention n° 169 fait obligation aux Etats parties d'instituer des procédures adéquates de résolution de ces revendications territoriales en vue de prévenir les violences¹¹⁹⁶ et sécuriser les revendications territoriales des peuples autochtones¹¹⁹⁷. La longueur de ces procédures contribuant un peu plus à éloigner les peuples de leurs terres traditionnelles, les instances de contrôle de l'OIT ont également

¹¹⁹² Conseil d'administration, 276e session, novembre 1999, Réclamation en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT, Mexique, GB.276/16/3, § 37.

¹¹⁹³ Convention n° 169, *préc.*, art. 14, § 2.

¹¹⁹⁴ Convention n° 169, *préc.*, art. 17, 3.

¹¹⁹⁵ Convention n° 169, *préc.*, art. 18.

¹¹⁹⁶ Conseil d'administration, 289e session, mars 2004, Réclamation en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT, Mexique, GB.289/17/3, § 134.

¹¹⁹⁷ Convention n° 169, *préc.*, art. 14, 3) ; v. également en même sens l'article 27 de la Déclaration de l'ONU sur les peuples autochtones.

recommandé l'adoption de mesures de transition, au cours de ce processus, destinées à protéger les droits des peuples autochtones sur leurs terres en attendant la résolution définitive du problème¹¹⁹⁸.

a.2. La protection jurisprudentielle du droit à la propriété des peuples autochtones

L'absence de dispositions spécifiques dans la Convention américaine des droits de l'homme n'a pas empêché la Commission et la Cour d'interpréter les articles généraux relatifs aux droits et libertés de la personne de manière à protéger les droits collectifs des peuples autochtones¹¹⁹⁹. Les organes de contrôle du système interaméricain ont ainsi déduit de la protection générale du droit de propriété garanti à l'article 21 de la Convention¹²⁰⁰ et à l'article XXIII de la Déclaration¹²⁰¹ le fondement d'une garantie des droits des peuples autochtones sur leurs terres traditionnelles. La Cour se réfère également fréquemment à la Convention n° 169¹²⁰². Dans l'arrêt de principe *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, la Cour a dégagé de la Convention américaine le fondement d'une protection internationale des droits fonciers ancestraux des autochtones. Les demandeurs contestaient, sur le fondement de l'article 21 de la Convention, la concession par le Nicaragua de droits de coupe forestière à une société multinationale sur des terres revendiquées par la communauté d'Awes Tingni. Cette dernière ne détenait aucun titre foncier concédé conformément à la législation foncière nicaraguayenne. L'Etat défendeur faisait ainsi valoir que les concessions avaient été valablement accordées, faute d'immatriculation des terres contestées sur les registres cadastraux pertinents. Les représentants de la communauté soutenaient au contraire que leur droit à la propriété sur lesdites terres devaient être garanti y compris en l'absence de titre officiel. Leur demande s'appuyait à cet égard sur leur occupation collective traditionnelle des terres ainsi que leurs modes coutumiers d'exploitation des ressources du territoire (occupation résidentielle,

¹¹⁹⁸ Conseil d'administration, 299e session, juin 2007, Réclamation en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT, Guatemala, GB.299/6/1, § 45.

¹¹⁹⁹ CUNEO I. M., « The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, n° 1, 2005, pp. 53-64 ; COURTEMANCHE O. L., « Conséquences juridiques et sociales des revendications foncières autochtones : regards sur le droit interaméricain », *Droit et société*, vol. 88, n° 3, 2014, pp. 667-688 ; PASQUALUCCI J. M., « The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System », *Human Rights Law Review*, vol. 39, n° 1-2, pp. 281-322 ; ANAYA J., WILLIAMS R. A., « The Protection of Indigenous People's Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 14, 2001, pp. 33-86 ; ANAYA J., « Divergent Discourses about International Law, Indigenous Peoples, and Rights over Lands and Natural Resources : toward a Realist Trend », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 16, n° 2, 2005, pp. 237-258.

¹²⁰⁰ Convention américaine relative aux droits de l'homme, *préc.*, art. 21, al. 1 : « Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social ».

¹²⁰¹ Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, précitée, art. XXIII : « Toute personne a droit à la propriété privée pour satisfaire aux nécessités essentielles d'une vie décente, qui contribue à maintenir sa dignité et celle de son foyer ».

¹²⁰² Sur les emprunts normatifs de la Cour interaméricaine, v. not. NEUMAN G. L., « Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights », *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 1, 2008, pp. 101-123.

agriculture familiale, communautaire, chasse, pêche, cueillette, etc.). La collectivité réclamait de nombreuses réparations, dont la reconnaissance de ses droits ancestraux communautaires sur le territoire, l'arrêt des travaux forestiers, la négociation d'un accord avec le gouvernement relativement à l'exploitation de la forêt, la délimitation de ses terres traditionnelles et la validation officielle de son titre foncier sur ces terres. La Cour fera droit à la communauté demanderesse, retenant qu'« il est de [son] avis que l'article 21 de la Convention protège le droit de propriété dans le sens où il comprend, entre autres, les droits des membres de communautés autochtones dans le cadre de la propriété collective »¹²⁰³. La protection du droit de propriété devait donc recevoir une interprétation et une application autonomes et évolutives par rapport au droit interne.

L'occupation et l'usage ancestraux du territoire conformément aux systèmes coutumiers fondent ainsi un titre originaire autonome qui n'est tributaire ni d'une concession, ni d'une reconnaissance formelle de la part de l'État. Bien que spécifiques, ces régimes fonciers communautaires coutumiers n'en demeurent pas moins valides et doivent donc faire l'objet d'une protection au titre du droit de propriété. Cette garantie se justifie d'autant plus que ces régimes d'appropriation collective sont à la base des droits individuels d'usage et de jouissance de la terre susceptibles d'être accordés par la communauté à leurs membres. *In fine*, tant le régime foncier communautaire que les droits individuels qu'il engendre doivent être considérés comme des droits de « propriété » au sens de l'article 21 de la Convention, et ce même (surtout) si le droit de l'État ne leur reconnaît pas ce statut¹²⁰⁴. L'alignement de la protection des régimes fonciers collectifs sur celle octroyée à la propriété strictement privée se justifiait également au regard du principe d'égalité posé par l'article 1(1) de la Convention. Comme la Cour l'a relevé dans l'affaire *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*,

« [elle] considère que les communautés autochtones peuvent avoir une compréhension collective du concept de propriété et de possession, dans le sens où la propriété foncière « n'est pas centrée sur un individu mais plutôt sur le groupe et la communauté ». *Cette notion de propriété et de possession de la terre ne correspond pas nécessairement au concept classique de propriété, mais mérite une égale protection aux termes de l'article 21 de la Convention américaine. Ne pas tenir compte des modes singuliers d'utilisation et de jouissance de la propriété qui trouvent leurs sources dans les cultures, usages, coutumes et croyances de chaque peuple, reviendrait à soutenir qu'il n'y a qu'une seule manière d'utiliser et de disposer de la propriété, ce qui rendrait la protection de l'article 21 de la Convention illusoire pour des millions de personnes* »¹²⁰⁵.

¹²⁰³ Cour IADH, *Caso de la Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni c. Nicaragua*, 31 août 2001, § 148.

¹²⁰⁴ Cour IADH, *Caso de la Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni c. Nicaragua*, préc., § 151.

¹²⁰⁵ Cour IADH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 29 mars 2006, § 120, traduction, nos italiques.

Dans sa jurisprudence subséquente, la haute juridiction a confirmé que la preuve d'une occupation d'origine précoloniale conforme au mode de vie semi-nomade des chasseurs-cueilleurs est suffisante pour établir un titre foncier bien que les terres puissent être grevées de droits en faveur de plus d'un peuple autochtone¹²⁰⁶. L'interprétation dynamique de la Convention initiée par la Cour ne se limite pas au droit de propriété. Dans les litiges concernant les revendications foncières autochtones, la Commission et la Cour étendent en effet la portée du droit de propriété protégé par la Déclaration et la Convention américaine en s'appuyant sur d'autres droits qu'elles estiment pertinents. Pour les organes décisionnels de l'OÉA, l'impossibilité de jouir du droit de propriété se répercute en effet sur un ensemble d'autres droits protégés par les outils régionaux. Autrement dit, comme le souligne la Commission dans un rapport, être dépossédé d'un droit territorial revient à nier les autres droits protégés qui s'exercent sur ces territoires¹²⁰⁷. Ce sont les droits à l'intégrité de la personne, le droit à la protection de l'honneur et de la dignité de la personne, le droit à la vie et, plus généralement, les droits économiques et sociaux qui agissent comme compléments à la protection foncière interaméricaine¹²⁰⁸.

b. L'étendue des atteintes autorisées

Étant donné l'importance cruciale que revêtent leurs terres et territoires pour les peuples autochtones, un déplacement forcé peut avoir des conséquences graves, non seulement sur leur économie et leurs stratégies de subsistance, mais également sur leur survie même en tant que cultures distinctes dotées de langues, d'institutions et croyances, elles aussi, distinctes. Le déplacement des peuples autochtones fait donc l'objet d'un régime juridique strict (mais non exempt de faiblesses) **(b.1.)** sanctionné par des modalités de réparation des atteintes adaptées afin de tenir compte de la spécificité du lien territorial **(b.2.)**.

b.1. L'encadrement du déplacement des peuples autochtones de leurs terres

Le droit international fait obligation générale au maître de l'ouvrage de consulter et de faire participer les peuples autochtones aux politiques ou projets susceptibles de les affecter **(b.1.1.)**. Lorsque leur déplacement est rendu inévitable par la construction de l'ouvrage, le consentement des

¹²⁰⁶ Cour IADH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, préc. ; Cour IADH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 17 juin 2005.

¹²⁰⁷ OÉA, COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Report of the Inter-American Commission on Human Rights: Indigenous and Tribal Peoples' Rights Over their Ancestral Lands and Natural Resources*, Doc. off. OEA/Ser.L./V/II/Doc. 56/09 (2009).

¹²⁰⁸ Convention américaine relative aux droits de l'homme, préc., art. 4, 5, 11, 26 et s.

peuples autochtones doit être recueilli selon certaines modalités qui ne s'apparentent toutefois pas à un droit de veto sur le projet (b.1.2.).

b.1.1. L'obligation de consulter et de faire participer les peuples autochtones aux politiques ou projets susceptibles de les affecter

Les peuples autochtones sont fréquemment mis à l'écart du processus d'élaboration des stratégies de développement et n'ont pas accès aux ressources destinées à réduire la pauvreté. La consultation et la participation apparaissent donc comme des outils juridiques extrêmement précieux permettant aux peuples autochtones de participer efficacement aux politiques ou projets susceptibles de les affecter¹²⁰⁹.

La Convention n° 107 ne contient aucune disposition spécifique à l'obligation de consultation et de participation des peuples autochtones. Seul l'article 5, incorporé à la partie I du texte et applicable à ce titre à l'ensemble de la Convention, dispose que « dans l'application des dispositions de la présente convention relative à la protection et à l'intégration des populations intéressées, les gouvernements devront : (a) *rechercher le concours de ces populations et de leurs représentants* ; (b) donner à ces populations la possibilité d'*exercer pleinement leur sens de l'initiative* ; (c) encourager par tous les moyens possibles parmi lesdites populations le développement des libertés civiles et l'établissement d'institutions électives ou la participation à de telles institutions »¹²¹⁰.

La création de mécanismes de consultation des peuples autochtones et tribaux dans les affaires qui les concernent est la pierre angulaire de la Convention n° 169, bien qu'elle constitue l'un des éléments les plus difficiles à mettre en œuvre. Le texte exige qu'il soit permis aux peuples autochtones de participer réellement aux processus décisionnels affectant leurs droits ou leurs intérêts. L'obligation de consulter et de faire participer les peuples autochtones résulte, dans la Convention n° 169, de l'application combinée de l'article 6 (§1 et §2) qui pose le principe général prévalant au droit à la consultation et de l'article 7 qui précise quels sont les droits dont doivent pouvoir jouir les peuples autochtones dans les décisions les concernant.

L'article 6 § 1, a), impose deux obligations distinctes aux Etats parties lorsqu'ils mettent en oeuvre la Convention¹²¹¹. Ces derniers ont, d'abord, l'obligation de consulter les peuples intéressés,

¹²⁰⁹ CLAVERO B., « The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, n° 1, 2005, pp. 41-52 ; ANAYA J., « Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction : The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, n° 1, 2005, pp. 7-18.

¹²¹⁰ Convention n° 107, *préc.*, art. 12, 1), nos italiques.

¹²¹¹ De plus, la convention indique qu'il est du devoir des gouvernements de consulter les peuples autochtones, en particulier dans les cas suivants : avant l'exploration ou l'exploitation des ressources du sous-sol (article 15.2) ; lorsque

par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement¹²¹². L'article 6 § 1, b), leur impose, ensuite, de mettre en place les moyens par lesquels lesdits peuples peuvent, à égalité au moins avec les autres secteurs de la population, participer librement et à tous les niveaux à la prise de décisions dans les institutions électives et les organismes administratifs et autres qui sont responsables des politiques et des programmes qui les concernent¹²¹³.

L'article 6 § 2 traite quant à lui des modalités permettant de mettre en oeuvre une consultation effective. L'obligation générale est ainsi faite aux Etats parties de mener lesdites consultations « de bonne foi » (première condition) et « sous une forme appropriée aux circonstances » (seconde condition), « en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées » (troisième condition)¹²¹⁴. Dans le cadre de la Convention, ce sont les gouvernements qui ont le devoir de veiller à ce que les consultations appropriées soient menées, et non des personnes privées ou des sociétés.

Pour être effectives, les consultations doivent être conduites par l'intermédiaire d'institutions représentatives. Cela présuppose qu'avant d'entamer une consultation, les communautés concernées doivent identifier les institutions qui remplissent ces critères. Les instances de contrôle de l'OIT ont souligné sur ce point que « ce qui est important, c'est qu'elles doivent être nées d'un processus conduit par les peuples indigènes eux-mêmes »¹²¹⁵. Bien qu'elles reconnaissent que, dans bien des cas, cela s'avère difficile, les instances de contrôle de l'OIT mettent également l'accent sur le fait que « si un processus de consultation n'est pas mis en place avec des institutions ou organisations indigènes et tribales véritablement représentatives des communautés concernées, il n'est pas conforme aux exigences de la Convention »¹²¹⁶, de la Convention qui impose aux Etats parties de mettre en place les moyens permettant de développer pleinement les institutions et initiatives propres à ces peuples et, s'il y a lieu, leur fournir les ressources nécessaires à cette fin¹²¹⁷.

Le critère « de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances » est interprété par les organes de contrôle de l'ONU comme signifiant que les consultations doivent être menées dans un climat de confiance mutuelle. En général, les autorités doivent commencer par reconnaître les

l'Etat examine la capacité des peuples indigènes à aliéner leurs terres ou à les transmettre en dehors de leur communauté (article 17).

¹²¹² Convention n° 169, *préc.*, art. 6, 1), a).

¹²¹³ Convention n° 169, *préc.*, art. 6, 1), b).

¹²¹⁴ Convention n° 169, *préc.*, art. 6, 2).

¹²¹⁵ Conseil d'administration, 289e session, mars 2004, *Réclamation en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT*, Mexique, GB.289/17/3.

¹²¹⁶ Conseil d'administration, 282e session, novembre 2001, *Réclamation en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT*, Équateur, GB.282/14/2, § 44). Ces modalités doivent être rapprochées de l'article 6, § 1, c).

¹²¹⁷ Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du 27 juin 1989, art. 6, 1), c).

organisations représentatives, puis s'employer à conclure un accord, mener des négociations sincères et constructives, éviter les retards injustifiés, se conformer aux accords déjà conclus et les appliquer de bonne foi. Les autorités doivent aussi veiller à ce que les peuples autochtones disposent de toutes les informations nécessaires et qu'ils soient en mesure de les comprendre pleinement. Ils doivent accorder aux peuples autochtones suffisamment de temps pour lancer leurs propres processus décisionnels et pour vraiment participer aux décisions prises dans le respect de leurs traditions culturelles et sociales.

Une procédure est « appropriée » au sens de l'article 6, § 1, b) lors qu'elle crée des conditions favorables à l'obtention d'un accord ou d'un consentement concernant les mesures proposées, quel que soit le résultat obtenu¹²¹⁸. Il ne suffit pas d'organiser des audiences publiques générales : « la forme et le contenu des procédures et mécanismes de consultation doivent permettre aux peuples concernés d'exprimer leur point de vue sans aucune contrainte, en temps voulu et en toute connaissance de cause, afin qu'ils aient un impact véritable et qu'un accord puisse être conclu. Ces consultations doivent être menées de façon acceptable pour toutes les parties »¹²¹⁹. La consultation doit être organisée « en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées » : il s'agit ici essentiellement d'une obligation de moyen, toutes les parties devant s'employer, sincèrement, à parvenir à un accord ou obtenir un consentement.

L'article 7, § 1, garantit aux peuples intéressés le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière. La formulation, en apparence généreuse, de cette disposition ne saurait être surestimée : *primo*, parce que les peuples autochtones ne peuvent qu'exercer « autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre »¹²²⁰ ; *secundo* parce que le texte de l'article 7 ne leur donne aucun droit de veto sur un projet de développement. Le texte dispose à cet effet que lesdits peuples « doivent participer à l'élaboration, à la mise en oeuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement national et régional susceptibles de les toucher directement »¹²²¹. Autrement dit, l'Etat a l'obligation de consulter le peuple autochtone de manière appropriée et de bonne foi, sans que le consentement de ce dernier ne soit requis. De plus, la Convention prévoit que les études d'impact sont menées « en coopération » avec les peuples autochtones par les Etats eux-mêmes et elle ne précise pas comment la consultation et la coopération doivent être mises en oeuvre. : « Les gouvernements *doivent faire en sorte que*, s'il y a lieu, des études

¹²¹⁸ Conseil d'administration, 289e session, mars 2004, Réclamation en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT, Mexique, GB.289/17/3, § 89.

¹²¹⁹ *Ibid.*

¹²²⁰ Convention n° 169, *préc.*, art. 7, 1, nous soulignons.

¹²²¹ *Ibid.*

soient effectuées *en coopération avec les peuples intéressés*, afin d'évaluer l'incidence sociale, spirituelle, culturelle et sur l'environnement que les activités de développement prévues pourraient avoir sur eux. Les résultats de ces études doivent être considérés comme un critère fondamental pour la mise en oeuvre de ces activités »¹²²².

b.1.2. La question du consentement des peuples autochtones à leur déplacement

La Convention n° 107 traite du déplacement des populations en son article 12, 1). Celui-ci dispose que « les populations intéressées ne devront pas être déplacées de leurs territoires habituels sans leur libre consentement, si ce n'est conformément à la législation nationale, pour des raisons visant la sécurité nationale, dans l'intérêt du développement économique du pays ou dans l'intérêt de la santé desdites populations »¹²²³. Le déplacement est ici appréhendé dans la stricte logique d'intégration promue par le texte : il doit être évité dans la mesure du possible sauf à ce que les populations concernées y consentent de manière libre. Néanmoins, ce déplacement peut être conduit conformément à la loi en l'absence de consentement pour l'un des trois motifs impérieux que sont le développement économique, la sécurité nationale et la santé de ces populations.

La Convention n° 169 vise au contraire à la préservation du lien à la terre. Le maintien sur les terres traditionnelles est érigé en principe par l'article 16, 1)¹²²⁴. Le déplacement ne peut intervenir que dans des cas exceptionnels - la Convention fait disparaître toute référence aux motifs légitimes de déplacements institués par sa devancière - et uniquement après obtention d'un consentement renforcé de la part du peuple autochtone concerné. Là où la Convention n° 107 se limite à imposer un consentement « libre », la Convention n° 169 précise que celui-ci doit également être donné « en toute connaissance de cause ». L'absence de consentement ne fait pas pour autant échec à l'opération de déplacement et de réinstallation. Mais le texte instaure des garanties procédurales en pareil cas : lorsque ce consentement ne peut être obtenu, le déplacement et la réinstallation ne doivent avoir lieu qu'à l'issue de procédures appropriées établies par la législation nationale et comprenant, s'il y a lieu, des enquêtes publiques où les peuples intéressés aient la possibilité d'être représentés de façon efficace¹²²⁵.

¹²²² Convention n° 169, *préc.*, art. 7, 3), nos italiques.

¹²²³ Convention n° 107, *préc.*, art. 12, 1).

¹²²⁴ Convention n° 169, *préc.*, 27 juin 1989, art. 16, 1) : « Sous réserve des paragraphes suivants du présent article, les peuples intéressés ne doivent pas être déplacés des terres qu'ils occupent ».

¹²²⁵ Convention n° 169, *préc.*, art. 16, 2).

b.2. La réparation des atteintes aux droits de propriété des peuples autochtones

Le principe en matière de réparation des atteintes au droit de propriété individuel et collectif des peuples autochtones est celui de l'alignement sur l'interprétation spécifique du lien territorial faite par la Cour. Il conviendra de présenter les orientations générales de la jurisprudence, d'une grande richesse, de la Cour de San José sur cette question **(b.2.1.)**, avant d'en détailler plus en avant les modalités procédurales **(b.2.2.)**.

b.2.1. Orientations générales de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

Les deux conventions posent le principe, formulé en termes identiques, selon lequel l'Etat a l'obligation de réparer intégralement toute perte ou tout dommage subi par les personnes déplacées¹²²⁶. Elles se distinguent néanmoins sur la nature des mesures de réparation devant être accordées.

La Convention n° 107 ne contient ainsi aucune référence à la *restitution* des terres traditionnelles. Elle ne reconnaît que la *compensation* en nature (par l'octroi de terres alternatives) ou pécuniaire (par l'octroi d'indemnités). Aux termes de son article 12, 2), « lorsque, dans de tels cas, un déplacement s'impose à titre exceptionnel, les intéressés recevront des terres d'une qualité au moins égale à celle des terres qu'ils occupaient antérieurement et leur permettant de subvenir à leurs besoins et d'assurer leur développement futur. Lorsqu'il existe des possibilités de trouver une autre occupation et que les intéressés préfèrent recevoir une indemnisation en espèces ou en nature, ils seront ainsi indemnisés, sous réserve des garanties appropriées »¹²²⁷.

Chaque fois qu'elle est possible, la restitution doit au contraire est octroyée aux peuples autochtones dont les Etats ont ratifié ou adhéré à la Convention n° 169. Ce retour sur les terres traditionnelles doit intervenir « dès que les raisons qui ont motivé leur déplacement et leur réinstallation cessent d'exister »¹²²⁸. Lorsque la restitution est impossible, l'Etat doit accorder une compensation aux peuples autochtones déplacés. La Convention n° 169 se distingue ici en deux points. D'abord, elle subordonne le choix de la mesure de réparation à la conclusion d'un accord avec les autorités étatiques compétentes. Lorsque cet accord est impossible à trouver, les peuples doivent avoir la possibilité de porter leurs contestations devant des « procédures appropriées »¹²²⁹. Ensuite, la

¹²²⁶ Convention n°107, *préc.*, art. 12, 3) ; Convention n°169, *préc.*, art. 16, 5).

¹²²⁷ Convention n°107, *préc.*, art. 12, 2).

¹²²⁸ Convention n°169, *préc.*, art. 16, 3).

¹²²⁹ Convention n°169, *préc.*, art. 16, 4).

Convention garantit que les terres alternatives accordées aux peuples autochtones déplacés soit de « statut juridique au moins égal » à celui des terres traditionnelles¹²³⁰.

L'article 63 al. 1 de la Convention américaine dispose quant à lui que « lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée ». La victime d'une violation de la Convention est donc fondée à demander et obtenir deux types distincts de garanties en matière de redressement : d'abord, le droit à la cessation de l'atteinte et à la jouissance effective de ses droits pour l'avenir, donc des redressements de type *restitutoire* ; ensuite, le droit à la compensation – pécuniaire ou non – des conséquences préjudiciables résultant de l'atteinte. La Cour considère au visa de cet article que les droits fonciers des autochtones doivent leur être restitués à moins que ces derniers n'aient volontairement et sciemment abandonné leurs terres traditionnelles, et ce, même s'ils ont depuis longtemps perdu la possession physique de ces terres. La *restitutio in integrum* constitue donc le principe directeur en matière de réparation de sorte que les victimes devraient, dans la mesure du possible, se voir restituée la jouissance effective de leurs droits pour l'avenir tout en étant indemnisées pour le préjudice subi en conséquence de la méconnaissance de leurs droits protégés par la Convention. Dans l'affaire *Yakya*, la Cour a ainsi jugé que

« la réparation du préjudice causé par la violation d'une obligation internationale demande, autant que possible, une restitution intégrale (*restitutio in integrum*), qui consiste à rétablir la situation antérieure à la violation. Si cela n'est pas possible, le tribunal international doit ordonner un certain nombre de mesures afin de, non seulement garantir le respect des droits transgressés, mais aussi redresser les conséquences causées par les violations et ordonner le paiement d'une compensation pour le préjudice causé. L'obligation de fournir une réparation est réglementée dans tous ses aspects (portée, nature, modalités et établissement des bénéficiaires) par le droit international et ne peut être modifiée par l'État soumis à cette obligation, il ne peut pas non plus éviter de s'y conformer, en invoquant des dispositions de son droit interne¹²³¹.

La position générale de la Cour sur les mesures pouvant être prescrites à titre de réparation de l'atteinte au droit de propriété des peuples autochtones sur leurs terres traditionnelles a été synthétisé dans l'affaire *Sawhoyamaxa* :

« les conclusions suivantes peuvent être tirées de ce qui précède :

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ Cour IADH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, préc., §§ 181-182.

- 1) la possession traditionnelle des terres des peuples autochtones produit des effets équivalents à ceux d'un titre de pleine propriété octroyé par l'État ;
- 2) la possession traditionnelle donne aux peuples autochtones le droit de demander une reconnaissance officielle et un enregistrement de leur titre de propriété ;
- 3) les membres d'un peuple autochtone qui ont été contraints d'abandonner leurs terres traditionnelles ou qui en ont perdu la possession, conservent leurs droits de propriété même en l'absence de titre, à moins que les terres aient été transférées de bonne foi à des tierces parties ;
- 4) les membres des peuples autochtones, qui ont involontairement perdu possession de leurs terres, et dont les terres ont été légalement transférées à des tierces parties innocentes, ont droit à la restitution de celles-ci ou à l'obtention d'autres terres d'étendue et de qualité égales. Par conséquent, la possession n'est pas une condition requise à l'établissement d'un droit de restitution des terres autochtones »¹²³².

b.2.2. Adaptation des modalités de réparation à la spécificité du lien territorial

Les modalités de réparation des atteintes au droit de propriété des peuples autochtones tiennent compte de la spécificité de l'interprétation donnée par la Cour. Lorsque le lien territorial a été interrompu sans justification au regard des critères établis par la Cour et que les terres traditionnelles n'ont pas encore été grevées par la construction de l'ouvrage public, la *restitution in integrum* des terres traditionnelles devra être prononcée **(b.2.2.1.)**. A défaut, si le retour est impossible en raison de la présence physique de l'ouvrage, différentes mesures de compensation, territoriale et/ou pécuniaires, seront prononcées **(b.2.2.2.)**.

b.2.2.1. La restitution des terres traditionnelles, réparation privilégiée en l'absence d'ouvrage public

L'analyse de la jurisprudence de la Cour permet de distinguer entre deux cas de figure : lorsque la réparation vise des terres du domaine public **(i)**, et encore celui où elle concerne des terres du domaine privé **(ii)**.

¹²³² Cour IADH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay, préc.*, § 128.

i. Hypothèse 1. Les terres traditionnelles sont restées dans le domaine public de l'Etat

La restitution des terres du domaine public vise l'hypothèse où le territoire traditionnel des demandeurs est resté dans le domaine foncier de l'Etat. Les terres n'ayant pas été concédées par l'Etat, les droits collectifs des autochtones n'entrent pas en collision avec le droit de propriété de tiers de bonne foi ayant bénéficié de la concession. Dans cette hypothèse, la restitution en nature des terres par l'Etat s'imposera avec plus de force. Deux cas de figure doivent néanmoins être envisagés selon que les autochtones occupent et utilisent toujours physiquement les terres (première hypothèse) ou, au contraire, qu'ils en aient été privés de la jouissance (second hypothèse).

Dans le premier cas, le fait internationalement illicite consiste en la négation ou la non-reconnaissance du titre autochtone sur les terres considérées. La violation de la Convention fait naître à la charge de l'Etat auteur l'obligation secondaire de réparer l'atteinte réparation en ordonnant la restitution juridique en vue de sécuriser formellement les droits et le titre autochtones sur les terres. Cette forme particulière de restitution prend, dans la jurisprudence de la Cour, la forme de diverses ordonnances dont le but est de faire inscrire formellement les droits fonciers autochtones dans l'ordre juridique étatique de manière à en assurer la garantie par les institutions publiques. Ces ordonnances enjoignent les autorités de l'Etat qui sont liées par une obligation présentant deux caractéristiques majeures : l'obligation de procéder à la délimitation des terres autochtones d'un commun accord avec la communauté intéressée ; l'obligation de confirmer le titre autochtone et de le porter aux registres officiels afin de le rendre public et opposable à tous. La première ordonnance de ce type a été prononcée contre le Nicaragua dans l'affaire *Awes Tingni* où la Cour ordonne : « [...] l'Etat adopte des mesures législatives, administratives ou toutes autres mesures nécessaires à la création d'un mécanisme effectif de délimitation, démarcation et de délivrance de titres de propriété aux communautés autochtones, en accord avec leur droit coutumier, valeurs, us et coutumes. En outre, la Cour décide, qu'en conséquence des violations susmentionnées des droits protégés par la Convention en l'espèce, l'Etat doit procéder à la délimitation, la démarcation et la délivrance des titres de propriété sur les terres des membres de la Communauté des Awes Tingni dans un maximum de 15 mois, avec la pleine participation de la Communauté et en tenant compte de leur droit coutumier, valeurs, us et coutumes¹²³³. Une mesure conservatoire est parfois greffée à l'ordonnance de délimitation afin

¹²³³ Cour IADH, *Caso de la Comunidad Mayagna [Sumo] Awes Tingni c. Nicaragua*, 31 août 2001, § 164 ; pour une autre illustration d'ordonnance assortie cette fois-ci d'un délai de trois ans accordé à l'Etat pour s'exécuter, v. Cour IADH, *Caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname*, 15 juin 2005 ; Cour IADH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 12 août 2008 ; Cour IADH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, préc. ; Cour IADH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, préc.

d'enjoindre aux autorités de s'abstenir de toute action susceptible de nuire aux activités des autochtones sur les terres¹²³⁴.

Dans le second cas, lorsque les autochtones ont été empêchés d'occuper et d'utiliser leurs terres traditionnelles, à la sécurisation des droits (restitution juridique) s'ajoute l'obligation de l'Etat de rendre physiquement accessibles aux autochtones les terres qu'ils n'occupaient et n'utilisaient plus parce qu'ils en avaient été dépossédés de manière illicite (restitution physique).

ii. Hypothèse 2. Les terres traditionnelles ont été concédées par l'Etat à un ou des tiers non-autochtones

La restitution des terres du domaine privé vise l'hypothèse où la propriété des terres grevées d'un titre ancestral autochtone est passée entre les mains de particuliers à la faveur de concessions étatiques. Les terres ayant été concédées, les droits collectifs des autochtones entrent en collision avec le droit de propriété de tiers ayant bénéficié de la concession de bonne foi. Trois orientations majeures peuvent être dégagées de la jurisprudence des organes de contrôle sur ce point.

Primo, la présence de tiers non autochtones sur le territoire n'éteint pas le droit foncier autochtone tant que la relation de ces derniers avec la terre est maintenue¹²³⁵.

Secondo, la présence des non-autochtones rend plus difficile la restitution des terres ancestrales au titre de mesure de réparation.

Tertio, lorsque la restitution est impossible, une compensation doit être offerte aux peuples autochtones, orientée sur leurs valeurs, leur rapport à la terre et l'impact de la perte de la terre sur ceux-ci¹²³⁶. Ces formes de réparation alternative comprennent l'offre de terre de remplacement ou des indemnités pécuniaires. Les règles gouvernant le processus de conciliation de ces droits ont été dégagées par la Cour dans les affaires *Yakye Axa* et *Sawhoyamaya*. Dans ces deux espèces les juges avaient conclu à l'existence de droits ancestraux des communautés autochtones sur des terres acquises de bonne foi par des particuliers depuis des générations et qui faisaient par ailleurs l'objet d'une exploitation productive. Tout en convenant que les droits fonciers de tous – y compris ceux des particuliers ayant acquis des terres autochtones – sont protégés par la Convention américaine, la Cour estime néanmoins que l'importance singulière de la terre pour la culture, l'économie et la spiritualité autochtones doit recevoir une attention particulière et qu'en conséquence il peut être justifié dans une

¹²³⁴ Cour IADH, *Caso de la Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001, *préc.*, § 164.

¹²³⁵ OÉA, COMMISSION INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME, Report of the Inter-American Commission on Human Rights, op. cit., § 124.

¹²³⁶ OÉA, COMMISSION INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME, Report of the Inter-American Commission on Human Rights, op. cit., § 377.

société démocratique de limiter les droits des particuliers pour assurer la restitution aux autochtones de leur patrimoine collectif ancestral.

Le simple fait que les terres autochtones aient été concédées à des tiers et que les autochtones aient depuis longtemps été empêchés de les occuper n'est donc pas en soi un motif objectif et suffisant pour faire obstacle à la restitution des terres originellement occupées par les autochtones : « la Cour considère que le fait que les terres revendiquées soient détenues par des tierces parties n'est pas en soi un motif objectif et raisonnable pour rejeter *prima facie* les revendications du peuple autochtone. Si c'était le cas, le droit à la restitution deviendrait vide de sens et n'offrirait aucune possibilité réelle de récupérer les terres traditionnelles puisqu'il faudrait s'en remettre au bon vouloir des propriétaires actuels, ce qui forcerait les communautés autochtones à accepter des terres de remplacement ou une compensation financière. À cet égard, la Cour a statué que, lorsque des revendications autochtones mettent en jeu des intérêts contradictoires, il lui incombe dans chaque cas d'évaluer la restriction du droit de propriété privée ou du droit des autochtones sur leurs terres traditionnelles du point de vue de sa légalité, sa nécessité ou sa proportionnalité par rapport à la poursuite d'un objectif légitime dans une société démocratique (utilité publique et intérêt général) »¹²³⁷. « Désormais », indiquent les juges dans l'affaire *Yakye Axa*, « lorsque la propriété collective autochtone et la propriété privée individuelle sont en contradiction réelle ou apparente, la Convention américaine elle-même et la jurisprudence de la Cour fournissent des directives afin d'établir les restrictions admissibles à la jouissance et à l'exercice de ces droits, elles doivent ainsi : a) être prévues par la loi ; b) être nécessaires ; c) être proportionnelles, et d) leur but doit être de réaliser un objectif légitime dans une société démocratique¹²³⁸. Cela étant dit, le droit à la restitution de terres qui se trouveraient entre les mains de tiers ne saurait être absolu. Une telle restitution ne sera toutefois pas toujours exigée puisque la Cour admet que l'État pourrait, en certaines circonstances, avoir des motifs impérieux de la refuser [traduction] : « [...] La restriction du droit de propriété privée individuelle à la propriété privée peut-être nécessaire afin d'atteindre l'objectif collectif de la préservation des identités culturelles dans une société pluraliste et démocratique, dans le sens que lui attribue la Convention américaine, et cela peut être proportionnel dans la mesure où une juste compensation est payée à ceux qui sont affectés par l'application de l'article 21 (2) de la Convention. Cela ne signifie pas qu'à chaque fois qu'il y a un conflit entre les intérêts fonciers de particuliers ou de l'État et ceux des membres des communautés autochtones, ces derniers doivent prévaloir sur les autres. Lorsque les États sont incapables, pour des raisons concrètes et justifiées, d'adopter des mesures afin de rendre le territoire traditionnel et les

¹²³⁷ Cour IADH, *Comunidad Indigena Sawhoyamaya c. Paraguay, préc.*, § 138.

¹²³⁸ Cour IADH, *Comunidad Yakye Axa c. Paraguay, préc.*, §§ 143-144.

ressources communes aux populations autochtones, les compensations doivent d'abord être accordées en fonction de la signification que revêt la terre pour eux »¹²³⁹.

Cet élément ne peut faire que l'objet d'une interprétation *in concreto* ce qui justifie sans doute que la Cour ne se soit pas risquée à préciser plus en avant les circonstances où le refus de rendre aux autochtones leurs terres ancestrales sera objectivement justifiable dans une société démocratique. Plusieurs considérations devraient présider à cette analyse : la place des terres concédées dans la subsistance économique et l'affirmation de l'identité culturelle des peuples autochtones requérants (soit, par exemple, le degré de dépendance effective des autochtones par rapport aux terres concédées ; la contribution des terres concédées à la préservation de la paix et de l'équité intercommunautaire), la soutenabilité économique du rachat des terres par l'Etat, la possibilité d'exproprier le bénéficiaire de la concession (ce qui ne va pas sans poser de difficultés juridiques de première importance lorsque le propriétaire est un investisseur étranger bénéficiant de la protection d'un traité bilatéral de promotion et de protection des investissements).

La bonne ou la mauvaise foi des tiers non-autochtones détenant un titre de propriété sur les terres revendiquées est également un facteur déterminant. En présence de tiers non autochtones ayant acquis de bonne foi les terres, la restitution des terres ancestrales demeure en effet une solution, tout autant cependant que l'offre de terres de remplacement. Mais lorsque la mauvaise foi du tiers non-autochtone peut être prouvée, seule la restitution des terres aux peuples autochtones est légitime :

« 118. One frequent source of conflict between the property rights of indigenous or tribal peoples and third parties arises when possession of indigenous territory has been lost by a given indigenous group and the legal title to the property has been conferred on third-party owners. In such cases, the Court has explained that « the members of indigenous peoples who have unwillingly lost possession of their lands, when those lands have been lawfully transferred to innocent third parties, are entitled to restitution thereof or to obtain other lands of equal extension and quality. » The preferential option for recovery of ancestral lands in favor of the corresponding indigenous or tribal group must be the starting point. It is a right of indigenous and tribal peoples for their territorial property not to be trumped, on principle, by third parties' property rights. Implicit in this approach is the corollary that third parties who do not hold title in good faith have no legitimate expectations or bona fide property rights. Such is the case, for example, of settlements or land grants made to individuals without regard to the indigenous peoples who have always lived there »¹²⁴⁰.

¹²³⁹ *Ibid.*, §§ 148-149.

¹²⁴⁰ OÉA, COMMISSION INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME, Report of the Inter-American Commission on Human Rights, *op. cit.*, § 118.

Si les terres ont été cédées alors que les autochtones y vivaient encore, les organes décisionnels de l'OÉA présument de la mauvaise foi des tiers ayant acquis ces terres¹²⁴¹. Dans ce cas, l'absence de possession des terres n'affecte pas le droit à la restitution intégrale¹²⁴².

L'affectation des terres traditionnelles jouera également un rôle important dans l'opération de conciliation. Sur des terres privées et devant des besoins impérieux étatiques, la restitution ne devient plus aussi prioritaire. On comprend sans peine que cette conciliation risque de ne pas être effectuée en faveur des communautés requérantes lorsque les terres traditionnelles auront été concédées à un propriétaire privé en vue d'y construire un ouvrage public susceptible d'amener la prospérité à une large partie de la population. Lorsque la restitution de la terre revendiquée est impossible, le système interaméricain des droits de l'homme propose que la réparation – une terre alternative, une compensation financière ou les deux – soit établie en s'appuyant à la fois sur la Convention n° 169, sur la Convention américaine et par un consensus avec les peuples autochtones concernés, dans une approche respectant leur propre processus de consultation, de valeurs, de coutumes et de lois coutumières¹²⁴³.

b.2.2.2. La compensation territoriale et/ou pécuniaire, réparation préférée en présence d'un ouvrage public

La démarche compensatoire consiste, non pas à redonner à la victime la jouissance effective des droits dont elle a été privée, mais plutôt à réparer le préjudice subi en raison de la violation des droits. Bien qu'elle prenne le plus souvent une forme pécuniaire, la compensation ne se limite pas nécessairement au versement d'une somme d'argent. Elle peut revêtir une forme immatérielle ou symbolique. La Cour interaméricaine des droits de l'homme accorde ainsi trois types de mesures de compensation : l'octroi de terres alternatives **(i)**, d'une compensation pécuniaire visant à la réparation des dommages matériels et moraux **(ii)** éventuellement assortie d'une mesure de satisfaction équitable **(iii)**.

¹²⁴¹ *Ibid.*, § 124.

¹²⁴² *Ibid.*, § 125.

¹²⁴³ Cour IADH, *Case of the Yakye Axa Indigenous Community (Paraguay)*, préc., § 151 ; CITRONI G., QUINTANA Osune K., « Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights », in LENZERI F. (dir.), *Reparations for Indigenous Peoples : International and Comparative Perspectives*, Oxford : Oxford University Press, 2008, pp. 317-344 ; OTIS G. « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXXIX, n° 1-2, 2009, pp. 104-105 ; COMMISSION INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME, *Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, op. cit., § 124.

i. L'octroi de terres alternatives

Lorsque la restitution des terres traditionnelles est impossible, l'octroi de terres alternatives aux peuples autochtones déplacés constitue l'un des moyens de compensation les plus prisés. Une fois réinstallés sur ces terres de substitution, les peuples autochtones bénéficient-ils d'une protection équivalente à celle dont ils bénéficiaient sur leurs terres traditionnelles ? En autres termes, le lien particulier qui unit les peuples autochtones peut-il être prolongé en l'absence de liens traditionnels ? En l'espèce, « [...] la récupération par les peuples autochtones est impossible. Par conséquent, cette affaire traite des droits de ces communautés sur les terres alternatives octroyées par l'État, ce qui signifie également qu'il n'existe pas d'occupation ou de possession traditionnelle de ces terres »¹²⁴⁴.

L'affaire *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros c. Panama* donnait ainsi pour la première fois l'occasion à la Cour interaméricaine de se prononcer sur les droits différenciés des peuples autochtones sur des terres alternatives. La Cour devait à cet égard déterminer si la protection accordées aux peuples autochtones sur leurs territoires ancestraux s'appliquait de façon équivalente sur des terres octroyées par l'État aux peuples autochtones déplacés en raison de la construction d'un barrage hydroélectrique.

Sept peuples autochtones, représentant 12 % de la population totale, co-existent au Panama (nbp : Ngäbe, Kuna, Emberá, Buglé, Wounaan, Naso et Bribri. Cinq d'entre eux bénéficient de territoires créés par l'Etat : Comarca Kuna Yala, Comarca Emberá de Darien, Comarca Kuna de Madungandí, Comarca Ngöbe-Buglé, et Comarca Kuna de Wargandi). Deux d'entre eux, les Kuna et Embará, avaient été déplacés de leurs territoires dans les années 1970 en raison de la construction d'un barrage hydroélectrique qui avait entraîné l'inondation d'une partie de leurs terres. A titre de réparation, les autorités panaméennes leur avaient octroyé de nouvelles terres (déclarées inaliénables), adjacentes aux territoires ancestraux affectés par l'ouvrage. Cette opération s'effectua par le biais de l'adoption de lois - une pour chaque territoire autochtone - complétées par des décrets. Ces textes contenaient toutefois des dispositions différentes s'agissant de la délimitation, de la démarcation et de la remise d'un titre foncier aux peuples bénéficiaires.

Le peuple Kuna fut ainsi réinstallé sur le territoire Kuna de Madungandí, suite à l'adoption en 1996 d'une loi procédant à la délimitation et lui octroyant la remise d'un titre collectif de propriété. La démarcation physique de ce territoire fut réalisée en 2000. La réinstallation du peuple Emberá et de ses deux communautés, les Ipetí et les Piriati, s'avéra plus compliquée. La communauté Ipetí fut contrainte d'attendre 2013 pour obtenir la délimitation de son territoire de substitution, soit vingt-

¹²⁴⁴ Cour IADH, *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros c. Panama*, 14 octobre 2014, § 120.

trois ans après l'éviction de son territoire ancestral suite à la construction du barrage. Ce territoire alternatif n'avait fait de surcroît l'objet d'aucune démarcation et la communauté ne s'était vue octroyer aucun titre collectif de propriété. La communauté Piriati bénéficia d'un traitement similaire, à quelques nuances près : ses membres reçurent en 2014 un titre collectif de propriété, leur territoire ayant par ailleurs fait l'objet d'une démarcation incomplète et bâclée. Cette absence de sécurisation des droits des peuples Kuna et Embará sur leurs territoires alternatifs portait les germes de contestations futures. C'est ainsi que se développa, à l'intérieur de ces deux territoires alternatifs, une importante présence non autochtone qui entraîna des conflits avec les membres des communautés réinstallées. Il est à noter que les autorités panaméennes alimentèrent également le développement de cette contestation en délivrant, en 2012, un titre individuel de propriété à une personne non autochtone sur le territoire alternatif de la communauté Piriati, alors que ce territoire collectif avait préalablement été déclaré par l'État comme étant inaliénable. Or, ni les Kuna ni les Embará ne disposaient à l'époque de procédures leur permettant de consolider et faire respecter leurs droits. En effet, la « pratique du Panama a été la remise de titres par le biais de la création de territoires autochtones au moyen de lois spécifiques, sans qu'il n'existe de procédure de remise de titres de propriété collective sur des terres autochtones. En conséquence, la remise du titre dépendait non pas d'une décision d'une entité administrative ou judiciaire, résolvant une demande au nom d'une communauté selon une procédure préétablie. Au contraire, le seul mécanisme existant à cette époque était l'adoption de lois, ce qui en pratique n'a pas été efficace pour la remise rapide des titres des territoires en possession des Kuna et Embera »¹²⁴⁵. C'est ainsi qu'en dépit du décret qui octroyait les terres alternatives au lendemain du déplacement dans les années 1970, et malgré les droits territoriaux des peuples autochtones reconnus dans la Constitution, il n'existait pas avant 2008 de procédure spécifique à ce sujet.

Cette absence de garantie favorisa indéniablement l'installation de la présence non-autochtone sur les terres alternatives. Le Panama n'apporta aucune solution satisfaisante à ces conflits, et ce en dépit des procédures administratives et pénales engagées à partir de 2008 par les peuples Kuna et Embará devant le juge interne en vue d'obtenir l'expulsion de leurs territoires des personnes non autochtones et la sécurité juridique de leurs droits territoriaux reconnus par l'État sur les terres alternatives (délimitation, démarcation et remise de titre de propriété). *In fine*, la réinstallation des communautés s'accompagnait de la signature d'accords au titre desquels l'Etat s'engageait à indemniser financièrement les membres des communautés afin de réparer le dommage résultant de la perte des territoires ancestraux. Cet engagement demeura un vœu pieux, les indemnités n'ayant jamais été versées à leurs destinataires. Cette carence fut déférée à la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui décida de transmettre l'affaire à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Or,

¹²⁴⁵ *Ibid.*, § 156.

le Panama n'a ratifié la Convention interaméricaine que le 5 août 1978 et n'a reconnu la compétence de la Cour que le 9 mai 1990, soit après la construction du barrage et le déplacement forcé subséquent. Afin de fonder la compétence de la Cour, les requérants devaient donc contourner l'écueil que constituait l'absence de consentement à la juridiction de l'Etat défendeur. La stratégie choisie consistait alors à présenter le défaut d'exécution du paiement de l'indemnisation promise par le Panama comme étant une violation *continue* du droit à la propriété collective des peuples autochtones depuis leur déplacement en 1970.

Les demandeurs et la Commission s'appuyaient sur la jurisprudence développée par la Cour dans l'affaire *Moiwana c. Suriname* dans laquelle le déplacement forcé de populations autochtones avait également eu lieu avant la ratification par l'Etat de la Convention américaine et la reconnaissance de compétence contentieuse de la Cour. Dans cette affaire, qui ne traitait pas d'expropriation, la communauté *Moiwana* avait été chassée de ses terres à la suite d'exactions commises par des militaires surinamais. Le Surinam n'avait à l'époque pas consenti à la juridiction de la Cour, ni même ratifié la Convention¹²⁴⁶. La Cour avait toutefois conclu à la violation continue du droit à la propriété collective de la communauté et, partant, avait conclu à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat défendeur. Les juges refuseront de conclure en même sens s'agissant de la requête présentée par les Kuna et Embera, acceptant en ce sens l'exception préliminaire soulevée par le Panama¹²⁴⁷. La Cour refuse en effet de conclure à l'existence d'une violation *continue* du droit de propriété, considérant que l'indemnisation promise par l'Etat aux peuples Kuna et Embera est uniquement une *conséquence* de la violation dont le fait générateur (ici, le déplacement forcé du territoire ancestral en raison de la construction de l'ouvrage) est intervenu avant qu'elle n'ait compétence pour en connaître. Puisque les décrets reconnaissant les paiements des indemnisations ont été signés avant la compétence contentieuse de la Cour par le Panama, elle ne peut connaître du défaut d'indemnisation, pas plus que de l'inondation des territoires et des déplacements. Faute de compétence *ratione temporis* pour connaître du fait générateur du dommage, la Cour ne peut analyser ce fait ni ses effets : les mesures de réparations octroyées¹²⁴⁸. La Cour refuse en l'espèce d'appliquer sa jurisprudence *Moiwana*, estimant que les faits de l'affaire *Moiwana c. Suriname* sont différents de la présente affaire. La Cour avance que, au moment du rendu de l'arrêt *Moiwana*, la possibilité pour la communauté de revenir sur ses terres (suite au déplacement forcé qui avait également eu lieu avant la ratification par l'Etat de la Convention américaine et la reconnaissance de compétence contentieuse de la Cour) existait toujours et, qu'en outre, cette

¹²⁴⁶ Le Suriname a ratifié la Convention et consenti à la compétence de la Cour le 12 novembre 1987

¹²⁴⁷ Cour IADH, *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros c. Panama*, 14 octobre 2014, §§ 38 et 40.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, § 37.

communauté n'avait pas été déplacée vers des terres alternatives¹²⁴⁹. Cette solution est particulièrement critiquable car elle refuse de considérer la situation des deux peuples requérants pour ce qu'elle est réellement : une expropriation en vue d'une opération d'aménagement du territoire dont la licéité est subordonnée au paiement d'une juste indemnité comme l'exige l'article 21.2 de la Convention américaine des droits de l'homme. La Cour avait pourtant considéré dans l'affaire Saramaka - dans laquelle elle avait renforcé les conditions d'expropriation d'un territoire traditionnel, ou d'une partie de celui-ci - que le défaut d'indemnisation devait être reconnu comme une violation continue puisque l'indemnisation fait partie intégrante des garanties d'une expropriation pour que celle-ci ne soit pas arbitraire et, par conséquent, contraire à la Convention.

Au regard du juge interaméricain, la possession ou l'occupation prolongée des terres ancestrales fondent le droit de réclamer la reconnaissance officielle de la propriété. Dans le cas de terres alternatives, n'existant pas de telle occupation ancestrale, la reconnaissance du droit de propriété collective se fonde par l'octroi, par l'État, de ces nouvelles terres (§ 121). En effet, selon la Cour, les obligations des États en ce qui concerne les terres alternatives doivent nécessairement être les mêmes que dans les cas où la récupération des terres ancestrales est toujours possible, car dans le cas contraire, la jouissance du droit territorial collectif serait limitée par le fait de ne pouvoir justifier d'une occupation prolongée ou ancestrale avec les terres alternatives, alors que cette absence d'occupation est *précisément* la conséquence du déplacement provoqué par l'État lui-même et pour des raisons étrangères à la volonté des peuples en question (§ 122). En outre, l'adoption des décrets par le Panama au lendemain du déplacement « implique l'obligation à la charge de l'État de respecter et garantir la jouissance effective par les peuples autochtones du droit à la propriété des terres qui leurs sont attribuées » (§ 115). L'absence de *territoires traditionnels* ne fait ainsi pas obstacle à l'octroi d'une garantie similaire sur les territoires alternatifs : « la dépossession n'entraîne ainsi pas l'extinction du droit différencié au territoire »¹²⁵⁰

ii. L'octroi d'une compensation pécuniaire : la réparation des dommages matériels et moraux

L'octroi d'une compensation pécuniaire est une constante dans les arrêts de la Cour portant sur les droits des peuples autochtones. La privation de l'accès ou de la jouissance des terres traditionnelles et de leurs ressources naturelles entraîne le plus souvent des conséquences économiques, culturelles et humaines importantes pour des communautés déjà paupérisées, voire à la

¹²⁴⁹ *Ibid.*, §§ 35-36.

¹²⁵⁰ RINALDI K., « Cour IADH, Peuples autochtones Kuna de Madungandí et Emberá de Bayano et leurs membres c. Panama », *Sentinelle*, n° 418, 18 janvier 2015.

limite de la survie physique dans certaines régions des Amériques. C'est pourquoi les ordonnances compensatoires émises par la Cour comportent l'octroi de dommages matériels et de dommages moraux. Deux techniques sont par ailleurs utilisées pour réparer le dommage moral : une condamnation pécuniaire et ce que la Cour appelle la « satisfaction ». Cette dernière sera octroyée par le biais de mesures diverses de nature non pécuniaire.

La réparation des dommages matériels s'étend au préjudice résultant de la dégradation du territoire et de la perte de ressources naturelles¹²⁵¹ et les dépenses encourues par les autochtones auprès des différentes instances administratives ou judiciaires pour faire reconnaître leurs droits tant au niveau national qu'au niveau international. Les sommes octroyées à ce jour sont modestes¹²⁵².

S'agissant de la réparation des dommages moraux, la Cour a déployé un effort constant pour adapter leur évaluation à la singularité du rapport des communautés autochtones avec leurs terres traditionnelles. Elle estime que le préjudice moral découle à la fois de l'impact de la dépossession sur les conditions de vie, et donc sur la dignité des autochtones, mais aussi du tort découlant du déracinement culturel et spirituel occasionné par la dépossession foncière [traduction] : « Cette cour note que lorsqu'elle ordonne une réparation pour des préjudices non pécuniaires, elle doit considérer le fait que le droit à la propriété collective des membres de la communauté Yakye Axa n'a pas été respecté, ainsi que les conditions de vie dégradées auxquelles ils ont été soumis en raison du retard pris par l'État à rendre leurs droits fonciers effectifs. En outre, la Cour note que la signification spéciale de la terre pour les peuples autochtones en général, et pour la communauté Yakye Axa en particulier, implique que toute atteinte à la jouissance ou à l'exercice de leurs droits territoriaux est préjudiciable aux valeurs fondamentales des membres de ces peuples dont l'identité, la vie et la capacité de transmettre leur patrimoine culturel aux générations futures peuvent être menacées ou irrémédiablement diminuées »¹²⁵³. La Cour parle aussi de la nécessité de compenser les autochtones pour « l'atteinte à leurs valeurs culturelles et spirituelles fondamentales »¹²⁵⁴. En outre, dans la détermination des modalités de la compensation pécuniaire du préjudice moral, les juges s'attachent également à refléter le particularisme des droits autochtones, notamment leur caractère collectif. Ainsi, la Cour impose à l'État l'obligation de constituer un fonds spécial de développement au bénéfice de l'ensemble de la communauté dont les droits ont été lésés, la gestion dudit fonds étant confiée à un comité paritaire comprenant au moins un représentant autochtone, un représentant de l'État et un troisième membre choisi d'un commun accord par les parties. Dans l'affaire

¹²⁵¹ Cour IADH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 12 août 2008, § 199.

¹²⁵² Cour IADH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, préc., § 172 ; Cour IADH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, préc., §§ 237-238 ; Cour IADH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, préc., § 207.

¹²⁵³ Cour IADH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, §§ 221-222 ; v., en même sens, Cour IADH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, §§ 202-203.

¹²⁵⁴ Cour IADH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, préc., § 202.

Sawhoyamaxa, par exemple, la Cour a ordonné au Paraguay d'investir l'équivalent de la somme d'un million de dollars américains dans la construction d'infrastructures communautaires et l'offre de services, notamment sanitaires et éducatifs¹²⁵⁵.

iii. L'octroi d'une compensation non-pécuniaire : la satisfaction équitable

Selon la Cour, un jugement constatant et déclarant le caractère illicite des actions de l'État au regard de la Convention constitue en soi une compensation. Mais la compensation non pécuniaire ou la « satisfaction » va bien au-delà du jugement déclaratoire. Pour guérir les blessures, rétablir la dignité et proclamer le bon droit de la communauté autochtone aux yeux de tous, les magistrats ont prononcé une gamme d'ordonnances ayant en commun d'amener le pouvoir étatique à dire et à reconnaître non seulement sa responsabilité mais sa volonté de dialogue et de réconciliation. Ces réparations consisteront le plus souvent en la tenue d'un événement public et officiel de reconnaissance de responsabilité et la diffusion dans le journal officiel et dans les médias des extraits clés du jugement condamnant les autorités pour violation des droits des autochtones. Les réparations cérémonielles doivent être exécutées au sein de la communauté autochtone en présence de hautes autorités de l'État et avec la participation des autochtones. L'événement doit se dérouler selon un protocole convenu avec la partie autochtone, respecter la culture ou les coutumes autochtones et comporter l'usage des langues autochtones. L'ordonnance de diffusion médiatique des extraits du jugement doit aussi être exécutée d'une manière adaptée à la situation particulière des peuples autochtones qui vivent souvent dans des villages pauvres éloignés des grands centres. C'est pourquoi la Cour exige de l'État qu'il diffuse le jugement par des canaux facilement accessibles aux autochtones, dont les stations de radios locales comportant une programmation en langue autochtone¹²⁵⁶.

3. Éléments pour une protection des peuples autochtones affectés par l'ouvrage public au-delà du système interaméricain

Le juge interaméricain est celui qui a développé la jurisprudence la plus aboutie quant à la protection des peuples autochtones affectés par l'ouvrage public. Nous monterons ici que ces questions se sont également posées devant d'autres mécanismes de protection des droits de l'homme,

¹²⁵⁵ Cour IADH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, préc., §§ 224-225.

¹²⁵⁶ Cour IADH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, préc., § 236 ; Cour IADH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, préc., § 222 ; Cour IADH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, préc., § 196.

bien qu'il ne soit pas possible d'y discerner une jurisprudence aussi affirmée que celle donnée par la Cour de San José.

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples s'est prononcée sur la question de la protection de la propriété originaire des peuples autochtones dans l'affaire de la *Communauté Endorois c. Kenya*, apportant ainsi sa pierre à l'édifice de la protection internationale des terres ancestrales. Les plaignants, membres de la communauté des Endorois, se revendiquent comme étant un peuple autochtone et estiment que le déplacement de leur terre ancestrale, le défaut de dédommagement adéquat et la perturbation de leurs activités pastorales communautaires constituent des violations de la Charte africaine, notamment des articles 8 (droit de pratiquer une religion), 14 (droit à la propriété), 21 (droit à la libre utilisation des ressources naturelles) et 22 (droit au développement). La Commission s'appuie tant sur la spécificité de la Charte africaine qui consacre les droits des peuples, que sur les définitions de la propriété élaborées en droit international, afin de conclure que les Endorois constituent un peuple autochtone, « statut leur permettant de bénéficier de la Charte africaine qui protège les droits collectifs »¹²⁵⁷. Ce sont notamment les sources du droit international relatives aux autochtones qui vont aider la Commission à élargir la notion de propriété protégée par l'article 14 de la Charte africaine à la tenure collective autochtone et en faire une notion autonome en droit international des droits de l'homme qui prime sur les définitions juridiques nationales¹²⁵⁸.

La question a également été posée devant le juge européen. La reconnaissance de plusieurs peuples autochtones sur le continent européen¹²⁵⁹ pose, comme ailleurs, la question des revendications foncières¹²⁶⁰. Tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont ratifié la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui leur fait dès lors obligation « [...] d'interdire et [d']éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et [de] garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : v) droit de toute personne, *aussi bien seule qu'en association*, à la propriété »¹²⁶¹. Cette disposition impose ainsi la reconnaissance et la protection des droits ancestraux des autochtones sur leurs terres traditionnelles, y compris leur propriété collective. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a adressé de nombreuses recommandations aux Etats européens au sujet de la protection des droits des

¹²⁵⁷ COMMISSION AfDHP, Communication 276/2003, *Communauté Endorois c. Kenya*, § 162.

¹²⁵⁸ COMMISSION AfDHP, Communication 276/2003, *Communauté Endorois c. Kenya*, § 185.

¹²⁵⁹ Les Inuits du Groenland, les Saamis de Scandinavie et de Russie, les petits peuples de Russie et les Kanaks de la Nouvelle-Calédonie, pour ne citer qu'eux.

¹²⁶⁰ Sur le contrôle exercé par la Cour EDH sur les ingérences publiques dans la propriété privée, v. nos développements *supra*.

¹²⁶¹ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965, art. 5, v), nos italiques.

autochtones sur leurs terres et ressources¹²⁶². Le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales¹²⁶³ en a fait de même, tançant les Etats nordiques pour leur gestion de la question foncière autochtone¹²⁶⁴.

A la différence du système interaméricain, la question des droits fonciers des peuples autochtones n'a pas prospéré avec autant de succès devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui évite soigneusement de faire de la Convention « un instrument au service des groupes »¹²⁶⁵. Plusieurs affaires ont été portées devant elle (ou devant la Commission européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle était opérationnelle) par des individus appartenant à des peuples autochtones qui alléguaient de violations de leur droit au respect de leurs biens, garanti par l'article 1 (P1)¹²⁶⁶. Dans l'affaire *Könkäma et 38 autres villages Sames c. Suède*, les requérants se plaignaient de l'octroi de permis de chasse sur leurs terres ancestrales à des non autochtones. L'affaire ne sera pas tranchée au fond, la Commission l'ayant jugée irrecevable notamment pour défaut d'épuisement des voies de recours internes¹²⁶⁷.

Dans l'affaire *Hingitaq 53 et autres c. Danemark*¹²⁶⁸, les requérants, membres d'une tribu inuite du Groenland, avaient été expulsés et réinstallés en dehors de leur village natal suite à la conclusion d'un accord entre les Etats-Unis et le Danemark pour l'implantation de divers ouvrages (une base aérienne et des stations météorologiques). Les requérants alléguaient que les terres dont ils avaient été privés constituaient leur « bien » au sens de l'article 1 (P1). Il se fondait pour ce faire sur leur occupation traditionnelle de ces terres qui préexistait à la colonisation danoise¹²⁶⁹. La Cour ne va toutefois pas trancher cette question et se déclarer incompétente *ratione temporis* pour connaître de

¹²⁶² V. en premier lieu la recommandation générale du Comité sur les peuples autochtones : COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, « Recommandation générale XXIII concernant les droits des populations autochtones », A/52/18, annexe V, 55e session, 1997, spéc. § 5. V. également les rapports périodiques et/ou généraux relatifs à la Finlande, la Norvège, la Suède et la Fédération de Russie.

¹²⁶³ Sur la Convention, v. entre autres KLEBER H., « La Convention-cadre du conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales », *RTDH*, vol. 8, n° 30, 1997, pp. 205-227 ; ALBERT S., « La mise en œuvre de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 3, 1997, pp. 61-82.

¹²⁶⁴ COMITE CONSULTATIF DE LA CONVENTION-CADRE POUR LA PROTECTION DES MINORITES NATIONALES, Résolution ResCMN (2007)1 sur la mise en œuvre de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales par la Finlande, adoptée par le Comité des ministres le 31 janvier 2007, lors de la 985e réunion des délégués des ministres ; Résolution CM/ResCMN (2008)4 sur la mise en œuvre de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales par la Suède, adoptée par le Comité des ministres le 11 juin 2008, lors de la 1029e réunion des délégués des ministres.

¹²⁶⁵ Selon l'expression de LARRALDE J.-M., « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », *RTDH*, 2003, pp. 1247-1259 ; sur la situation des peuples autochtones en Europe, v. GROTE R., « On the Fringe of Europe. Europe's largely Forgotten Indigenous People », *American Indian Law Review*, 2006-2007, pp. 425-443 et, surtout, OTIS G., LAURENT A. « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? », *RTDH*, vol. 23, n° 89, 2012, pp. 43-70.

¹²⁶⁶ Sur le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme au titre d cet article, v. nos développements *supra*.

¹²⁶⁷ Commission EDH, *Könkäma et 38 autres villages Sames c. Suède*, 25 décembre 1996.

¹²⁶⁸ Cour EDH, *Hingitaq 53 et autres c. Danemark*, 12 janvier 2006, n°18584/04.

¹²⁶⁹ *Ibid.*, § 1.

la requête. Appréciant les faits invoqués par les requérants, la juridiction va considérer que les ingérences attribuées aux autorités danoises étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention (le 3 septembre 1953) et de son Protocole n°1 (le 18 mai 1954) à l'égard de l'Etat défendeur. Retenant une interprétation stricte, les juges ont jugé que les ingérences en cause (le déplacement forcé des Inuits et la construction des ouvrages publics) étaient des « faits instantanés » totalement accomplis avant que la Convention et le Protocole ne deviennent juridiquement opposables au Danemark¹²⁷⁰. La solution tranche singulièrement avec celle du comité d'experts de l'OIT qui, dans la même affaire, avait conclu à l'existence d'une violation continue¹²⁷¹.

¹²⁷⁰ *Ibid.*, A).

¹²⁷¹ Docs, GB. 277/1889; GB.280/18/5, 1999. V., se prononçant également en faveur des violations continues, Cour IADH, *Moiwana Village v. Suriname*, 15 juin 2005.

CONCLUSION DU CHAPITRE V

Les opérations d'aménagement du territoire sont frappées du sceau d'une importante conflictualité qui présente des caractères de permanence, d'universalité et de radicalité. Le droit international contemporain s'est enrichi de normes visant en premier lieu au rééquilibrage dans la prise de décision en matière d'aménagement du territoire. Ces obligations concourent donc à l'acceptation de l'ouvrage par le public afin de remédier à la conflictualité importante des décisions d'aménagement du territoire. La transformation des modalités de gestion des territoires contribue, depuis plusieurs décennies, à modifier en profondeur les conditions d'exercice de la planification et de l'aménagement du territoire. La réforme urbaine, conduite au nom d'un intérêt général énoncé par la science et garanti par la puissance publique, accompagne la construction de la société salariale. Or, les instruments traditionnels de planification sont devenus insuffisants pour relever les défis actuels qui frappent le territoire (changement climatique, urbanisation croissante, perte des valeurs paysagères et patrimoniales, etc.). La conflictualité croissante des grands projets d'aménagement urbain complexifie le processus décisionnel, de sorte que leur mise en discussion publique apparaît de plus en plus comme un impératif de l'action publique. A la planification territoriale imposée, il conviendrait dès lors de substituer une planification territoriale participative et consensuelle qui seule permettrait d'aménager l'espace de manière appropriée au moyens de projets concrets et durables. La participation du public est ainsi devenue une constante des projets d'aménagement des territoires, marquée par la volonté affichée de ses promoteurs d'approfondir la démocratie, d'élargir l'espace public par le débat et d'ouvrir la décision aux citoyens, en accordant une place privilégiée aux groupes sociaux défavorisés et sous-représentés dans le champ politique. L'introduction généralisée des politiques participatives a ainsi été présentée par ses promoteurs comme visant à ouvrir de nouveaux canaux de médiation des demandes sociales et comme offrant aux organisations contestataires des espaces pour exprimer leurs demandes.

L'atténuation des nuisances environnementales et sociales causées par l'ouvrage public fait l'objet d'une appréhension directe par le droit international. L'atténuation des nuisances environnementales et sociales, est appréhendée essentiellement par un régime de protection des sites (culturels et naturels) auquel s'ajoute un régime visant assurer la prééminence du droit dans la mise en oeuvre de la puissance publique. Trois dimensions fondamentales de cette prise en compte doivent être relevées. Il en va en premier lieu de l'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage (expropriations directes et indirectes et perturbation de la jouissance effective du bien à raison du fonctionnement de l'ouvrage). Il en va ensuite de l'octroi d'une protection renforcée aux populations particulièrement vulnérables dans l'exécution des projets de développement, que ce régime favorable soit justifié *ab initio* par le genre,

l'âge ou l'identité culturelle (dont la spécificité à la terre des peuples autochtones constitue l'une des manifestations les plus satisfaisantes). Il en va, enfin, de la question de la nature, de l'étendue et des modalités de la protection devant être accordée aux populations déplacées et réinstallées contre leur volonté et dont l'appréhension par le droit international apparaît largement inadéquate.

CHAPITRE VI - L'EFFICACITE DES NORMES INTERNATIONALES ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES APPLICABLES A L'OUVRAGE PUBLIC

Plusieurs obstacles se dressent à l'encontre de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public. Il en va ainsi de l'insuffisante prise en compte desdites normes dans la planification de l'ouvrage et du cadre juridique international bénéficiant aux investisseurs est très déséquilibré et n'invite pas à la prise en compte par ces opérateurs des exigences tirées du droit international en matière environnementale et sociale (**Section 1**). L'efficacité générale des normes environnementales et sociales dépendra, *in fine*, du rôle du juge dans le rétablissement de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales (**Section 2**).

Section 1. Les obstacles à l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public

Deux obstacles à l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public peuvent être distingués. D'abord, la prise en compte desdites normes dans la planification de l'ouvrage apparaît très insuffisante et abandonnée largement aux procédures de calcul économique de la rentabilité de l'ouvrage (**§1**). Ensuite, le cadre juridique international bénéficiant aux investisseurs est très déséquilibré et n'invite pas à la prise en compte par ces opérateurs des exigences tirées du droit international en matière environnementale et sociale (**§2**).

§1. La prise en compte insuffisante des normes internationales environnementales et sociales dans la détermination de l'utilité publique de l'ouvrage

L'absence de conciliation entre l'efficacité économique de l'ouvrage et l'équité des populations devant les nuisances constitue le principal signe de l'insuffisante prise en compte des normes internationales environnementales et sociales dans la détermination de l'utilité publique de l'ouvrage (**A, point unique**).

A. L'absence de conciliation entre l'efficacité économique de l'ouvrage et l'équité des populations devant les nuisances

Coincés entre la demande de mobilité des personnes et des marchandises d'une part et les revendications liées à la préservation du cadre et de la qualité de vie d'autre part, les pouvoirs publics n'ont eu de cesse de tenter de résorber les conflits en promouvant le débat public, les dispositifs retenus reposant essentiellement sur la concertation. Or, nous verrons que les changements apportés n'ont pas permis d'améliorer sensiblement l'acceptabilité de ce type de projets. Les expériences de concertation entre citoyens et porteurs de projets menées ont conduit à l'instauration de procédures nouvelles sans que les situations les plus problématiques s'en trouvent simplifiées. Si le caractère tardif de la consultation est le principal grief formulé à l'encontre de la procédure, le sacrifice systématique des intérêts de certains types de citoyens au profit d'autres groupes reviennent très largement dans le discours des associations et d'une partie des experts. La conciliation de l'efficacité économique et de l'équité est une question importante dans le déroulement de la réalisation de projets d'infrastructures d'utilité publique. Elle pose la question de l'articulation du calcul économique public et des dispositifs de droit interne.

Le calcul économique public vise à évaluer les projets d'infrastructures sous l'angle de leur utilité collective, à partir d'une confrontation entre la somme des utilités individuelles qui peuvent être tirées, et les coûts sociaux du projet, source de l'existence de « perdants ». La logique fondamentale du calcul économique public est celle de l'efficacité sociale du projet considéré, entendue en terme de surplus collectif, expression économique de l'intérêt général. La méthode mise en œuvre passe par l'usage des mathématiques et de la statistique et par la production de techniques de calculs économiques pour répondre à la question de l'utilité d'un service, de travaux publics. L'utilité va alors être définie soit par le sacrifice qu'on serait disposé à faire pour se procurer la chose désirée, soit comme le prix de cette même chose qui nous conduirait à nous en passer. L'intérêt public, entendu comme l'utilité sociale du projet, est défini au regard de considérations d'efficacité, conduisant à une batterie de critères relatifs aux coûts et avantages sociaux du projet, dont la finalité est de décider de la réalisation de l'investissement public qui maximise le surplus collectif et présente un TRI supérieur au taux d'actualisation. La rentabilité du projet est calculée sur la base de prévisions relatives au taux interne de rentabilité financière (TIRF) et au taux interne de rentabilité économique (TIRE). Ce dernier indicateur revêt une grande importance car il exprime le taux interne de rentabilité après la prise en compte des externalités (telles que les coûts et avantages économiques, sociaux et environnementaux) qui ne sont normalement pas incluses dans le calcul du taux interne de rentabilité financière. Les nuisances ne sont prises en considérations que de manière globale, comme éléments du coût social du projet qui en présente par ailleurs des avantages collectifs et la question de la

compensation ne reçoit qu'une réponse incomplète et techniquement imparfaite. En dépit de cette limite, le surplus net attendu demeure l' α et l' ω de la décision d'investissement public, dont les effets redistributifs sont considérés globalement (quand ils le sont), entre deux catégories d'intérêts (les « gagnants » c'est-à-dire les usagers et les « perdants », à savoir les riverains subissant les nuisances).

Parmi les valeurs de référence retenues pour procéder à l'évaluation des investissements publics, aucune ne parvient à prendre en considération les différentiels d'impacts selon les populations concernées. Le volet territorial est en effet exclu dans la mesure où les projets d'infrastructures s'avèrent d'autant plus opportuns qu'ils correspondent à des flux importants et désengorgent les zones congestionnées, renforçant ainsi le clivage entre les régions largement dotées en voies de communication et les autres puisque la création de nouvelles voies de communication va favoriser l'occupation de nouveaux espaces connexes, ce phénomène d'urbanisation étendu étant porteur de futurs besoins de déplacement. Le volet social est également laissé de côté puisque l'utilité collective se définissant comme la somme des utilités individuelles, l'important est de la maximiser pour peu que les gains des uns compensent, voire dépassent, les pertes des autres. Généralement, le fait qu'une infrastructure publique crée des perdants renvoie au problème complexe de la compensation des pertes de bien-être subies par des agents ou catégories sociales, problème que les ingénieurs économistes résolvent grâce au critère dit de Kaldor-Hicks, selon lequel l'existence d'une possibilité, potentielle, de compensation des perdants par les gains du projet, conforte l'efficacité du projet. Ce critère conduit à considérer qu'un état de l'économie est supérieur à un autre si, pour parvenir à cet état, les bénéficiaires du changement peuvent potentiellement dédommager les perdants et ainsi en arriver à une amélioration parétienne (qui permet d'améliorer le bien-être d'au moins une personne impliquée sans pour autant détériorer le bien-être des autres). Ainsi la réalisation effective de la compensation, ainsi que son niveau et ses modalités sont renvoyés à l'extérieur du calcul économique public et des considérations d'efficacité.

Ce principe se résume en fait à postuler que l'on peut dissocier les problèmes de production et de redistribution ou, *in fine*, que les diverses formes d'utilité sont monnayables. Le présupposé sous-jacent est que le bien-être est une somme de satisfactions individuelles. Or, nombre de critères utilisés pour mesurer les nuisances et le degré d'insatisfaction d'une partie de la population (consentement à payer, valeur du temps...) sont corrélés au niveau de revenu des personnes, si bien que la perte d'utilité est d'autant plus faible que l'on dégrade l'environnement des catégories sociales les plus défavorisées. Un exemple extrême de cette dérive économiciste est donné par Perret qui rappelle la prise de position de Laurence Summers, alors économiste en chef à la Banque Mondiale, lequel recommandait que la Banque encourage le transfert des industries polluantes dans les pays en développement, en application directe du principe de Kaldor-Hicks en arguant du fait que « la mesure

des coûts de santé liés à la pollution dépend des pertes économiques dues à un accroissement de la morbidité et de la mortalité. De ce point de vue, un montant donné de pollution doit être fait là où les salaires sont les plus bas. Je pense que la logique économique qui sous-tend l'exportation des nuisances toxiques dans les pays à bas salaire est impeccable est que nous devons la prendre en compte »¹²⁷².

§2. Un cadre juridique international déséquilibré au profit de l'investisseur

Les accords de promotion et de protection de l'investissement (APPI), tels qu'ils sont interprétés et appliqués par les tribunaux arbitraux constituent ainsi le terreau principal de l'analyse. Ils forment un dispositif juridique extrêmement protecteur des droits et intérêts des investisseurs étrangers (A). En retour, les investisseurs ont tendance à ne souscrire qu'à de simples codes de bonne conduite pour guider leurs activités lorsqu'ils évoluent dans des ordres juridiques protégeant insuffisamment les populations affectées par l'ouvrage (B).

A. Un régime extrêmement protecteur des droits et intérêts de l'investisseur étranger

Plusieurs tentatives de codification du droit de l'investissement dans un instrument multilatéral unique ont été entreprises sans jamais aboutir. La France avait été à l'initiative d'une proposition de codification du droit coutumier en 1991. Cette proposition avait été soumise au Comité du développement de la Banque mondiale sans que les efforts entrepris n'aient abouti à l'élaboration et l'adoption d'un accord contraignant. Ces travaux ne furent toutefois pas entièrement vains et débouchèrent sur l'adoption, en 1992, des *Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger*¹²⁷³. La quête d'un accord multilatéral global se déplaça ensuite dans l'enceinte de l'OCDE avec la négociation (infructueuse) de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) de 1995 à 1998. Il fût ensuite envisagé de négocier cet accord multilatéral dans le cadre de l'OMC, sans succès suite à l'opposition des Etats en développement¹²⁷⁴. A défaut d'accord multilatéral global, les quelques accords multilatéraux existants n'ont qu'un champ d'application sectoriel. Le Traité sur la Charte de l'Energie (TCE) conclu le 17 décembre 1994 assure par exemple, comme son nom l'indique, la protection des investissements réalisés dans le secteur énergétique. Le TCE a été adopté en 1994 dans le cadre de la Charte de l'Energie (Déclaration de 51 Etats en 1991 qui s'engagent à un processus de coopération dans le domaine de l'énergie). Les accords régionaux sont beaucoup moins

¹²⁷² Summers, cité par House et repris par Perret, 2001, p. 55.

¹²⁷³ *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992, in CNUCED, *International Investment Instruments : A Compendium*, vol. I, pp. 247 et ss.

¹²⁷⁴ V. Décision adoptée par le Conseil général le 1^{er} août 2004 – « L'ensemble des résultats de juillet », WT/L/579, 2 août 2004

nombreux mais constituent également une source importante de l'analyse. Parmi eux, on trouve l'ALENA (plus précisément son chapitre 11 qui s'applique à l'investissement), conclu entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique, qui est devenu un instrument incontournable dans l'appréciation des règles applicables à l'investissement international. Dans ce contexte, les traités bilatéraux de protection des investissements constituent la source principale du droit de l'investissement¹²⁷⁵. Il est devenu commun de relever leur prolifération en l'espace de quelques années. Au plan quantitatif, la CNUCED dénombrait ainsi en 2006 plus de 2500 traités bilatéraux de protection des investissements. La question transcende toute à la fois les différences géographiques (les TBI ne sont pas l'apanage des seuls Etats du « Nord »), politiques et économiques (les TBI ne sont pas l'apanage des seuls Etats développés)¹²⁷⁶. Au plan qualitatif, ces traités s'appuient sur une dynamique d'homogénéisation qui s'exprime quant à leur forme (structuration identique) et leur fond (garanties accordées). Ces garanties sont de deux ordres : substantielles (1) et procédurales (2).

1. L'octroi de garanties substantielles aux investisseurs

Ces traités accordent en premier lieu des *garanties substantielles* aux investisseurs bénéficiaires tant à l'égard de l'*accès libre et égalitaire au marché* (garanties d'admission de l'investissement, traitement national, traitement de la nation la plus favorisée, traitement juste et équitable) que de la *protection de l'investissement face aux atteintes de l'Etat d'accueil* (interdiction des mesures arbitraires et discriminatoires, interdiction des expropriations directes et indirectes discriminatoires et non indemnisées, standard de la pleine et entière protection). Les règles contenues dans les APPI sont souvent qualifiées de « standards » en raison de leur grande flexibilité¹²⁷⁷, ce qui explique que les arbitres ont un rôle décisif dans l'interprétation et l'adaptation de ces règles aux situations précises qui leur sont soumises¹²⁷⁸. Le standard désigne en effet une règle d'un haut niveau d'abstraction et de généralité dont la juridicité est néanmoins incontestée¹²⁷⁹. Le droit international de l'investissement connaît ainsi le standard minimum international considéré comme un étalon de mesure du comportement de l'Etat par rapport à un « modèle » auquel il faut se conformer. Le standard renvoie à l'idée de comportement normal et acceptable de la part de celui qui doit s'y conformer, à un *comportement raisonnable*¹²⁸⁰. Les garanties qui découlent du droit de

¹²⁷⁵ Parmi les TBI, on inclut les accords de libre-échange (ALE) et les accords de promotion du commerce (APC) conclus par certains Etats (essentiellement les Etats-Unis) et qui contiennent des dispositions relatives à l'investissement.

¹²⁷⁶ CNUCED, *Development Implications of International Investment Agreements*, IIA Monitor n° 2 (2007), *International Investment Agreements*, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2007/2, p. 2.

¹²⁷⁷ WEIL P., « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, 1992, tome 237, pp. 214-215. V., du même auteur, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP*, 1982, p. 13.

¹²⁷⁸ FAVRE J-M., *Essai sur la notion de standard en droit international*, Thèse dactylographiée, Université Paris I, 1994, p. 17.

¹²⁷⁹ SALMON J., (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1049.

¹²⁸⁰ PERELMAN (Ch.), « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *APD*, 1978, vol. XXIII, pp. 35-42.

l'investissement doivent en effet être regardées avant tout comme des garanties contre les comportements déraisonnables de l'Etat¹²⁸¹. Les clauses substantielles des APPI – l'interdiction des discriminations par exemple ou l'interdiction des entraves injustifiées – permettent alors de définir plus précisément les contours du comportement normal attendu de l'Etat hôte. Il faut toutefois reconnaître que la dogmatique libérale qui exige de l'Etat qu'il n'interfère pas dans la conduite des activités des investisseurs étrangers tout en assurant la protection de l'intégrité de leurs investissements¹²⁸²) a très largement pris le pas sur cette protection contre les seuls comportements « anormaux » de l'Etat. Toute entrave à la liberté de l'initiative économique privée peut dès lors apparaître comme une *atteinte aux droits de l'étranger qui ouvre potentiellement droit à réparation*¹²⁸³

Un simple aperçu de la structure des accords montre d'ailleurs qu'ils correspondent à une énumération d'obligations à la charge des Etats hôtes qui ne se voient reconnaître aucun droit à l'égard de l'investissement. Or, il existe sans doute un décalage entre la philosophie apparente des APPI qui protège l'investisseur étranger comme s'il devenait l'« otage » de l'Etat hôte¹²⁸⁴ et la situation réelle de celui-ci qui est aussi un opérateur économique s'établissant sur le territoire d'un Etat pour profiter des opportunités du marché, de ressources naturelles abondantes ou de conditions réglementaires attractives. A ce titre, il est soumis, comme n'importe quel autre opérateur, à l'application territoriale de la loi, que celle-ci lui soit favorable ou non. Son statut d'étranger le met bien évidemment dans une position de vulnérabilité par rapport à l'Etat souverain – c'est ce qui justifie la conclusion d'accords internationaux – mais il faut garder à l'esprit que la grande majorité des réglementations qui lui sont applicables le sont parce qu'il est un opérateur économique et non parce qu'il est un investisseur étranger. Cette réalité est néanmoins occultée dans les APPI et parfois même ignorée par les tribunaux arbitraux que la critique n'épargne pas. Un auteur va même jusqu'à parler d'une interprétation en faveur d'une « protection agressive » des investisseurs¹²⁸⁵. Certaines sentences peuvent en effet donner l'impression d'une interprétation *in favorem*. Certains tribunaux estiment

¹²⁸¹ KAHN (Ph.), « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ? », in LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. Nouveaux développements, Paris, LGDJ, 2006, p. 195.

¹²⁸² VANDEVELDE K., « The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty », *AJIL*, 1998, p. 628.

¹²⁸³ GARCÍA-BOLÍVAR O., « The Teleology of International Investment Law. The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements », *JWI&T*, 2005, p. 754.

¹²⁸⁴ Ce terme est utilisé par certains commentateurs pour décrire la situation de l'investisseur. Voir WÄLDE (Th.), « International Disciplines on National Environmental Regulation: With Particular Focus on Multilateral Investment Treaties », in CPA (ed.), *International Investments and Protection of the Environment...*, *op. cit.*, p. 50

¹²⁸⁵ BEAUVAIS (J.), « Regulatory Expropriations under NAFTA : Emerging Principles and Lingerings Doubts », *NYUELJ.*, 2001, pp. 245-296.

ainsi qu'en cas de doute sur la signification d'une disposition conventionnelle, celle-ci doit être interprétée à la faveur de l'investisseur¹²⁸⁶.

2. L'octroi de garanties procédurales aux investisseurs

Ces traités accordent en second lieu des *garanties procédurales* en créant des droits directement dans le chef des investisseurs étrangers. En dépit du caractère souvent imprécis des normes contenues dans les APPI, ces derniers sont des instruments pragmatiques qui ont un point commun essentiel : ils créent des droits directement dans le chef des personnes privées physiques ou morales. L'investisseur est donc à la fois l'objet et le titulaire de la protection conventionnelle. Il est d'ailleurs un titulaire actif puisque s'il estime que l'un de ses droits a été violé par l'Etat d'accueil, il peut directement l'attirer devant un tribunal arbitral. La doctrine s'est interrogée sur la question de savoir si les droits prévus par ces accords s'adressaient directement aux investisseurs (conception directe) ou bien si ces derniers disposaient du droit de leur État d'origine de voir le droit international respecté en la personne de ses nationaux (conception dérivée liée au mécanisme de la protection diplomatique)¹²⁸⁷. Le droit de l'investissement a en effet connu une véritable révolution procédurale en permettant ce recours direct. Le mécanisme de règlement des différends mixtes, mis en place pour « dépolitiser » les différends entre Etat et investisseur, permet un recours juridictionnel international direct de l'investisseur contre l'Etat hôte. Il a été institutionnalisé dans le cadre de plusieurs organisations internationales et selon les modalités prévues dans les APPI les investisseurs peuvent saisir un tribunal mis en place dans le cadre du CIRDI ou constitué conformément au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹²⁸⁸ ou encore de la Chambre de commerce internationale (CCI) (Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 1^{er} janvier 1998). Ces garanties procédurales constituent le prolongement et même l'élément central de la protection assurée par les clauses substantielles des APPI. La procédure de règlement des différends est elle-même caractérisée par un déséquilibre manifeste. Depuis une lecture audacieuse de la Convention de Washington, il est en effet possible

¹²⁸⁶ Voir par exemple *SGS Société Générale de Surveillance SA c. République des Philippines*, décision sur la compétence du 29 janvier 2004, *op. cit.*, § 116. Un tribunal a d'ailleurs reconnu que les clauses des traités étaient trop souvent interprétées exclusivement en faveur des investisseurs étrangers. *Noble Venture Inc. c. Roumanie*, CIRDI, Affaire n° ARB/01/11, sentence du 12 décembre 2005, § 52, [<http://ita.law.uvic.ca>].

¹²⁸⁷ Sur cette querelle voir DOUGLAS Z., « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *BYBIL*, 2003, pp. 160 et ss). La majorité de la doctrine s'accorde toutefois pour reconnaître la validité de la conception directe (BURDEAU G., « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Rev. Arb.*, 1995, p. 16 ; LEBEN Ch., « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, tome 302, p. 309

¹²⁸⁸ Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Résolution 31/98 de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 15 décembre 1976, CNUCED, *International Investment Instruments : A Compendium*, vol. I, p. 71.

pour un investisseur étranger de saisir un tribunal CIRDI sur le fondement d'un traité prévoyant le recours à l'arbitrage, sans engagement spécifique de l'Etat territorial à son égard. C'est-à-dire sans conclusion de clause compromissoire ou de compromis d'arbitrage. Cette possibilité a été reconnue par le Tribunal CIRDI saisi de l'affaire *AAPP c. Sri Lanka*. Il a considéré que l'État avait donné son consentement à l'arbitrage CIRDI simplement en mentionnant cette possibilité dans le TBI qu'il avait conclu avec le Royaume-Uni¹²⁸⁹. Depuis lors, l'Etat est réputé avoir donné par avance son consentement à la compétence du Centre et, par la force des choses, seul l'investisseur dispose de la maîtrise de la procédure. Si un État décidait d'attirer l'investisseur devant le CIRDI, il lui faudrait obtenir son consentement exprès. On peut noter que l'ALENA institutionnalise l'unilatéralisme de la procédure en prévoyant que seul l'investisseur peut saisir un tribunal arbitral¹²⁹⁰. Vivement critiquée, cette évolution vers un contentieux « unilatéral » constitue la pièce maîtresse du dispositif de protection¹²⁹¹. Elle reflète et donne toute la mesure de la difficulté qu'il y a à faire valoir les droits et intérêts de l'Etat, en particulier ses intérêts environnementaux, dans un cadre juridique qui semble entièrement dédié à la protection des droits de l'investisseur étranger qui peut directement engager la responsabilité internationale de l'Etat, devant un tribunal arbitral.

B. L'autorégulation des investisseurs comme garantie des exigences environnementales et sociales applicables à l'ouvrage

Les codes de conduite et autres engagements volontaires adoptés par les opérateurs économiques privés en faveur de la promotion du développement durable prolifèrent après le Sommet de la terre en 1992. À l'appel des institutions internationales, le programme « Action 21 » issu de la Déclaration de Rio en 1992 invitait déjà les entreprises à contribuer au développement durable, de concert avec les États. Injonction paradoxale ou conséquence logique d'une mobilisation sans précédent des entreprises aux côtés des acteurs publics, ces codes de conduite accompagnent le développement de la responsabilité sociale ou sociétale des entreprises (RSE) qui a pu être définie comme « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »¹²⁹².

¹²⁸⁹ *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka*, CIRDI, Affaire n°ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, *ICSID Rep.*, vol. 4, pp. 250-296.

¹²⁹⁰ Articles 1116 et 1117.

¹²⁹¹ BEN HAMIDA W., *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse dactylographiée, Université Paris II, 2003, 728 p.

¹²⁹² Comm. CE, Mise en oeuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi. Faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises, COM (2006) 136 final, p. 1.

1. Le développement de l'autorégulation en réponse à la faible portée opératoire des normes internationales environnementales et sociales

La prise en compte des enjeux environnementaux est très révélatrice d'une évolution de fond de la perception du rôle des entreprises. Dans sa conception initiale, la responsabilité sociale de l'entreprise est attachée à des considérations morales implicites. En effet, les entreprises devraient maximiser leurs avantages économiques (profits) tout en réduisant ou en éliminant les préjudices causés par l'exercice de ces activités sur leur environnement entendu au sens large (social, culturel, juridique, politique et naturel). Il s'agit, en somme, donner tort à ceux qui affirment que « ces personnes, dites morales, n'ont pas de vie morale »¹²⁹³. La logique du développement durable invite au contraire à reconnaître que toute société est prise dans un réseau d'interdépendances qui lui interdisent de prétendre se déterminer seule¹²⁹⁴. L'idée sous-jacente est qu'une création de valeur pour l'actionnaire ne doit pas détruire de la valeur pour d'autres parties prenantes. Au constat classique selon lequel la société est la chose des associés, il faut désormais ajouter celui selon lequel l'activité de la société a une incidence pour d'autres. L'entreprise devrait tenir compte de l'ensemble des tiers qui subissent l'impact de son activité et dont les actions ou réactions sont susceptibles d'avoir un impact sur elle. Ces « tiers » sont désignés sous l'appellation de *stakeholders*, terme que l'on traduit habituellement par « parties prenantes » ou « tiers intéressés »¹²⁹⁵. Cette prise en compte des tiers intéressés va se traduire de diverses manières. D'autre part, d'autres parties intéressées sont absolument étrangères à l'entreprise, et pourtant le comportement de celle-ci a une incidence pour eux : les voisins, les associations de défense de l'environnement ou des droits de l'homme, les collectivités, l'opinion publique etc. ne sont pas dans une relation juridique déterminée avec l'entreprise mais doivent compter avec son existence. L'aspect pathologique de cette coexistence peut se traduire par une mise en cause de la responsabilité délictuelle de l'entreprise dont l'activité causerait un dommage à ces personnes. Sur un plan théorique, rien ne fait obstacle à ce que les personnes morales décident sciemment d'adhérer à une éthique guidant leurs activités et reconnaissant qu'au-delà de ce que la loi impose, il existe des freins à leur activité, des limites naturelles qui ne doivent pas être franchies. Cela est particulièrement vrai lorsqu'elles sont conduites à intervenir dans des pays dans lesquels la réglementation est très insuffisante ; mais cela l'est également dans les régions où, comme en Europe, les autorités imposent un certain nombre de règles. Certains auteurs ont ainsi proposé de remettre en

¹²⁹³ RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1947, LGDJ, p. 79 ; *contra*, v. TOURNEAU M. (Le), « L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle », 2000, Dalloz, p. 67.

¹²⁹⁴ SOBICZAK A., « Réseaux de sociétés et Codes de conduite : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes », 2002, bibl. dr. social, LGDJ.

¹²⁹⁵ SOBICZAK A., « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis », Dr. soc. 2002, p. 806 : l'auteur suggère de parler d'une « personne intéressée par les activités de l'entreprise », au sens de l'intérêt juridique à agir

cause l'idée selon laquelle l'entreprise a comme seule fonction son activité économique¹²⁹⁶. D'autres auteurs ont proposé une vision médiane défendant la nécessité de rendre les entreprises socialement responsables¹²⁹⁷.

Cette réorientation, qui s'assimile largement en une tendance à la valorisation d'une éthique soucieuse de préserver l'environnement, est façonnée à la fois par un activisme exercé *sur* et *dans* l'entreprise. Une pression externe intense s'exerce directement sur les entreprises pour les inciter à aller dans le sens d'une intégration des valeurs d'éthique environnementale véhiculées par le concept de développement durable. Les associations engagées dans le cadre de la promotion de l'environnement manifestent une capacité d'action très importante en agissant sur l'image des entreprises. Se crée ainsi un rapport de force qui peut être très profitable aux entreprises (si elles arrivent à obtenir le crédit des associations pour établir leur respect de l'environnement) ou très nuisible (si elles sont dénoncées publiquement comme « environnementicides »). Mais l'impact de l'éthique va se traduire également à l'intérieur même de la structure de l'entreprise par la mise en oeuvre de l'activisme actionnarial et de l'investissement socialement responsable. Ces actionnaires influenceront sur l'orientation éthique de la stratégie économique de la société par l'entremise de leur vote, des questions écrites ou orales aux dirigeants lors des assemblées générales¹²⁹⁸. Cet infléchissement pourra provenir d'actionnaires classiques ou « d'actionnaires d'opportunité » qui n'ont acquis des titres que pour influencer la stratégie d'investissement de l'entreprise. Ces actionnaires « responsables » subordonnent leur octroi de liquidités à la satisfaction préalable de critères d'exclusion (pas d'investissement dans des entreprises polluantes, par exemple) ou d'intégration (l'investissement est réservé aux entreprises qui manifestent avec sérieux leur prise en compte de l'environnement ou des droits fondamentaux, par exemple). Certains de ces acteurs intègrent dans leur démarche d'investissement une participation active passant par l'exercice du droit de vote et la formulation de résolution et communiquent publiquement ces positions et les résultats obtenus. Cette forme particulière d'actionnariat s'est construite autour du concept d'« éthique », influencé dans ses prémices par les convictions religieuses des investisseurs individuels, avant de se greffer au mouvement de l'activisme actionnarial au milieu du XX^e siècle¹²⁹⁹.

¹²⁹⁶ PRESTON L. E., Post J. E., *Private Management and Public Policy*, New York, Prentice Hall, 1975 ; BOULDING K. E., « General systems theory : the skeleton of science », *Management Science*, vol. 2, 1956, pp. 197-208.

¹²⁹⁷ Mc GUIRE J. W., *Business and Society*, New York, McGraw-Hill, 1963, manque pages ; sur le « devoir moral d'entreprendre des activités sociétales », v. BARON D. P., *Business and its Environment*, 6e ed. Upper Saddle River, New Jersey, Pearson Prentice Hall, 2010, manque pages ; v. également HILL R. P., AISNSCOUGH T., SHANK T., « Corporate Social Responsibility and socially Responsible Investing. A Global Perspective », *Journal of Business Ethics*, vol. 70, 2007, pp. 165-174.

¹²⁹⁸ LEROY P. H., « Les avancées récentes de l'activisme actionnarial », in *Développement durable et gouvernement d'entreprise*, *op. cit.*, p.143.

¹²⁹⁹ REVELLI Ch., « L'investissement socialement responsable. Origines, débats et perspectives », *Revue française de gestion*, vol. 236, 2013/7, pp. 79-92.

Créé au XVII^e siècle, le mouvement quaker « Société religieuse des Amis » a étendu ses convictions de la lutte contre l'esclavage et la vente d'armes à la lutte contre la consommation d'alcool, à l'émergence des droits de la femme et à la préservation de l'environnement. Par la suite, les investissements éthiques vont s'étendre aux marchés financiers et s'institutionnaliser, notamment sous la forme de fonds commun de placement accessibles à tous. C'est ainsi qu'apparaissent les premiers fonds éthiques fondés sur l'exclusion de certains types d'action dites « du péché » (*sin stocks*). Orientés à la base sur les vices stigmatisés par la Bible, les critères d'exclusion des fonds éthiques s'étendent rapidement à d'autres secteurs tels que la prohibition ou l'industrie du jeu. La logique exclusive fondée sur des principes religieux se transforme petit à petit en contestation politique. L'objectif est maintenant de faire pression sur les entreprises pour obtenir leur retrait d'activités contestées. Le principe de l'ISR inclusif est d'intégrer au sein des portefeuilles des gestionnaires les sociétés qui seront les mieux notées dans chaque domaine (environnement, social, gouvernance). On parle alors d'approche *best-in-class* ou « meilleurs de la classe ». L'essor de cet ISR nouvelle génération dans les années 1990, autour des concepts de développement durable et de parties prenantes, va permettre de véritablement ancrer cette méthode de sélection dans les stratégies d'investissement et de justifier ainsi sa démocratisation et sa promotion, par le biais notamment des principes pour l'investissement responsable (*Principles for Responsible Investment - PRI*).

La RSE témoignerait donc de l'existence d'une morale entrepreneuriale conduisant à « restaurer la légitimité de l'économie de marché en ne l'abandonnant pas à ses pires démons »¹³⁰⁰. L'argument moral doit être entendu, mais il ne saurait justifier à lui seul le mouvement en faveur de la RSE dont les soubassements sont avant-tout économiques. Deux raisons nous semblent également justifier le recours accru à la RSE, en dehors de toute considération morale. La RSE est d'abord une réponse adaptée au risque de réputation susceptible de frapper les entreprises opérant dans des Etats ne disposant pas d'un cadre juridique adéquat pour la protection de l'environnement et des communautés. La RSE constitue alors une tentative d'encadrement de ce risque particulier qui échappe largement à la couverture des mécanismes classiques de l'assurance. La RSE apparaît, dans un second temps, comme un investissement profitable pour l'entreprise et présenté à cette dernière par la société civile comme étant de nature à accroître sa performance financière. Or, le lien entre l'adoption d'une politique de RSE et les performances boursières des plus grandes sociétés n'est pas clairement établi.

¹³⁰⁰ Oppetit B., *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 274.

2. Les incertitudes liées au développement de l'autorégulation en réponse à la faible portée opératoire des normes internationales environnementales et sociales

Les pratiques de RSE donnent à voir une tout autre conception des règles de la part d'acteurs pourtant engagés au cœur de l'économie libérale : d'une part, les entreprises qui promeuvent la RSE considèrent les règles (publiques et privées) non comme des obstacles, mais comme autant de ressources avec lesquelles il est possible de jouer ; d'autre part, en l'absence de règles publiques, ces entreprises nous montrent que les acteurs sont capables d'inventer eux-mêmes celles dont ils ont besoin. La RSE s'inscrit certainement dans le cadre du mouvement qui fait primer la régulation sur la réglementation. Elle confronte les autorités publiques à un véritable dilemme. D'un côté, ces autorités savent que les standards privés peuvent servir de levier à des intérêts particuliers plutôt qu'à la promotion de l'intérêt général, à l'écart d'un véritable contrôle démocratique. D'un autre côté, les mêmes autorités sont conscientes qu'elles auraient du mal à proposer des règles plus pertinentes, en raison de leur propre éloignement vis-à-vis des acteurs impliqués et de leur manque d'expertise technique quant aux questions abordées. L'interrogation sur le statut juridique renvoie donc à la fois au constat de la disparition du monopole public dans la production de la norme et du nouveau rôle de l'État comme pourvoyeur de standards de régulation pour répondre aux attentes sociales¹³⁰¹. L'idée d'une nouvelle forme de gouvernance avec une tentative de co-régulation entre États et entreprises fait son chemin dans le sens d'une coresponsabilité entre pouvoirs publics et entreprises¹³⁰².

Face à ce mouvement foisonnant et en ordre dispersé, souvent perçu comme ambigu ou dangereux¹³⁰³, au service des intérêts propres du secteur privé et échappant à tout contrôle, plusieurs initiatives se sont manifestées pour élaborer des principes susceptibles de former la base d'un code de conduite des entreprises. Des initiatives se sont développées incitant les acteurs impliqués dans la mise en oeuvre du développement durable à faire rapport sur leur performance environnementale et sociale sur la base de critères harmonisés. Les lignes directrices adoptées en 2000 puis révisées en 2006 (Directive "G3") du réseau Initiative mondiale sur les rapports de performance – Global reporting initiative (GRI), obéissent à cette démarche (Lignes directrices pour le reporting développement durable, GRI, 2006), de même que la norme ISO 26000, adoptée cette fois dans le cadre institutionnel de l'Organisation internationale de normalisation en novembre 2010 (ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, 2010). Si les entreprises prises isolément s'engagent en matière de RSE, certains acteurs investissent cette dernière comme un véritable marché

¹³⁰¹ Chevallier J., *L'État post-moderne*, LGDJ, 2003.

¹³⁰² Geiger R., « Responsabilité sociale et développement durable : le rôle des entreprises », in Gherari H., Kerbrat Y., (dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, Pedone, 2010, pp. 173-174.

¹³⁰³ Sainteny G., « La responsabilité sociétale des entreprises : demande de la société ou exigence du marché ? », in Smouts M.-C. (dir.), *op. cit.*, p. 177.

en proposant aux entreprises soucieuses de responsabilité sociale un certain nombre de principes et de services « clé en main ». Le référentiel « SA 8000 » relève de cette catégorie. Ce dispositif propose à la fois un certain nombre d'orientations socialement responsables et la certification par audit tierce partie des entreprises qui s'engagent à s'y conformer. Officiellement présenté le 15 octobre 1997, ce dispositif a été mis au point sous l'égide du Council on Economic Priorities (CEP), une ONG qui œuvre depuis 1969 pour l'amélioration du comportement social et environnemental des entreprises. Le CEP a confié l'élaboration du référentiel à un organisme créé pour l'occasion, le CEPAA (Council on Economic Priorities Accreditation Agency), qui rassemble des ONG, des syndicats, des entreprises et des universitaires, sur un modèle qui n'est pas sans rappeler le fonctionnement des organismes officiels de normalisation. Le standard SA 8000 entend promouvoir une responsabilité sociale des entreprises « au-delà » des obligations légales locales en vigueur dans les pays où elles opèrent en s'appuyant notamment sur les principes généraux de l'OIT (Plus précisément, le référentiel se réfère non seulement aux conventions de l'OIT, mais aussi à la Déclaration universelle des droits de l'homme et à la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant). Mais là où l'OIT se contente d'édicter un certain nombre de points difficilement applicables et vérifiables, car relevant de la seule responsabilité des États, le référentiel SA 8000 tente de faire mieux, en situant l'effort au niveau plus local, et donc plus facilement contrôlable, des organisations productives. L'effort est double : d'une part, le référentiel exige la mise en place de dispositifs organisationnels propres à « gérer » sa mise en œuvre (nomination d'un représentant de la direction chargé du respect de la norme, mise en place d'une traçabilité des pratiques sociales de l'entreprise...) ; d'autre part, et surtout, le référentiel incorpore le principe de l'audit tierce partie assuré par des sociétés d'audit accréditées par le CEPAA. Le résultat d'une telle combinaison de principes juridiques et de techniques managériales est ambigu. D'un côté, le référentiel SA 8000 semble apte à promouvoir les exigences du droit international plus efficacement que ce droit lui-même, en connectant les questions de droit à des leviers marchands et managériaux. D'un autre côté, la manière dont ces règles officielles sont promues pose un double problème : d'une part, le nom même du dispositif, SA 8000, en sonnant comme ISO 9000 (au risque de la contrefaçon), pourrait faire croire que l'on est en présence d'un référentiel établi par un organisme officiel de normalisation et selon les mêmes procédures, alors qu'il s'agit d'un standard privé dont la composition et le fonctionnement sont à la discrétion des organismes impliqués ; d'autre part, en certifiant la conformité des pratiques des entreprises à des principes largement empruntés à l'OIT, le référentiel SA 8000 vend le droit international sous des couleurs privées, au risque de présenter comme un privilège et comme un avantage compétitif les exigences de conventions qui s'imposent aux entreprises des pays qui les ont ratifiées. Toutefois, le dispositif SA 8000 possède un grand mérite : en mettant au point un « corps d'inspection » privé censé contrôler le respect sinon du droit international du travail, du moins de standards qui s'en inspirent, il pointe la carence d'un

dispositif public analogue du côté des autorités publiques. Ce qui vaut du côté du contrôle se retrouve du côté des règles elles-mêmes : le développement de la RSE témoigne d'un véritable « besoin de droit » des acteurs privés engagés dans la compétition mondiale. L'urgence d'un tel besoin semble telle que les acteurs préfèrent « légiférer » par eux-mêmes plutôt que d'attendre l'improbable venue d'une réglementation et d'une police publiques au niveau global.

Section 2. Le rôle du juge dans le rétablissement de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales

De part sa nature immobilière, l'ouvrage public est amené à déployer ses effets dans l'ordre juridique interne de l'Etat. S'il existe de nombreuses normes internationales environnementales et sociales visant directement les personnes privées susceptibles d'être affectées par l'ouvrage public, leur effectivité est subordonnée à leur mise en oeuvre devant le juge interne (§1), le juge international n'intervenant qu'à titre subsidiaire (§2).

§1. Le juge interne, juge de droit commun des violations des normes d'origine internationale et de la réparation de leurs conséquences

Le juge interne est amené à jouer un rôle majeur dans la prévention des violations des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public (A). Son contrôle est néanmoins tenu par les règles applicables à la mise en oeuvre du droit international dans l'ordre juridique interne (B).

A. Le rôle du juge interne dans la prévention des violations des normes internationales environnementales et sociales

S'il est désormais admis qu'un traité international peut être source de droits et d'obligations pour les personnes privées, le droit international ne règle que de façon lacunaire la question centrale des modalités d'adoption de la norme internationale. En droit des traités, la division entre Etats de *common law* et Etats de droit civil avait eu raison de l'introduction dans la Convention de Vienne de 1969 d'un article relatif à « l'application des traités aux individus » et qui aurait disposé que « Lorsqu'un traité crée des obligations ou des droits qui doivent être remplis ou exercés par des personnes physiques, des personnes morales ou des groupements de personnes physiques, ces obligations ou ces droits sont applicables aux personnes physiques, etc. : a) par le truchement des Etats contractants au moyen de leur régime juridique interne ; b) par le truchement des procédures et

organes internationaux institués à cet effet, le cas échéant, par le traité en question ou par tous autres traités ou instruments en vigueur »¹³⁰⁴. En droit de la responsabilité internationale, il a été relevé à de nombreuses reprises que le Projet d'articles relatifs à la responsabilité de l'Etat ne règle ni la question des juridictions compétentes pour statuer sur la réparation due à une personne privée, ni celle du titulaire du droit d'action en réparation (l'Etat ou la personne privée elle-même)¹³⁰⁵. L'exécution des normes internationales concernant la situation des personnes privées dépend donc avant tout de mécanismes décentralisés. Cette affirmation emporte au moins deux conséquences générales.

En premier lieu, ces normes ont vocation à produire en leurs effets dans les relations entre un Etat et une personne privée, au sein de l'ordre juridique de cet Etat. Leur sort se joue devant des organes de l'Etat qui sont tenus par des normes constitutionnelles, qui sont insérés dans un système institutionnel de séparation des pouvoirs. L'exécution décentralisée est donc une phase particulièrement délicate, susceptible d'exposer « [...] la personne privée, toute titulaire de droits subjectifs internationaux qu'elle soit, à la raison d'Etat, à moins que ne soit instituée une juridiction internationale devant laquelle elle puisse exposer ses griefs contre l'Etat »¹³⁰⁶.

En second lieu, il appartient aux Etats de prendre les mesures d'exécution qui sont toujours indispensables pour qu'une règle ou une décision internationale puisse produire ses effets à l'égard des personnes privées. Comme l'a affirmé B. Conforti dans son cours général à l'Académie de droit international de La Haye, « le rôle véritablement juridique du droit international se joue justement dans les ordres juridiques étatiques. La solution du caractère obligatoire du droit international, ou mieux de sa capacité de recevoir une mise en œuvre concrète et stable, ne peut que passer par ceux que l'on peut appeler les « opérateurs juridiques externes », c'est-à-dire ceux qui, au sein de chaque communauté étatique, ont institutionnellement la tâche d'appliquer et de faire respecter le droit, en premier lieu par les juges »¹³⁰⁷. Les juridictions internationales n'ont ainsi le monopole ni de l'établissement du fait internationalement illicite, ni de sa réparation. De même, le juge international ne peut (en principe) annuler un acte interne contraire à une norme internationale à la différence du juge interne qui peut, lui, annuler ou mettre à l'écart cette disposition ou adresser une injonction à

¹³⁰⁴ Projet d'article 66, cité in LAGRANGE E., « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2012, p. 260. Dans le texte en vigueur, la titularité par les individus de droits et obligations internationaux n'apparaît qu'indirectement par le biais de l'exception à l'exception d'inexécution pour les dispositions relatives à la protection de la personne humaine : Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art. 60, § 5.

¹³⁰⁵ V. les deux dispositions envisageant que l'obligation violée puisse être due à une personne privée : art. 48 et, surtout, l'art. 33, § 2 qui dispose sans autres précisions que « La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement *au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat* ». V. les développements consacrés sur ce point par E. LAGRANGE (*op. cit.*, pp. 260-263) et ALLOTT P., « State Responsibility and the Unmaking of International Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 29, 1988, spéc. p. 26)

¹³⁰⁶ LAGRANGE E., « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *op. cit.*, p. 323.

¹³⁰⁷ CONFORTI B., « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 212, 1998, pp. 25-26.

l'administration ou adjuger des mesures de réparation en cas de violation d'un droit subjectif international d'une personne privée. De lourdes attentes pèsent ainsi sur le juge interne. L'Institut de Droit international s'est ainsi prononcé, dans sa résolution de Milan de 1993, pour un rôle actif du juge interne : « aux fins d'une application correcte du droit international au sein de chaque Etat selon les méthodes d'interprétation propres à ce droit, il convient de renforcer l'*indépendance* des juridictions nationales à l'égard du pouvoir exécutif et de favoriser une meilleure *connaissance* du droit international par ces mêmes juridictions »¹³⁰⁸. La fascination que peut entraîner le rôle actif qu'il est amené à jouer dans l'application du droit de l'Union européenne par le biais du renvoi préjudiciel est trompeuse. Dans l'ordre juridique international, il n'existe pas de mécanisme équivalent de collaboration entre juge interne et juge international en cours d'instance. La concrétisation de cette idéalisation du rôle du juge interne dans l'application du droit international est moins une question de volonté que de pouvoir. *Volonté*, parce que tous les juges internes ne manifestent pas le même entrain pour le droit international. *Pouvoir*, surtout, car le juge interne ne détient le véritable pouvoir d'exécution de la norme internationale que dans la stricte mesure des attributions qui lui sont conférées dans son ordre juridique. Il n'agit pas comme un organe international *per se*, détaché de l'Etat et qui tirerait tous ses pouvoirs directement de l'ordre international sans avoir de comptes à rendre dans l'ordre interne. Aussi, le juge interne n'a pas pour vocation de se substituer au juge international mais, plutôt, de « le précéder, en épargner la saisine, voire en influencer la jurisprudence »¹³⁰⁹.

Faute de principe général obligeant les Etats à incorporer les normes d'origine internationale dans leur droit interne et à les reconnaître d'applicabilité directe, il n'est pas non plus de principe général les contraignant à organiser une voie de recours interne afin que les personnes privées puissent se prévaloir de ces normes elles-mêmes (bien que la règle de l'épuisement des voies de recours interne exigée pour la recevabilité de l'action en protection diplomatique présuppose l'existence desdites voies de recours). En l'absence d'obligations procédurales spécifiques, il demeure indéniable que la personne privée est captive du système interne de voies de recours avec ses complications et ses faiblesses si aucune action internationale n'est possible. Dans les Etats engagés dans la création conventionnelle de droits pour les personnes privées, toutes les voies de recours internes existantes devraient pouvoir être actionnées par les personnes privées qui cherchent à faire appliquer une norme internationale et que le juge interne devrait, sans outrepasser ses pouvoirs, les mettre en œuvre de

¹³⁰⁸ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (IDI), « L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat », Résolution adoptée à l'issue de la session de Milan, neuvième commission, Rapporteur : M. Benedetto Conforti. Le texte cité est extrait du préambule de la résolution. V., en même sens, le souhait de l'IDI de doter le juge interne d'un rôle actif dans l'interprétation du droit interne à la lueur des règles internationales d'interprétation : art. 1, § 2).

¹³⁰⁹ LAGRANGE E., « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *op. cit.*, p. 371.

manière à atteindre le résultat substantiel visé par les auteurs de la norme. S'il existe une juridiction internationale compétente, l'absence de voie de recours effective pourra engager la responsabilité internationale de l'Etat en tant que violation autonome de la convention, en tant que violation qui s'ajoute à celle d'un autre droit conventionnellement protégé ou qui y contribue. En même temps, l'obligation faite à l'Etat d'offrir à la personne privée des recours appropriés à l'exécution de ses engagements concorde avec l'évolution de la nature de ses obligations et la parachève. Le principe de subsidiarité ainsi entendu favorise la jouissance prompte et effective de leurs droits subjectifs internationaux par les personnes privées : «[La CEDH] a également insisté sur le principe de subsidiarité afin que les justiciables ne soient plus systématiquement contraints de lui soumettre des requêtes qui auraient pu être instruites d'abord et, selon elle, de manière plus appropriée, au sein des ordres juridiques internes »¹³¹⁰.

B. Les conditions du contrôle effectué par le juge interne

Le contrôle des normes internationales environnementales et sociales par le juge interne n'est efficace qu'à la condition que soit réduit l'écart existant substantiellement entre le droit interne et le droit international. Une telle efficacité suppose que les actes internes soient susceptibles de contrôle juridictionnel pour que le juge national puisse annuler ou mettre à l'écart ceux qui contredisent une norme internationale, voire leur substituer une solution tirée de la norme d'origine internationale. Cette condition, qui peut être problématique en d'autres matières¹³¹¹, ne pose pas de difficulté sensible en matière de décisions d'aménagement du territoire. En revanche, l'invocabilité (1) et l'opposabilité (2) de la norme internationale sont des éléments déterminants dans le contentieux qui nous occupe.

1. L'invocabilité de la norme d'origine internationale à l'encontre de la décision d'aménagement

Une première hypothèse vise à considérer que la violation d'une norme internationale concernant la situation d'une personne privée présente un caractère d'ordre public. Le juge interne pourrait alors relever d'office cette violation à tout moment de la procédure. Or, la pratique infirme l'existence d'une telle situation, abstraction faite de certaines juridictions nationales qui acceptent de relever d'office la violation des normes internationales de protection des droits de l'homme afin de prévenir l'engagement de la responsabilité internationale de leur Etat s'il appartient à un système international de garantie de ces droits. A défaut de relevé d'office par le juge interne, le contrôle d'un

¹³¹⁰ CEDH, req. n° 36813/97, *Scordino c. Italie* (n° 1), arrêt du 29 mars 2006, § 188.

¹³¹¹ v., par exemple, la question des actes indétachables de la conduite des relations extérieures de l'Etat.

acte de l'Etat au regard de ses obligations internationales ne pourra alors s'exercer que si la norme d'origine internationale est invocable dans la procédure en cours. Plusieurs obstacles s'opposent à cette invocabilité.

Cette dernière présuppose en premier lieu et *a minima* que la norme ait été publiée dans l'ordre juridique interne ou autrement portée à la connaissance des justiciables d'une manière jugée suffisante, sauf à considérer que la norme non publiée est opposable à l'Etat mais non à la personne privée. L'invocabilité sera ensuite conditionnée par le double jeu de l'*intérêt à agir* des personnes privées (essentiellement sous l'angle de la question de l'existence d'un droit subjectif) et des conditions de *recevabilité* du moyen tiré de la violation de la norme internationale (essentiellement sous l'angle du recours et/ou de la phase de la procédure durant laquelle il est présenté). Le droit international général se désintéresse assez largement de cette question en ce sens où il n'impose pas aux Etats une modification des règles internes relatives à la recevabilité des actions et/ou des moyens. Cela ne fait pas obstacle, toutefois, à ce que les Etats consentent à une telle modification par la conclusion d'un engagement conventionnel. L'article 9, 2), de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement dispose à cet effet que « *chaque Partie veille, dans le cadre de sa législation nationale, à ce que les membres du public concerné a) ayant un intérêt suffisant pour agir ou, sinon, b) faisant valoir une atteinte à un droit, lorsque le code de procédure administrative d'une Partie pose une telle condition, puissent former un recours devant une instance judiciaire et/ou un autre organe indépendant et impartial établi par loi pour contester la légalité, quant au fond et à la procédure, de toute décision, tout acte ou toute omission tombant sous le coup des dispositions de l'article 6 et, si le droit interne le prévoit et sans préjudice du paragraphe 3 ci-après, des autres dispositions pertinentes de la présente Convention* ».

Le degré d'ouverture de l'intérêt à agir et des conditions de recevabilité du moyen tiré de la violation d'une norme internationale peut également être apprécié par le juge international (par exemple dans le cadre d'un traité de protection des droits de l'homme instituant un mécanisme juridictionnel) : « la combinaison d'un intérêt à agir défini très étroitement et de conditions de recevabilité du moyen tiré de la violation d'une norme d'origine internationale excessivement rigoureuses pourrait fonder le constat que les voies de recours internes sont ineffectives ou que l'Etat a manqué à son obligation de créer les voies de recours propres à prévenir ou à redresser un fait internationalement illicite »¹³¹². Le périmètre donné à l'intérêt à agir par le droit interne constitue un obstacle important à l'invocabilité de la norme internationale par le requérant. Il en va ainsi dans les

¹³¹² LAGRANGE E., « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *op. cit.*, p. 462.

systèmes dans lesquels soit l'invocabilité de toute norme est subordonnée à la preuve de l'existence d'un droit subjectif, soit l'invocabilité des seules normes d'origine internationale est subordonnée à la vérification de l'applicabilité directe de ladite norme, elle-même subordonnée à la preuve que l'intention des parties était de créer des droits subjectifs dans le chef d'une catégorie de personnes privées à laquelle appartient le requérant. Le second obstacle à l'efficacité des normes d'origine internationale qui ne sont pas d'ordre public résulte soit de l'irrecevabilité du moyen tiré de leur violation, soit de l'absence de voie de recours. Ainsi, il arrive qu'une norme d'origine internationale qui remplirait toutes les conditions pour être utilement invoquée dans une procédure d'annulation d'un acte administratif ne puisse l'être à l'appui du référé¹³¹³.

2. L'opposabilité et d'applicabilité directe de la norme d'origine internationale à l'Etat

Si l'on suppose que les conditions précédentes soient remplies (acte justiciable, intérêt à agir et recevabilité du moyen), l'efficacité de la norme internationale sera conditionnée par son dépend opposabilité **(a)** à l'Etat défendeur et son applicabilité directe **(b)**.

a. L'opposabilité de la norme internationale à l'Etat défendeur

Nous distinguerons ici successivement la question de l'opposabilité des normes coutumières puis conventionnelles à l'Etat défendeur.

La question de l'opposabilité à l'Etat de la norme coutumière invoquée par le particulier repose sur un constat bien connu : la double propension du juge interne à dénier l'effet direct à la norme coutumière internationale et préférer l'application du droit conventionnel. Plusieurs obstacles peuvent limiter l'indépendance du juge interne lorsqu'il est amené à statuer sur l'opposabilité d'une norme coutumière à son Etat. L'étendue des pouvoirs du juge en la matière dépendra d'abord de l'existence et de l'étendue d'une habilitation constitutionnelle à cet effet¹³¹⁴. L'existence d'une telle habilitation ne règle toutefois pas la question de l'opposabilité de la coutume internationale qui peut être en voie d'apparition, de disparition ou de transformation au moment des faits. Le juge interne

¹³¹³ Le juge administratif français jugea qu'il n'était pas de son office de statuer, dans le contentieux de l'urgence, sur un moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux, en l'absence de décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, susceptible d'être prise en considération : Conseil d'Etat français, ordonnance du juge des référés, req. n° 287777, 9 décembre 2005, *Mme Anissa* et al. Cette jurisprudence a été ultérieurement infléchie mais à l'égard du seul droit de l'Union : ordonnance du juge des référés, req. n° 340250, *Mme. Assetou A.*, 16 juin 2010.

¹³¹⁴ V., par exemple, l'article 100, 2) de la Loi fondamentale allemande de 1989 donne compétence à la Cour constitutionnelle pour déterminer l'opposabilité de la coutume internationale : « si, au cours d'un litige, il y a doute sur le point de savoir si une règle de droit international public fait partie intégrante du droit fédéral et si elle crée directement des droits et obligations pour les individus (article 25), le tribunal doit soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale ».

pourra alors nourrir des réticences à l'opposer à son Etat et tenté de s'effacer derrière les organes de celui-ci auxquels il appartient de rendre les derniers arbitrages en matière de production coutumière des normes.

A contrario de l'opposabilité à l'Etat de la norme coutumière, celle des normes conventionnelles pose moins de difficultés au juge interne. Ce dernier sera amené à vérifier les critères de participation de l'Etat au traité, les conditions de validité de celui-ci (conditions générales de validité *internationale* (validité du consentement, entrée et maintien en vigueur dans l'ordre international, compatibilité avec les normes impératives du droit international) et, le cas échéant, des conditions de validité *interne* (régularité de la procédure d'engagement de l'Etat, compatibilité de l'accord international avec la constitution)) et, *in fine*, les conditions de réciprocité. Le juge interne pourra exclure du champ d'application de la condition de réciprocité les traités protecteurs des droits de la personne humaine car « l'exception à l'exception d'inexécution »¹³¹⁵ découle de l'objet même du traité.

b. L'applicabilité directe des normes internationales

A la différence de l'ordre juridique communautaire, au sein duquel l'applicabilité immédiate et directe du droit communautaire se déduit de la nature particulière des Communautés européennes¹³¹⁶, le droit international général n'impose pas aux Etats l'obligation de reconnaître l'applicabilité directe des normes internationales incorporées qui concernent la situation des personnes privées. Sauf disposition conventionnelle contraire, les droits ou les obligations d'origine internationale des personnes privées doivent être réalisés et sanctionnés par le truchement des Etats contractants. Ce faisant, le risque de violation de la norme internationale est mécaniquement accru « du fait que ceux qui peuvent vouloir s'affranchir du droit international sont ceux-là mêmes qui créent le droit interne » indispensable à la réalisation de la norme internationale¹³¹⁷. Ainsi, bien que la plupart des Etats parties à la Convention EDH aient progressivement reconnu son applicabilité directe (comme souligné par la Cour dans l'affaire *Scordino*), « ni l'article 13, ni la Convention en général ne prescrivent aux Etats contractants une manière déterminée d'assurer, dans leur droit interne, l'application effective de toutes les dispositions de cet instrument »¹³¹⁸. Cela n'exclut pas certaines solutions audacieuses. Dans l'affaire *Almonacid Arellano et al. v. Chili* a pu enjoindre aux juridictions

¹³¹⁵ Article 60, paragraphe 5, de la Convention de Vienne de 1969.

¹³¹⁶ CJCE, aff. 26-62, *Van Gend en Loos*, 5 février 1963.

¹³¹⁷ VIRALLY, M., « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505, spéc. p. 501.

¹³¹⁸ CEDH, req. n° 5614/72, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotive*, 6 février 1976, § 50.

internes des Etats parties d'exercer un contrôle de « conventionnalité » des lois au regard de la Convention, avant de nuancer sa solution deux mois plus tard¹³¹⁹.

S'agissant de l'applicabilité directe des normes coutumières, là où le juge ne nourrit pas de méfiance particulière à leur égard, soit elles sont présumées d'effet direct, soit un effet direct leur est prêté dans les mêmes conditions qu'aux normes conventionnelles.

Afin de déterminer l'applicabilité directe d'une norme internationale de nature conventionnelle dans l'ordre juridique de l'Etat lié, le juge interne recherchera prioritairement si les auteurs n'ont pas entendu exclure l'effet direct de la norme. Faute d'une telle exclusion, le juge interne recherchera si l'intention des Etats était de créer dans le chef des personnes privées des droits dont elles puissent se prévaloir. L'intention des parties est donc l'étoile polaire de l'analyse du juge interne en matière¹³²⁰. Il est des cas où cette intention ressort directement des dispositions conventionnelles¹³²¹. Mais il est surtout des cas, bien plus fréquents, dans lesquels l'intention des parties ne peut être déduite *prima facie* des termes du traité. L'intention des parties doit alors être reconstituée par le juge interne en application des règles d'interprétation des traités. Certaines juridictions abdiquent tout pouvoir d'appréciation entre les mains d'un pouvoir exécutif ou législatif décrétant qu'un traité sera *self-executing* ou non. D'autres présument de l'applicabilité directe des traités suivant une doctrine nationale. Entre ces deux solutions extrêmes, le juge interne peut être tenté, avec des fortunes diverses, de se lancer dans l'exégèse de l'intention des parties. La propension des juridictions administratives françaises à pouvoir refuser l'effet direct aux clauses d'un traité libellées en des termes qui ne présentent pourtant pas de différence perceptible avec celles d'un traité qui se voient reconnaître cette qualité est un exemple connu du désordre qui préside en ce domaine¹³²². Prendre la mesure de l'intention des parties contraint le juge interne à naviguer en eaux troubles. Cette opération suppose *a minima* que le juge soit rompu à l'interprétation des traités de façon à distinguer clairement l'intention des parties au traité de l'intention exprimée par le pouvoir exécutif ou le pouvoir législatif national au moment de la ratification. L'enjeu est d'importance car « la clarté, la précision, la conditionnalité - tous ces critères de l'applicabilité directe généralement admis - ne sont pas vraiment des qualités intrinsèques du traité. En pratique, ce sont d'abord des qualités relatives au système juridique dans lequel le traité s'insère (donc : à un système juridique national). L'applicabilité

¹³¹⁹ CIADH, *Almonacid Arellano et al. v. Chili*, série C, n° 154, 26 septembre 2006, § 124 : « must exercise a sort of "conventionality control" » ; comp. avec CIADH, *Dismissed Congressional Employees (Aguado-Alfaro et al. v. Peru)*, n° 158, 24 novembre 2006, § 128. V. les observations subséquentes d'E. LAGRANGE sur ce point : « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *op. cit.*, pp. 331-332

¹³²⁰ CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, 1928.

¹³²¹ V. par exemple le cas du droit de l'Union européenne.

¹³²² Conseil d'Etat français, req. n° 298857, *Société centrale canine*, 18 juin 2008; req. n° 293785, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, 31 octobre 2008.

directe est affaire d'appréciation concrète de ce que peut le juge en l'état du droit interne »¹³²³. L'exemple de la Charte sociale européenne est significatif des divergences d'interprétation entre juges internes relevant d'Etats parties différents. L'article 6, § 4, de cet instrument dispose que les Etats parties « reconnaissent le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur ». Aux Pays-Bas, cette disposition est jugée d'effet direct, là où les juridictions allemandes et françaises refusent ce caractère¹³²⁴. Il faut également ajouter à ces divergences entre juges internes relevant d'Etats différents les interprétations contradictoires rendues par des juges relevant de juridictions différentes au sein d'un même Etat¹³²⁵. Même dans ce dernier cas, l'existence d'une anarchie totale ne fait pas obstacle à ce que l'effet direct soit clairement affirmé pour les instruments les plus souvent invoqués par les requérants. Ainsi, pour la Cour de cassation française, « les Etats adhérents [à la Convention de Rome] sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle, ni d'avoir modifié leur législation »¹³²⁶.

§2. Le juge international, juge subsidiaire des violations des normes d'origine internationale et de la réparation de leurs conséquences

Le juge international n'est pas le juge principal des violations des normes internationales de durabilité de l'ouvrage. Son contrôle n'est que subsidiaire. L'efficacité de son contrôle est conditionnée en premier lieu par le degré d'ouverture de l'accès à son prétoire **(A)**. Quand il est amené à connaître de requêtes présentées par des personnes privées, son contrôle ne s'étend pas à la substance de l'opération d'aménagement du territoire : il est atténué par le renvoi quasi-systématique à la notion de « marge nationale d'appréciation de l'Etat » **(B)**.

¹³²³ LAGRANGE E., « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *op. cit.*, p. 491.

¹³²⁴ SCHERMERS H., « Netherlands », in JACOBS F. G., ROBERTS S. (dirs.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Sweet and Maxwell, 1987, p. 115, cité in LAGRANGE E., « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *op. cit.*, p. 422

¹³²⁵ v. les analyses contraires du Conseil d'Etat (Conseil d'Etat français, req. n° 274664, *GISTI*, 18 juillet 2006) et de la Cour de cassation (Cour de cassation française, pourvoi n° 05-40876, 16 décembre 2008) quant à l'effet direct des articles 2 et 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

¹³²⁶ Cour de cassation française, assemblée plénière, pourvois n°10-17049, 10-30.242, 10-30.313, 10-30.316, 15 avril 2011.

A. Un contrôle dont l'efficacité est conditionnée par le degré d'ouverture de l'accès des individus au juge international

La question de l'accès des individus affectés par l'ouvrage au juge international doit être analysée au regard des trois principaux systèmes régionaux de protection des droits de l'homme : la Cour européenne des droits de l'homme (1), la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2) et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (3).

1. L'accès à la Cour européenne des droits de l'homme

L'accès au juge européen ne pose pas de difficultés sensibles pour les requérants individuels. Il est subordonné à l'épuisement préalable des voies de recours internes comme le rappelle l'article 35 § 1 de la Convention aux termes duquel « la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive »¹³²⁷. La Cour déclarera également irrecevable pour non-épuisement la requête formée par des requérants n'ayant pas épuisé les voies de droit interne en raison de leur inobservation des délais ou des conditions de forme¹³²⁸. *Ratione materiae*, les juges de Strasbourg ne peuvent se saisir que de requêtes visant des droits protégés par la Convention et ses protocoles de telle sorte qu'ils examineront que les dispositions de la Convention invoquées sont bien applicables au différend. Dans la négative, la requête sera rejetée en raison de son incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention¹³²⁹.

Pour que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer en son volet civil, il faut qu'il y ait « contestation » sur un « droit » de « nature civile » reconnu en droit interne. Il doit s'agir d'une « contestation » réelle et sérieuse pouvant concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice. L'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question : un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisent pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1¹³³⁰. *A priori*, le mécanisme de contrôle de la Convention n'admet pas l'*actio*

¹³²⁷ CEDH, art. 35. La plainte doit avoir été déposée devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente et, en cas de rejet, portée devant la plus haute instance disponible.

¹³²⁸ *Sirc c. Slovénie*

¹³²⁹ CEDH, art. 35, 3), a) : « La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime : que la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, manifestement mal fondée ou abusive (...) ».

¹³³⁰ V., par exemple, *Balmer-Schafroth c. Suisse*, 26 août 1997, § 32, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV ; *Athanassoglou et autres c. Suisse* [GC], no 27644/95, § 43, CEDH 2000-IV ; et *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, no 62543/00, § 43, CEDH 2004-III)

*popularis*¹³³¹. Sous l'angle de l'article 6 de la Convention, la Cour a ainsi déjà eu l'occasion de préciser qu'une contestation se rapportant à la défense de l'intérêt général ne portait pas sur un droit de caractère civil¹³³². Dans l'affaire *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, cinq ressortissants espagnols et une association avaient saisi la Cour d'une requête en violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Le différend portait sur l'approbation au mois de février 1989 de la construction d'un barrage à Itoiz, dans la province espagnole de Navarre. La saisine de la Cour avait été effectuée par l'association *Coordinadora de Itoiz* et cinq autres requérants de nationalité espagnole résidant à Itoiz et dont les propriétés étaient promises à l'expropriation. Ces derniers, tous membres de l'association, n'avaient pas participé à la procédure interne qui faisait l'objet du différend devant la Cour, de telle sorte les tribunaux espagnols saisis n'eurent à aucun moment connaissance de leur existence ni de leurs propriétés. Faisant une interprétation stricte de l'article 34 de la Convention¹³³³, le Gouvernement espagnol leur déniait la qualité de « victime ». Ce faisant, il rejetait leurs arguments fondés sur la longueur et le coût des procédures en cause. L'Etat défendeur faisait également remarquer que les procédures d'expropriation concernant les requérants étaient en cours, et qu'ils pouvaient y défendre leurs « droits et obligations de caractère civil ». Derrière la démonstration du Gouvernement, c'est bien des conséquences procédurales de l'appartenance des requérants à l'association qu'il était question. Ils estimaient à cet effet qu'en tant que membres de l'association *Coordinadora de Itoiz* depuis sa création en 1988, ils avaient participé à la procédure par le truchement de celle-ci. Leur appartenance à cette association leur avait permis d'organiser collectivement leur défense contre le projet de barrage en vue d'y substituer un « autre choix de vie sur le site », comme le rappelaient les statuts de l'association¹³³⁴ : ils estimaient avoir confié à l'association la défense de leurs droits et intérêts civils. Outre la fédération des divers intérêts des populations affectées par la construction de l'ouvrage au sein d'une structure unique, l'appartenance à la *Coordinadora de Itoiz* leur permettait de mutualiser les coûts inhérents aux actions judiciaires contre le barrage. En réponse au Gouvernement, les requérants soulignaient qu'il aurait été illogique d'exiger de chacun d'entre eux de former, individuellement et séparément, un recours contre le projet de barrage et s'était ainsi lancé dans un procès long et coûteux, débouchant au bout du compte sur le même résultat que celui atteint par l'intermédiaire de l'association. La qualité de « victime » de

¹³³¹ *Perez c. France* [GC], no 47287/99, § 70, CEDH 2004-I.

¹³³² CEDH, *Gorraiz Lizarraga et autres*, § 46. V. *infra* pour l'analyse complète de cette affaire sous l'angle de la marge nationale d'appréciation des Etats en matière d'aménagement du territoire.

¹³³³ CEDH, art. 34 : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

¹³³⁴ V. *supra*.

l'association requérante ne faisait aucun doute, celle-ci ayant été partie à la procédure engagée par elle devant les juridictions internes pour défendre les intérêts de ses membres¹³³⁵.

Qu'en était-il pour les requérants individuels qui s'étaient joints à elle lors de la saisine de la Cour ? Une lecture stricte de l'article 34 de la Convention inclinerait à penser que la qualité de victime est intimement liée à l'exigence relative à l'épuisement des voies de recours internes posée par l'article 35 § 1. Ce faisant, les requérants ne devraient pas pouvoir être qualifiés de victime au sens de la Convention. Fort heureusement, les notions de « victime » et « épuisement des voies de recours internes » sont interprétées de façon autonome et indépendante par la Cour. S'agissant dans un premier temps de la qualité de « victime », les juges vérifieront l'existence d'un lien suffisamment direct entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée¹³³⁶. La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes doit, quant à elle, être interprétée « avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif »¹³³⁷. Elle ne revêt pas un caractère absolu de telle sorte qu'elle doit être notamment être contrôlée à l'aune des circonstances de la cause¹³³⁸ : « il doit être tenu compte de manière réaliste non seulement des recours prévus en théorie dans le système juridique de la Partie contractante concernée, mais également du contexte juridique dans lequel ils se situent ainsi que de la situation personnelle du requérant ; il faut rechercher ensuite si, vu l'ensemble des circonstances de l'espèce, l'intéressé peut passer pour avoir fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour épuiser les voies de recours internes »¹³³⁹. Si l'analyse de la qualité de « victime » des requérants individuels bénéficiait donc d'une interprétation leur étant *a priori* favorable, encore fallait-il vérifier qu'ils entretenaient des liens suffisants avec l'association et qu'ils pouvaient justifier avoir épuisé les voies de recours espagnoles à travers elle. La Cour répondra favorablement à ces deux interrogations. L'association requérante avait été constituée pour défendre les intérêts de ses membres contre les répercussions de la construction du barrage sur leur environnement et leur cadre de vie ; la contestation judiciaire du barrage intentée par elle portait tant sur le non-respect de la législation applicable en matière de construction de barrages que sur les effets de l'ouvrage sur le droit de propriété des membres de l'association et sur leur mode de vie en raison du transfert de leur domicile. L'association avait ainsi souligné à diverses reprises devant les juges

¹³³⁵ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 36 ; *Association pour la protection des acheteurs d'automobiles et autres c. Roumanie* (déc.), no 34746/97, 10 juillet 2001.

¹³³⁶ V. notamment *Taura et autres c. France*, no 28204/95, décision de la Commission du 4 décembre 1995, Décisions et rapports (DR) 83-A, p. 112 ; *Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et autres c. France*, no 38192/97, décision de la Commission du 1er juillet 1998, DR 94-A, p. 124 ; affaire *Comité des médecins à diplômes étrangers et autres c. France* (déc.), nos 39527/98 et 39531/98, 30 mars 1999).

¹³³⁷ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 37 ; *Cardot c. France*, arrêt du 19 mars 1991, série A no 200, p. 18, § 34.

¹³³⁸ Cour EDH, *Van Oosterwijck c. Belgique*, arrêt du 6 novembre 1980, série A no 40, p. 18, § 35.

¹³³⁹ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 37 ; (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV, p. 1211, § 69 ; *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, p. 2276, §§ 53-54 ; *Baumann c. France*, no 33592/96, § 40, 22 mai 2001).

espagnols que la construction du barrage entraînerait l'inondation de plusieurs petits villages, dont le hameau d'Itoiz où les requérants avaient leurs habitations familiales. Du point de vue de la Cour, « il est indéniable que la construction de l'ouvrage public, avec tout ce que cela suppose (expropriation de biens, déplacement de populations), avait des conséquences directes et importantes tant sur les droits patrimoniaux des intéressés que sur leur mode de vie familiale »¹³⁴⁰. Eu égard au fait que l'association requérante a été créée dans le but spécifique de défendre devant les tribunaux les intérêts de ses membres et que ces derniers étaient directement concernés par le projet de barrage, la Cour estimera donc que les cinq premiers requérants pouvaient se prétendre victimes, au sens de l'article 34, des violations alléguées de la Convention, et qu'ils avaient épuisé les voies de recours internes pour ce qui est des griefs tirés de l'article 6 § 1 de la Convention, sans même avoir pris part aux procédures en question. Pointant la nécessité d'interpréter la notion de « victime » à la lumière des conditions de vie actuelles, la Cour va rendre un passage lumineux :

« Certes, les intéressés n'ont pas été parties à la procédure litigieuse en leur nom propre, mais par l'intermédiaire de l'association qu'ils avaient constituée en vue de défendre leurs intérêts. Cela étant, la notion de victime évoquée à l'article 34 doit comme les autres dispositions de la Convention faire l'objet d'une interprétation évolutive à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui. Or, dans les sociétés actuelles, lorsque le citoyen est confronté à des actes administratifs spécialement complexes, le recours à des entités collectives telles que les associations constitue l'un des moyens accessibles, parfois le seul, dont il dispose pour assurer une défense efficace de ses intérêts particuliers. La qualité pour agir en justice des associations, dans la défense des intérêts de leurs membres, leur est d'ailleurs reconnue par la plupart des législations européennes. Tel était précisément le cas en l'espèce. La Cour ne peut faire abstraction de cet élément dans l'interprétation de la notion de « victime ». Une autre approche, par trop formaliste de la notion de victime, rendrait inefficace et illusoire la protection des droits garantis par la Convention »¹³⁴¹.

2. L'accès à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée par la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) le 27 juin 1981 à Nairobi (Kenya) est entrée en vigueur le 21 octobre 1986 et a été ratifiée par tous les Etats membres de l'Union africaine. Elle institue la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples comme

¹³⁴⁰ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 38 ; V., *mutatis mutandis*, *Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et autres* précitée, p. 131)

¹³⁴¹ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 38 *in fine*.

mécanisme de contrôle¹³⁴². Des faiblesses institutionnelles originelles, du manque de moyens, de l'absence d'effets contraignants de ses décisions et de leur mise en œuvre par les Etats et donc de la relative inefficacité de la Commission africaine en matière de protection des droits de l'Homme constatée par les ONG et officiellement reconnue en 1994 par l'OUA, est née la volonté de rédiger un Protocole relatif à la Charte africaine créant une Cour africaine¹³⁴³. C'est à la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA de Tunis (Tunisie) en juin 1994 que le processus d'élaboration du Protocole à la Charte africaine portant création de la Cour africaine (Protocole) a été officiellement déclenché : une résolution a été adoptée lançant les travaux préparatoires à l'établissement d'une Cour africaine. En réalité, un premier projet de Protocole avait déjà été rédigé dès 1993 par la Commission internationale des juristes, ONG basée à Genève. Le Protocole devait entrer en vigueur 30 jours après le dépôt du 15e instrument de ratification par un Etat africain¹³⁴⁴ (art. 34 du Protocole). C'est chose faite depuis le 25 janvier 2004 après la ratification du Protocole par l'Union des Comores le 26 décembre 2003. L'entrée en vigueur du Protocole le 25 janvier 2004 devait entraîner la mise en place immédiate de la Cour. Le processus de présentation des candidatures au poste de juge était d'ailleurs engagé dès mai 2004, en vue de leur élection par les chefs d'Etat lors du sommet de l'UA prévu en juillet 2004 à Addis Abeba (Ethiopie).

Pourtant, lors de ce sommet, à l'occasion d'une décision sur la répartition géographique des sièges des différents organes de l'UA, les chefs d'Etat ont décidé¹³⁴⁵ de fusionner la Cour africaine avec la Cour de justice (organe judiciaire de l'UA prévu dans son Acte constitutif). Cette décision était principalement motivée pour des raisons économiques, l'UA jugeant qu'elle n'aurait pas les ressources nécessaires pour mettre en place et faire fonctionner deux juridictions distinctes. La spécificité des deux Cours et les modalités fonctionnelles de cette fusion n'ont pas été considérées. La Cour africaine semblait morte née. Finalement, conscients que le processus de création des instruments de la Cour fusionnée (ou Cour unique) et sa mise en place prendraient du temps¹³⁴⁶, les chefs d'Etat réunis en sommet à Abuja (Nigeria), en janvier 2005, ont décidé de maintenir l'entrée en activité de la Cour africaine, nonobstant la décision de fusion. Cette décision fut confirmée lors du

¹³⁴² Art. 30 de la Charte. La Commission est entrée en fonction depuis le 2 novembre 1987. Elle siège à Banjul (Gambie) et se réunit en session ordinaire deux fois par an, aux mois de mai et novembre. Composée de 11 commissaires élus (pour 6 ans renouvelables) par la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'UA, la Commission a un double mandat de promotion et de protection des droits de l'Homme sur le continent africain (art. 45 de la Charte).

¹³⁴³ Pour une présentation exhaustive de la Cour, v. OUGUERGOUZ F., « La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des peuples : gros plan sur le premier organe judiciaire Africain à vocation continentale », *Annuaire français de droit international*, vol. 52, 2006, pp. 213-240.

¹³⁴⁴ Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 34.

¹³⁴⁵ Assembly/AU/Dec.45(III).

¹³⁴⁶ Sur les implications institutionnelles et contentieuses de ce processus qui est toujours en cours au moment où nous écrivons ces lignes, v. OUGUERGOUZ F., « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Chronique d'une métamorphose annoncée », in KAMGA M., MBENGUE M. M. (dirs.), *L'Afrique et le droit international : variations sur l'organisation internationale. Liber Amicorum Raymond Ranjeva*, 2013, pp. 265-275.

sommet de Sirte (Libye), en juillet 2005 : « toutes les mesures nécessaires au fonctionnement de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples doivent être prises, notamment l'élection des juges, la détermination du budget et l'opérationnalisation du greffe »¹³⁴⁷. Aux termes de l'article 2 du Protocole, la Cour « complète les fonctions de protection que la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples a conférées à la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples »¹³⁴⁸. Au 5 juillet 2015, vingt-quatre Etats africains ont accepté la compétence de la Cour¹³⁴⁹.

L'article 3, 1) du Protocole octroie une très large compétence matérielle de la Cour qui peut connaître « [...] de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole, *et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés* »¹³⁵⁰. Le caractère libéral de cette disposition est confirmé par l'article 7 qui dispose que « la Cour applique les dispositions de la Charte *ainsi que tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par l'État concerné* »¹³⁵¹. En théorie, l'article 3 du protocole autorise donc la Cour africaine à connaître de tout différend concernant l'interprétation ou l'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples mais également d'autres accords internationaux. Il va ainsi, au moins en théorie, des dispositions très protectrices du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹³⁵² et de son équivalent relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹³⁵³. Peuvent également être invocables devant la Cour africaine les dispositions protectrices d'autres instruments offrant indirectement des garanties aux individus lors des opérations d'aménagement du territoire à raison de leur âge (Convention relative aux droits de l'enfant¹³⁵⁴ ; Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant¹³⁵⁵) ou leur sexe (Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique¹³⁵⁶ ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹³⁵⁷). Nous mentionnerons également la possibilité d'invoquer les dispositions de la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en

¹³⁴⁷ Assembly/UA/ Dec.83(V)

¹³⁴⁸ Protocole (...) portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *op. cit.*, art. 2.

¹³⁴⁹ Voir l'état des ratifications, consulté pour la dernière fois le 5 juillet 2015 sur <http://tinyurl.com/ptxjt6l>.

¹³⁵⁰ Protocole (...) portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *op. cit.*, art. 3, 1).

¹³⁵¹ Protocole (...) portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *op. cit.*, art. 7.

¹³⁵² Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976

¹³⁵³ Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976.

¹³⁵⁴ La Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, est entrée en vigueur le 2 septembre 1990. Au 5 juillet 2015, elle a été ratifiée par l'ensemble des Etats africains à l'exception de la Somalie : <http://tinyurl.com/p3vvzto>

¹³⁵⁵ La Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant a été adoptée en juillet 1990 et est entrée en vigueur le 29 novembre 1999. Quarante-et-un Etats africains l'ont ratifiée au 5 juillet 2015 : <http://tinyurl.com/otunohe>.

¹³⁵⁶ Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique a été adopté le 12 juillet 2003 et est entré en vigueur le 25 novembre 2005. Il a été ratifié par trente-six Etats africains au 5 juillet 2015 : <http://tinyurl.com/nds3s4u>.

¹³⁵⁷ La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

Afrique¹³⁵⁸ dont certaines des dispositions visent directement les déplacements de population à raison des projets de développement¹³⁵⁹. Comme le relève F. Ouguergouz, « vu l'extrême prudence traditionnellement affichée par les États africains dans le domaine de la protection des droits de l'homme en général et dans celui du règlement judiciaire des différends en particulier, on peut s'interroger sur la raison d'être de l'attribution à la Cour d'une compétence matérielle aussi large »¹³⁶⁰.

Les individus et ONG ayant le statut d'observateur auprès de la Commission africaine peuvent saisir directement la Cour si et seulement si l'Etat en cause, partie au Protocole, a fait une déclaration au titre de l'article 34.6 du Protocole autorisant une telle démarche. L'article 34.6 dispose qu'« [à] tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, *l'Etat doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration* »¹³⁶¹. Le fait que la saisine directe de la Cour par les individus et les ONG soit conditionnée à l'acceptation préalable de l'Etat en cause est une limite extrêmement importante à l'efficacité de la Cour¹³⁶². Au 5 juillet 2015, seuls sept des vingt-quatre Etats africains ayant ratifié le Protocole instituant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ont également autorisé la saisine directe par les individus et ONG par le biais de la déclaration de l'article 34, 6)¹³⁶³.

¹³⁵⁸ La Convention de l'UA sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique a été adoptée le 23 octobre 2009. Elle est entrée en vigueur le 6 décembre 2012 et a été ratifiée, au 5 juillet 2015, par vingt-deux Etats africains : <http://tinyurl.com/pobz8wb>. Pour une analyse du texte, v. Duchatellier M., Phuong C. Catherine, « The African Contribution to the Protection of Internally Displaced Persons : a Commentary on the 2009 Kampala Convention » in Chetail V., Bauloz C., (dirs.), *Research Handbook on International Law and Migration*, 2014, pp. 650-667. Taddele Maru, M., *The Kampala Convention and its contributions to international law : legal analyses and interpretations of the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons*, Eleven International Publishing, 2014, 398 p. ; Meffre A., « La Convention sur la Protection et l'Assistance des Personnes Déplacées en Afrique du 23 octobre 2009 : une pierre de plus dans l'édification d'un droit international des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ? », in Delas O., Leuprecht M., *Liber amicorum Peter Leuprecht*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 483-505.

¹³⁵⁹ V., plus spécifiquement les articles 3, 10 et 11 de la Convention.

¹³⁶⁰ OUGUERGOUZ F., « La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des peuples : gros plan sur le premier organe judiciaire Africain à vocation continentale », *Annuaire français de droit international*, vol. 52, 2006, p. 227.

¹³⁶¹ Protocole (...) portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *op. cit.*, art. 34, 6).

¹³⁶² Sur la question de l'accès direct au prétoire de la Cour, v. JUMA D., « Access to the African Court on Human and People's Rights: A Case of Poacher turned Gamekeeper », *Essex Human Rights Review*, vol. 4, 2007, **non paginé** ; KAZADI MPIANA, J., « La saisine du juge africain des droits de l'homme par les individus et les ONG : regards critiques sur les premiers arrêts et décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples », *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 90, 2013, pp. 315-352 ; MUBIALA M., « L'accès de l'individu à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », in KOHEN M. G. (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber amicorum Lucius Caflisch, Nijhoff*, 2007, pp. 369-378 ; NIYUNGOKO G., « La problématique de l'accès des particuliers à la cour africaine des droits de l'homme et des peuples en matière contentieuse », in ALEN A., JOOSTEN V., LEYSE R., VERRIJDT W. (dirs.), *Liber amicorum Marc Bossuyt*, 2013, pp. 481-497.

¹³⁶³ Burkina Faso (28/07/1998), Côte d'Ivoire (23/07/2013), Ghana (10/03/2011), Malawi (09/10/2008), Mali (19/02/2010), Rwanda (06/02/2013), Tanzanie (29/03/2010).

3. L'accès à la Cour interaméricaine des droit de l'homme

La Convention américaine des droits de l'homme, le 22 novembre 1969, tarda à entrer en vigueur en raison, notamment, de l'emprise des régimes autoritaires. Ce fut chose faite le 18 juillet 1978 et la Cour de San José commença à fonctionner (laborieusement) au début des années 80. Sa saisine était conditionnée par le bon vouloir de la Commission interaméricaine qui recueillait (et recueille toujours les « pétitions »). La saisine de la Cour ne demeure possible, en tout état de cause, que si les Etats en ont préalablement accepté la compétence¹³⁶⁴. Sa compétence contentieuse demeure subordonnée à la saisine préalable de la Commission par les individus. L'article 61 de la Convention dispose à cet effet que « seuls les Etats parties à la présente Convention et la Commission ont qualité pour saisir la Cour » (art. 61, 1)) et que « la Cour ne connaît d'une espèce quelconque qu'après l'épuisement de la procédure prévue aux articles 48 à 50 » (art. 61, 2)). Ces derniers organisent la procédure devant la Commission et doivent être lus parallèlement avec le Règlement applicable à cet organe. Une fois adopté le rapport de l'article 50 de la Convention, l'individu se trouve tout simplement exclu de ceux qui ont qualité pour saisir la Cour, cette habilitation n'étant accordée qu'à la Commission et aux Etats parties. La pratique de la Commission n'offrait pas en outre de critères de base lui permettant de prédire quand ou sous quelles conditions elle allait décider de soumettre une affaire à la Cour. Ni l'article 51, 1) de la Convention, ni le Statut de la Commission ne précisent les critères permettant à la Commission de déférer une affaire à la Cour :

« Si dans un délai de trois mois, à compter de la remise aux Etats intéressés du rapport de la Commission, l'affaire n'est pas tranchée ou *déférée à la Cour par la Commission* ou par l'Etat en cause, la juridiction de la Commission étant acceptée, celle-ci pourra, à la majorité absolue de ses membres, émettre un avis et des conclusions quant à la question soumise à son examen »¹³⁶⁵.

Ces carences expliquent la défiance historique de la Commission à l'égard de la Cour : forte de sa création antérieure à celle de la Cour de San José, elle entendait préserver coûte que coûte ses prérogatives face au nouvel organe juridictionnel¹³⁶⁶. Dans sa résolution de juin 2000, *Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su Perfeccionamiento y Fortalecimiento*, l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains (OEA), avait recommandé à la Commission de considérer, dans le cadre des normes qui

¹³⁶⁴ Convention américaine des droits de l'homme, art. 62.

¹³⁶⁵ Convention américaine des droits de l'homme, art. 51, 1).

¹³⁶⁶ Allain J., *A Century of International Adjudication. The Rule of Law and its Limits*, T.M.C. Asser Press, La Haye, 2000, pp. 93 et s., cité in Burgorgue-Larsen L., « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2008, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, p. 151.

déterminent ses compétences et son autonomie réglementaire établie dans la Convention, la possibilité de définir et d'établir divers critères liés à l'instruction des pétitions individuelles¹³⁶⁷ et de définir les critères qu'elle suit pour décider de la soumission d'une affaire à la Cour¹³⁶⁸. Cela sera chose faite avec l'adoption, le 8 décembre 2000, puis l'entrée en vigueur, le 1er mai 2001 du nouveau Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme¹³⁶⁹. L'article 44.2 établit que, pour soumettre l'affaire concernée à la Cour, « la Commission cherchera fondamentalement à ce que justice soit faite dans le cas particulier, en se fondant, entre autres, sur les éléments suivants : a. la position du pétitionnaire; b. la nature et la gravité de la violation; c. la nécessité de développer ou d'éclaircir la jurisprudence du système; d. l'effet éventuel de la décision sur les ordonnancements juridiques des Etats membres; et e. la qualité de la preuve disponible ». Parallèlement, le Règlement prévoit que « a. si la Commission décide de soumettre l'affaire à la Cour, elle notifie immédiatement cette décision au pétitionnaire et à la victime et leur transmet « tous les éléments nécessaires à l'établissement et à la présentation de la demande » (art. 71) et s'il en fait la demande, la Commission accepte le pétitionnaire en tant que « délégué » auprès de la Cour (art. 69.2).

B. Un contrôle dont l'efficacité est limitée par le renvoi fréquent à la marge d'appréciation nationale d'appréciation des Etats en matière d'aménagement du territoire

L'atténuation du contrôle du juge international à l'égard de la construction de l'ouvrage public s'exprime *ab initio* par l'éviction de tout contrôle substantiel sur le bien fondé de l'opération d'aménagement du territoire. Le juge international s'appuie pour ce faire sur la doctrine de la « marge d'appréciation nationale de l'Etat » (1) dont l'affaire de la construction du barrage d'Itoiz, portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, constitue une illustration importante (2).

1. Le renvoi à la marge d'appréciation des Etats en matière d'aménagement du territoire

Les réticences à voir le juge international s'immiscer dans le bien-fondé des politiques d'aménagement du territoire demeurent vivaces, comme peut également en témoigner, dans le contexte interaméricain des droits de l'homme, la réserve opposée par l'Argentine à la Convention : « La position du Gouvernement argentin est que ne peuvent faire l'objet d'une révision par un tribunal

¹³⁶⁷ AG/RTES. 1701 (XXX-O/00), 5-6-2000, § 6.

¹³⁶⁸ AG/RTES. 1701 (XXX-O/00), 5-6-2000, § 6, f).

¹³⁶⁹ Ce faisant le « nouveau » Règlement succède à celui par la Commission le 8 avril 1980, et amendé en 1985, 1987, 1995, 1996 et 1997. Sur les innovations introduites par ce texte, v. l'article de référence de Gialdino R. E., « Le nouveau Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme », *RTDH*, vol. 55, 2003, pp. 895-922.

international les questions inhérentes à sa politique économique. *Ne sont pas considérées non plus comme révisables les décisions des tribunaux nationaux portant sur ce que ceux-ci qualifient de questions d'« utilité publique » ou d'« intérêt social » ni les décisions de ces juridictions définissant la « juste indemnisation »*¹³⁷⁰. Lorsque la limitation du contrôle du juge international ne prend pas la forme d'une réserve expresse, elle s'observe indirectement à travers la notion de « marge nationale d'appréciation » dont nous étudierons ci-après les implications en nous appuyant sur l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Prise en son sens commun, la notion de marge suggère l'idée de « temps, espace, quantité, latitude, liberté suffisamment grande pour rendre quelque chose plus facile, moins contraignant ». Elle est « une certaine possibilité de faire un pas de côté, de s'écarter de quelque chose, de bénéficier d'une certaine latitude »¹³⁷¹. Elle se situe au cœur des systèmes de droit contemporain, tant en droit interne qu'en droit international. Comme l'indiquent M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, « le propre de l'internationalisation du droit est d'avoir introduit de surcroît, avec la recherche d'un droit commun qui ne rejette pas pour autant la notion de marge « nationale » d'appréciation, une reconnaissance de la diversité des systèmes de droit, voire un pluralisme des ordres juridiques eux-mêmes, si l'on entend par là « l'existence simultanée au sein d'un même ordre juridique de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques »¹³⁷².

La marge nationale d'appréciation n'est pas inscrite dans la Convention européenne des droits de l'homme, mais la Cour a dégagé très tôt cette notion dans les affaires où des mesures restrictives, voire dérogatoires, sont admises par la convention, sous la condition que ces mesures apparaissent nécessaires dans une société démocratique », ou soient prises « dans la stricte mesure où la situation l'exige »¹³⁷³. La Cour EDH considère à cet égard que les États sont en principe mieux placés en ces matières que le juge international. Elle ne renonce pas pour autant à tout contrôle, simplement elle limite celui-ci en fonction d'un seuil de compatibilité qui détermine l'ampleur de la marge. La notion

¹³⁷⁰ Réserve présentée par l'Argentine à l'appui de son instrument de ratification de la Convention américaine des droits de l'homme le 5 septembre 1984 : <http://tinyurl.com/nbavtvq> (consulté pour la dernière fois le 5 juillet 2015).

¹³⁷¹ DELMAS-MARTY M., IZORCHE M.-L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n°4, 2000, p. 754.

¹³⁷² *Ibid.*

¹³⁷³ Sur l'analyse de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme, v. DELMAS-MARTY M., IZORCHE M.-L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *op. cit.*, pp. 753-780 ; MAHONEY P. *et al.*, « The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights : Its Legitimacy in Theory and Application in Practice », *Human Rights Law Journal* 1998, n° 19, pp. 1-36 ; LAVENDER N., « The Problem of the Margin of Appreciation », *Human Rights Law Review*, 1997, n°4, pp. 380-390 ; JONES T. H., « The Devaluation of Human Rights Under the European Convention », *Public Law*, 1995, pp. 430-439 ; MACDONALD R. St. J., « The Margin of Appreciation » in MACDONALD R. St. J., F. MATSCHER ET H. PETZOLD (dirs.), *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht, Boston, Londres : Martinus Nijhoff, 1993, pp. 83-124, ; YOUROW H. C., « The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence », *Connecticut Journal of International Law*, 1987, n° 3, pp. 111-159 ; O'DONNELL T. A., « The Margin of Appreciation Doctrine : Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Right », *Human Rights Quarterly*, 1982, n° 4, pp. 474-496.

de marge nationale d'appréciation fut évoquée pour la première fois par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lawless c. Irlande*. Suivie sur ce point par la Cour¹³⁷⁴, la Commission avait reconnu aux États une « marge nationale d'appréciation » les dérogations au respect de l'article 5 (notamment des gardes à vue de plusieurs mois sans présentation au juge) avaient été prises, en raison de la situation irlandaise, « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». Mais c'est seulement dans l'affaire *Linguistique belge*¹³⁷⁵ que la Cour a précisé les fondements de sa doctrine, en soulignant qu'elle « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vu le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la convention », ce caractère subsidiaire résultant notamment du principe de double compétence juridictionnelle, qui n'admet la recevabilité d'un recours à Strasbourg qu'après « l'épuisement des voies de recours internes ». Le fonctionnement de la marge montre qu'il ne s'applique pas de façon uniforme, car la marge nationale « ne saurait être reconnue par la Cour de manière générale à l'autorité nationale dans sa jurisprudence »¹³⁷⁶. En pratique la marge n'est reconnue ouvertement que dans deux domaines : celui des dérogations prévues en cas d'urgence de l'article 15 et celui des « restrictions nécessaires dans une société démocratique » mentionnées dans les articles 8 à 11 de la Convention et dans les articles 1 et 3 du Protocole additionnel n° 1. Il s'agit cependant d'une simple « marge » d'appréciation dont la Cour rappelle qu'elle « va de pair avec un contrôle européen ». Comme cela a été relevé, « entre les deux termes de l'alternative *obligation de conformité/appréciation souveraine des États*, la marge nationale introduit une troisième formule, l'*obligation de compatibilité*, au sens le plus précis du terme. Alors que la conformité va de pair avec l'exigence d'identité (c'est-à-dire l'exigence de pratiques nationales strictement conformes à la conduite prescrite par la norme internationale), la compatibilité repose sur une exigence de proximité (c'est-à-dire l'exigence de pratiques suffisamment proches de la norme internationale pour être jugées compatibles). La décision de compatibilité impose donc de situer la pratique en cause sur une échelle graduée et de fixer un seuil. C'est pourquoi la marge implique un changement de logique juridique (de la logique binaire classique à une logique de gradation évoquant les sous-ensembles flous) »¹³⁷⁷.

Alors que les théoriciens classiques des droits naturels jugeaient le droit de propriété essentiel, son statut et ses limites ont été beaucoup plus controversés à l'époque de la rédaction de la Convention. Les travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme éclairent

¹³⁷⁴ CEDH, 23 juill. 1961.

¹³⁷⁵ CEDH, 23 juill. 1968.

¹³⁷⁶ GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J., « Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la CESDH », in *Mélanges Wiarda, Carl Heymans Verlag*, 1988, p. 201 et s. ; Ost F., « Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH », in *Raisonner la raison d'État*, PUF, 1989, p. 440 et s., cités in DELMAS-MARTY M., IZORCHE M.-L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n°4, 2000, p. 761.

¹³⁷⁷ DELMAS-MARTY M., IZORCHE M.-L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *op. cit.* p. 761 *in fine*.

sur la crainte nourrie par les représentants des Etats de voir la Cour contrôler indirectement les politiques d'aménagement du territoire. Comme le relevaient dès 1949 plusieurs membres de la Commission juridique de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe « [...] il ne serait actuellement pas possible de confier à un organisme international la protection du droit de propriété parce qu'il ne serait pas possible de charger un tel organisme d'apprécier la légitimité des charges ou des restrictions de formes diverses *qui, selon les conditions économiques ou sociales d'un pays, peuvent être imposée à la propriété privée en raison de sa fonction sociale et de l'utilité générale* »¹³⁷⁸. La volonté était alors de limiter le plus possible l'étendue du contrôle de la future Cour « [...] à ce qui est requis pour la réalisation des fins essentielles du Conseil de l'Europe. Au surplus, le contrôle du respect par un Etat du droit de propriété de ses ressortissants conduirait inévitablement à saisir le Conseil de l'Europe de questions de politique interne particulièrement brûlantes, ce qui apparaîtrait au moins prématuré »¹³⁷⁹. La prudence était alors de mise, « (...) car c'est tout autre de marquer son accord à une déclaration de principe qui ne fait pas l'objet d'une convention, qui n'ouvre aucun droit à discussion d'intervention à aucun autre Etat, et, au contraire, inclure ce principe dans une convention internationale et *d'accepter que, dorénavant, notre action en ce domaine puisse faire l'objet de critiques, de discussions, éventuellement de procès à l'initiative de n'importe quel autre Etat* »¹³⁸⁰. Le droit de propriété n'a donc pas été inclus dans le corps de la Convention et ne sera consacré qu'ultérieurement dans le Protocole additionnel. Le texte de l'article 1 de ce protocole résulte d'un compromis, les termes « le respect de ses biens » remplaçant ceux, plus forts, de « droit de propriété » :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte *au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général* ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes »¹³⁸¹.

¹³⁷⁸ Conseil de l'Europe, Travaux préparatoires de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, CDH (76) 36, 13 août 1976, p. 4. Nos italiques.

¹³⁷⁹ Amendement présenté par M. Rolin (Belgique), Lord Layton (Royaume-Uni), M. Ungoed-Thomas (Royaume-Uni), M. Elvgren (Suède) et M. Edberg (Suède), membres de la Commission juridique de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe : Conseil de l'Europe, Travaux préparatoires de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, CDH (76) 36, 13 août 1976, p. 5

¹³⁸⁰ Intervention de M. Rolin, membre de la Commission des affaires juridiques de l'Assemblée consultative, en 1949. Compte-rendu des débats de l'Assemblée consultative, 1949, IV, p. 1233, cité in Conseil de l'Europe, Travaux préparatoires de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, CDH (76) 36, 13 août 1976, p. 43. Nos italiques.

¹³⁸¹ Article 1, Protocole n°1. Nos italiques.

La marge d'appréciation se retrouve également dans la Convention américaine des droits de l'homme dont l'article 21, 2) dispose que « nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, *pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi* »¹³⁸². Elle se retrouve également dans l'article 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui prévoit que « le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que *par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées* »¹³⁸³.

De tous les droits garantis par la Convention EDH, le droit de propriété est celui qui est soumis aux limitations les plus larges, ce qui reflète une prise de conscience des buts légitimes que peut avoir l'Etat démocratique libéral de porter atteinte à la propriété privée : politique sociale, planification économique, réglementation, par exemple. Ces restrictions sont de deux ordres. Aux termes du premier paragraphe, toute personne peut être légitimement privée de sa propriété « dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international » (clause de privation). Le second paragraphe dispose en outre que cette possibilité ne porte pas atteinte au droit des Etats « de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes » (clause de contrôle). Le texte de la clause de privation, tout comme d'ailleurs les clauses semblables des articles 15 et 8 à 11, n'autorise pas plus qu'il n'exclut de critère objectif et, partant, il était loisible aux organes de Strasbourg de reconnaître aux Etats une marge d'appréciation pour définir ce qu'est l'intérêt public.

Dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*¹³⁸⁴, le gouvernement suédois avait accordé à la municipalité de Stockholm un permis d'exproprier par zone qui frappait 164 immeubles dont celui des requérants. La ville entendait construire un viaduc qui enjamberait l'une des artères commerçantes du centre de la capitale. Les requérants alléguaient que la longue durée des permis d'exproprier (23 ans dans l'affaire Sporrong, 8 ans dans l'affaire Lönnroth) assortie de l'interdiction de construire (25 ans dans l'affaire Sporrong, 12 ans dans l'affaire Lönnroth) avait porté atteinte aux droits que leur garantit l'article 1 du Protocole n° 1. La Cour a constaté que si, techniquement, les requérants n'avaient pas été « privés » de leur propriété par les permis, leur capacité de jouissance et de disposition de cette propriété avait été considérablement réduite en pratique. Elle a estimé que les interdictions de construire s'analysaient en des mesures de réglementation de l'usage des biens au sens du second alinéa de l'article 1, cependant que les permis d'expropriation représentaient une ingérence dans leur droit au respect de leurs biens au sens du premier alinéa. Par dix voix contre neuf,

¹³⁸² Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 21, 2).

¹³⁸³ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 14.

¹³⁸⁴ *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, série A n° 52

la Cour a jugé que, dans le cadre de l'aménagement et de la mise en valeur de la capitale suédoise, un juste équilibre entre les intérêts de la collectivité et les droits des requérants n'avait pas été ménagé du fait que ces derniers « ont supporté une charge spéciale et exorbitante que seules auraient pu rendre légitime la possibilité de réclamer l'abrègement des délais ou celle de demander réparation »¹³⁸⁵. Tout en recourant au même critère que la majorité, huit des neuf juges auteurs de l'opinion dissidente ont estimé que la large marge d'appréciation reconnue dans de tels cas excluait la violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

Dans l'affaire *Phocas c/ France*¹³⁸⁶, le requérant s'était plaint de l'atteinte portée à son droit au respect de ses biens par la durée des limitations (3 juillet 1965-22 janvier 1982) que lui imposait un projet d'assainissement routier. La Cour a jugé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 : les Etats « jouissent d'une grande marge d'appréciation pour mener leur politique d'urbanisme »¹³⁸⁷ et un juste équilibre avait été ménagé entre les intérêts de la collectivité et les droits de l'individu dès lors que le requérant a eu la possibilité de vendre son terrain à la collectivité locale à un prix fixé par un juge de l'expropriation, même s'il ne l'a pas fait dans le délai prévu.

La marge d'appréciation nationale entraîne pour première conséquence la consécration d'un très large pouvoir discrétionnaire d'atteinte au droit de propriété dès lors qu'un dédommagement raisonnable est offert à ceux qui en sont victimes¹³⁸⁸. Toutefois, la condition d'intérêt général posée dans la clause de contrôle suggère nettement l'existence d'un critère subjectif et, par là même, une marge d'appréciation encore plus étendue. Aux débuts de sa jurisprudence¹³⁸⁹, la Cour a interprété cette idée en ce sens que les Etats étaient les seuls juges de la nécessité d'une ingérence alors que, par la suite, elle a intégré dans son raisonnement la notion de proportionnalité¹³⁹⁰. Cela postule, dans ce cadre, la prise en compte des circonstances de l'espèce¹³⁹¹, une attention toute particulière étant portée à la prévention de l'arbitraire, l'existence d'autres possibilités propres à aboutir au but recherché, la présence de garanties de procédure et les conséquences de cette ingérence pour les personnes en cause¹³⁹². Rien n'a toutefois été fait pour définir le sens de l'intérêt général ou public dans ce contexte et, encore que la Cour fasse souvent usage de la notion d'équilibre, concrètement la généralité des dispositions de l'article 1 signifie que, pour obtenir gain de cause, le requérant doit démontrer que la restriction prévue par la loi était déraisonnable¹³⁹³. L'examen de la Cour se limite donc, en pratique,

¹³⁸⁵ *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, série A n° 52, § 73.

¹³⁸⁶ *Phocas c/ France*, arrêt du 23 avril 1996, Recueil 1996-II, p. 519.

¹³⁸⁷ *Phocas c/ France*, arrêt du 23 avril 1996, § 55.

¹³⁸⁸ WINISDOERFFER Y., « Margin of Appreciation and Article 1 of Protocole n°1 », *Human Rights Law Journal*, 1998, n° 18-20, p. 20.

¹³⁸⁹ Arrêt *Handyside*, *op. cit.*, § 62 ; arrêt *Marckx c/ Belgique*, *op. cit.* § 64.

¹³⁹⁰ Affaire *Mellacher et autres c/ Autriche*, arrêt du 19 décembre 1989, série A n° 169, § 47.

¹³⁹¹ Affaire *Hentrich c/ France*, arrêt du 22 septembre 1994, série A n° 296-A, §§ 45-49.

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ WINISDOERFFER Y., « Margin of Appreciation and Article 1 of Protocole n°1 », *op. cit.*, p. 18.

à vérifier si, dans l'abstrait, une ingérence au titre de la clause de privation poursuivait un intérêt légitime. De même, s'agissant de la clause de contrôle, les organes de Strasbourg se bornent à examiner, dans l'abstrait, la légitimité de l'objectif de l'aménagement du territoire¹³⁹⁴, de la protection de l'environnement¹³⁹⁵, etc. L'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'Etat pour ce qui est tant de l'objectif poursuivi que de la proportionnalité des mesures adoptées en vue de sa réalisation demeure si large que ce n'est que dans des cas limites que la Cour est amenée à constater une violation de l'article 1 du Protocole no 1 dès lors que les victimes d'une atteinte au droit de propriété sont indemnisées¹³⁹⁶.

2. Exemple d'application : le contentieux du barrage d'Itoiz devant la Cour européenne des droits de l'homme (Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne)

Dans l'affaire *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, cinq ressortissants espagnols et une association avaient saisi la Cour d'une requête en violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Le différend portait sur l'approbation au mois de février 1989 de la construction d'un barrage à Itoiz, dans la province espagnole de Navarre. L'ouvrage nécessitait l'inondation de trois réserves naturelles et de plusieurs petits villages, dont Itoiz, où résidaient les requérants¹³⁹⁷. Comme souvent s'agissant de la contestation des projets de développement, une association - *Coordinadora de Itoiz* - fut créée dont l'objet, selon ses statuts, était notamment de « coordonner les efforts de ses membres pour s'opposer à la construction du barrage d'Itoiz et de militer pour un autre choix de vie sur le site, de représenter et défendre la zone touchée par ce barrage ainsi que ses intérêts devant toute instance et à tous les niveaux – local, provincial, national ou international –, ainsi que de faire prendre conscience à l'opinion publique des impacts de cet ouvrage »¹³⁹⁸.

L'arrêté ministériel autorisant le projet de construction fut attaqué devant le juge administratif espagnol par l'association et les villages promis à l'inondation lors du remplissage du réservoir de l'ouvrage. Les requérants s'appuyaient pour ce faire sur plusieurs motifs d'illégalité. Ils soutenaient notamment devant le juge interne que la procédure d'information publique avait été viciée, que le projet de barrage avait été adopté sans approbation préalable des plans hydrologiques de chaque bassin fluvial et du plan national, et que le projet ne présentait aucun intérêt public ou social. Ils soutenaient également que le projet portait atteinte à la législation sur la protection de l'environnement, en l'absence d'étude sur ses répercussions au niveau écologique. Enfin, l'attention

¹³⁹⁴ Affaire Allan Jacobson c/ Suède, arrêt du 25 octobre 1989, série A no 163, § 57.

¹³⁹⁵ Affaire Pine Valley c/ Irlande, arrêt du 29 novembre 1991, série Ao 222, § 57.

¹³⁹⁶ WINISDOERFFER Y., « Margin of Appreciation and Article 1 of Protocole n°1 », *op. cit.*, p. 19.

¹³⁹⁷ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 9. D'après le Gouvernement, le nombre total de propriétaires affectés par la construction du barrage était estimé à 159, dont 13 habitant à Itoiz même.

¹³⁹⁸ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 10.

du tribunal était attirée sur l'impact du projet sur les réserves naturelles et sur l'habitat de la zone concernée, à la lumière des recommandations du Conseil de l'Europe relatives à la construction d'ouvrages sur la chaîne pyrénéenne¹³⁹⁹ et de la politique agricole commune de l'Union européenne.

Le juge saisi fit partiellement droit à leur recours en estimant que le projet de barrage aurait dû se fonder, juridiquement, sur le plan hydrologique national, lequel était inexistant au moment de l'approbation de l'ouvrage. Le tribunal accueillit également la demande concernant la détermination précise des bandes de protection des réserves affectées par le barrage ainsi que l'exploitation de carrières nécessaires à la construction de l'ouvrage. L'association requérante sollicita l'exécution provisoire de l'arrêt auprès du juge administratif afin d'obtenir la suspension des travaux de construction du barrage. Le juge fit droit à la demande de suspension tout en prenant les mesures nécessaires pour assurer la fin des travaux entamés ainsi que la conservation et la sécurité des travaux déjà effectués, sous réserve du versement d'une caution par l'association requérante. Dans une audience parallèle, le même juge ordonna la suspension du remplissage du barrage et des mesures de déplacement de la population concernée en vue de préserver les trois réserves naturelles touchées par le projet. L'Etat espagnol et le gouvernement autonome de Navarre formèrent un pourvoi en cassation contre l'arrêt du juge administratif devant le Tribunal suprême. Par un arrêt du 14 juillet 1997, ce dernier annula partiellement, mais de façon définitive, le projet de construction du barrage s'agissant des cinq cents mètres de la zone de protection des réserves naturelles. Cet arrêt impliquait la réduction des dimensions du projet de barrage et diminuait également l'étendue des terrains inondables, de sorte que le village d'Itoiz, où se trouvaient les biens immeubles des requérants, se voyait préservé de l'inondation.

L'affaire aurait dû s'arrêter là si une loi autorisant la construction n'avait pas été adoptée en urgence après le dépôt du pourvoi en cassation et avant que l'arrêt du Tribunal suprêmes ne soit rendu. Confrontée à l'impossibilité de poursuivre la construction de l'ouvrage suite à la décision du juge administratif saisi en première instance, l'assemblée législative de la communauté autonome de Navarre contourna l'obstacle de la décision judiciaire par l'adoption, en 1996, d'une loi relative aux espaces naturels de Navarre (ci-après « la loi autonome de 1996 »). Cette loi visait dans un premier temps à établir un cadre juridique propre à la Navarre afin de protéger, préserver et améliorer les parties de son territoire dotées de valeurs naturelles dignes d'être sauvegardées conformément à la législation de l'Etat et aux directives communautaires en matière de protection de l'environnement. Dans un second temps, le texte se donnait pour objectif d'harmoniser la législation sur les espaces naturels adoptée par la communauté autonome de Navarre. A cet effet, la loi énumérait les réserves et

¹³⁹⁹ COMITE DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation relative à la protection et la conservation du patrimoine technique, industriel et des ouvrages d'art en Europe*, Rec(90)20F, 13 septembre 1990 ; COMITE DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation relative à la protection et mise en valeur du patrimoine archéologique dans le contexte des opérations d'aménagement urbain et rural*, Rec(85)5F, 13 avril 1989.

espaces naturels de Navarre protégés et en déterminait les limites. En outre, elle fixait pour chaque type d'espace protégé le genre d'activités et d'usages autorisés ou interdits et offrait désormais la possibilité de reclasser les bandes de protection ou de réaliser sur celles-ci des activités dans le cadre d'infrastructures déclarées d'intérêt général ou d'utilité publique¹⁴⁰⁰. Par voie de conséquences, le gouvernement autonome de la province de Navarre prit les mesures réglementaires modifiant le périmètre des réserves naturelles touchées par le barrage, de telle sorte que la construction était désormais possible.

L'administration centrale de l'Etat et le gouvernement autonome de Navarre firent alors valoir devant le juge interne qu'il était devenu juridiquement impossible de procéder à l'exécution de l'arrêt du Tribunal suprême de 1997, dans la mesure où la loi autonome de 1996 avait supprimé de la zone à inonder toute bande de protection de réserves naturelles. Dès lors, compte tenu de cette modification législative, il était devenu possible d'effectuer les travaux d'intérêt général prévus sur ces bandes de protection. L'association requérante contesta la thèse des autorités en excipant de l'inapplicabilité à cette affaire de la loi autonome de 1996, celle-ci ayant été adoptée postérieurement aux décisions administratives rendues dans la procédure litigieuse ainsi qu'aux décisions judiciaires interdisant la poursuite des travaux. A titre subsidiaire, l'association sollicita également le renvoi préjudiciel en inconstitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel de certaines dispositions de la loi autonome, en particulier celles qui autorisaient la suppression des bandes de protection des trois réserves naturelles dans la zone à inonder, ce qui d'après elle permettait l'exécution de travaux et le remplissage du barrage dans ses dimensions d'origine. Par un arrêt du 14 mars 2000, le Tribunal constitutionnel jugea conformes à la Constitution les dispositions attaquées de la loi autonome de 1996. D'emblée, la haute juridiction observa que, depuis l'entrée en vigueur de la loi autonome de 1996, l'exécution de l'arrêt du Tribunal suprême du 14 juillet 1997, prononcé en vertu de la loi autonome de Navarre n° 6/1987, était devenue impossible dans la mesure où le projet annulé était conforme à la nouvelle loi. Examinant l'objet de la loi autonome de 1996, le Tribunal constitutionnel se prononça ainsi : « (...) Son objet est d'établir un régime général de protection de l'environnement des espaces naturels de la communauté autonome de Navarre. Ainsi, ce régime de protection [était] applicable (...) aux réserves naturelles déjà déclarées par la loi autonome antérieure, même si la différence substantielle entre le régime juridique de l'une et de l'autre tient à ce qui a été établi pour les zones périphériques de

¹⁴⁰⁰ Loi autonome n° 9/1996 du 17 juin 1996 relative aux espaces naturels de Navarre, art. 18 « Bandes périphériques de protection » : « 1. Moyennant une loi autonome, le Parlement de Navarre peut délimiter autour des réserves intégrales et des réserves naturelles (...) une bande périphérique de protection pouvant être discontinue ; celle-ci est destinée à éviter l'impact d'éléments extérieurs sur l'environnement ou le paysage. (...) 3. Le régime des activités et usages à l'intérieur des bandes périphériques de protection des réserves intégrales, réserves naturelles et enclaves naturelles est le suivant : A) Activités ne relevant pas de la construction, A.1. Pourront être autorisées : (...) *Les activités liées à l'exécution des infrastructures d'intérêt général ou d'utilité publique.* (...) B) Activités de construction / B.1. Pourront être autorisées : (...) – *Les infrastructures déclarées d'intérêt général ou d'utilité publique* (...) ». Nos italiques.

protection »¹⁴⁰¹. Concernant l'atteinte alléguée au droit à une procédure équitable, en ce que la loi autonome de 1996 faisait dorénavant obstacle à l'exécution de l'arrêt du Tribunal suprême, qui avait annulé une partie du projet de construction du barrage d'Itoiz, la haute juridiction estima que le fait d'avoir entre-temps approuvé une nouvelle loi modifiant le régime juridique applicable aux zones périphériques de protection et remplaçant une loi antérieure sur la base de laquelle le projet avait été déclaré partiellement nul, n'était pas contraire en soi au droit à l'exécution des décisions judiciaires consacré par l'article 24 de la Constitution espagnole.

Se référant à la jurisprudence de la Cour EDH¹⁴⁰², le Tribunal constitutionnel se demanda si l'impossibilité – résultant de la loi autonome de 1996 – d'exécuter l'arrêt du Tribunal suprême était ou non justifiée en raison des valeurs et des biens protégés par la Constitution. Après avoir conclu que la sauvegarde de l'environnement était constitutionnellement protégée, le Tribunal constitutionnel rechercha si le sacrifice découlant de l'inexécution de l'arrêt en cause était proportionné aux intérêts protégés ou en litige, ou bien si ce sacrifice était inutile, excessif ou à l'origine d'un déséquilibre manifeste des intérêts en jeu. Le tribunal considéra que tant l'arrêt du Tribunal suprême du 14 juillet 1997 que la nouvelle loi autonome de 1996 avaient pour objectif de garantir l'existence d'une zone périphérique de protection des trois réserves naturelles affectées par la construction du barrage. Le Tribunal constitutionnel nota en outre que le régime des zones périphériques de protection instauré par cette nouvelle loi n'avait pas été considéré comme arbitraire en soi dans la décision de l'*Audiencia Nacional*, et que la nouvelle délimitation des zones n'avait pas non plus été jugée responsable de la grave dégradation de l'environnement. Il conclut donc au respect de l'équilibre des intérêts généraux et à l'inexistence d'une disproportion manifeste entre les intérêts concurrents. En conséquence, les dispositions attaquées ne pouvaient être déclarées inconstitutionnelles comme étant contraires à l'article 24 § 1 de la Constitution. Concernant le motif tiré du fait que le nouveau régime juridique des zones périphériques de protection des réserves naturelles figurait dans une loi, et non dans un règlement comme c'était le cas auparavant, et du fait que cela privait les intéressés de la possibilité de contrôler les actes de l'administration par voie contentieuse-administrative ou dans le cadre d'une procédure d'exécution, le Tribunal constitutionnel nota qu'il n'existait aucune disposition légale obligeant à organiser certaines matières par voie de règlement. En conséquence, le Tribunal constitutionnel rejeta le renvoi préjudiciel en inconstitutionnalité.

Devant la Cour, les requérants invoquaient à titre principal l'article 6 § 1 de la Convention. Les requérants alléguèrent que, dans le cadre de la procédure judiciaire entamée par eux contre la construction du barrage d'Itoiz, leur cause n'avait pas été entendue équitablement, dans la mesure où

¹⁴⁰¹ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 24.

¹⁴⁰² En particulier aux arrêts rendus dans les affaires *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* (arrêt du 9 décembre 1994, série A no 301-B), et *Papageorgiou c. Grèce* (arrêt du 22 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI)

ils s'étaient vu refuser le droit de prendre part à la procédure relative au renvoi préjudiciel en inconstitutionnalité de la loi autonome de 1996 alors que l'avocat de l'Etat et le ministère public avaient pu présenter leurs observations devant le Tribunal constitutionnel. Ils se plaignent également que l'adoption de la loi autonome en question ait visé à empêcher l'exécution d'un arrêt du Tribunal suprême devenu ferme et définitif. D'après eux, l'adoption de cette loi avait porté atteinte à leur droit à un procès équitable au regard de l'article 6 § 1 de la Convention et, pour les cinq premiers requérants, à leur droit au respect de leur vie privée et familiale et de leur domicile protégé par l'article 8 de la Convention, ainsi qu'à leur droit au respect de leurs biens garanti par l'article 1 (P1).

Pour que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer en son volet « civil », il faut qu'il y ait « contestation » sur un « droit » de « nature civile » que le requérant puisse prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne. Il doit s'agir d'une « contestation » réelle et sérieuse ; elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice. L'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question : un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisent pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1¹⁴⁰³. Devant la Cour, le Gouvernement espagnol niait que le litige ait porté sur des droits patrimoniaux ou subjectifs de l'association. Il estimait au contraire que le litige portait essentiellement sur une question de défense de la légalité et de droits collectifs, de sorte que nul droit « de caractère civil » ne se trouvait en jeu. L'association requérante affirmait au contraire avoir agi pour la défense de droits et intérêts individuels et privés de ses membres. La Cour fera droit à l'argumentation des requérants. Si les aspects de la contestation se rapportant à la défense de l'intérêt général ne portaient pas sur un droit de caractère civil dont les cinq premiers requérants seraient susceptibles de se prétendre titulaires en leurs noms propres, il en allait différemment des répercussions de la construction du barrage sur leur mode de vie et leurs propriétés. En effet, dans ses recours, l'association requérante se plaignait d'une menace précise et directe pesant sur les biens personnels et le mode de vie de ses membres. Cet aspect des recours revêtait indubitablement une dimension d'ordre patrimonial et civil, et se fondait sur une atteinte alléguée à des droits eux aussi patrimoniaux¹⁴⁰⁴ :

« Si la procédure devant le Tribunal constitutionnel était ostensiblement placée sous le sceau du droit public, il n'en reste pas moins qu'elle était déterminante pour l'issue finale de l'action en annulation du projet de barrage engagée par les intéressés devant les juridictions ordinaires. En l'espèce, les instances administratives et constitutionnelles apparaissaient même tellement imbriquées qu'à les dissocier on

¹⁴⁰³ V. par exemple, les arrêts *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, série A no 43, pp. 21-22, § 47, *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, série A no 294-B, pp. 45-46, § 56, *Masson et Van Zon c. Pays-Bas*, 28 septembre 1995, série A no 327-A, p. 17, § 44, *Balmer-Schafroth c. Suisse*, 26 août 1997, *Recueil* 1997-IV, p. 1357, § 32, et *Athanassoglou et autres c. Suisse* [GC], no 27644/95, § 43, CEDH 2000-IV ; voir aussi *Syndicat des médecins exerçant en établissement hospitalier privé d'Alsace et autres c. France* (déc.), no 44051/98, 31 août 2000).

¹⁴⁰⁴ *Procola c. Luxembourg*, arrêt du 28 septembre 1995, série A no 326, pp. 14-15, § 38.

verserait dans l'artifice et on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants. En soulevant la question relative à la constitutionnalité de la loi autonome, les intéressés ont utilisé l'unique moyen – indirect – dont ils disposaient pour se plaindre d'une atteinte à leurs propriétés et mode de vie (*Ruiz-Mateos* précité, p. 24, § 59). A cet égard, la Cour est d'avis que la procédure, dans son ensemble, peut être considérée comme portant également sur des droits de caractère civil des requérants, membres de l'association »¹⁴⁰⁵.

Au fond, les requérants invoquaient d'abord un moyen tiré de la violation du principe de l'égalité des armes. Ils faisaient valoir à cet égard qu'ils s'étaient retrouvés dans l'impossibilité de faire valoir leurs intérêts devant la juridiction constitutionnelle, alors que l'avocat de l'Etat et le ministère public ont pu présenter leurs observations devant le Tribunal constitutionnel. Ils soutenaient ensuite que l'adoption de la loi autonome de 1996 avait pour but d'empêcher l'exécution de l'arrêt du Tribunal suprême devenu définitif et exécutoire, ce qui, à leur avis, implique une interférence du pouvoir législatif dans l'issue du litige contraire à l'article 6 § 1.

Sur la violation du principe de l'égalité des armes - L'analyse de la Cour sur ce point n'est pas des plus significatives dans le cadre de notre réflexion, aussi nous nous limiterons à en présenter les éléments les plus substantiels. La Cour va rejeter l'argumentation des requérants au motif que la procédure portant sur la constitutionnalité d'une loi ne prévoyait ni un échange des mémoires produits ni une audience publique. Ainsi, à supposer même que les requérants eussent été formellement parties à la procédure, ils n'auraient pas reçu les mémoires soumis par les autres intervenants¹⁴⁰⁶.

Sur l'interférence alléguée du pouvoir législatif dans l'issue du litige - L'analyse de la Cour sur l'interférence alléguée du pouvoir législatif dans l'issue du litige est au contraire bien plus significative pour notre étude. La protection effective du justiciable et le rétablissement de la légalité impliquent l'obligation pour l'administration de se plier à un jugement ou arrêt prononcé par les juridictions nationales¹⁴⁰⁷. D'après les requérants, l'adoption de la loi autonome de 1996 avait pour but d'empêcher l'exécution de l'arrêt du Tribunal suprême, devenu définitif et exécutoire, ce qui constituait selon eux une immixtion du pouvoir législatif dans l'issue du litige contraire au procès équitable garanti par l'article 6 § 1. Le Gouvernement espagnol considérait au contraire que la loi critiquée avait été adoptée dans l'intérêt général et nullement dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire de l'affaire et ce en dépit de plusieurs prises de positions publiques de parlementaires indiquant que le texte avait pour principal but de contourner l'interdiction judiciaire du barrage. La question des interventions éventuelles d'un l'Etat, par la voie législative, pour peser sur l'issue de l'instance, déjà fixée au fond en sa défaveur, à laquelle il était partie n'est pas nouvelle dans la

¹⁴⁰⁵ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 47.

¹⁴⁰⁶ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, §§ 60-61.

¹⁴⁰⁷ *Antonetto c. Italie*, no [15918/89](#), § 28, 20 juillet 2000.

jurisprudence de la Cour¹⁴⁰⁸. Les juges considèrent à cet égard que le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige. Dans les précédentes affaires, la Cour avait été confrontée à l'intervention de l'Etat par le biais d'actes législatifs visant soit à influencer sur le dénouement de procédures judiciaires en cours, soit à entraver le déclenchement de procédures, ou à laisser sans effet des décisions judiciaires fermes et exécutoires reconnaissant des droits de créance personnels¹⁴⁰⁹. En va-t-il de même lorsque des décisions judiciaires suspendent ou interdisent des travaux publics ? La Cour va refuser de voir dans l'adoption de la loi autonome de 1996 une manœuvre déguisée permettant aux autorités publiques d'outrepasser la décision de suspension des travaux :

« En l'espèce, le litige opposant les requérants à la communauté autonome de Navarre portait sur un projet d'aménagement du territoire, domaine dans lequel la modification ou le changement de la réglementation à la suite d'une décision judiciaire est communément admis et pratiqué. En effet, si les titulaires de droits de créance pécuniaires peuvent en général se prévaloir de droits fermes et intangibles, *il en va autrement en matière d'urbanisme ou d'aménagement du territoire, domaines portant sur des droits de nature différente et qui sont essentiellement évolutifs. Les politiques d'urbanisme et d'aménagement du territoire relèvent par excellence des domaines d'intervention de l'Etat, par le biais notamment de la réglementation des biens dans un but d'intérêt général ou d'utilité publique. Dans de tels cas, où l'intérêt général de la communauté occupe une place prééminente, la Cour est d'avis que la marge d'appréciation de l'Etat est plus grande que lorsque sont en jeu des droits exclusivement civils* »¹⁴¹⁰.

Selon la Cour, l'adoption de la loi autonome de 1996 ne visait pas à écarter la compétence des tribunaux espagnols appelés à connaître de la légalité du projet de barrage, bien que l'exposé des motifs du texte faisait expressément mention des bandes périphériques de protection des réserves naturelles touchées par le projet de barrage. A la différence de l'affaire *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis*, où l'Etat était intervenu d'une manière décisive pour orienter en sa faveur l'issue

¹⁴⁰⁸ *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis*, précitée, *Papageorgiou*, précitée, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society* (« *Building Societies* ») c. Royaume-Uni, arrêt du 23 octobre 1997, Recueil 1997-VII, et *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], nos [24846/94](#) et [34165/96](#) à [34173/96](#), CEDH 1999-VII.

¹⁴⁰⁹ (arrêts précités, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis*, p. 82, § 49 ; *Papageorgiou*, p. 2288, § 37 ; *Building Societies*, p. 2363, § 112, et *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, § 57).

¹⁴¹⁰ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 70. Nos italiques.

d'une instance à laquelle il était partie, la loi autonome de 1996 concernait toutes les réserves et tous les espaces naturels protégés de Navarre, et pas uniquement la zone visée par la construction du barrage. Aux yeux de la Cour, la vocation générale de la loi et son absence d'effet rétroactif ne faisaient aucun doute :

« S'il est indéniable que l'adoption par le Parlement de Navarre de la loi en question s'avéra en dernier lieu défavorable aux thèses soutenues par les requérants, on ne saurait dire que ce texte a été approuvé dans le but de contourner le principe de la prééminence du droit. Au demeurant, une fois la loi autonome adoptée, les requérants ont obtenu le renvoi préjudiciel en inconstitutionnalité de certaines dispositions de la loi autonome devant le Tribunal constitutionnel, qui s'est prononcé au fond sur leurs prétentions. Devant la haute juridiction, la thèse des intéressés a été examinée au même titre que celles soumises par le gouvernement et le Parlement de Navarre. En définitive, le litige qui les opposait à l'Etat a été traité par les tribunaux espagnols dans le respect du procès équitable tel que garanti par l'article 6 § 1 »¹⁴¹¹.

Concluant à l'absence de violation de l'article 6 § 1, la Cour rejettera également les arguments des requérants tirés de la violation de leur droit au respect à la vie privée et familiale et au domicile, garanti par l'article 8 de la Convention, ainsi que du droit au respect de leurs biens, protégé par l'article 1 (P1).

*

¹⁴¹¹ Cour EDH, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n°62543/00, § 72.

CONCLUSION DU CHAPITRE V

Plusieurs obstacles se dressent à l'encontre de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public. Il en va ainsi de l'insuffisante prise en compte desdites normes dans la planification de l'ouvrage et du cadre juridique international bénéficiant aux investisseurs est très déséquilibré et n'invite pas à la prise en compte par ces opérateurs des exigences tirées du droit international en matière environnementale et sociale. Deux obstacles à l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public peuvent être distingués. D'abord, la prise en compte desdites normes dans la planification de l'ouvrage apparaît très insuffisante et abandonnée largement aux procédures de calcul économique de la rentabilité de l'ouvrage. Ensuite, le cadre juridique international bénéficiant aux investisseurs est très déséquilibré et n'invite pas à la prise en compte par ces opérateurs des exigences tirées du droit international en matière environnementale et sociale. Les accords de promotion et de protection de l'investissement (APPI), tels qu'ils sont interprétés et appliqués par les tribunaux arbitraux constituent ainsi le terreau principal de l'analyse. Ils forment un dispositif juridique extrêmement protecteur des droits et intérêts des investisseurs étrangers. En retour, les investisseurs ont tendance à ne souscrire qu'à de simples codes d bonne conduite pour guider leurs activités lorsqu'ils évoluent dans des ordres juridiques protégeant insuffisamment les populations affectées par l'ouvrage.

L'efficacité générale des normes environnementales et sociales dépendra, *in fine*, du rôle du juge dans le rétablissement de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales. De part sa nature immobilière, l'ouvrage public est amené à déployer ses effets dans l'ordre juridique interne de l'Etat. S'il existe de nombreuses normes internationales environnementales et sociales visant directement les personnes privées susceptibles d'être affectées par l'ouvrage, leur effectivité est subordonnée à leur mise en oeuvre devant le juge interne, le juge international n'intervenant qu'à titre subsidiaire. En effet, l'efficacité du contrôle effectué par le juge international est conditionnée en premier lieu par le degré d'ouverture de l'accès à son prétoire. Quand il est amené à connaître de requêtes présentées par des personnes privées, son contrôle ne s'étend pas à la substance de l'opération d'aménagement du territoire : il est atténué par le renvoi quasi-systématique à la notion de « marge nationale d'appréciation de l'Etat ». Le juge interne est amené à jouer un rôle majeur dans la prévention des violations des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage. Son contrôle est néanmoins tenu par les règles applicables à la mise en oeuvre du droit international dans l'ordre juridique interne. Le contrôle des normes internationales environnementales et sociales par le juge interne n'est efficace qu'à la condition que soit réduit l'écart existant substantiellement entre le droit interne et le droit international. Une telle efficacité suppose

que les actes internes soient susceptibles de contrôle juridictionnel pour que le juge national puisse annuler ou mettre à l'écart ceux qui contredisent une norme internationale, voire leur substituer une solution tirée de la norme d'origine internationale. Cette condition, qui peut être problématique en d'autres matières, ne pose pas de difficulté sensible en matière de décisions d'aménagement du territoire. En revanche, l'invocabilité et l'opposabilité de la norme internationale sont des éléments déterminants dans le contentieux qui nous occupe.

CONCLUSION DU TITRE III

La construction de l'ouvrage public, conduite au nom de l'intérêt général, ne saurait s'affranchir des obligations internationales de l'Etat. Nous avons indiqué que le droit international offre, dans un premier temps, un cadre juridique permettant d'atténuer la conflictualité de la décision d'aménagement. Le droit international contemporain s'est enrichi de normes visant en premier lieu au rééquilibrage dans la prise de décision en matière d'aménagement du territoire. A la planification territoriale imposée, il conviendrait dès lors de substituer une planification territoriale participative et consensuelle qui seule permettrait d'aménager l'espace de manière appropriée au moyens de projets concrets et durables. La participation du public est ainsi devenue une constante des projets d'aménagement des territoires, marquée par la volonté affichée de ses promoteurs d'approfondir la démocratie, d'élargir l'espace public par le débat et d'ouvrir la décision aux citoyens, en accordant une place privilégiée aux groupes sociaux défavorisés et sous-représentés dans le champ politique. Nous avons ensuite analysé, dans un second temps, les règles de droit international qui concourent à l'atténuation des nuisances environnementales et sociales causées par l'ouvrage public. L'atténuation des nuisances environnementales et sociales, est appréhendée essentiellement par un régime de protection des sites (culturels et naturels) auquel s'ajoute un régime visant assurer la prééminence du droit dans la mise en oeuvre de la puissance publique. Trois dimensions fondamentales de cette prise en compte doivent être relevées. Il en va en premier lieu de l'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage (expropriations directes et indirectes et perturbation de la jouissance effective du bien à raison du fonctionnement de l'ouvrage). Il en va ensuite de l'octroi d'une protection renforcée aux populations particulièrement vulnérables dans l'exécution des projets de développement, que ce régime favorable soit justifié *ab initio* par le genre, l'âge ou l'identité culturelle (dont la spécificité à la terre des peuples autochtones constitue l'une des manifestations les plus satisfaisantes). Il en va, enfin, de la question de la nature, de l'étendue et des modalités de la protection devant être accordée aux populations déplacées et réinstallées contre leur volonté et dont l'appréhension par le droit international apparaît largement inadéquate.

S'il existe donc un corpus juridique fourni à même de faire cohabiter poursuite de l'intérêt général et respect des droits de la collectivité et des individus, sa mise en oeuvre est problématique. Plusieurs obstacles se dressent à l'encontre de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public. Il en va ainsi de l'insuffisante prise en compte desdites normes dans la planification de l'ouvrage et du cadre juridique international bénéficiant aux investisseurs est très déséquilibré et n'invite pas à la prise en compte par ces opérateurs des exigences tirées du droit international en matière environnementale et sociale. Deux

obstacles à l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public peuvent être distingués. D'abord, la prise en compte desdites normes dans la planification de l'ouvrage apparaît très insuffisante et abandonnée largement aux procédures de calcul économique de la rentabilité de l'ouvrage. Ensuite, le cadre juridique international bénéficiant aux investisseurs est très déséquilibré et n'invite pas à la prise en compte par ces opérateurs des exigences tirées du droit international en matière environnementale et sociale.

L'efficacité générale des normes environnementales et sociales dépendra, *in fine*, du rôle du juge dans le rétablissement de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales. De par sa nature immobilière, l'ouvrage public est amené à déployer ses effets dans l'ordre juridique interne de l'Etat. S'il existe de nombreuses normes internationales environnementales et sociales visant directement les personnes privées susceptibles d'être affectées par l'ouvrage, leur effectivité est subordonnée à leur mise en oeuvre devant le juge interne, le juge international n'intervenant qu'à titre subsidiaire. En effet, l'efficacité du contrôle effectué par le juge international est conditionnée en premier lieu par le degré d'ouverture de l'accès à son prétoire. Quand il est amené à connaître de requêtes présentées par des personnes privées, son contrôle ne s'étend pas à la substance de l'opération d'aménagement du territoire : il est atténué par le renvoi quasi-systématique à la notion de « marge nationale d'appréciation de l'Etat ». Le juge interne est amené à jouer un rôle majeur dans la prévention des violations des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage. Son contrôle est néanmoins tenu par les règles applicables à la mise en oeuvre du droit international dans l'ordre juridique interne. Le contrôle des normes internationales environnementales et sociales par le juge interne n'est efficace qu'à la condition que soit réduit l'écart existant substantiellement entre le droit interne et le droit international. Une telle efficacité suppose que les actes internes soient susceptibles de contrôle juridictionnel pour que le juge national puisse annuler ou mettre à l'écart ceux qui contredisent une norme internationale, voire leur substituer une solution tirée de la norme d'origine internationale. Cette condition, qui peut être problématique en d'autres matières, ne pose pas de difficulté sensible en matière de décisions d'aménagement du territoire. En revanche, l'invocabilité et l'opposabilité de la norme internationale sont des écueils redoutables.

TITRE IV - L'INCITATION DE L'ÉTAT A RESPECTER LES NORMES INTERNATIONALES ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES APPLICABLES A L'OUVRAGE PUBLIC

Les Etats qui recourent à l'emprunt auprès des banques multilatérales de développement ne peuvent disposer des sommes décaissées comme ils l'entendent : la contrepartie des taux réduits et des facilités de paiement octroyés par ces institutions s'exprime dans la surveillance exercée par le personnel de l'institution chargé de conseiller l'Etat emprunteur dans la mise en oeuvre du projet. Cette surveillance étroite se concrétise par l'analyse du droit interne de l'Etat emprunteur applicable au projet. Lorsqu'il apparaît que ce dernier est insuffisant aux yeux de la Banque, cette dernière subordonnera l'octroi des fonds au respect de ses politiques et directives opérationnelles. Cette analyse du projet engage la Banque dans des limites juridiques très précises. L'extrême diversité des acteurs et programmes internationaux intervenant dans les opérations d'aménagement du territoire s'accompagne d'une véritable concurrence entre bailleurs de fonds multilatéraux. Cet état du « marché de l'aide au développement » nuit à l'efficacité globale de l'aide et incite les Etats à pratiquer une politique du moins-disant environnemental et social. En réaction, un mouvement de fond visant à la standardisation des conditionnalités environnementales et sociales de banques multilatérales de développement peut être observé. Cette tendance à l'harmonisation, qui s'exprime par une véritable émulation institutionnelle entre organisations internationales, tend aujourd'hui à dépasser le seul cadre des banques multilatérales de développement. Les standards édictés par ces institutions sont repris et modifiés par d'autres acteurs intervenant dans le financement de l'ouvrage : les agences de crédit à l'exportation et les banques commerciales privées. Ce vaste rapprochement ne va pas sans poser de questions sur les attentes légitimes créées par cette conversation aux plus hautes exigences environnementales et sociales (**Chapitre VII**) et la question de l'éventuelle responsabilité qui peut découler, pour le bailleurs de fonds, de cette surveillance exercée sur le projet d'ouvrage public (**Chapitre VIII**).

CHAPITRE VII. LA SUBORDINATION DU FINANCEMENT DE L'OUVRAGE PUBLIC AU RESPECT DE CONDITIONNALITES ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES

Les Etats qui recourent à l'emprunt auprès des banques multilatérales de développement ne peuvent disposer des sommes décaissées comme ils l'entendent : la contrepartie des taux réduits et des facilités de paiement octroyés par ces institutions s'exprime dans la surveillance exercée par le personnel de l'institution chargé de conseiller l'Etat emprunteur dans la mise en oeuvre du projet. Cette surveillance étroite se concrétise par l'analyse du droit interne de l'Etat emprunteur applicable au projet. Lorsqu'il apparaît que ce dernier est insuffisant aux yeux de la Banque, cette dernière subordonnera l'octroi des fonds au respect de ses politiques et directives opérationnelles (**Section 1**). Cette analyse du projet, conduite par la Banque, doit être menée minutieusement par le personnel chargé du dialogue avec l'Etat emprunteur. Elle fait l'objet d'un contrôle original par l'entremise de mécanismes administratifs indépendants : les panels d'inspection (**Section 2**).

Section 1. La surveillance exercée par la banque multilatérale de développement sur le projet d'ouvrage public

Nous démontrerons ci-après que les bailleurs de fonds multilatéraux exercent une surveillance étroite sur le projet d'ouvrage public porté par l'emprunteur. La notion de « cycle de projet » est essentielle dans cette optique car elle permet de répartir les responsabilités de chacun des acteurs. Comme nous le verrons au Chapitre VIII, cette surveillance exercée par la banque n'est pas génératrice de responsabilité internationale. Nous préciserons ici les grandes étapes du cycle de projet, communes à l'ensemble des bailleurs de fonds multilatéraux sous réserve d'adaptations mineures.

Le première étape du dialogue entre l'Etat emprunteur et la Banque est toujours celle de la *définition générale des priorités de développement*. En collaboration avec le gouvernement du pays emprunteur et les autres partenaires, la Banque mondiale cherche à déterminer les conditions pouvant garantir une efficacité optimale des aides financières et des autres types de soutien. Au terme d'un travail d'analyse, le pays emprunteur et la Banque définissent des stratégies et des priorités pour réduire la pauvreté et améliorer le niveau de vie des individus. La phase préparatoire réunit dans un premier temps les représentants de la Banque et ceux du gouvernement afin de convenir d'une première ébauche du projet et de ses bénéficiaires. Cette présentation précise se termine par l'énoncé des standards opérationnels de la Banque applicables au projet.

A cette phase générale succède la *phase de préparation du projet*. Elle est menée par le gouvernement emprunteur et la ou les agences chargées de mettre en œuvre le projet, et peut durer plusieurs années. Elle consiste entre autres à réaliser des études de faisabilité et des plans techniques détaillés. Le gouvernement signe des contrats avec des consultants et d'autres entreprises du secteur public afin qu'elles lui fournissent les biens, prestations et services éventuellement nécessaires, non seulement durant cette phase mais aussi plus tard, lors de la phase de mise en œuvre. La Banque exerce un rôle consultatif, et fournit des services d'analyse et de conseil lorsque le pays le lui demande. C'est aussi à ce stade que la Banque évalue les capacités des agences chargées de la mise en œuvre, afin de se mettre d'accord avec le pays emprunteur sur l'organisation globale du projet, à savoir : les moyens nécessaires pour assurer la gestion financière, la passation des marchés, le suivi, ainsi que la supervision et l'évaluation.

La *phase d'évaluation* donne l'occasion aux différents acteurs de revoir la conception du projet dans le détail et de résoudre les questions restées en suspens. À ce stade, le projet a été examiné sous tous ses aspects et jugé viable. L'équipe de la Banque confirme que tous les aspects du projet sont en accord avec les exigences opérationnelles de la Banque et que le gouvernement a mis en place les structures institutionnelles nécessaires. Les différentes parties se mettent d'accord sur le calendrier du projet, sur publication des principaux documents et examinent s'il manque certains éléments pour que la Banque puisse donner son approbation définitive. Les dernières étapes consistent à évaluer si tout est prêt pour la mise en œuvre du projet et à se mettre d'accord sur les conditions nécessaires à son efficacité (cet accord doit précéder la mise en œuvre des actions).

Une fois que tous les aspects du projet ont été négociés et approuvés par le gouvernement et la Banque mondiale, l'équipe de projet les soumet ensuite à l'*approbation des administrateurs*. Une fois le financement accordé, les conditions d'efficacité réunies et les documents juridiques acceptés et signés, la phase d'exécution peut commencer. Le gouvernement emprunteur met alors en œuvre le projet de développement grâce aux fonds alloués par la Banque mondiale. Avec l'assistance technique de la Banque, l'agence chargée de l'exécution prépare les spécifications du projet et cherche à obtenir tous les biens, services et prestations nécessaires. Elle veille également à l'application des standards opérationnels adoptés pour minimiser les conséquences environnementales et sociales du projet. Une fois le projet mis en œuvre, l'agence gouvernementale fait régulièrement le point sur les activités en cours. Le gouvernement et la Banque préparent ensemble un rapport faisant état de l'avancement du projet à mi-parcours. Tout au long de la phase d'exécution, le gouvernement et la Banque contrôlent le déroulement, les avancées et l'apport du projet pour ses bénéficiaires, afin d'obtenir des données permettant d'évaluer et de mesurer l'efficacité du projet en termes de résultats.

Au terme de la période de décaissement (qui peut aller de un à dix ans), lorsqu'un projet est terminé et clos, la Banque mondiale et le gouvernement concerné font le point sur les résultats obtenus

; les problèmes rencontrés, les leçons qu'ils en ont tirées, les connaissances et l'expérience acquises durant la mise en œuvre du projet : c'est la *phase d'évaluation*. Une équipe de la Banque mondiale chargée d'évaluer les opérations recueille ces informations et ces données dans un Rapport d'évaluation de l'exécution et des résultats, à partir d'éléments fournis par l'agence gouvernementale qui a mis d'exécution, les co-financiers et les autres partenaires/acteurs. Le rapport décrit et évalue les résultats effectifs du projet. Les résultats effectifs du projet sont ensuite comparés aux résultats escomptés. Les informations obtenues grâce à ce rapport servent également souvent à déterminer si des mesures gouvernementales supplémentaires, et des améliorations en termes de capacité, sont nécessaires pour tirer profit à long terme des réalisations du projet. En outre, l'équipe chargée de l'évaluation examine si les politiques opérationnelles de la Banque ont été respectées durant la mise en œuvre du projet et rend compte de l'utilisation des ressources de la Banque. Les enseignements tirés de cette évaluation peuvent être mis à profit par la suite dans le cadre de projets similaires.

Nous reviendrons ci-après sur la surveillance exercée par la banque multilatérale de développement sur l'Emprunteur s'exprime tant lors de la préparation et l'évaluation du projet (§1) que lors de son exécution (§2).

§1. La surveillance de la préparation et de l'évaluation du projet

La surveillance de la préparation et de l'évaluation du projet repose avant toute chose sur l'imposition de conditionnalités environnementales et sociales à l'Etat emprunteur. Il convient de revenir dans un premier temps sur les fondements juridiques d'une telle imposition (A) avant d'en examiner les modalités (B).

A. Fondements juridiques de l'imposition de conditionnalités environnementales et sociales à l'Emprunteur

Dans leur immense majorité, les traités constitutifs des banques multilatérales de développement ne leur confèrent pas de mandat explicite en vue de promouvoir le développement durable et/ou les droits de l'homme. *A contrario*, ces traités font interdiction aux banques d'interférer avec les affaires /politiques et/ou intérieures/ de leurs Etats membres. Ainsi, les banques sont soumises à l'obligation de n'exercer leurs missions qu'en se basant uniquement sur des considérations économiques. De nombreuses voix, parmi les plus autorisées, se sont ainsi élevées contre une interprétation extensive des traités constitutifs des banques multilatérales de développement. Ibrahim Shihata, ancien Vice-Président senior et Conseil général de la Banque mondiale, s'est ainsi régulièrement opposé à ce que les activités de la Banque soient réorientées « into a direct and explicit

political role for which it has neither the mandate nor the competence »¹⁴¹². L'action des banques multilatérales des développement est circonscrite aux limites extérieures posées par leurs actes constitutifs qui contiennent pour la plupart une interdiction d'intervenir dans les affaires politiques de l'Etat emprunteur. Cet obstacle n'est toutefois pas aussi dirimant qu'il n'y paraît. D'une part, parce qu'il n'est pas exclu qu'une interprétation évolutive des actes constitutifs puisse permettre d'intégrer des considérations environnementales et sociales comme facteur de rentabilité du projet. D'autre part parce que certaines banques ont un mandat élargi qui intègre directement les questions de protection de l'environnement et des droits humains. Rigidité (1) et élasticité (2) institutionnelle fondent ainsi, à des degrés variables, l'imposition de conditionnalités environnementales et sociales à l'Etat emprunteur.

1. La rigidité institutionnelle : l'éviction des considérations environnementales et sociales au nom du principe de non-intervention dans les affaires politiques de l'Etat emprunteur

La philosophie fondatrice de la Banque mondiale est opposée à toute relation d'assistanat : elle ne fournit de prêts à un taux d'intérêt faible ou nul que par l'intermédiaire de son fonds de développement - l'Association internationale de développement (AID) - qui constitue le guichet d'aide pour les Etats les plus pauvres. Le fait que la Banque ait élargi son domaine d'intervention aux aspects environnementaux et sociaux de l'aide au développement ne l'empêche toujours pas d'être une banque. Elle trouve la majeure partie de ses ressources sur le marché international des capitaux, et se doit de prêter à des taux compatibles avec ce qu'elle emprunte, ce qui ne la distingue pas structurellement des banques commerciales. Comme le souligne J.-F. Baré, « si la Banque mondiale fait faillite il n'y a que les banques centrales pour la refinancer, et si l'on pardonne ce raccourci on ne peut guère compter sur celle du Zaïre, que la Banque a précisément parmi d'autres fonctions d'appuyer. Son action est donc inséparable de procédures juridiques multiples, ressortissant de la garantie bancaire - nantissements, co-financements, conditionnalités - et la mettant en relation avec des « pays clients » »¹⁴¹³.

Comme dans toute instance bancaire, mais ici avec plus de relief étant donné la nature juridique particulière de la Banque, les sommes engagées et les enjeux de développement, le montage d'un prêt est soumis à de multiples instances de contrôle et représente donc pour le personnel un

¹⁴¹² SHIHATA I., « Democracy and Development », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp. 639-640.

¹⁴¹³ BARE J.-F., « Le prêt et le résultat. Eléments d'une chronique de l'évaluation à la Banque mondiale », in BARE J.-F., (dir.), *Regards interdisciplinaires sur les politiques de développement*, Montréal-Paris : Les Éditions L'Harmattan, 1997, p. 53.

véritable parcours du combattant. L'ensemble de l'activité des services, personnels et instances de contrôle de la Banque est nécessairement tourné depuis l'origine vers l'approbation d'un prêt par le Conseil d'administration.

Un rapport interne, achevé en novembre 1992 sous la direction du vice-président Willi Wapenhans, avait mis en évidence le développement d'une « culture de l'approbation »¹⁴¹⁴ au sien de la Banque. Un dispositif incitatif de promotion récompensait alors la capacité du personnel à faire avancer le plus grand nombre possible de projets sans prêter l'attention nécessaire à leurs effets sociaux et environnementaux potentiels ni à l'efficacité de leur mise en œuvre. Cette culture se traduisait fréquemment par une conception médiocre des projets, excluant ou limitant la prise en compte des priorités locales et des besoins en capacités des Etats emprunteurs, avec les manquements qui en découlent quant au respect des principales politiques de sauvegarde de l'Institution :

« Cependant, il y a aussi des aspects des pratiques de la Banque qui contribuent aux problèmes de gestion du portefeuille (...). Parmi ceux-ci, une détermination sous-jacente est certainement la préoccupation permanente de la Banque de placer de nouveaux prêts. Aux yeux des emprunteurs, des co-prêteurs comme à ceux du personnel, *l'accent mis sur l'approbation d'un prêt en temps donné* et le rôle souvent actif joué par la Banque dans la préparation, peut sembler impliquer une approche plus promotionnelle qu'objective de l'évaluation *ex ante*. Il en résulte que la qualité des projets au moment de leur entrée dans le portefeuille - la notion de qualité incluant notamment la faisabilité et un engagement localement soutenu - n'est pas toujours ce qu'elle pourrait être. (...) *L'insistance placée sur l'approbation des prêts ne s'accompagne pas d'une insistance égale sur les prévisions d'installation et sur l'identification des risques majeurs pour le rendement des prêts* »¹⁴¹⁵.

Ce rapport eut le mérite de mettre en évidence la nécessité de substituer une « culture de résultats », fondée sur l'incorporation de l'analyse sociale et sociologique à toutes les étapes de l'aide, à la « culture d'approbation » tant décriée. Ce déplacement des enjeux a été inlassablement défendu par l'anthropologue M. Cernea, responsable d'un service de Social Policy au siège de la BIRD à Washington qui, lors de sa création en 1974 par R. McNamara ne comptait qu'un seul membre, lui-même. Il a fallu attendre 1975 pour que la BIRD ne se dote d'un département autonome chargé de l'évaluation des opérations (OED), d'abord rattaché au Président puis au Conseil d'administration. Ce service a principalement apporté une réflexion sur les conditions minimales devant être respectées par le personnel de la Banque pour que les projets de développement induit soient appropriés par leurs destinataires.

¹⁴¹⁴ WAPENHANS W. *et al.*, « Report of the Portfolio Management Task Force », 1992.

¹⁴¹⁵ BARE J.-F., « Le prêt et le résultat. Eléments d'une chronique de l'évaluation à la Banque mondiale », *art. préc.*, in BARE J.-F., (dir.), *Regards interdisciplinaires sur les politiques de développement*, Montréal-Paris : Les Éditions L'Harmattan, 1997, pp. 63-64. Nos italiques.

Cela étant dit, la Banque n'est pas une organisation créée pour garantir le respect des droits de la personne, mais avant tout une organisation financière. De ce point de vue, elle doit obligatoirement ménager des Etats membres qui n'avaient sans doute pas entendu la voir jouer un rôle dans le domaine des droits fondamentaux. Elle doit par ailleurs composer avec sa propre structure institutionnelle. L'évolution progressive de la notion de « développement » ne pouvait toutefois rester sans incidence sur les activités de la Banque mondiale. Cette dernière a progressivement fait sienne la vision multidimensionnelle du développement, envisagé comme un processus d'expansion des libertés individuelles incorporant le développement humain, le développement social, l'éducation, la protection des biens publics, la gouvernance, mais également l'inclusion, la participation, la transparence et la responsabilité de l'Etat, ou encore l'équité dans la répartition des bienfaits du développement¹⁴¹⁶. La Banque a progressivement admis pouvoir assister ses Etats membres dans la réalisation des droits de l'homme¹⁴¹⁷. De nombreux articles ont suggéré à cette occasion que les organisations internationales, et plus spécifiquement la Banque, sont liées par les droits de l'homme¹⁴¹⁸.

La Banque ne peut intégrer l'existence de violations des droits fondamentaux ou le risque d'occurrence de celles-ci dans son processus décisionnel que dans les limites permises par son acte constitutif. Plusieurs obstacles s'opposent à la prise en compte des droits fondamentaux dans l'action de la Banque. Il s'agit, en premier lieu, de l'interdiction d'intervenir dans la politique intérieure de ses Etats membres et, en second lieu, de prendre en compte des facteurs non-économiques pour fonder ses décisions¹⁴¹⁹. L'article IV, section 10, de ses Statuts dispose à cet effet que « la Banque et ses dirigeants *n'interviendront pas dans les affaires politiques d'un Etat membre* quelconque, ni ne se laisseront influencer dans leurs décisions par l'orientation politique de l'Etat membre (ou les Etats membres) en cause. Leurs décisions seront fondées *exclusivement sur des considérations économiques*, et ces considérations seront impartialement pesées afin d'atteindre les objectifs énoncés

¹⁴¹⁶ SEN A., *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 3-4, Banque mondiale, *World Development Report 2000/2001. Attacking Poverty*, New York, Oxford University Press, 2001 ; <http://tinyurl.com/pkdf9xf>, consulté le 2 juillet 2015, pp. 15-19.

¹⁴¹⁷ PALACIO A., *The Way Forward: Human Rights and the World Bank*, <http://tinyurl.com/p77agq6>, consulté le 2 juillet 2015.

¹⁴¹⁸ DAVID E., « Le droit international applicable aux organisations internationales », *RBDI*, 1999, n° 1, p. 22. ; SKOGLY S., *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, London, Cavendish, 2001, pp. 92-98 ; SOREL J.-M., « Institutions économiques internationales et droit international des droits de l'homme : un respect cosmétique en effet miroir », in SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Journée d'étude de Strasbourg, Paris, Pedone, 2009, p. 38. ; SARFATY G. A., « Why Culture Matters in International Institutions : The Marginality of Human Rights at the World Bank », *American Journal of International Law*, 2009, pp. 657-658.

¹⁴¹⁹ CISSE H., « Should the Political Prohibition in Charters of International Financial Institutions Be Revisited ? The Case of the World Bank », in CISSE H., BRADLOW D., KINGSBURY B. (dirs.), « Law, International Financial Institutions and Global Legal Governance », *World Bank Legal Review*, vol. 3, 2011, pp. 59-62. ; KLEIN P., « Les institutions financières internationales et les droits de la personne », *RBDI*, n°1, 1999, pp. 100-106 ; BRADLOW D. et GROSSMAN C., « Limited Mandates and Intertwined Problems : A New Challenge for the World Bank and the IMF », *Human Rights Quarterly*, vol. 17, n° 3, 1995, pp. 430-432.

à l'article I »¹⁴²⁰. Les statuts de la Banque Internationale prévoient par ailleurs que « La Banque prendra des dispositions en vue d'obtenir que le produit d'un prêt soit consacré exclusivement aux objets pour lesquels il a été accordé, compte dûment tenu des considérations d'économie et de rendement et sans laisser intervenir des influences ou considérations politiques ou extra-économiques »¹⁴²¹. D'une part, la Banque ne peut prendre en compte des facteurs non-économiques. D'autre part, elle a une interdiction politique à deux versants. Elle ne peut en effet pas discriminer entre Etats sur base de leur orientation politique, pas plus qu'elle ne peut intervenir dans la politique intérieure d'un Etat membre.

Il convient de mentionner que tous les actes constitutifs des banques multilatérales de développement ne sont pas aussi rigides que celui de la BIRD. Certains traités constitutifs font ainsi explicitement référence à l'exigence de développement durable. Il en va ainsi de l'accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) qui fait obligation à cette dernière de « promote in the full range of its activities environmentally sound and sustainable development »¹⁴²². Néanmoins, en dépit de ces dispositions permissives, la BERD ne s'est pas autant distinguée que d'autres banques dans la promotion du développement durable. La Banque de développement du Conseil de l'Europe fait figure de modèle en la matière. Elle dispose d'un mandat spécifique consistant à mener ses opérations en faveur du développement durable sur les plans social et environnemental. L'article II du Statut de la CEB énonce, depuis la création de la Banque, que la résolution des problèmes sociaux des « victimes de catastrophes naturelles ou écologiques » fait partie de ses priorités sociales. Face à une exposition plus fréquente et plus intense aux événements météorologiques extrêmes, comme les tempêtes, les inondations et les sécheresses, la Banque a conscience que les populations sont à la fois victimes potentielles et parties prenantes actives. Les activités humaines non durables conduisent inévitablement au dérèglement des équilibres naturels, qui à son tour, crée des déséquilibres environnementaux mondiaux, comme par exemple le changement climatique et l'épuisement des ressources naturelles ainsi que l'appauvrissement de la biodiversité. Par conséquent, la participation de la Banque à la construction de communautés durables ne prend son sens que si des considérations d'ordre environnemental sont pleinement intégrées dans ses activités de prêt. Elle s'interdit de financer toute activité qui serait contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴²⁰ BIRD, Statuts, Washington, entrés en vigueur le 27 décembre 1945, modifiés le 27 juin 2012, Art 4, Section 10.

¹⁴²¹ Statuts de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, Washington, entrés en vigueur le 27 décembre 1945, modifiés le 27 juin 2012, art. 3, Section 5 (b)). Les statuts de l'Association Internationale de Développement prévoient quant à eux des provisions similaires (Voir Statuts de l'Association Internationale de Développement, entrés en vigueur le 24 septembre 1960, modifiés le 16 février 1989, Art. 3, Section 5 (b)).

¹⁴²² AGREEMENT ESTABLISHING THE EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, May 29, 1990, Art. 2, para. 1(vii).

L'évolution progressive de la notion de « développement » ne pouvait toutefois rester sans incidence sur les activités de la Banque mondiale. Cela étant dit, la Banque n'est pas une organisation créée pour garantir le respect des droits de la personne, mais avant tout une organisation financière. De ce point de vue, elle doit obligatoirement ménager des Etats membres qui n'avaient sans doute pas entendu la voir jouer un rôle dans le domaine des droits fondamentaux. De nombreux articles ont suggéré à cette occasion que les organisations internationales, et plus spécifiquement la Banque, sont liées par les droits de l'homme¹⁴²³.

La Banque ne peut intégrer l'existence de violations des droits fondamentaux ou le risque d'occurrence de celles-ci dans son processus décisionnel que dans les limites permises par son acte constitutif. Plusieurs obstacles s'opposent à la prise en compte des droits fondamentaux dans l'action de la Banque. Il s'agit, en premier lieu, de l'interdiction d'intervenir dans la politique intérieure de ses Etats membres et, en second lieu, de prendre en compte des facteurs non-économiques pour fonder ses décisions¹⁴²⁴. L'article IV, section 10, de ses Statuts dispose à cet effet que « la Banque et ses dirigeants *n'interviendront pas dans les affaires politiques d'un Etat membre* quelconque, ni ne se laisseront influencer dans leurs décisions par l'orientation politique de l'Etat membre (ou les Etats membres) en cause. Leurs décisions seront fondées *exclusivement sur des considérations économiques*, et ces considérations seront impartialement pesées afin d'atteindre les objectifs énoncés à l'article I »¹⁴²⁵.

Cette disposition se double d'une responsabilité financière particulière de l'institution : « la Banque prendra des dispositions en vue d'obtenir que le produit d'un prêt soit consacré exclusivement aux objets pour lesquels il a été accordé, compte dûment tenu des considérations d'économie et de rendement et sans laisser intervenir des influences ou considérations politiques ou extra-économiques »¹⁴²⁶.

¹⁴²³ DAVID E., « Le droit international applicable aux organisations internationales », *RBDI*, 1999, n° 1, p. 22. ; SKOGLY S., *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, London, Cavendish, 2001, pp. 92-98 ; SOREL J.-M., « Institutions économiques internationales et droit international des droits de l'homme : un respect cosmétique en effet miroir », in SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Journée d'étude de Strasbourg, Paris, Pedone, 2009, p. 38. ; SARFATY G. A., « Why Culture Matters in International Institutions : The Marginality of Human Rights at the World Bank », *American Journal of International Law*, 2009, pp. 657-658.

¹⁴²⁴ CISSE H., « Should the Political Prohibition in Charters of International Financial Institutions Be Revisited ? The Case of the World Bank », in CISSE H., BRADLOW D., KINGSBURY B. (dirs.), « Law, International Financial Institutions and Global Legal Governance », *World Bank Legal Review*, vol. 3, 2011, pp. 59-62. ; KLEIN P., « Les institutions financières internationales et les droits de la personne », *RBDI*, n°1, 1999, pp. 100-106 ; BRADLOW D. et GROSSMAN C., « Limited Mandates and Intertwined Problems : A New Challenge for the World Bank and the IMF », *Human Rights Quarterly*, vol. 17, n° 3, 1995, pp. 430-432.

¹⁴²⁵ BIRD, Statuts, Washington, entrés en vigueur le 27 décembre 1945, modifiés le 27 juin 2012, Art 4, Section 10.

¹⁴²⁶ Statuts de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, Washington, entrés en vigueur le 27 décembre 1945, modifiés le 27 juin 2012, art. 3, Section 5 (b)). Les statuts de l'Association Internationale de Développement prévoient quant à eux des provisions similaires (Voir Statuts de l'Association Internationale de Développement, entrés en vigueur le 24 septembre 1960, modifiés le 16 février 1989, Art. 3, Section 5 (b)).

Tous les actes constitutifs des banques multilatérales de développement ne sont pas aussi rigides que celui de la BIRD. Certains traités constitutifs font explicitement référence à l'exigence de développement durable. Il en va ainsi de l'accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) qui fait obligation à cette dernière de « promote in the full range of its activities environmentally sound and sustainable development »¹⁴²⁷. La Banque de développement du Conseil de l'Europe fait figure de modèle en la matière. Elle dispose d'un mandat spécifique consistant à mener ses opérations en faveur du développement durable sur les plans social et environnemental. L'article II de son Statut l'interdit de financer toute activité qui serait contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

2. L'élasticité institutionnelle : la prise en compte des considérations environnementales et sociales comme facteur économique d'analyse de l'investissement

La prise en compte des considérations environnementales et sociales comme facteur d'analyse de la rentabilité économique des projets financés par les banques multilatérales de développement se situe à la croisée de deux chemins : suscitée par des pressions externes et internes aux banques **(b)**, elle a été justifiée par une interprétation dynamique de leurs actes constitutifs **(a)**.

a. L'interprétation dynamique de l'acte constitutif

L'imposition de conditionnalités environnementales et sociales aux Etats emprunteurs dans la réalisation de leur projets a varié au gré des interprétations des limites fixées par l'acte constitutif de la Banque. Dans les années 90, Ibrahim Shihata, alors Conseiller juridique de la Banque et Vice-Président de celle-ci a, le premier, ouvert la porte à une prise en compte des droits de l'homme. Selon lui, il faut reconnaître que tout développement nécessite un degré minimum de protection des droits de l'homme¹⁴²⁸. Les violations des droits de l'homme prennent une ampleur telle qu'elles ont un impact économique et un effet négatif sur le développement en freinant les investissements. Cela étant, en dépit du caractère évolutif de l'interprétation, I. Shihata insiste fortement sur l'obligation de respecter cet instrument constitutif, et sur la nécessité de ne pas modifier les statuts sous couvert de

¹⁴²⁷ Agreement Establishing the European Bank for Reconstruction and Development, 29 mai 1990, art. 2, § 1, vii). Néanmoins, en dépit de ces dispositions permissives, la BERD ne s'est pas autant distinguée que d'autres banques dans la promotion du développement durable.

¹⁴²⁸ SHIHATA I., « Human Rights, Development, and International Financial Institutions », *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 8, 1993-1992, p. 33. ; SHIHATA I., « La Banque Mondiale et les Droits de l'Homme », *RBDI*, n° 1, 1999, pp. 93-95.

les interpréter¹⁴²⁹. Il existe, selon lui, « une limite au-delà de laquelle on ne peut plus prôner l'élasticité institutionnelle avec crédibilité »¹⁴³⁰.

En 2006, Roberto Dañino Roberto, successeur d'Ibrahim Shihata, a proposé une nouvelle lecture des statuts permettant à la Banque une prise en compte accrue des droits fondamentaux¹⁴³¹. Pour Roberto Dañino, la Banque Mondiale se *doit* de prendre en compte les droits de l'homme, et d'en faire un élément central de son action¹⁴³². A la différence de celle d'Ibrahim Shihata, cette opinion n'a jamais été ni soumise au, ni approuvée par le Conseil des administrateurs de la Banque¹⁴³³. Anne-Marie Leroy, actuelle première vice-Présidente, donne une interprétation plus classique des statuts de l'institution, dans la lignée de celle d'I. Shihata. Elle s'en détache marginalement sur l'obligation de ne pas s'ingérer dans la politique intérieure de ses Etats membres: « ne pas prendre en compte le risque qu'un gouvernement commette des violations des droits de l'homme dans le cadre d'un projet financé par la Banque, reviendrait à prendre parti pour ce gouvernement dans le conflit l'opposant à un mouvement d'opposition, et ce faisant à s'ingérer dans la politique intérieure de l'Etat »¹⁴³⁴.

Cette réorientation des finalités des banques multilatérales de développement a eu une répercussion institutionnelle commune. Chaque Etat emprunteur voit son droit interne analysé par l'équipe chargé du projet lors d'un test d'équivalence.

b. Les pressions exercées sur les banques multilatérales de développement en vue de l'intégration de considérations environnementales et sociales dans leurs projets

Les pressions exercées sur les banques multilatérales de développement en vue de l'intégration de considérations environnementales et sociales dans leurs projets proviennent tout à la fois de l'extérieur (par l'activité de la société civile) (**a.1.**) que de l'intérieur (par l'activité de certains

¹⁴²⁹ SHIHATA I., « La Banque Mondiale et les Droits de l'Homme », *art. préc.*, p. 94.

¹⁴³⁰ *Ibid.* La paternité de l'expression « élasticité institutionnelle » revient à REISMAN M., « Through or Despite Governments : Differentiated Responsibilities in Human Rights Programs », *Iowa Law Review*, vol. 72, 1986-1987, p. 395.

¹⁴³¹ DANIÑO R., « The Legal Aspects of the World Bank's Work on Human Rights », Discours prononcé lors d'une conférence intitulée *Human Rights and Development : Towards Mutual Reinforcement*, New York, 1 mars 2004, <http://tinyurl.com/qzx3zam>, consulté le 2 juillet 2015.

¹⁴³² *Ibid.*, p. 16.

¹⁴³³ LEROY A. M., « Lettre adressée à Olivier de Schutter, Rapporteur spécial des Nations Unies pour le droit à l'alimentation, et à Cephass Lumina, Expert indépendant des Nations Unies chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des Etats sur le plein exercice de tous les droits de l'homme », 16 janvier 2013, cité in LOUWETTE A., « Entre discours et pratique : les politiques opérationnelles de la Banque mondiale comme facteurs de protection des droits de l'homme », in SFDI, *Droit international et développement*, Acte du colloque de Lyon, 2015, pp. 354-355.

¹⁴³⁴ LOUWETTE A., « Entre discours et pratique : les politiques opérationnelles de la Banque mondiale comme facteurs de protection des droits de l'homme », *art. préc.*, p. 357.

Etats au sein du Conseil d'administration de la Banque. L'amendement « Pelosi », interdisant à tout administrateur américain auprès d'une banque multilatérale de développement de voter l'approbation d'un prêt à un projet n'ayant pas subi d'évaluation d'impôt environnemental en est un bon exemple (a.2.).

a.1. Les pressions extérieures aux banques : l'activité de la société civile

L'élaboration des politiques environnementales et sociales des institutions financières internationales a été fortement influencée par les ONG et réseaux qui se sont formés spécifiquement pour aborder les questions de développement durable au sein des institutions financières. L'élaboration desdites politiques obéit à un processus décentralisé qui doit à la fois aux actions menées par les représentants de la société civile en vue de parvenir à une réforme structurelle de chacune des différentes catégories d'institutions financières (banques multilatérales de développement, agences de crédit à l'exportation, banques commerciales privées), qu'aux actions conjoncturelles de terrain mettant en évidence les impacts environnementaux et sociaux d'un projet donné.

Les ONG participent dans un premier temps à la recherche d'une réforme structurelle des institutions financières. Regroupées en réseaux, ces organisations disposent d'un accès privilégié aux travaux des bailleurs de fonds auxquels elles sont (susceptibles d'être) associées par le biais d'un accord de partenariat. La diversité des organisations impliquées impose fréquemment leur coordination sous la bannière d'une organisation assurant le rôle de chef de file. A titre d'exemple, l'ONG *Bank Information Center* (BIC) co-dirige, avec l'Agence américaine pour le développement international (*U.S. Agency for International Development* (USAID)), le *Tuesday Group*. Il s'agit d'une réunion organisée le premier mardi de chaque mois depuis 1988 à laquelle participent des représentants des ONG et des officiels de l'administration américaine engagés dans les activités des banques multilatérales de développement. Cette réunion a pour but principal d'ouvrir un débat sur les conséquences environnementales et sociales des projets en cours dans les banques multilatérales de développement¹⁴³⁵.

Les standards opérationnels des bailleurs de fonds se nourrissent également des actions menées par les ONG à l'égard d'un projet donné. La relation entre les organisations et l'institution financière considérée est ici verticale : le bailleur de fonds, en accord avec l'emprunteur (public ou privé), accepte d'apporter ses concours à un projet ayant satisfait aux exigences environnementales et sociales minimales exigées par les standards opérationnels pertinents. Sur le terrain, les

¹⁴³⁵ NELSON R. M., WEISS M. A., « Multilateral Development Banks : How the United States Makes and Implements Policy », *Congressional Research Service*, n° R41537, 7 mars 2013, p. 4.

organisations assurent la surveillance de l'exécution du projet conformément aux standards applicables et font remonter les éventuelles insuffisances ou violations à l'ensemble des autorités concernées. Si ces critiques ont pour but premier d'améliorer le projet, elles contribuent également au retour d'expérience du bailleur de fonds qui pourra convenir ultérieurement d'une modification des standards opérationnels.

Les organisations visées ici ne sont pas nécessairement aussi structurées que celles qui travaillent à temps plein pour amener les bailleurs de fonds à réformer leurs standards opérationnels. Ce sont d'abord des organisations locales qui agissent ici, avec ce que cela comporte en termes de diversité des revendications : associations de quartier, de commerçants, d'expropriés, de protection de l'environnement, de protection d'une ressource environnementale locale particulière, de défense d'une certaine identité culturelle, etc. Leurs revendications sont susceptibles d'être reprises par des ONG agissant à l'échelon national (intervention d'une organisation nationale de protection de l'environnement et de la biodiversité, par exemple). Ces dernières serviront de relais auprès des ONG internationales ou coalisées en vue de l'amélioration des standards opérationnels des bailleurs de fonds.

Cette représentation mythifiée d'un pont jeté entre les individus directement affectés par les activités d'une organisation internationale et l'évolution des standards doit nécessairement être nuancée. De nombreux points de désaccord demeurent entre les organisations représentant la société civile, qu'elles soient locales, nationales ou internationales. Certaines exigent l'arrêt immédiat des activités et la dissolution des bailleurs de fonds multilatéraux, d'autres plaident pour des réformes environnementales et sociales de grande ampleur, certaines souhaitent réorienter les flux d'aide au développement vers des territoires délaissés. Des tensions existent également entre organisations locales et internationales, les premières reprochant aux secondes de les déposséder de leurs contestations pour servir leurs intérêts propres.

Il n'en demeure pas moins que l'expérience locale des communautés affectées par un projet constitue l'un des moteurs les plus puissants du processus d'élaboration et d'adaptation des standards opérationnels. Il n'est pas surprenant, dans ces conditions, que la majorité des réformes visant à améliorer la durabilité environnementale et sociale des projets financés par les banques multilatérales de développement aient été directement suscitées par des contestations locales menées contre des projets très controversés. Les ONG oeuvrant pour une réforme profonde des pratiques des institutions financières internationales savent que cette myriade d'associations plus ou moins pérennes sont les relais les plus précieux de leurs actions. Les bailleurs de fonds ont conscience, de leur côté, que le développement est avant tout affaire d'appropriation par ses destinataires : ils n'ont aucun intérêt à laisser prospérer des contestations locales pointant d'éventuelles insuffisances environnementales et

sociales d'un projet. Ce consensus minimal a permis l'adoption dans l'ensemble des banques multilatérales de développement de standards opérationnels garantissant aux populations concernées un droit d'accès aux informations sur le projet, un droit de participation, un droit à être consulté et un droit d'informer la banque des violations des standards opérationnels applicables au projet.

L'action des ONG en faveur d'une meilleure prise en compte des questions environnementales et sociales par les bailleurs de fonds repose sur une méthodologie comparative. En effet, l'analyse des pratiques de l'ensemble des bailleurs (privés, publics, multilatéraux) impose aux organisations de disposer d'un référentiel qu'elles pourront promouvoir auprès de l'ensemble de la communauté financière. Toute amélioration d'une politique préexistante de la BIRD sera promue auprès des banques régionales de développement, par exemple¹⁴³⁶.

a.2. Les pressions internes aux banques : l'amendement Pelosi

A première vue, les Etats ont donc un rôle limité dans le développement et l'adoption des standards opérationnels. Il s'agit là de la conséquence directe de l'absence de traité international multilatéral fixant le droit applicable aux opérations de financement du développement. Cela ne revient pas à dire, pour autant, que la volonté des Etats ne s'exprime pas indirectement, en dehors des procédés classiques d'élaboration du droit international. Les banques multilatérales de développement sont des organisations internationales dont les organes centraux sont dirigés par les Etats. Via leur participation aux Conseils des gouverneurs et au Conseil d'administration, ils autorisent ou non le financement des activités des banques et doivent accepter toute adoption ou modification des standards opérationnels. Les Etats influencent donc le contenu des standards, bien qu'il ne s'agisse pas ici d'une négociation interétatique classique. Certains Etats participent à l'élaboration des standards en amont de leur présentation au Conseil d'administration, par le biais de négociations techniques avec les experts chargés des questions environnementales et sociales au sein des banques. Bien sûr, tous les Etats qui siègent au plus haut niveau des directions des banques n'ont pas l'expertise nécessaire pour s'engager dans des débats techniques sur la révision des standards. La volonté de s'engager en ce sens est alors fréquemment suscitée par des facteurs extérieurs à l'Institution. C'est le cas lorsque le droit interne d'un Etat siégeant au sein des instances dirigeantes d'une banque multilatérale de développement impose au représentant de s'abstenir ou de voter contre tout projet entraînant des impacts environnementaux et sociaux importants si aucune étude d'impact environnemental n'a été rendue publique dans un certain délai avant le vote. L'adoption de ce type

¹⁴³⁶ Sur ce point, v. *infra* nos développements consacrés à l'existence d'un droit commun du financement de projet.

de législation est elle-même une revendication historique de nombreuses ONG. L'exemple le plus connu à cet égard est tiré de la pratique américaine dite de « l'amendement Pelosi ».

En 1989, le Congrès américain a adopté une loi comprenant une disposition connue sous le nom « d'amendement Pelosi », du nom de sa commanditaire, Nancy Pelosi. Le texte prévoit que le directeur exécutif représentant les Etats-Unis auprès de chaque banque multilatérale de développement¹⁴³⁷ est interdit de voter en faveur de tout projet susceptible d'avoir un effet négatif important sur l'environnement humain, sauf si une évaluation environnementale a été conduite et mise à la disposition du public au moins cent-vingt jours avant le vote sur l'approbation du projet¹⁴³⁸.

L'abstention ou l'opposition d'un membre du Conseil d'administration, même américain, ne peut faire obstacle à elle seule au vote favorable à un projet : il ne confère pas de droit de veto aux représentants américains. Mais en limitant la liberté de vote du représentant de l'Etat majoritaire au capital des banques multilatérales de développement, l'amendement Pelosi vise avant tout à contraindre la BIRD et les banques régionales de développement à améliorer leurs procédures d'évaluation environnementales des projets.

Entre 1992 et 1996, les représentants des États-Unis ont ainsi usé cent-vingt-et-une fois des prescriptions du texte : ils se sont abstenus cent-douze-fois et ont voté contre le financement du projet dans neuf cas¹⁴³⁹. L'immense majorité de ces votes ont été enregistrés en 1992 (86 votes : 83 abstentions, 3 oppositions) et 1993 (26 votes : 22 abstentions, 4 oppositions). Entre 1994 et 1996, les Etats-Unis ont usé seulement à neuf reprises de l'amendement Pelosi (7 abstentions, 2 oppositions)¹⁴⁴⁰. La diminution observée à partir de 1994 s'explique par la modification des procédures d'évaluation environnementale et sociale dans les banques multilatérales de développement de façon à répondre aux attentes de la législation des États-Unis.

¹⁴³⁷ A l'exception notable de la Société financière internationale (SFI) et des institutions équivalentes spécialisées dans les prêts au secteur privé.

¹⁴³⁸ 22 USC Chapter 7 Section 262m - The Pelosi Amendment. Sec. 262m-7. Assessment of environmental impact of proposed multilateral development bank actions.

¹⁴³⁹ Les votes négatifs sur la période 1992-1996 se répartissent comme suit : cinq oppositions devant la BAFD (27 janvier 1992, Soudan, projet « Ag Rehab Program II » ; 10 février 1992, Egypte, projet « Floating Glass Manufacturing » ; 05 mars 1993, Gabon, projet « Road Rehabilitation and Improvement » ; 27 juillet 1993, Algérie, projet « Koudiat Acerdoune Dam » ; 27 août 1993, Algérie, projet « Sidi Ban Taiba Irrigation Dam »), une opposition devant la BASD (21 janvier 1993, Chine, projet « Shanghai Yangpuy Bridge »), trois oppositions devant la BIRD (17 mars 1992, Chine, projet « Regional Cement » ; 20 décembre 1994, Corée, projet « Waste Disposal Project » ; 30 mai 1996, Cameroun, projet « Road sector »). Pour la répartition globale des abstentions et oppositions des Etats-Unis, v. SANFORD J., « Multilateral Development Banks' Environmental Assessment and Information Policies : Impact of the Pelosi Amendment », *art. préc.*, pp. 82-85.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*

B. Modalités de l'imposition de conditionnalités environnementales et sociales à l'Etat emprunteur : le test d'équivalence du droit interne de l'Etat emprunteur avec les standards du bailleur de fonds sollicité

Les politiques opérationnelles de la Banque mondiale sont conçues dans l'objectif d'éviter ou d'atténuer les impacts environnementaux et sociaux des projets financés par la Banque. Or, tous les Etats sollicitant les concours financiers de la Banque ne présentent évidemment pas les mêmes caractéristiques : leurs niveaux de développement ne sont pas homogènes, pas plus que ne l'est le périmètre de leurs engagements internationaux. Le personnel de la Banque chargé d'encadrer le projet doit donc conduire une analyse du droit interne de l'Etat emprunteur en vue de déterminer s'il apparaît compatible avec les objectifs poursuivis par l'Institution. Les politiques opérationnelles constituent le mètre-étalon de cette analyse comparative. L'évaluation du droit interne de l'Etat emprunteur se fait à l'aune des standards environnementaux et sociaux adoptés par la banque multilatérale de développement saisie (1). Ce véritable test d'équivalence est déterminant en ce qu'il déterminera les règles conventionnelles applicables au projet, intégrées dans le traité international portant accord de prêt entre les parties (2).

1. Le référentiel servant de base au test d'équivalence : les standards opérationnels du bailleur de fonds sollicité par l'Etat emprunteur

Lorsqu'un Etat souhaite contracter un prêt avec une banque multilatérale de développement, son droit interne fait l'objet d'une étude d'impact par rapport au référentiel social et environnemental applicable au sein de la banque. Nous reviendrons à ce stade de notre réflexion sur les directives de la BIRD qui ont joué un rôle majeur en la matière.

Les directives opérationnelles et les procédures de la BIRD sont des documents, élaborés et adoptés par la Direction de la Banque, prescrivant au personnel le comportement à suivre en matière de préparation et de mise en œuvre de projets. Ce sont des documents internes à l'organisation, de nature quasi-administrative et, dans leur grande majorité, obligatoires pour le personnel, qui doit en suivre les prescriptions dans son dialogue avec les Etats emprunteurs¹⁴⁴¹. Ces textes servent donc essentiellement à guider le personnel de la Banque dans ses activités de financement de projet.

¹⁴⁴¹ Sur la portée des politiques opérationnelles de la Banque mondiale, voir L. Boisson de Chazournes, 'Policy Guidance and Compliance Issues: The World Bank Operational Standards', in: D. Shelton, *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (Oxford/New York, Oxford University Press, 2000), pp. 281–303 ; voir aussi, dans le même volume, l'article de D. A. Wirth, 'Commentary: Compliance with Non-Binding Norms of Trade and Finance', *op. cit.*, pp. 330–344.

a. L'identification des standards opérationnels

Nous reviendrons brièvement sur les circonstances historiques ayant conduit à l'adoption des standards opérationnels au sein de la BIRD **(a.1)** avant de préciser leurs modalités contemporaines d'adoption et de révision **(a.2.)**.

a.1. Rappel historique à la BIRD

A l'origine, les standards opérationnels ont été conçus comme fixant des objectifs au personnel de la Banque sur la base de la pratique antérieure. Le contenu de ces standards était alors marqué par une profonde souplesse, se bornant pour l'essentiel à orienter l'action du personnel bien plus qu'à imposer des prescriptions strictes¹⁴⁴².

Au fil des années, la Banque a opéré un net durcissement de leur contenu et une réorientation de leurs finalités, passant d'une logique d'orientation à une logique de prescription. Cette évolution a été initiée à la suite de la publication du rapport Morse consacré aux projets de barrage sur le Narmada, en Inde, et du rapport Wapenhans. Ces deux textes avaient mis en évidence la nécessité d'accroître la qualité du contrôle des opérations de la Banque et de promouvoir une véritable culture de la transparence au sein de l'Institution.

Cet infléchissement a été obtenu à la suite d'un long processus politique nourri par les inquiétudes exprimées par le public quant au rôle de la Banque mondiale dans des projets controversés d'infrastructure au cours des années 1970 et 1980. Des projets tels que le barrage de Sardar Sarovar dans la vallée de Narmada en Inde et de l'autoroute Polonoroeste en Amazonie brésilienne ont suscité une vive opposition de terrain de la part de représentants de la société civile, reprise dans l'opinion publique, parce que leur conception par la Banque n'avait pas pris en compte de manière satisfaisante les impacts sur les communautés locales et l'environnement. Le respect des standards opérationnels était mentionné par ces deux rapports comme l'une des voies privilégiées à suivre pour atteindre ces objectifs. Ainsi, en 1992, la Direction de la Banque clarifia la portée interne des standards

¹⁴⁴² Sur les standards, v. BOISSON DE CHAZOURNES L., « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions », in BOISSON DE CHAZOURNES L., KOHEN M. (Dirs.), *Le droit international et la quête de sa mise en œuvre. Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden : Brill, 2010, pp. 351-376 ; BOISSON DE CHAZOURNES L., « Normes, standards et règles en droit international », in DUPUY P.-M. et al. (Dirs.), *Common values in international law. Essays in honour of Christian Tomuschat*, Kehl : NP Engel, 2006, pp. 479-492 ; BOISSON DE CHAZOURNES L., « Policy guidance and compliance : the World bank operational standards », in SHELTON D. (Dir.), *Commitment and compliance : the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford university Press, New York, 2000, pp. 282-303 ; BOISSON DE CHAZOURNES L., « Standards and Guidelines : Some Interfaces with Private Investments », in TREVES T., SEATZU F., TREVISANUT S. (Dirs.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, London : Routledge, 2013, pp. 100-114 ; DI LEVA Ch. E., « The World Bank's Policy on Physical Cultural Resources », in HOFFMAN B. T. (Dir.), *Art and cultural heritage : law, policy, and practice*, New-York : Cambridge University Press, 2006, pp. 245-248.

opérationnels avant d'instituer, en 1993, le Panel d'inspection. C'est surtout l'adoption d'une politique générale de publication des informations liées à l'activité de la Banque, en 1993, qui a attisé les réflexions sur la nature, la portée et la qualité des standards opérationnels. Initialement, ces derniers n'étaient pas diffusés au public ce qui était somme toute cohérent avec leur nature première.

Au cours de son histoire, la Banque a recouru à divers instruments pour orienter l'action de son personnel. Avant la réorganisation institutionnelle de la Banque en 1987, ces standards opérationnels étaient essentiellement regroupés dans des Operational Manual Statements (OMSs) et dans des Operations Policy Notes (OPNs). Ces documents étaient alors élaborés et adoptés, sous l'autorité du Président de la Banque, par le bureau du Senior Vice President (Operations) sous la forme d'instructions générales. Ces dernières pouvaient être accompagnées de « circulaires opérationnelles » (« operational circulars ») ou de notes à usage interne rédigées par le Vice-Président sénior de la Banque. A la suite de la réorganisation de 1987, les Operational Manual Statements (OMSs) existants furent progressivement intégrés dans de nouveaux documents baptisés « directives opérationnelles » (« Operational Directives » (ODs)). A la différence des Operational Manual Statements (OMSs) et des Operations Policy Notes (OPNs), qui n'étaient pas soumis à l'approbation et à la discussion du Conseil d'administration, certaines directives opérationnelles furent soumises au Conseil dans leur version provisoire en raison de leur complexité ou de leur caractère « sensible »¹⁴⁴³. Suite à la discussion de ces textes, le Conseil d'administration de la Banque manifesta son intérêt pour examiner les projets de directives opérationnelles par la Direction. Il adopta, le 28 mai 1992, une résolution entérinant sa consultation en ces termes : « [i]n cases where the Board-approved policy covered sectors where Bank involvement was new or significantly altered, a follow-up Board seminar would be arranged at an appropriate time to discuss how Management had translated the policy into a new Operational Directive »¹⁴⁴⁴.

La formalisation des standards de la Banque dans les directives opérationnels ne se fit pas sans heurts. Un débat sur la nature contraignante des directives à l'égard du personnel s'éleva au sein de la Banque, plusieurs directeurs exécutifs de l'Institution demandant aux organes statutaires de clarifier la nature et la portée de ces instruments. I. Shihata, alors Conseiller juridique principal de l'organisation, indiqua que les directives constituaient des instructions générales de la Direction au personnel de la Banque, devant être respectées par celui-ci dans les limites fixées par le texte des directives pertinentes : « Management is accountable to the Executive Directors for the consistency of the ODs with Board-approved policies, and the staff are accountable to Management for the

¹⁴⁴³ Ce fût notamment le cas des directives opérationnelles relative à l'évaluation environnementale et à la pauvreté. V. SHIHATA, *The Inspection Panel*, p. 42.

¹⁴⁴⁴ BIRD, *Report of the Ad-Hoc Committee on Board Procedures* (the Naim Report) (R92-103), May 28, 1992, approved June 23, 1992. Nous soulignons.

observance of the ODs, with such latitude as their text might explicitly indicate »¹⁴⁴⁵. La rédaction des directives opérationnelles étant plus ou moins précise en fonction du sujet, toutes ne devaient être regardées comme contraignantes à l'égard du personnel. Il apparut toutefois rapidement que la flexibilité promue par les directives opérationnelles ne permettait pas de distinguer clairement celles des directives qui étaient contraignantes à l'égard du personnel de celles qui ne constituaient que de simples recueils de bonnes pratiques conseillées au personnel. Afin de clarifier la situation, la Direction de la Banque prit la décision, à la fin de l'année 1992, de catégoriser les directives opérationnelles en fonction de leur caractère contraignant pour le personnel. Les directives opérationnelles liant le personnel furent ainsi progressivement converties en *politiques opérationnelles* (PO) et en *procédures de la Banque* (BP). Les autres directives opérationnelles furent progressivement converties en « bonnes pratiques » (« *Good Practices* » (GPs)). Ce travail de catégorisation est connu, dans l'histoire de la BIRD, sous le nom de « phase de conversion »¹⁴⁴⁶.

a.2. L'élaboration et la modification des standards opérationnels

L'élaboration puis l'adoption des standards opérationnels au sein de la Banque ne sont pas des processus rationalisés et systématiques. Parmi le vaste éventail des activités de la Banque, seuls certains aspects font l'objet d'un standard opérationnel. Le choix des matières couvertes n'obéit à aucune logique globale et demeure au contraire un processus *ad hoc*, dicté par la pratique : lorsqu'il apparaît aux yeux de la Banque qu'un des aspects de ses activités de financement nécessite l'élaboration ou la modification d'un standard opérationnel, un projet est élaboré par les services compétents de l'Institution.

Si l'adoption finale du texte demeure de la compétence exclusive des institutions de la Banque, son élaboration est un processus assez largement ouvert aux observations des tiers. La Banque tient à cet effet des consultations régulières avec ses Etats membres ainsi qu'avec les organisations non-gouvernementales et le public. Il est ainsi possible à tout un chacun de faire des observations sur les standards opérationnels existants, de susciter des évolutions, de proposer des ajustements à l'occasion de la révision période des standards, par le biais d'un courrier électronique. La Banque conserve toutefois une emprise totale sur le processus et n'a pas l'obligation d'intégrer les commentaires qui lui sont faits dans la version finale des standards. Toutefois, l'institution rend publiques ses observations sur les propositions et critiques qui lui ont été faites. Le Conseil d'administration de la Banque participe au processus d'élaboration des standards opérationnels. Les directeurs exécutifs du Conseil d'administration est chargé d'approuver les *policy papers* auxquels sont annexés les projets

¹⁴⁴⁵ SHIHATA, *The Inspection Panel*, p. 42.

¹⁴⁴⁶ SHIHATA, *The Inspection Panel*, p. 44.

de standards opérationnels. Lorsqu'ils ne sont pas annexés à un *policy paper*, les standards opérationnels élaborés par les services de la Banque sont soumis au Conseil d'administration pour commentaire. *In fine*, l'ensemble des standards opérationnels de la Banque doivent respecter l'accord constitutif, dont l'interprétation est confiée au Conseil d'administration.

La Direction de la Banque peut amender ou modifier ces standards opérationnels (OP et BP) lorsque cela est nécessaire. Ce pouvoir de modification n'est pas absolu, les standards devant respecter l'acte constitutif de la Banque ainsi que toute politique adoptée par le Conseil d'administration. Toute modification d'une politique opérationnelle (OP) en vigueur doit être entérinée par le Bureau du Président de la BIRD. Il en va différemment lorsque le texte de la politique faisant l'objet de la modification prévoit la possibilité d'une approbation par le Vice-Président régional ou tout autre organe officiel de la Banque. Lorsque l'approbation du Bureau du Président est requise, elle est obtenue auprès du Managing Director compétent, après consultation avec le Premier Vice-Président et conseiller juridique de la Banque.

b. La nature juridique des standards opérationnels

Les standards opérationnels couvrent plusieurs thématiques de nature environnementale et/ou sociale. Certains ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des activités de la Banque, là où d'autres ne concernent qu'un domaine isolé. Au 21 mars 2014, les politiques opérationnelles et procédures de la BIRD couvraient trente-neuf thématiques au total.

La majeure partie de ces textes décrivent la manière dont les projets financés par la BIRD doivent être préparés et mis en œuvre. Ce faisant, ces textes imposent au personnel de la Banque de vérifier que l'Etat emprunteur a bien respecté les obligations découlant desdits standards qui seront intégrés dans l'accord de prêt.

La mise en œuvre du projet est de la responsabilité de l'Etat emprunteur, et non de la Banque. Ainsi, le préjudice subi par les parties concernées résultant de la mise en œuvre de projet doit être attribuée en premier lieu à l'autorité chargée de mettre en œuvre le projet, et ce même si la Banque a contribué au préjudice en ne suivant pas strictement ses politiques dans la conception, l'approbation et la surveillance du projet. Dès lors, le personnel de la Banque est réputé avoir manqué à ses obligations lorsqu'il n'exige pas de l'Etat emprunteur qu'il s'acquitte préalablement des obligations fixées par les standards opérationnels. Il comment également une violation lorsqu'il ne supervise pas correctement la mise en œuvre du projet par l'Etat emprunteur en ne vérifiant pas que ce dernier respecte bien ses obligations contractuelles. Par exemple, lorsque le standard opérationnel applicable exige de l'Etat emprunteur qu'il procède à une évaluation des impacts environnementaux du projet, la responsabilité du personnel de la Banque se limite à vérifier que le rapport a été dressé dans les

délais fixés par le standard et qu'il a été respecté durant la mise en oeuvre du projet. Comme le souligne I. F. I. Shihata, « clearly, the obligation of the staff with respect to actions to be taken by the borrower is not to guarantee that the intended outcome will materialize in each case, but to make their best effort, with the due diligence required under the Staff Rules, to ensure that the borrower will indeed carry out its obligations. To quote a french legal expression, this is an *obligation de moyens* and not an *obligation de résultat* »¹⁴⁴⁷.

La nature des politiques opérationnelles et les procédures de la BIRD, et plus largement de tous les textes équivalents adoptés par des banques multilatérales de développement, demeure sujette à débat. Ces textes ne sont pas des règles contraignantes de droit national ou de droit international. Ils incorporent des standards qui excèdent bien souvent les exigences du droit interne de l'Etat emprunteur et/ou le contenu du droit international. Cela est particulièrement visible pour la question de la réinstallation des personnes déplacées par un projet de développement. Comme nous l'avons évoqué précédemment, aucun traité n'organise de protection cohérente et spécifique à cette question¹⁴⁴⁸. On trouve, tout au plus, quelques textes valant « lignes directrices » en la matière. Les standards opérationnels appliqués par la BIRD (et ceux des autres banques multilatérales de développement) constituent donc les textes protecteurs les plus avancés sur le sujet.

2. Mise en oeuvre du test d'équivalence par le personnel de la Banque chargé du projet

L'appréhension de l'impact environnemental et social du projet porté par l'emprunteur est affectée au personnel de la Banque. Avant de procéder au décaissement des fonds recherchés, une analyse minutieuse du cadre juridique de l'emprunteur est conduite par l'équipe chargée du suivi du projet. Cette analyse prend la forme d'un test d'équivalence entre le droit interne de l'emprunteur et les standards opérationnels de l'institution amenée à financer la construction de l'ouvrage public. La Banque est tenue de conduire cette analyse qui doit être exhaustive et sectorielle **(a)**. Si le test d'équivalence fait apparaître des insuffisance du cadre juridique de l'emprunteur par rapport au cadre fixé par les standards opérationnels, ces derniers s'appliqueront en lieu et place. L'emprunteur est donc tenu, durant toute la durée du projet, par l'obligation de maintenir un niveau d'équivalence suffisant au regard des exigences déterminées par la Banque **(b)**.

¹⁴⁴⁷ SHIHATA, *The Inspection Panel*, p. 48.

¹⁴⁴⁸ V. nos développements *supra* sur la réinstallation involontaire des populations déplacées par la construction de l'ouvrage public.

a. L'obligation de la Banque de conduire une analyse exhaustive et sectorielle du droit interne de l'Etat emprunteur

Identifier l'obligation de la Banque de conduire une analyse exhaustive et sectorielle du droit interne de l'Etat emprunteur nécessite avant tout de préciser l'étendue du contrôle devant être exercé par le personnel **(a.1.)**. Nous illustrerons ce contrôle au moyen d'un exemple d'application **(a.2.)**.

a.1. L'étendue du contrôle exercé par la Banque

La Banque évaluera si le droit interne de l'Etat applicable en matière de protection de l'environnement et d'atténuation des impacts sociaux est équivalent aux exigences fixées par les politiques opérationnelles. Cela sera le cas si le droit interne pertinent de l'Etat permet d'atteindre les objectifs et respecte les principes opérationnels fixés par la Banque. L'Etat emprunteur doit ainsi respecter le socle fondamental des standards de la Banque, constitué par les politiques opérationnelles relatives à l'évaluation environnementale¹⁴⁴⁹, à la protection des habitats naturels¹⁴⁵⁰, des forêts¹⁴⁵¹ et l'utilisation des pesticides¹⁴⁵², la prise en compte des intérêts des peuples autochtones¹⁴⁵³, la protection des ressources culturelles physiques¹⁴⁵⁴, l'obligation de remédier aux situations de réinstallations involontaires¹⁴⁵⁵ et de garantir la sécurité des ouvrages hydrauliques¹⁴⁵⁶.

Cette analyse comparative est menée secteur par secteur, et non pas de façon globale. Cela revient à dire que le droit interne de l'Etat emprunteur peut être compatible (et donc suffisant) sur un point du projet, et incompatible (et donc insuffisant) sur d'autres. L'analyse comparative du droit interne de l'Etat emprunteur porte sur les éléments suivants : analyse substantielle des règles identifiées par l'Etat emprunteur comme devant s'appliquer au projet, que ces dernières s'appliquent au niveau national ou infraétatique. Outre les droits garantis, l'analyse portera également sur leur mise en oeuvre dans l'ordre juridique de l'Etat emprunteur. A ce titre, la Banque pourra recourir à l'avis d'experts et consultants spécialisés, de visites de terrain ou de toute autre mesure appropriée.

Un exemple récent de comparaison menée par la Banque peut être donné avec un projet d'aménagement des rives du fleuve Sénégal par l'Organisation de Mise en Valeur du Fleuve Sénégal (OMVS). Au titre de la politique opérationnelles 4.12 de la Banque sur la réinstallation involontaire,

¹⁴⁴⁹ OP/BP 4.01, Environmental Assessment.

¹⁴⁵⁰ OP/BP 4.04, Natural Habitats.

¹⁴⁵¹ OP 4.36, Forests.

¹⁴⁵² OP 4.09, Pest Management.

¹⁴⁵³ OP/BP 4.10, Indigenous Peoples.

¹⁴⁵⁴ OP/BP 4.11, Physical Cultural Resources

¹⁴⁵⁵ OP/BP 4.12, Involuntary Resettlement.

¹⁴⁵⁶ (OP/BP 4.37, Safety of Dams).

les populations déplacées devront être consultées de manière constructive et avoir la possibilité de participer à tout le processus de réinstallation¹⁴⁵⁷. La législation sénégalaise prévoit que le décret d'utilité publique d'un projet doit être précédé d'une enquête dont l'ouverture est annoncée au public par tout moyen de publicités habituelles. Durant cette période, toute personne intéressée peut formuler des observations¹⁴⁵⁸. A priori, le droit interne sénégalais remplit donc les exigences de la politique opérationnelle de la Banque sur ce point. Or, l'Institution a pointé que les populations intéressées pouvaient ignorer l'existence de l'enquête publique en raison du taux élevé d'analphabétisme, ce qui peut rendre difficile la participation de manière constructive dans le processus de consultation. En conséquence, et en dépit d'une équivalence formelle entre le droit interne sénégalais et les exigences de la politique opérationnelle 4.12, l'Institution a décidé de faire prévaloir ses règles dans l'accord de prêt¹⁴⁵⁹.

La Banque identifiera les secteurs devant être renforcés afin de satisfaire les objectifs minimaux fixés par la politique opérationnelle 4.00 « *Piloting the Use of Borrower Systems to Address Environmental and Social Safeguard Issues in Bank-Supported Projects* ». L'analyse se conclura par l'identification des mesures devant être prises par l'Etat emprunteur pour atteindre et maintenir le niveau d'exigence minimal fixé par la Banque. Si l'analyse comparative révèle que le droit interne de l'Etat emprunteur ne remplit pas certains objectifs minimaux fixés par la Banque, cette dernière pourra recommander l'adoption de toutes mesures nécessaires pour atteindre l'équivalence souhaitée. Ces mesures devront, en tout état de cause, être prises par l'Etat emprunteur avant le début de la phase d'exécution du projet. La Banque pourra apporter son assistance à l'Etat emprunteur, au moyen de programmes ciblés.

a.2. Exemple d'application

Supposons le cas d'un Etat souhaitant équiper son territoire par la construction d'une autoroute et désireux, à ce titre, d'obtenir un prêt de la BIRD. Dans notre exemple, les études préliminaires ont démontré que le projet traversera une réserve naturelle abritant une espèce particulièrement vulnérable et entraînera le déplacement de douze-mille personnes, dont certaines font l'objet d'une protection particulière à raison de leur identité culturelle (présence de communautés autochtones occupant traditionnellement une partie des terres traversées par l'ouvrage public). Puisque ce projet

¹⁴⁵⁷ § 2 b) de la PO.4.12.; § 13 a) Annexe A par. 15 d) ; Annexe A par. 16 a.

¹⁴⁵⁸ Art. 5 Loi n° 76-67 du 2 juillet 1976.

¹⁴⁵⁹ Voir la comparaison complète entre le droit interne sénégalais et les exigences de la Banque : Organisation pour la Mise en Valeur du fleuve Sénégal (OMVS), Haut commissariat, *Actualisation du cadre de politique de réinstallation (CPR)*, Projet de Gestion Intégrée des Ressources en Eau et de Développement des Usages Multiples du Bassin du fleuve Sénégal (PGIRE), Phase 2 du Programme (PGIRE, FEM, TF, PDS et PDRI), rapport final 2013, <http://tinyurl.com/q7jxe6p>, consulté le 2 juillet 2015, 207 p., spéc. pp. 48-53.

fait l'objet d'un financement de la BIRD, l'Etat emprunteur et le personnel chargé du projet doivent respecter les standards appropriés, à savoir ici les politiques opérationnelles relatives à la protection de l'environnement¹⁴⁶⁰, la prise en compte des intérêts des peuples autochtones¹⁴⁶¹ et à l'obligation de remédier aux situations de réinstallations involontaires¹⁴⁶². Le personnel de la Banque chargé du projet procèdera en premier lieu à l'analyse du droit interne de l'Etat emprunteur pour déterminer son degré d'équivalence avec les politiques opérationnelles susvisées.

Là où le droit interne de l'emprunteur sera jugé insuffisant, la Banque conclura à l'applicabilité de ses politiques opérationnelles durant toutes les phases du projet¹⁴⁶³. Supposons, pour en revenir à notre exemple, que la législation de l'emprunteur ne prévoit aucun dispositif de réinstallation des personnes déplacées par la construction de l'ouvrage. Le personnel de la Banque chargé du projet appliquera la politique opérationnelle et la procédure bancaire 4.12. Ces standards n'impliquent aucunement l'obligation pour la BIRD de verser la compensation manquante au particulier lésé, de construire les logements temporaires qu'il occupera durant la phase transitoire conduisant à sa réinstallation complète, d'améliorer les infrastructures et les services publics existants du lieu où le particulier sera définitivement installé, etc. Ce sont là les obligations de l'Etat emprunteur. Il n'existe alors aucune obligation pesant sur la Banque de garantir qu'un projet ne causera aucun préjudice à l'Etat emprunteur ou à une tierce-partie à l'accord de prêt. La Banque, en revanche, a une obligation de moyens : tout mettre en oeuvre pour que le projet réussisse. A ce titre, la Banque a l'obligation d'exiger de l'Etat emprunteur qu'il respecte le contenu des standards applicables. Elle remplit donc ses obligations lorsqu'elle introduit les standards pertinents dans l'accord de prêt, lorsqu'elle les accompagne d'un mécanisme de surveillance, et qu'en cas de non exécution par l'Etat emprunteur de ses obligations elle suspend ou annule le décaissement du prêt accordé.

Là où le droit interne de l'emprunteur sera jugé insuffisant, la Banque appliquera sa politique opérationnelle 4.00, « *Piloting the Use of Borrower Systems to Address Environmental and Social Safeguard Issues in Bank-Supported Projects* ». Dans notre exemple, la Banque analysera le droit interne de l'Etat emprunteur et pourra en conclure que ses lois visant à la protection de l'environnement sont suffisantes, car équivalentes aux politiques opérationnelles 4.01 et 4.04.

¹⁴⁶⁰ OP/BP 4.01, Environmental Assessment, OP/BP 4.04, Natural Habitats

¹⁴⁶¹ OP/BP 4.10, Indigenous Peoples.

¹⁴⁶² OP/BP 4.12, Involuntary Resettlement.

¹⁴⁶³ BANQUE MONDIALE, *Piloting the Use of Borrower Systems to Address Environmental and Social Safeguard Issues in Bank-Supported Projects*, politique opérationnelle 4.00, mars 2005 (version révisée de mars 2013), note de bas de page n° 4.

b. L'obligation de l'Etat emprunteur de maintenir un niveau d'équivalence suffisant au regard des exigences déterminées par la Banque

L'Etat emprunteur a l'obligation de parvenir à (et de maintenir) un niveau d'équivalence suffisant au regard des exigences déterminées par la Banque. Ces obligations font partie de l'accord de prêt conclu avec la Banque et sont soumises à ce titre aux règles contractuelles de l'Institution (le non-respect par l'Etat emprunteur de l'obligation d'équivalence peut entraîner la suspension des décaissements par la Banque). La responsabilité de la Banque s'étend à l'opération de détermination de l'équivalence entre ses exigences environnementales et sociales et le droit interne de l'Etat emprunteur ; ainsi qu'à la supervision des projets subséquents. La Banque s'acquittera de ses obligations en prenant en compte les risques et impacts potentiels du projet, les exerçant avec d'autant plus de vigilance lorsque lesdits risques et impacts seront importants. La Banque pourra déterminer avec l'Etat emprunteur (et avec des tiers, lorsque cela sera nécessaire) la possibilité de conclure des accords et arrangements en vue de renforcer les capacités institutionnelles et le droit interne de l'Etat emprunteur en vue de parvenir à l'équivalence avec les conditionnalités environnementales et sociales. La Banque peut également envisager avec l'Etat emprunteur (et avec des tiers, lorsque cela sera nécessaire) de recourir à des solutions alternatives pour superviser l'exécution du projet. L'accord de prêt conclu entre la Banque et l'Etat emprunteur précise les textes devant être respectés par ce dernier dans la mise en oeuvre du projet¹⁴⁶⁴.

Si, durant la phase d'exécution du projet, le droit interne de l'Etat emprunteur subit des changements (tels, par exemple, la modification du champ d'application, la suspension ou l'abrogation), la Banque déterminera l'effet desdits changements, en liaison avec l'Etat emprunteur. Si, de l'avis de la Banque, ces changements traduisent une amélioration, elle pourra accepter de réviser le cadre juridique applicable à l'opération en amendant l'accord de prêt conclu avec l'Etat emprunteur. Cette procédure de mise à jour se fait toutefois à la demande expresse de l'Etat emprunteur. La proposition d'amendement de l'accord de prêt est soumise à l'accord du Conseil d'administration (l'accord de ce dernier étant obtenu dès lors qu'aucune objection n'est opposée de la part des administrateurs). En revanche, si les changements opérés dans le droit interne de l'Etat emprunteur sont incompatibles avec les standards environnementaux et sociaux pertinents de la Banque, l'institution appliquera les règles contractuelles (pouvant entraîner la suspension ou l'annulation des décaissements). Afin de promouvoir la transparence, la Banque rend publique sa décision de recourir au droit interne de l'Etat emprunteur pour un projet. La Banque publiera

¹⁴⁶⁴ Banque Mondiale, *Piloting the Use of Borrower Systems to Address Environmental and Social Safeguard Issues in Bank-Supported Projects*, procédure bancaire 4.00, mars 2005 (version révisée de mars 2013), §5 « Changes in Borrower Systems ».

également l'analyse de l'équivalence et sa décision quant à la compatibilité du droit interne de l'Etat emprunteur avec ses exigences environnementales et sociales. Cette publication interviendra avant que le projet n'ait été officiellement accepté par les instances de la Banque, les documents rendus publics étant ensuite mis à jour à chaque modification opérée (par exemple à l'initiative de l'Etat emprunteur). La Banque a également l'obligation de publier l'ensemble des informations, standards applicables et procédures utilisés pour le projet principal (ainsi que pour les sous-projets qui y sont liés). Dans tous les cas, la publication interviendra avant le début du processus d'approbation du projet, dans des modalités linguistiques et d'accessibilité favorables à l'ensemble des parties prenantes.

*

La Banque encourage ses Etats emprunteurs à transposer le contenu des politiques opérationnelles dans leur ordre juridique interne ou, *a minima*, à orienter ce dernier vers le respect des objectifs fixés. Cette mise en conformité s'étend également à la structure institutionnelle de l'Etat emprunteur¹⁴⁶⁵. L'enjeu, pour la Banque, est de contribuer au développement des capacités de l'Etat emprunteur, au-delà des seuls projets individuels. Sa surveillance ne s'arrête pas à la conception du projet et se poursuit durant l'exécution de celui-ci.

§2. La surveillance de l'exécution du projet

La surveillance de l'exécution du projet s'exerce à travers la conclusion de l'accord de prêt et des documents subséquents **(A)** et sur la passation des contrats nécessaires à la construction de l'ouvrage public **(B)**.

A. La conclusion de l'accord de prêt et des documents subséquents

La conclusion de l'accord de prêt et des documents subséquents opère l'internationalisation du droit de la banque par l'intégration des standards opérationnels pertinents dans le traité conclu avec l'emprunteur **(1)**. L'accord conclu prévoit également les sanctions imposées par la banque en cas de violation d'une politique opérationnelle par l'Emprunteur **(2)**.

¹⁴⁶⁵ BANQUE MONDIALE, *Piloting the Use of Borrower Systems to Address Environmental and Social Safeguard Issues in Bank-Supported Projects*, politique opérationnelle 4.00, mars 2005 (version révisée de mars 2013), note de bas de page n° 3 : « When used in this policy statement "country systems" means a country's legal and institutional framework, consisting of its national, subnational, or sectoral implementing institutions and applicable laws, regulations, rules, and procedures ».

1. L'internationalisation du droit de la banque. L'intégration dans le traité des standards opérationnels en cas d'insuffisance du droit interne de l'Etat emprunteur

L'emprunt commercial externe est un processus compliqué. L'accord de prêt à lui seul n'est pas suffisant, il implique beaucoup d'autres documents. La nature et le nombre exacts de documents servant à la mise en œuvre d'un emprunt commercial dépend de plusieurs facteurs comprenant la nature des prêteurs c'est-à-dire s'il est une institution financière internationale, une institution financière d'un pays, une banque d'import-export, une banque commerciale ou une union de ces banques. L'étendue de la période pour laquelle les fonds sont exigés par l'emprunteur joue également un rôle important dans le processus, ainsi que l'objectif de l'emprunt. En outre, les différentes institutions prêteuses suivent des pratiques différentes pour ce qui est du prêt de fonds et de la documentation. Parmi toutes les institutions financières internationales, la Banque mondiale exige pour ses prêts un grand nombre de documents complexes. Les principaux documents qui nous intéressent sont les suivants : l'accord de prêt (entre l'emprunteur et la banque) ; les Conditions Générales (le cas échéant) ; l'accord sur le projet (entre la banque et l'organisme du projet) ; la garantie du garant ; l'accord de prêt subsidiaire entre l'emprunteur et l'organisme de projet) ; les orientations : passation des marchés dans le cadre des prêts BIRD et des crédits IDA ; les documents standards de souscription relatifs à la fourniture de biens et à la prestation de services et les orientations relatives à la sélection et emploi des consultants par l'emprunteur de la Banque mondiale.

Chaque institution financière internationale établit ses conditions générales applicables aux accords de prêt et de garantie. Ces conditions générales sont applicables en vertu d'une clause de l'accord de prêt, à tout accord de prêt conclu avec ces institutions financières. En pratique les principales banques multilatérales de développement ont harmonisé leurs conditions générales. Ce rapprochement a pour éviter que les conditions soient négociées et précisées dans chaque accord de prêt par les prêteurs, ce qui permet d'assurer l'uniformité des prêts et des emprunts. Elles peuvent être négociables dans le cas de certaines des institutions financières les ayant uniformisées, mais dans le cas d'autres prêteurs qui ne les ont pas uniformisées, elles font partie des accords de prêt et comme toute autre disposition de ces accords, elles sont susceptibles d'être négociées. La plupart des dispositions pertinentes relatives à une transaction de prêt sont généralement incorporées dans les conditions générales. Par conséquent les accords de prêt sont très minces et ne comportent que quelques articles renvoyant aux conditions générales, aux définitions applicables dans l'accord de prêt, à l'exécution du projet, aux voies de recours de la banque multilatérale de développement (ou du prêteur public) et aux conditions temporelles d'entrée en vigueur et de résiliation de l'accord. En tout état de cause, les directives opérationnelles dont l'application est rendue nécessaire à l'issue du test d'équivalence sont introduites dans l'accord de prêt. Elles deviennent alors des obligations

conventionnelles au sens le plus classique du terme. Leur violation par l'Etat emprunteur entraîne une série de sanctions graduées s'étalant de la suspension à l'annulation du prêt.

2. Les sanctions de la banque en cas de violation d'une politique opérationnelle par l'Emprunteur

Tout accord de prêt qu'il soit conclu avec une institution financière internationale, régionale ou nationale prévoit un certain nombre de conditions suspensives qui doivent être remplies avant que l'accord de prêt devienne opérationnel. En d'autres termes, l'emprunteur ne peut tirer un montant de prêt conformément à l'accord de prêt tant qu'elles ne sont pas satisfaites. La clause sur les conditions suspensives vise plusieurs objectifs. A travers les conditions suspensives, le prêteur s'entoure de plusieurs garanties telles que la capacité ou le pouvoir de l'emprunteur de conclure un accord de prêt, les autorisations nécessaires qu'il doit obtenir pour signer cet accord, la satisfaction des conditions nécessaires pour que celui-ci soit légal, valable, obligatoire et exécutoire etc. Les conditions suspensives exigent principalement que l'emprunteur produise un certain nombre de documents pour établir certains faits juridiques ou autres et/ou certifier que certains actes tels que le paiement des frais d'engagement, de gestion, etc, ont été accomplis.

Ces obligations financières peuvent être étudiées en deux étapes. La première étape est la remise du prêt par le prêteur à l'emprunteur et la seconde le remboursement et le paiement des intérêts et autres frais prévus dans l'accord. S'agissant de la première étape, l'accord de prêt normalement prévoit la date ou les dates de décaissement et le dernier délai des retraits. Par conséquent, il est une obligation financière pour l'emprunteur de remplir toutes les conditions suspensives prescrites, le cas échéant, dans l'accord de prêt et d'effectuer les retraits avant l'expiration du délai fixé. Normalement, dans un accord de prêt, l'emprunteur assume trois types d'obligations financières. La première est le remboursement du montant du prêt conformément à l'accord de prêt. La seconde est le paiement au prêteur du montant des intérêts échus et exigible. La troisième est le paiement des autres sommes dues au prêteur conformément à l'accord de prêt.

Les Conditions générales applicables aux accords de prêt, de garantie et de dons de la Banque africaine de développement et du Fonds africain de développement font ainsi obligation à l'Emprunteur de réaliser le projet « [...] conformément aux normes et pratiques administratives, techniques, financières, économiques, *environnementales et sociales* appropriées »¹⁴⁶⁶. La violation de l'une de ses obligations donne le droit à la Banque, par voie de notification à l'Emprunteur, suspendre en totalité ou en partie le droit de l'Emprunteur de demander et obtenir des décaissements

¹⁴⁶⁶ Conditions générales applicables aux accords de prêt, de garantie et de dons de la Banque africaine de développement et du Fonds africain de développement, Article IX, Section 9.01 « Exécution du projet », c).

s'il manque à toute autre obligation lui incombant en vertu de l'Accord de Prêt, de l'Accord de Garantie ou de tout autre Accord de Couverture de Risques, ou lorsque la Banque estime que les objectifs du Projet ne peuvent pas être atteints¹⁴⁶⁷. Une disposition similaire est applicable lorsque le projet fait l'objet d'un co-financement : le retrait de l'une des banques multilatérales suite à la violation par l'Emprunteur de ses obligations environnementales et sociales donne le droit aux autres banques de suspendre les parties correspondantes de leurs décaissements¹⁴⁶⁸. La suspension du droit de l'Emprunteur au décaissement de la totalité ou d'une partie du prêt continuera généralement jusqu'à ce que la Banque constate la cessation du ou des faits ayant entraîné cette suspension.

B. Les implications de la responsabilité fiduciaire de la banque sur la passation des contrats

La Banque a l'obligation de suivre les politiques opérationnels de la banque relatives à la sélection des consultants (1) ainsi que celles relatives à la passation des marchés publics (2).

1. L'obligation de suivre les politiques opérationnels de la banque relatives à la sélection des consultants

La détermination des objectifs à atteindre dans un projet de construction relève du maître de l'ouvrage qui aura souvent recours aux services d'un tiers (fréquemment une firme d'ingénierie-conseil). Lorsque le maître de l'ouvrage dispose de la compétence et de l'ensemble des moyens techniques nécessaires, il peut réaliser lui-même les études nécessaires à la constitution du dossier susceptible de la convaincre de la fiabilité de la construction envisagée. Les clients publics disposent à cet égard des études déjà réalisées par leurs services. Lorsque le maître de l'ouvrage n'a pas les capacités de procéder lui-même à cette tâche préliminaire, il aura recours à un ou plusieurs bureaux d'études spécialisés que nous qualifierons ici de « consultants ». Il arrive fréquemment que dans certains secteurs hautement spécialisés, les études préliminaires soient accomplies par un entrepreneur potentiel. Il apparaît nécessaire, dans ce cas, que cet entrepreneur n'ait pas participé à la définition des besoins du maître de l'ouvrage en raison du conflit d'intérêt qui en résulterait. Certaines organisations internationales refusent ainsi de financer la construction d'un projet par un entrepreneur qui a été préalablement impliqué dans la phase préliminaire de son élaboration.

¹⁴⁶⁷ Conditions générales applicables aux accords de prêt, de garantie et de dons de la Banque africaine de développement et du Fonds africain de développement, Section 6.02 « Suspension par la Banque ».

¹⁴⁶⁸ *Ibid.* : ii) Sous réserve du sous-alinéa (iii) du présent alinéa : A) le droit de décaisser les ressources provenant du Co-financement a été suspendu ou annulé en totalité ou en partie, en vertu des modalités de l'accord de Co-financement applicable ; [...]

2. L'obligation de suivre les politiques opérationnelles relatives à la passation des marchés publics

Les dimensions du risque particulier inhérent à la situation des Etats en développement constituent un frein à l'investissement. Les entreprises répugnent ou hésitent à investir dans des Etats à l'équilibre politique incertain tout en demeurant intéressées par l'exploitation et la rentabilisation des infrastructures. Généralement, l'arbitrage économique des décideurs se fait en fonction de deux impératifs : s'assurer que les infrastructures sont cofinancées par des crédits multilatéraux et s'assurer que l'entreprise n'assumera pas les risques du propriétaire puisqu'il n'entre pas dans la stratégie de l'entreprise de disposer d'actifs dans des pays à risque. Les crédits accordés par les banques multilatérales de développement aux Etats délaissés par les investisseurs internationaux sont donc destinés à la réalisation d'équipements ou à l'obtention de services. En effet, la réalisation des projets financés par les banques multilatérales passe par des marchés de travaux, de fourniture et de services ainsi que des marchés de consultants qui sont des prestations intellectuelles d'assistance aux pays emprunteurs. Ces procédures de commande publique sont gouvernées par trois objectifs : l'obtention de la meilleure qualité aux conditions optimales du marché ; la contribution, par le biais de ces opérations, à la libéralisation du commerce international ; favoriser les entreprises issues des Etats membres des banques multilatérales impliquées dans le financement des projets. Ainsi, les règles applicables aux marchés publics sous financements multilatéraux doivent établir une stricte égalité des chances entre les entreprises pour lesquelles les crédits des banques multilatérales sont autant d'opportunités économiques. Les sources du droit des marchés publics sous financements multilatéraux figurent dans les directives annexées aux contrats de prêts. Sur le fond, ces règles ne diffèrent pas de celles qui sont contenues dans l'accord sur les marchés publics de l'OMC, des directives communautaires et de la loi-type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994.

a. Le principe de libre concurrence dans les marchés sous financements multilatéraux

Si chaque banque multilatérale présente certaines spécificités dans son offre de prêt, le déroulement des appels d'offres internationaux est comparable d'une banque à une autre. Ces dispositions ont pour but d'assurer la loyauté de la compétition entre les entreprises en prenant compte du contexte international des pays en développement qui va peser de tout son poids sur la mise en œuvre des procédures. Comme le relève Ph. Saunier, « il faut partir de l'idée que la concurrence entre les entreprises est déjà un succès par rapport aux opérations dont la mise en œuvre est rendue difficile

par les hésitations des entreprises à se porter candidates dans certains pays »¹⁴⁶⁹. Cette libre concurrence va être assortie de certaines limites (inconnue des droits des marchés publics nationaux) propres à la spécificité des missions des banques multilatérales. Ainsi, l'éligibilité des entreprises aux marchés sous financements multilatéraux va varier en fonction de la composition des banques, de l'origine des ressources financières, de la discrimination positive en faveur des entreprises issues des pays en développement et d'autres règles d'exclusion pour autant que l'ensemble de ces restrictions n'aboutissent pas à fausser la concurrence.

a.1. L'appel public à concurrence

L'appel public à concurrence désigne les procédures par lesquelles les banques multilatérales de développement exigent des Etats emprunteurs qu'ils fassent connaître le plus largement possible les conditions de réalisation de leurs investissements. Le degré d'ouverture des marchés visés par l'opération va conditionner le niveau de concurrence qui pourra être modulé si cela est justifié. On distingue ainsi plusieurs types d'appels d'offres : l'appel d'offres international ; l'appel d'offres restreint et l'appel d'offres local.

L'*appel d'offres international* désigne la procédure ordinaire qu'il s'agisse de la sélection des fournisseurs de biens, de travaux ou de services ou des marchés de consultants. Sauf exception, ce type d'appel d'offres est ouvert à l'ensemble des entreprises éligibles. La publication de ces appels d'offres est assurée sous des formes variables : mise en ligne sur le site web de la banque concernée, parution au Journal officiel, etc. Ces avis de publication contiennent en général le règlement de consultation et la date limite de remise des offres des entreprises. Les entreprises éligibles et intéressées font alors parvenir au service compétent de la banque multilatérale concernée une offre sous pli. Une fois le délai de candidature expiré, il est procédé à la séance d'ouverture des plis. Après l'examen des offres, le marché est attribué à l'entreprise qui a présenté l'offre la plus avantageuse conformément à des critères techniques et financiers pondérés portés à la connaissance des entreprises candidates. Ce système d'examen est connu comme celui du *merit point system*. Cette procédure est valable tant pour les marchés de travaux et services que pour les procédures de sélection des consultants.

L'*appel d'offres restreint* constitue une procédure dérogatoire limitée à la réalisation de projets dont les caractéristiques propres supposent un nombre limité d'entreprises capables de soumissionner ou utilisant des technologies couvertes par un brevet. Elle est utilisée prioritairement dans la plupart des marchés de génie civil et des contrats clés en main. L'appel d'offres restreint

¹⁴⁶⁹ SAUNIER Ph., « *Droit international de l'économie* », p. 123.

consiste à ajouter à l'appel d'offres ouvert une phase de préqualification. La banque concernée publie ainsi un avis de préqualification auquel vont répondre les entreprises intéressées. A ce stade de la procédure, elles ne remettent pas d'offres mais déposent un dossier de candidature. L'emprunteur analyse alors les dossier des entreprises et établit une *short list*. Celle-ci regroupe donc l'ensemble des entreprises qui, du point de vue de l'emprunteur remplissent les conditions techniques et financières pour réaliser l'opération. Un dossier de candidature est alors adressé aux seules entreprises de la *short list* afin de les inviter à remettre une offre sur le fond. Les banques multilatérales attirent l'attention des emprunteurs sur les risques encourus en choisissant des technologies avancées couvertes par des droits, licences et brevets. En effet, des technologies mal adaptées peuvent conduire à l'échec de projets, parsèment les paysages des Etats en développements d' « éléphants blancs » (installations inachevées ou jamais mises en service). De plus, la propriété industrielle (brevets) sur des équipements industriels alourdit le prix pour les emprunteurs. En pratique, la notoriété des entreprises concernées (Bouygues, Vinci, Eiffage, etc.) joue un rôle extrêmement important.

L'*appel d'offres national* a pour but de réduire la concurrence aux entreprises du pays emprunteur quand en raison de sa nature, de son montant ou de sa forte teneur en main-d'œuvre, le marché n'est pas susceptible d'intéresser des fournisseurs étrangers. En toute hypothèse, cette procédure dérogatoire doit recevoir l'aval de l'organisme financier. L'appel d'offre national est publié dans la presse locale, sur un site web d'accès en langue locale, etc. Une entreprise étrangère qui souhaiterait soumissionner ne peut pas être écartée.

Les *procédures négociées* constituent un risque pour la régularité de la compétition entre entreprises. Néanmoins, la négociation directe entre le pays emprunteur et les entreprises est indispensable dans certains cas complexes. Les *guidelines* des banques multilatérales limitent le recours à ces procédures. Ainsi, les règles applicables aux marchés sous financements de la Banque africaine de développement disposent que « dans des cas exceptionnels, la Banque africaine de développement peut renoncer à tout mode d'appel à la concurrence requis par les présentes règles, et autoriser l'acquisition par des négociations directes entre l'emprunteur et un entrepreneur ou fournisseur particulier »¹⁴⁷⁰. Il s'agit donc, pour la BAfD, de travaux complémentaires ou d'achats supplémentaires à ceux déjà réalisés par une entreprise ayant donné satisfaction. Il faut donc prouver que le recours à un appel d'offres ne présenterait aucun avantage.

¹⁴⁷⁰ Règles applicables aux marchés sous financements de la Banque africaine de développement, point 4.6.1.

a.2. Les règles relatives à la candidature des entreprises

Il faut revenir ici sur la question de l'éligibilité aux appels d'offres des pays emprunteurs **(a.2.1.)** et les règles de préférence en faveur des entreprises des pays en développement **(a.2.2.)**.

a.2.1. La question de l'éligibilité aux appels d'offres des pays emprunteurs

La question centrale est ici celle de l'origine des fonds levés par les banques multilatérales de développement sur les marchés de capitaux. En fait, selon l'institution concernée, un lien pourra être établi entre cette origine et l'éligibilité des entreprises aux appels d'offres. Hors, en pratique, la fluidité des marchés de capitaux ne permet pas d'identifier l'origine nationale des fonds levés par les banques multilatérales. Il n'existe donc pas d'obstacle de principe à la candidature des entreprises indépendamment de leur localisation. L'Accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), dispose à cet effet que « la Banque, n'impose aucune restriction à l'utilisation du produit d'un prêt, d'un investissement ou d'un autre financement consenti dans le cadre de ses opérations ordinaires ou au titre de ses opérations spéciales, en vue de l'acquisition de biens et de services dans quelque pays que ce soit »¹⁴⁷¹.

Pour autant, cette ouverture à la concurrence internationale ne constitue pas un principe absolu s'imposant aux banques multilatérales. Dans ce cas, les marchés publics sont asservis à la composition de la banque. Au sein de la Banque africaine de développement, les biens, les travaux et les services connexes doivent être fournis par des soumissionnaires originaires de pays membres de la Banque¹⁴⁷². A la Banque mondiale, cette situation s'est prolongée jusqu'au 1er mai 2004. A partir de cette date, la Banque a supprimé les restrictions liées à la nationalité des entreprises candidates à un marché. En pratique, cette ouverture ne concerne qu'un tout petit nombre d'Etats qui ne sont pas membres de la BIRD : Andorre, Cuba, Corée du Nord, Liechtenstein, Monaco, Nauru et Tuvalu. Les banques multilatérales tiennent également compte des restrictions imposées par les Etats emprunteurs à l'égard d'autres Etats dans le cadre général de leurs relations internationales. C'est dire que la passation des marchés publics internationaux ne saurait avoir pour effet de contraindre les Etats à entretenir des relations économiques et financières avec des partenaires qu'ils réprouvent. Dans le même ordre d'idées, le respect des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies prises dans le cadre du Chapitre VII décidant un embargo à l'encontre d'un Etat implique l'exclusion des entreprises ou des biens en provenance de l'Etat concerné des opérations de passation des marchés. La question de l'origine des fonds se pose de manière plus complexe pour les fonds de développement

¹⁴⁷¹ Accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), art. 13.

¹⁴⁷² Directives de la BAfD, point 2.2.

(type AID) car ils sont financés par des donateurs. Dès lors, comme l'origine des fonds est clairement identifiée, le principe du lien entre l'origine des crédits et l'origine des entreprises éligibles demeure.

a.2.2. Les règles de préférence en faveur des entreprises des pays en développement

Les directives des banques multilatérales de développement comportent des dispositions en faveur du développement économiques des Etats emprunteurs les moins favorisés. Ces règles de discrimination positive interviennent au stade de l'évaluation des offres. Ces règles prennent la forme de marges de préférence pour l'évaluation des fournitures de travaux. Il s'agit d'admettre que les banques multilatérales paient plus cher des biens lorsqu'ils sont fournis par les entreprises du pays où se réalise l'opération.

b. Le choix des offres les plus avantageuses

La question du choix des offres les plus avantageuses pose le problème de la comparabilité : les entreprises retenues doivent être à même de mener les opérations à leur terme dans les meilleures conditions financières et techniques **(b.1.)**. La comparabilité des offres se fait non seulement sur la base du résultat attendu mais aussi sur des considérations qualitatives et quantitatives **(b.2.)**.

b.1. Les spécifications techniques des besoins des pays en développement

La question des spécifications techniques des besoins des pays en développement peut être examinée sous deux angles principaux: l'interdiction des spécifications techniques ou des normes équivalentes à des restrictions de concurrence **(b.1.1.)** et les marchés sur performance **(b.1.2.)**.

b.1.1. Interdiction des spécifications techniques équivalentes à des restrictions de concurrence

Dans les marchés de travaux, de fournitures et de service, les équipements répondent à des normes nationales ou internationales qui garantissent la qualité et la sécurité des matériels. Dès lors, la présence dans le cahier des charges de références à des marques ou à des types de matériel provenant de fabricants précis est de nature à vicier la procédure de passation et partant, à causer une perturbation dans le financement multilatéral. Quand la mention est inévitable pour des raisons de clarté, les Banques exigent de l'Etat emprunteur qu'il soit spécifié dans l'appel d'offres la mention « *ou équivalent* » afin de préserver les chances d'un fournisseur de produits analogues ou offrant des

résultats similaires à ceux recherchés¹⁴⁷³. Comme l'énoncent les directives de la BAfD, point 3.8.3., « les normes et spécifications techniques mentionnées dans le dossier d'appel d'offres doivent susciter la concurrence la plus large possible, et faire en sorte que les fournitures et/ou travaux demandés satisfassent aux critères de performance essentiels et aux critères requis ». Dans le même ordre d'idées, on retrouve dans la pratique des « variantes » qui se définissent comme des spécifications techniques différentes de celles demandées mais qui présentent des performances ou des résultats comparables¹⁴⁷⁴.

b.1.2. Les marchés sur performance

Dans le cas des marchés sur performance, les spécifications techniques recherchées par les emprunteurs sont remplacées par des résultats à atteindre. Ce type d'exigences se retrouve principalement dans des marchés relatifs à des équipements comme des usines d'épuration des eaux usées ou des procédés d'élimination des déchets qui sont cruciaux dans les Etats en développement. Les performances se mesurent alors en mètre cube ou en tonnage. Dans son offre, l'acheteur va donc indiquer les volumes devant être atteints par l'ouvrage réalisé. La principale caractéristique des marchés sur performance est que le paiement dépend des résultats obtenus et non des moyens mis en œuvre pour réaliser l'opération.

b.2. Les critères de sélection des entreprises

Le dossier d'appel d'offres comporte la définition des besoins de l'emprunteur et la méthode de sélection des entreprises. Cette dernière se fait au moyen de critères qui ont pour but de permettre de déterminer le coût de chaque offre afin de rendre possible une comparaison objective et d'identifier l'offre la plus avantageuse économiquement. Les critères les plus fréquents sont les suivants : prix, délais de livraison, services après vente, pièces de rechange, pour les grands projets d'infrastructures : formation des personnels, sécurité et protection de l'environnement. Chacun de ces critères fait l'objet d'une pondération qui est énoncée dans le règlement de consultation (= l'offre) afin d'écarter toute subjectivité dans le choix des entreprises. En toute hypothèse, l'emprunteur doit établir un

¹⁴⁷³ Ce qui donne une formulation du type « présence de structures métalliques labellisées de type ISO 76421 ou équivalent ».

¹⁴⁷⁴ En matière de cartographie des territoires, le repérage peut être effectué par satellite ou par avion. Un appel d'offres relatif à une cartographie satellitaire empêche la candidature des entreprises travaillant avec des avions. Or, l'avion et le satellite ne sont que des supports techniques : le résultat recherché par l'acheteur n'est pas lié aux différents moyens aériens mais bien à la qualité et à la précision des images. Par voie de conséquences, les banques multilatérales exigeront la plupart du temps que les offres émises par les acheteurs n'imposent pas, sauf circonstances particulières, un moyen particulier.

rapport détaillé sur l'évaluation et la comparaison des offres en indiquant les éléments précis sur lesquels il s'est fondé pour attribuer le marché.

3. Les mécanismes de sanction des banques multilatérales de développement contre la corruption dans les marchés publics

La corruption perturbe l'activité des banques multilatérales de développement de deux manières distinctes : elle affecte directement le rendement des opérations des banques au moment de l'attribution des marchés qu'elles financent et elle compromet les efforts des banques multilatérales. Dès lors, la lutte contre la corruption s'insère dans les programmes de réformes administratives soutenues par les banques multilatérales. Les Banques multilatérales disposent d'un arsenal juridique important pour garantir l'éthique des marchés publics. Comme le soulignent les directives de la BERD, « La Banque requiert que ses clients (incluant les bénéficiaires des prêts), soumissionnaires, fournisseurs, contractants, concessionnaires et consultants agissant sous contrats financés par la Banque respectent les plus haut standards éthiques durant la passation des marchés et leur exécution ». Nous reviendrons sur le développement **(a)**, le fonctionnement **(b)** et l'harmonisation **(c)** des mécanismes de sanction contre la corruption.

a. Le développement des mécanismes de sanction contre la corruption

Pendant de nombreuses années, la corruption fut perçue comme un problème de nature politique n'entretenant pas de rapports avec les questions de développement économique. L'un des arguments en ce sens était celui de la réticence des organisations internationales économiques à interférer dans les domaines des activités politiques de leurs membres. Il faudra attendre le début des années 1990 pour que la Banque modifie son analyse et établisse un lien entre corruption et déperdition des gains de croissance et de développement. D'une question purement politique relevant des affaires internes des Etats membres la corruption devint ainsi une préoccupation importante dans la conduite des activités de la Banque¹⁴⁷⁵.

L'intervention de la Banque sur ce sujet fut permise par une relecture de l'article IV, section 10 des Statuts de la BIRD qui prohibe toute interventions dans les affaires intérieures des Etats membres en ces termes : « la Banque et ses dirigeants n'interviendront pas dans les affaires politiques d'un Etat membre quelconque, ni ne se laisseront influencer dans leurs décisions par l'orientation

¹⁴⁷⁵ WOLFENSOHN J. D., « People and Development », in WOLFENSOHN J. D., KIRCHER A. (dirs.), *Voice for the World's Poor. Selected Speeches and Writings of World Bank President James D. Wolfensohn*, 1995-2005, World Bank Publication, 2005, p. 50 et s. ; BHARGAVA V., « Curing the Cancer of Corruption », in BHARGAVA V. (dir.), *Global Issues for Global Citizens. An Introduction to Key Development Challenges*, World Bank Publication, 2006, p. 5 et s.

politique de l'Etat membre (ou les Etats membres) en cause. Leurs décisions seront fondées exclusivement sur des considérations économiques, et ces considérations seront impartialement pesées afin d'atteindre les objectifs énoncés à l'article I ». Or, l'article III (« Dispositions générales relatives aux prêts et garanties »), section 5 (« Emploi des prêts garantis ou accordés par la Banque ou auxquels elle participe »), b) établit la responsabilité fiduciaire de la Banque à l'égard de ses Membres. Aux termes de cet article, « la Banque prendra des dispositions en vue d'obtenir que le produit d'un prêt soit consacré exclusivement aux objets pour lesquels il a été accordé, compte dûment tenu des considérations d'économie et de rendement et sans laisser intervenir des influences ou considérations politiques ou extra-économiques ». La lecture combinée de ces deux dispositions sert encore aujourd'hui de base légale à l'action de la Banque en matière de lutte contre la corruption¹⁴⁷⁶. Ce faisant, la Banque a inscrit son action dans un contexte institutionnel (création du Groupe d'Action financière (GAFI) en 1989¹⁴⁷⁷ et normatif¹⁴⁷⁸ favorable et accompagnant l'adoption de la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption.

b. Le fonctionnement des mécanismes de sanction contre la corruption

La sanction de la méconnaissance des règles de passation des marchés par les Etats membres des banques multilatérales s'exerce de deux façons différentes : la suspension des versements des banques en faveur d'un membre et l'inéligibilité des entreprises aux appels d'offres internationaux. Le moyen le plus simple de réprimer la corruption est d'arrêter les versements qui sont attachés à l'opération frauduleuse. Aux termes des Directives de la BIRD, point 1.15-c), la Banque « annulera la fraction du prêt allouée à un marché si elle détermine, à un moment quelconque, que les représentants de l'Emprunteur ou d'un bénéficiaire d'un prêt se sont livrés à la corruption ou à des manœuvres frauduleuses, collusoires ou coercitives pendant la procédure de passation du marché ou l'exécution du marché sans que l'Emprunteur ait pris, en temps voulu et à la satisfaction de la Banque,

¹⁴⁷⁶ SHIHATA I., « Corruption - A General Review with an Emphasis on the Role of the World Bank », *Dickinson Journal of International Law*, vol. 15, 1997, pp. 451-485 ; SHIHATA I., *The World Bank Legal Papers*, Kluwer, 2000, pp. 219-244 ; Chanda P., « The Effectiveness of the World Bank's Anti-Corruption Efforts : Current Legal and Structural Obstacles and Uncertainties », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 32, 2003-2004, pp. 315-353, spéc. p. 349 ; TREBILCOCK A., « Implications of the UN Convention against Corruption for International Organizations : Oversight, Due Process, and Immunities Issues », *International Organizations Law Review*, vol. 6, 2009, pp. 513-540. V. également deux rapports de la Banque fondateurs de son action en la matière : The World Bank, « Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank », septembre 1997, Poverty Reduction and Economic Management (PREM)Network, The World Bank, Septembre 1997, 69 p., <http://tinyurl.com/ojnl2cp> (consulté pour la dernière fois le 23 juin 2015) ; The World Bank, « Helping Countries Combat Corruption: Progress at the World Bank Since 1997 », juin 2000, Operational Core Services (OCS), Poverty Reduction and Economic Management (PREM)Network, The World Bank, Juin 2000, 109 p., <http://tinyurl.com/pjy2jm6> (consulté pour la dernière fois le 23 juin 2015)

¹⁴⁷⁷ Le GAFI émet des recommandations dans le but de développer et promouvoir des politiques nationales et internationales de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

¹⁴⁷⁸ Adoption de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1999.

les mesures nécessaires pour remédier à cette situation ». Le non-versement des prêts ne présente par un caractère automatique. Cette sanction n'intervient que si l'emprunteur ne réagit pas à la situation frauduleuse. Les banques agissent dans l'intérêt général et la suspension ou l'annulation d'un prêt ou d'une partie d'un prêt est très préjudiciable aux opérations de développement. Les entreprises convaincues de fraude lors de la passation des marchés peuvent être exclues des appels d'offres sous financement d'une banque multilatérale pour une durée déterminée ou définitivement. La Banque mondiale¹⁴⁷⁹ se distingue en publiant sur son site Web la liste des entreprises ou consultants sanctionnés par une exclusion temporaire ou définitive des marchés qu'elle finance. Cette liste est établie après une procédure contradictoire qui débute par une lettre de réprimande adressée par la Banque mondiale à l'entreprise en cause. Si la Banque établit que l'entreprise en cause a fraudé pour obtenir ou tenté d'obtenir un marché qu'elle finance, la sanction pourra consister à exclure l'entreprise indéfiniment ou pour une période déterminée de toute attribution des marchés financés par la Banque.

c. L'harmonisation des mécanismes de sanction contre la corruption

La volonté de prendre appui sur certains principes pour améliorer le fonctionnement des mécanismes de sanction a essaimé dans d'autres organisations financières. La mise en place d'un appareillage semblable à celui de la Banque s'est réalisée au sein des banques régionales de développement. Des mécanismes de sanction ont en effet été adoptés par la Banque africaine de développement¹⁴⁸⁰, par la Banque asiatique de développement¹⁴⁸¹, par la Banque de développement du Conseil de l'Europe¹⁴⁸², la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque européenne d'investissement, et la Banque interaméricaine de développement¹⁴⁸³. Ce

¹⁴⁷⁹ BIRD (The World Bank Group Sanctions Board), *World Bank Sanctions Procedures*, 1er janvier 2011, 37 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/oopleoq> (dernière consultation le 23 juin 2015).

¹⁴⁸⁰ BAfD (Département des acquisitions et des services fiduciaires), Document introductif. Revue détaillée des politiques et procédures de la Banque en matière de passation des marchés, 7 mars 2014, 21 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/obh4xas> (dernière consultation le 23 juin 2015) ; BAfD (Département des acquisitions et des services fiduciaires), *Règles et procédures pour l'acquisition de biens et de travaux*, mai 2008, version révisée de 2012, 52 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/p534znh> (dernière consultation le 23 juin 2015), BAfD (Département des acquisitions et des services fiduciaires), *Règles et procédures pour l'utilisation des consultants*, mai 2008, version révisée de 2012, 52 p. ; BAfD/FAfD, Directives pour la prévention et la lutte contre la corruption et la fraude dans les opérations du Groupe de la Banque, février 2004, 35 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/otuzso5> (dernière consultation le 23 juin 2015).

¹⁴⁸¹ BASD, *Guidelines on the Use of Consultants by Asian Development Bank and Its Borrowers*, mars 2013, 39 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/ne66ddj> (dernière consultation le 23 juin 2015) ; BASD, *Procurement Guidelines*, avril 2015, § 1.14, 50 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/p2bnl66> (dernière consultation le 23 juin 2015) ; BASD, *Anticorruption Policy*, juillet 1998, 44 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/qyauvuu> (dernière consultation le 23 juin 2015) ; BASD (Office of Anticorruption and Integrity), *Integrity Principles and Guidelines*, avril 2015, 60 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/nsufg59> (dernière consultation le 23 juin 2015).

¹⁴⁸² Banque de développement du Conseil de l'Europe (CEB), Directives pour la passation des marchés de service, de fournitures et de travaux, septembre 2011, 26 p. ; Banque de développement du Conseil de l'Europe (CEB), *Charte anti-corruption*, 24 p.

¹⁴⁸³ BIAD, *Guide for Acceptance of the Use of Country Procurement Systems*, septembre 2013, 19 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/nmuutqu> (dernière consultation le 23 juin 2015) ; BIAD, *Policies for the Procurement of Goods and Works financed by the Inter-American Development Bank*, GN-2349-9, mars 2011, § 1.14, 35 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/nh9fvzd> (dernière consultation le 23 juin 2015) ; BIAD, *Policies for the Selection and Contracting of*

phénomène constitue l'un des visages de l'émulation institutionnelle qui prévaut entre ces institutions¹⁴⁸⁴. La nécessité de travailler ensemble a été, qui plus est, ressentie par les institutions financières. La conclusion en avril 2010 d'un accord d'application mutuelle des décisions d'exclusion (*mutual enforcement of debarment decisions*) entre la Banque africaine de développement, la Banque asiatique de développement, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque interaméricaine de développement et la Banque mondiale est le reflet de la perception d'une telle nécessité¹⁴⁸⁵.

Chacun des signataires s'engage au moyen de cet accord à reconnaître et appliquer les décisions d'exclusion prises par les autres signataires. Il est intéressant de remarquer que cette procédure d'exclusion croisée ne peut se faire qu'à la condition que certains critères et principes soient respectés, notamment la motivation des sanctions et la publication des décisions. Si ces critères sont respectés, la reconnaissance et l'application en sont automatiques. La voie de l'harmonisation est en route, mais des différences demeurent. Pour l'heure, les définitions de la fraude, de la corruption, de la coercition et de la collusion adoptées par les signataires sont semblables. Celle des pratiques obstructives ne l'est néanmoins pas encore. Les signataires se sont engagés à respecter les principes et lignes directrices concernant les enquêtes ainsi que certains éléments de *due process* comme, par exemple, la mise en place d'une instance interne d'enquête distincte de l'autorité prenant les décisions ou d'une procédure comprenant une notification des charges retenues et prévoyant la possibilité de présenter ses arguments. Certaines différences entre les diverses procédures de sanction demeurent néanmoins. Le mécanisme mis en place par la Banque asiatique de développement se différencie en de nombreux points de celui de la Banque mondiale. La Banque africaine de développement est quant à elle dépourvue pour le moment d'une procédure formelle de sanction. L'accord d'application mutuelle des décisions d'exclusion pourra sans doute à terme conduire à une standardisation des procédures de sanction.

*

Consultants financed by the Inter-American Development Bank, GN-2350-9, mars 2011, 36 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/qxdx17r> (dernière consultation le 23 juin 2015).

¹⁴⁸⁴ BOISSON DE CHAZOURNES L., «Partnerships, Emulation, and Coordination : Toward the Emergence of a Droit Commun in the Field of Development Finance », in Ossé H., Bradlow D., Kingsbury B (dirs.), *The World Bank Legal Review - International Financial Institutions and Global Legal Governance*, vol.3, The World Bank, 2011, pp. 173-187.

¹⁴⁸⁵ BIRD, BERD, BEI, BAfD, BAAsD, BIAD, *Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions*, 5 p. V. les documents joints à l'accord et les règles d'harmonisation subséquentes : BIRD, BERD, BEI, BAfD, BAAsD, BIAD, *International Financial Anti-Corruption Task Force*, septembre 2006, 3 p. ; BIRD, BERD, BEI, BAfD, BAAsD, BIAD, *International Financial Institutions Principles and Guidelines for Investigation*, septembre 2006, 5 p. Documents disponibles sur <http://tinyurl.com/qee5a4l> (dernière consultation le 23 juin 2015). Un site internet dédié à cette opération d'harmonisation a été créé pour l'occasion (<http://crossdebarment.org/>) mais ne semble pas mis à jour de façon régulière ; BIRD, BERD, BEI, BAfD, BAAsD, BIAD, *General Principles and Guidelines for Sanctions*, non-daté, 3 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/olp4gnd> (dernière consultation le 23 juin 2015) ; BIRD, BERD, BEI, BAfD, BAAsD, BIAD, *MDB Harmonized Principles on Treatment of Corporate Groups*, 10 septembre 2012, 2 p. Disponible sur <http://tinyurl.com/ojk2a8b> (dernière consultation le 23 juin 2015).

Les bailleurs de fonds multilatéraux exercent une surveillance étroite sur le projet d'ouvrage public porté par l'emprunteur. La notion de « cycle de projet » est essentielle dans cette optique car elle permet de répartir les responsabilités de chacun des acteurs. La première étape du dialogue entre l'Etat emprunteur et la Banque est toujours celle de la *définition générale des priorités de développement*. En collaboration avec le gouvernement du pays emprunteur et les autres partenaires, la Banque mondiale cherche à déterminer les conditions pouvant garantir une efficacité optimale des aides financières et des autres types de soutien. A cette phase générale succède la *phase de préparation du projet*. Elle consiste entre autres à réaliser des études de faisabilité et des plans techniques détaillés. Le gouvernement signe des contrats avec des consultants et d'autres entreprises du secteur public afin qu'elles lui fournissent les biens, prestations et services éventuellement nécessaires, non seulement durant cette phase mais aussi plus tard, lors de la phase de mise en œuvre. La Banque exerce un rôle consultatif, et fournit des services d'analyse et de conseil lorsque le pays le lui demande. C'est aussi à ce stade que la Banque évalue les capacités des agences chargées de la mise en œuvre, afin de se mettre d'accord avec le pays emprunteur sur l'organisation globale du projet, à savoir : les moyens nécessaires pour assurer la gestion financière, la passation des marchés, le suivi, ainsi que la supervision et l'évaluation. La *phase d'évaluation* donne l'occasion aux différents acteurs de revoir la conception du projet dans le détail et de résoudre les questions restées en suspens. À ce stade, le projet a été examiné sous tous ses aspects et jugé viable. L'équipe de la Banque confirme que tous les aspects du projet sont en accord avec les exigences opérationnelles de la Banque et que le gouvernement a mis en place les structures institutionnelles nécessaires. Une fois que tous les aspects du projet ont été négociés et approuvés par le gouvernement et la Banque mondiale, l'équipe de projet les soumet ensuite à l'*approbation des administrateurs*. Une fois le financement accordé, les conditions d'efficacité réunies et les documents juridiques acceptés et signés, la phase d'exécution peut commencer. Le gouvernement emprunteur met alors en œuvre le projet de développement grâce aux fonds alloués par la Banque mondiale. Avec l'assistance technique de la Banque, l'agence chargée de l'exécution prépare les spécifications du projet et cherche à obtenir tous les biens, services et prestations nécessaires. Elle veille également à l'application des standards opérationnels adoptés pour minimiser les conséquences environnementales et sociales du projet.

La surveillance exercée par la Banque durant l'ensemble de ces étapes repose sur des textes d'une haute importance : les standards opérationnels. Adoptés sous pression de la société civile mais aussi de certains Etats, ces standards fixent des règles de conduite au personnel de la Banque chargé de suivre le projet. Originellement issus de la BIRD, ces standards opérationnels ont été repris par d'autres banques multilatérales de développement, puis par d'autres acteurs de l'aide au développement, préfigurant l'émergence d'un droit commun du financement de l'ouvrage public.

Section 2. L'émergence d'un droit commun du financement de l'ouvrage public

L'extrême diversité des acteurs et programmes internationaux intervenant dans les opérations d'aménagement du territoire s'accompagne d'une véritable concurrence entre bailleurs de fonds multilatéraux. Cet état du « marché de l'aide au développement » nuit à l'efficacité globale de l'aide et incite les Etats à pratiquer une politique du moins-disant environnemental et social. En réaction, un mouvement de fond visant à la standardisation des conditionnalités environnementales et sociales de banques multilatérales de développement peut être observé (§ 1). Cette tendance à l'harmonisation, qui s'exprime par une véritable émulation institutionnelle entre organisations internationales, tend aujourd'hui à dépasser le seul cadre des banques multilatérales de développement. Les standards édictés par ces institutions sont repris et modifiés par d'autres acteurs intervenant dans le financement de l'ouvrage : les agences de crédit à l'exportation et les banques commerciales privées. Ce vaste rapprochement ne va pas sans poser de questions sur les attentes légitimes créées par cette conversation aux plus hautes exigences environnementales et sociales (§ 2).

§1. L'harmonisation des standards opérationnels des banques multilatérales de développement

La standardisation des conditionnalités environnementales et sociales de banques multilatérales de développement s'explique en premier lieu par la fragmentation importante du marché de l'aide au développement : tous les bailleurs de fonds ayant vocation à élaborer leurs propres standards d'emprunts et d'analyse environnementale et sociale des projets, une concurrence s'observe entre eux (A). La solution proposée par les banques, sous l'impulsion des Nations Unies, consiste en l'adoption de référentiels environnementaux et sociaux communs (B).

A. Fragmentation de l'aide au développement, diversité des standards environnementaux et sociaux et concurrence entre bailleurs de fonds multilatéraux

Le marché de l'aide au développement fait cohabiter une multitude d'acteurs, de programmes et de donateurs publics et privés. Cette complexification importante (1) est généralement invoquée comme l'une des principales causes d'inefficacité de l'aide (2).

1. La complexification du marché de l'aide au développement

La coopération internationale « classique » en faveur du développement reposait pour l'essentiel sur la coordination d'un nombre restreint d'acteurs relativement homogènes, munis de

pouvoirs de décision et réunis dans le but de résoudre un problème donné. Cette coopération n'a jamais été organisée autour d'un organe centralisateur et s'est toujours accommodée d'un certain degré de diversité. Ainsi, à l'*institutionnel* (création d'organisations internationales spécialisées dans le financement du développement, faible nombre d'agences bilatérales de développement, création d'agences spécialisées des Nations Unies, par exemple) s'ajoutait le *relationnel* (enceintes informelles de négociations structurées en « Groupes » (G8, G20) constituant d'importants relais de pouvoir) sans que la cohérence globale de la coopération internationale pour le développement ne s'en trouva remise fondamentalement en cause. Ce schéma complexe n'a pas disparu aujourd'hui, loin s'en faut. Mais il doit désormais s'accommoder de la forte concurrence exercée par de nouveaux acteurs de la coopération en faveur de développement. Le « marché »¹⁴⁸⁶ de l'aide au développement en a été profondément marqué par un double mouvement de *prolifération* (augmentation du nombre d'intervenants) et de *fragmentation* (dispersion de l'activité des bailleurs).

La nécessité d'apporter une réponse efficace aux nouveaux défis du développement a d'abord conduit les *acteurs traditionnels* (Etats et organisations internationales) à modifier leurs pratiques. C'est le cas de la multiplication des *programmes multilatéraux* : les Nations Unies comptent ainsi plus de soixante-dix organismes ou fonds spéciaux consacrés au développement¹⁴⁸⁷, soit un nombre plus important que les quarante-huit pays les moins avancés (PMA)¹⁴⁸⁸ qu'ils sont censés aider¹⁴⁸⁹. La Comité d'aide au développement de l'OCDE a pu dénombrer jusqu'à deux-cent-soixante-trois organismes multilatéraux actifs dans le domaine du développement¹⁴⁹⁰. Cette catégorisation des fonds a eu pour effet de substituer une logique sectorielle (qui semble plus adaptée pour saisir des problèmes d'envergure mondiale) à l'échelle nationale qui prévalait jusqu'alors dans la coopération en faveur du développement. Le nombre d'*agences bilatérales de développement* a lui aussi augmenté. Alors que, dans les années 1960, l'aide bilatérale au développement provenait essentiellement des États-Unis, de France et de Grande Bretagne, on dénombre aujourd'hui près de soixante bailleurs bilatéraux. Beaucoup d'Etats qui bénéficiaient jusqu'à peu de l'aide publique au développement et dont certains sont emprunteurs auprès de la BIRD ont créé leur propre agence de développement

¹⁴⁸⁶ SEVERINO J.M., RAY O., « La fin de l'aide publique au développement : mort et renaissance d'une politique publique globale », *Revue d'économie du développement*, 2011/1, vol. 25, p. 11.

¹⁴⁸⁷ ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DEVELOPPEMENT (AID), *Aid Architecture: An Overview of the Main Trends in Official Development Assistance Flows*, mai 2008, 47 p., not. pp. 11-13.

¹⁴⁸⁸ Tels que dénombrés par la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (UNCTAD) au 28 mars 2014. Cette comparaison a notamment été mise en évidence par J.-M. Severino et O. Ray : SEVERINO J.M., RAY O., « La fin de l'aide publique au développement : mort et renaissance d'une politique publique globale », *Revue d'économie du développement*, 2011/1, vol. 25, p. 12.

¹⁴⁸⁹ Ces nouveaux fonds représentaient 7 % de l'aide multinationale en 2005. Leur part n'a pas cessé d'augmenter depuis : KHARAS H., *Trends and Issues in Development Aid*, Document de travail du Wolfensohn Center for Development, novembre 2007, cité in SEVERINO J.M., RAY O., « La fin de l'aide publique au développement : mort et renaissance d'une politique publique globale », *Revue d'économie du développement*, 2011/1, vol. 25, p. 13.

¹⁴⁹⁰ SEVERINO J.M., RAY O., « La fin de l'aide publique au développement : mort et renaissance d'une politique publique globale », *Revue d'économie du développement*, 2011/1, vol. 25, p. 13.

bilatérale. Cette augmentation du nombre d'agences bilatérales ne s'est pas traduite par un accroissement significatif des transferts de fonds : toutes proportions gardées, l'irruption de ces nouvelles agences a au contraire entraîné une forte diminution de la taille moyenne des projets ou des opérations financées. Au-delà, les *entités infraétatiques* ont initié leurs propres projets bilatéraux. Cette coopération décentralisée prend la forme de réseaux dans lesquels de collectivités locales situées dans un Etat développé vont conduire des projets de développement (notamment urbain) sur le territoire d'une collectivité d'un Etat en développement.

Les procédés de densification institutionnelle de l'aide au développement que nous venons de décrire concernent les acteurs traditionnels. Ils portent la marque de la puissance étatique. La fin du monopole de l'Etat dans l'aide au développement, initiée dans les années 1990, a provoqué une explosion de l'offre privée. Une multitude d'ONG ont été créées dans tous les pays industrialisés. Les plus importantes d'entre elles sont dotées de budgets conséquents et sont devenues des acteurs incontournables de la solidarité internationale : leurs activités représentent désormais une part considérable des transferts financiers Nord-Sud. Les *fondations privées* sont également devenues des acteurs importants de l'industrie de la solidarité¹⁴⁹¹. Bien que l'essentiel de leurs activités ait trait à l'amélioration des conditions sanitaires des populations défavorisées, une part substantielle de leurs dons est affectée à des projets d'équipement du territoire de taille moyenne. Le même mouvement s'observe à l'égard des *entreprises privées* qui, outre leur participation à des activités de solidarité, tendent à rationaliser (de façon plus ou moins désintéressée) leurs activités par l'adoption de politiques de responsabilité sociale et environnementale¹⁴⁹². Les *banques privées* s'inscrivent dans la même dynamique lorsqu'elles souscrivent, par exemple, aux Principes d'Equateur¹⁴⁹³.

2. L'absence d'efficacité et de cohérence de l'aide au développement

Le foisonnement des acteurs du développement nuit à la fois à l'efficacité et à la cohérence des politiques publiques : l'efficacité de l'aide diminue(raît) lorsque les initiatives en faveur du développement se multiplient à l'excès, singulièrement au niveau des pays et au niveau sectoriel. A l'augmentation constante du nombre d'acteurs répond en effet la multiplication des procédures et des conditionnalités d'un bailleur à un autre. Si tous les bailleurs poursuivent en apparence les mêmes objectifs (« le développement »), chacun détermine librement les moyens nécessaires à leur concrétisation. Ainsi, chaque bailleur dispose de ses propres règles de financement, de ses propres

¹⁴⁹¹ Pour une étude globale, v. OCDE, *Fondations philanthropiques et coopération pour le développement*, tiré-à-part des dossiers du Comité d'aide au développement (CAD), 2003, vol. 4, n° 3, 86 p.

¹⁴⁹² Les sociétés transnationales perçoivent en effet de plus en plus clairement que leur réussite économique est liée à l'amélioration de leur image publique dans les pays où elles investissent, et à leur capacité à apporter des solutions aux principaux défis nationaux des politiques publiques.

¹⁴⁹³ Sur les Principes d'Equateur, v. *infra*.

stratégies environnementales et sociales, de ses règles de décaissement ; chacun apporte sa propre vision de ce que constitue un « bon » projet et impose les conditions correspondantes de mise à disposition des fonds. En l'absence d'une organisation internationale spécialisée à vocation universelle régissant l'aide au développement, les acteurs de la coopération internationale ne se sentent pas soumis à des règles communes et donnent leurs propres conseils de politiques selon leurs propres critères et intérêts. Il en résulte que, dans les domaines de la protection de l'environnement et de l'atténuation des impacts sociaux des projets, une profusion de règles, de textes déclaratoires, de discours et d'orientations politiques coexistent au même moment pour sur un projet donné. Cette extrême diversité pèse lourdement sur les États bénéficiaires¹⁴⁹⁴ qui peuvent recevoir des conseils et indications diamétralement opposés sur la façon de procéder pour réaliser leur projet. Plusieurs études démontrent que les coûts de coordination des activités des multiples acteurs ont fortement augmenté tant et si bien que les gains générés par l'implication d'un plus grand nombre d'acteurs sont parfois dépassés par les pertes qui proviennent de l'incohérence des politiques et des coûts de coordination. L'obtention des fonds auprès des différents bailleurs exige en effet un important travail de la part des autorités nationales et locales qui ne disposent pas nécessairement de l'expertise indispensable à la rédaction des études et rapports exigés d'eux afin de pouvoir contrôler le progrès des projets et l'utilisation des fonds. Lorsque l'Etat destinataire ne dispose pas d'une administration suffisante, ce travail absorbe une partie de la capacité administrative disponible, empêchant ainsi son utilisation pour les besoins du développement national¹⁴⁹⁵. Les États qui sortent d'un conflit ou d'une catastrophe sont un cas typique : les bailleurs s'y précipitent souvent sans s'être préalablement organisés, au risque de submerger les institutions étatiques déjà fortement sollicitées par ailleurs. La dispersion des bailleurs peut alors conduire certaines autorités pour financer des politiques inadaptées¹⁴⁹⁶. Cette situation pèse également sur les bailleurs de fonds eux-mêmes : en l'absence d'harmonisation des procédures, des services ont été créés dans chaque agence de développement

¹⁴⁹⁴ KNACK S., RAHMAN A., « Donor Fragmentation and Bureaucratic Quality in Aid Recipients », *World Bank Policy Research Working Paper*, 2004, n° 3186, 32 p.

¹⁴⁹⁵ Les travaux du Comité d'aide au développement de l'OCDE ont ainsi pu montrer que trente-huit pays en développement ont affaire à au moins vingt-cinq bailleurs bilatéraux actifs et organismes internationaux. Ce chiffre ne prend en compte que les acteurs traditionnels de l'aide au développement, à l'exclusion de la myriade d'intervenants des sphères des ONG internationales, fondations et organismes de coopération décentralisée : OCDE (CAD), « Development Co-Operation Report 2009 », Partnership And Trust Fund Annual Report, 2008, p. ?. Une enquête conjointe de l'OCDE et de la BIRD portant sur une base de quatorze Etats montre que le Cambodge et le Nicaragua reçoivent en moyenne trois-cent missions de bailleurs de fonds par an, et le Bangladesh deux-cent-cinquante, ce qui demande un effort considérable de la part des Etats bénéficiaires qui ne sont pas tous équipés pour y faire face. Dans les trois exemples rapportés, environ 90 % de ces missions ont été conduites par un bailleur multilatéral, les 10 % restant étant conduites par des agences bilatérales. Seules 10 % du total des missions effectuées sur le territoire de l'Etat destinataire de l'aide ont été effectuées conjointement entre les bailleurs : OECD (CAD), *Survey on Harmonisation and Alignment of Donor Practices*, Paris : OECD/CAD, 2005, pp. 33, 50, 104.

¹⁴⁹⁶ OCDE, *L'engagement international dans les États fragiles. Peut-on mieux faire ?*, Éditions OCDE, 2011, 62 p.

pour s'occuper de la coordination des activités avec l'ensemble des bailleurs concernés¹⁴⁹⁷. Ces désaccords entre bailleurs sont aussi anciens que l'aide au développement elle-même. Aujourd'hui, l'hétérogénéité sans précédent des acteurs du financement du développement rend très difficile l'identification de leurs préférences de politique et donc leur capacité à converger.

Faut-il, dans ces conditions, substituer une approche unitaire à la fragmentation croissante de la coopération internationale ? Si le nombre et la diversité croissants des acteurs entraînent des surcoûts, l'amélioration de la cohérence et de l'efficacité nécessiterait la réduction du nombre d'acteurs d'une façon ou d'une autre. La piste d'une réduction imposée du nombre d'acteurs est sans issue en l'absence d'une organisation internationale universelle mandatée pour contrôler l'apport des biens et services publics essentiels, et compte tenu de la dynamique d'augmentation constante d'acteurs bilatéraux, multilatéraux et privés. Les Etats bénéficiaires de l'aide seraient également fondés à s'opposer à toute tentative de réduire le nombre d'intervenants, car chaque nouveau venu dans la coopération internationale suscite chez eux l'espoir d'un supplément de fonds. L'hypothèse d'une réduction volontaire du nombre d'acteurs semble elle-aussi promise à l'échec car il y a peu de chances que des intervenants dans un secteur en pleine expansion comme la coopération internationale acceptent volontairement de se désister¹⁴⁹⁸. Plutôt que d'imposer la diminution du nombre d'acteurs, la communauté internationale a donc choisi d'encourager la création d'un vaste dispositif de coordination et d'harmonisation entre bailleurs.

La tâche est colossale, compte tenu du fait que l'explosion récente du nombre d'intervenant dans le champ de la coopération internationale s'accompagne d'une large dé-responsabilisation. L'explosion du nombre d'ONG et de projets de coopération décentralisée ne s'est pas accompagnée d'une augmentation significative du montant total de l'aide. Elle a entraîné, au contraire, une augmentation significative de projets de taille moyenne, d'un faible coût total. Comme le soulignent J.-M. Severino et O. Ray, « dans ce marché où la plupart des acteurs sont marginaux, aucun d'entre eux ne s'estime isolément redevable des résultats finaux. Tous les joueurs qui considèrent qu'ils n'apportent qu'une petite pierre au grand édifice du développement ne se sentent pas concernés par

¹⁴⁹⁷ Un secrétariat technique (STELA) a été créé par les bailleurs actifs au Burkina Faso en 2005 dans le but de mettre en œuvre les recommandations des Déclarations de Rome et de Paris. V. également le SECRETARIAT TECHNIQUE PERMANENT POUR LA COORDINATION DE L'AIDE : <http://www.stpca-primature.gov.mg>.

¹⁴⁹⁸ La question avait été posée, dans le contexte de la construction européenne, au sujet de la fusion des agences bilatérales de développement des Etats membres au sein d'une agence unique d'aide européenne. Bien qu'envisagée, cette proposition n'a pas été retenue car elle aurait menacé la spécificité des agences bilatérales. Bien que tous les bailleurs bilatéraux européens acheminent de l'aide « européenne », ils ne livrent pas le même type de soutien : les agences d'aide allemande, française, espagnole, danoise, suédoise et britannique apportent chacune leur propre savoir-faire technique et géographique, ce qui donne une grande partie de sa valeur ajoutée à l'aide européenne.

les efforts de coordination. Pourquoi se donneraient-ils la peine de participer à des processus coûteux d'harmonisation ? »¹⁴⁹⁹

B. L'harmonisation des politiques et directives opérationnelles des bailleurs de fond multilatéraux

L'harmonisation des politiques et directives opérationnelles des bailleurs de fond multilatéraux s'observe à travers l'apparition de pratiques normatives communes (1). Ces dernières résultent des différents processus directs et indirects de mise en cohérence des standards environnementaux et sociaux des différentes banques (2).

1. L'apparition de pratiques normatives communes

Aux termes de ses Statuts, « la [BIRD] coopérera avec toute organisation internationale générale ainsi qu'avec les organisations publiques internationales ayant des fonctions spécialisées dans des domaines connexes »¹⁵⁰⁰, cette dernière catégorie embrassant celle des banques régionales de développement. Dans son cours dispensé à l'Académie de droit international de La Haye, L. Boisson de Chazournes a mis en évidence l'existence d'un processus d'« émulation » entre la BIRD et les banques régionales de développement définit comme la reprise, sinon en termes identiques, au moins en des termes très proches, des politiques, règles et procédures mises en place au sein d'une organisation universelle dans le cadre d'une organisation régionale¹⁵⁰¹. Ce rapprochement s'exprime tant à l'égard de la structure institutionnelle des banques que de leurs politiques opérationnelles¹⁵⁰².

2. Les voies de l'harmonisation

Deux techniques ont permis d'enclencher la dynamique générale d'harmonisation des standards des banques multilatérales de développement. La première est une technique indirecte : dans le cadre de projets associant plusieurs bailleurs multilatéraux (co-financement), une harmonisation *in concreto* est faite dans l'intérêt du projet (a). La seconde technique emprunte les

¹⁴⁹⁹ SEVERINO J.M., RAY O., « La fin de l'aide publique au développement : mort et renaissance d'une politique publique globale », *Revue d'économie du développement*, 2011/1, vol. 25, p. 13.

¹⁵⁰⁰ Article V, section 8, lettre a), des statuts de la BIRD, adoptés à Bretton Woods, le 22 juillet 1944, *RTNU*, vol. 2, pp. 135 et s., comme modifiés le 16 février 1989.

¹⁵⁰¹ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Les relations entre les organisations internationales régionales et universelles », *RCADI*, t. 347, 2010, p. 210.

¹⁵⁰² BOISSON DE CHAZOURNES L., « Les relations entre les organisations internationales régionales et universelles », *RCADI*, t. 347, 2010, pp. 211-213. V. surtout, BOISSON DE CHAZOURNES L., « Partnerships, Emulation, and Coordination. Toward the Emergence of a *Droit Commun* in the Field of Development Finance », *The World Bank Legal Review*, 2011, pp. 173-187.

chemins connus du droit international : l'harmonisation se fait par le biais de conférences internationales **(b)**.

a. L'harmonisation indirecte par l'entremise du co-financement

Chaque banque multilatérale de développement bénéficie de standards opérationnels propres qui, bien qu'ils rejoignent des thématiques communes, sont également également susceptibles de présenter des différences de protection. Certaines institutions ont ainsi adopté des standards opérationnels qui enserrant fermement l'action du personnel chargé du projet, là où d'autres banques retiennent une approche plus flexible. Or, en pratique, le financement d'un ouvrage public est rarement sollicité auprès d'une seule institution. Cela est valable tant pour les projets qui sont exclusivement financés auprès des banques commerciales privées (c'est-à-dire, sans conditionnalités environnementales et sociales subordonnant le décaissement des fonds¹⁵⁰³) que pour ceux qui sont recherchés auprès des institutions publiques. La pratique démontre au contraire une nette préférence pour les opérations de co-financement associant banques multilatérales de développement et/ou banques commerciales privées **(a.1.)** ce qui pose directement la question de la détermination des standards opérationnels environnementaux et sociaux devant être appliqués à l'opération : chaque institution doit-elle appliquer ses propres standards ? Se ranger derrière ceux adoptés par la Banque occupant la fonction de chef de file (dite « banque-pivot ») ? **(a.2.)**

a.1. Le recours privilégié à la technique du co-financement en matière d'ouvrage public

L'importance des besoins des Etats en développement et la nécessité d'accroître les flux de capitaux ont conduit la BIRD (et les autres banques multilatérales de développement) à financer de plus en plus fréquemment la construction d'ouvrages publics en association avec d'autres organismes de crédit. Cette pratique, dénommée « cofinancement », se traduit par la conclusion d'« arrangement(s) en vertu duquel des fonds prêtés par la Banque mondiale (ou par toute autre institution multilatérale jouant le rôle de pivot dans l'opération) sont associés à des fonds fournis par d'autres sources extérieures aux pays emprunteurs, pour financer un projet »¹⁵⁰⁴. Les banques multilatérales de développement agissent ainsi en qualité de facilitateur de crédit en permettant l'obtention de capitaux supplémentaires et diversifiés. Les principaux partenaires des banques multilatérales de développement dans les opérations de cofinancement peuvent être *internationaux*

¹⁵⁰³ V. cependant nos développements *infra* sur les Principes d'Equateur.

¹⁵⁰⁴ CARRIERE J., « Le cofinancement », *Revue économique*, 1978, vol. 29, n° 6, p. 1043.

(cas d'une opération de cofinancement associant une ou plusieurs banques régionales de développement entre elles ou à la BIRD), ou *nationaux*. Dans ce dernier cas, la Banque-pivot pourra obtenir les concours financiers de capitaux *publics* (l'opération de cofinancement associe alors des organismes publics d'aide au développement des pays du CAD (Comité d'Aide au Développement)¹⁵⁰⁵ et/ou des organismes de crédit à l'exportation)¹⁵⁰⁶ et/ou de capitaux *privés* apportés par des banques commerciales.

Le cofinancement peut être *conjoint*, et désigner une forme de cofinancement dans le cadre de laquelle une liste commune de biens et de services a été établie et dont le financement, pour chaque élément de la liste, est partagé entre la Banque-pivot et les autres organismes suivant des pourcentages convenus.

Le cofinancement peut être *parallèle* et désigne alors un type de cofinancement dans le cadre duquel la Banque-pivot et l'organisme de crédit associé financent des éléments différents, ou des parties différentes d'un même projet. Les opérations de cofinancement comportent de nombreux avantages, tant pour les bailleurs de fonds que pour les Etats emprunteurs. Les bailleurs de fonds (c'est-à-dire les autres établissements et organismes de crédits mobilisés dans l'opération) bénéficient de l'expertise de la Banque-pivot en ce qui concerne l'analyse économique, la préparation, l'évaluation et la supervision des projets.

Le cofinancement se caractérise ainsi d'abord par un échange d'informations entre les bailleurs de fonds. Cet aspect de l'opération est particulièrement stratégique pour les banques et organismes privés qui ne bénéficient généralement pas d'une expertise en matière de financement de projets aussi approfondie que celle de la Banque-pivot (et notamment lorsque c'est la BIRD qui occupe cette fonction)¹⁵⁰⁷. Les bailleurs de fonds associés à l'opération bénéficient également de dispositions contractuelles qui leur sont particulièrement favorables. Lorsqu'il est fait recours à un cofinancement, l'accord de prêt contient fréquemment une *clause de défaut croisé* par laquelle la Banque-pivot se réserve la faculté de suspendre ses décaissements ou d'accélérer le remboursement

¹⁵⁰⁵ Le cofinancement avec les organismes publics (gouvernements membres, leurs agences, et les organismes financiers multilatéraux) est et restera sans doute le principal type de cofinancement, tant par le nombre des opérations que par le montant total de l'assistance.

¹⁵⁰⁶ Les organismes de crédit à l'exportation de la plupart des pays du CAD ont participé à des opérations de cofinancement, initialement dans des cofinancements conjoints, et plus récemment, sous forme de financement parallèle. Il est rappelé qu'alors, la Banque et l'emprunteur se partagent les éléments du projet à financer. Une série d'éléments sera financée par la Banque (il s'agit le plus souvent des travaux de génie civil) et les autres (généralement les marchés de matériel) par l'organisme de crédit à l'exportation.

¹⁵⁰⁷ Cette procédure a été particulièrement utile pour les organismes d'aide récemment constitués, le cofinancement leur permet d'utiliser leurs fonds beaucoup plus tôt et dans un nombre beaucoup plus grand d'Etat en développement que s'ils avaient cherché à identifier, préparer et évaluer leurs propres projets. C'est le cas, en particulier, des organismes d'assistance des pays exportateurs de pétrole. Pendant l'exercice 1976, la Banque arabe pour le développement économique en Afrique (BADEA), qui venait d'être créée, a engagé une partie importante de ses fonds, à savoir quelque 61 millions de dollars, pour cofinancer avec la Banque dix opérations différentes. CARRIERE J., « Le cofinancement », *Revue économique*, 1978, vol. 29, n° 6, p. 1046.

de son prêt si un emprunteur est en défaut de paiement vis-à-vis d'une des autres institutions qui auront participé au cofinancement du projet. L'opération est également favorable aux Etats emprunteurs qui bénéficient d'un accès facilité et élargi aux capitaux étrangers publics et privés¹⁵⁰⁸. Ils bénéficient également de conditions d'emprunt souples¹⁵⁰⁹, de déboursements rapides, d'un échéancier de remboursement qui permet aux sources privées de se faire rembourser dans les premières années suivant le prêt, alors que la Banque-pivot détient les échéances les plus longues.

a.2. Conséquences attachées à la pluralité de bailleurs de fonds sur la détermination des standards environnementaux et sociaux applicables

Supposons qu'un Etat emprunteur soit à la recherche de financements pour la construction d'un barrage. Après s'être adressé aux services compétents de la BIRD, l'Institution, agissant en sa qualité de facilitateur, a conclu un arrangement de cofinancement parallèle de l'ouvrage avec la Banque africaine de développement (BafD) : la BIRD financera le système d'écluses principal tandis que la BafD financera les ouvrages connexes de productions d'électricité ainsi que les infrastructures routières devant conduire au site principal. L'ensemble des ouvrages formant le projet principal est susceptible d'entraîner des impacts environnementaux et sociaux négatifs et est donc classé dans la catégorie des projets à risques élevés (« A ») au sens des deux banques cofinancantes. Cette inscription entraîne, pour chacune des banques concernées et pour l'Etat emprunteur, l'obligation de se conformer aux standards opérationnels applicables en matière d'évaluation préalable du projet, d'éviction ou d'atténuation des impacts environnementaux et sociaux (protection de l'environnement, des groupes vulnérables, etc).

Comme nous l'avons vu précédemment, ces standards font le plus souvent obligation à l'Etat emprunteur de réaliser une série d'études préalables visant à démontrer la durabilité environnementale et sociale du projet, en vue d'emporter l'accord de financement de la banque multilatérale de développement. Par exemple, dans le cadre d'un accord de prêt conclu avec une banque multilatérale de développement, l'Etat emprunteur doit également mettre en oeuvre un

¹⁵⁰⁸ *Contra*, v. l'analyse de J. Carrière : « le cofinancement engendre-t-il des flux d'aide supplémentaire, par rapport aux flux « normaux » ? D'une manière générale, on peut répondre que lorsque le cofinancement fait appel à des capitaux publics ou multilatéraux, son effet quantitatif est probablement marginal. Les ressources affectées au développement par les programmes publics nationaux ou internationaux sont finies, et l'usage veut que toutes les dépenses autorisées soient réellement effectuées ; il y a donc très peu de souplesse dans les programmes » : CARRIERE J., « Le cofinancement », *Revue économique*, 1978, vol. 29, n° 6, p. 1047.

¹⁵⁰⁹ En pratique, la BIRD (ou d'une façon plus générale, l'institution-pivot d'une opération de cofinancement), s'efforce d'obtenir des participants des conditions aussi favorables que possible. Il n'en reste pas moins que les termes du financement ne s'écartent pas substantiellement des conditions du marché. L'opération de cofinancement s'applique à des pays dont le risque a été soigneusement apprécié, et dont la situation d'endettement est jugée satisfaisante — ou en tout cas non dangereuse — par l'institution centrale : CARRIERE J., « Le cofinancement », *Revue économique*, 1978, vol. 29, n° 6, p. 1048.

ensemble de mesures de surveillance de l'exécution du projet. La Banque subordonne le décaissement des tranches supérieures du prêt à l'accomplissement desdites mesures.

L'intervention d'une ou de plusieurs autres banques multilatérales de développement dans le cadre d'un co-financement complexifie singulièrement ce schéma. En effet, le co-financement implique la participation financière d'acteurs financiers extérieurs, mais il n'entraîne pas l'application des seuls standards opérationnels de la Banque-pivot : chaque banque multilatérale de développement continue d'appliquer ses propres standards opérationnels pour la partie du prêt qu'elle finance. Pour en revenir à notre exemple, l'Etat emprunteur devra ainsi établir autant de fois que nécessaires les études, rapports, et autres mesures de surveillance exigées par les standards opérationnels de la BIRD et de la banque régionale de développement participant au co-financement. Cette situation n'est pas optimale pour au moins deux raisons principales.

D'abord, parce que les standards opérationnels diffèrent d'une banque à une autre et que l'opération de co-financement implique donc une harmonisation *ad hoc* entre les services compétents, en l'absence de standards généraux applicables par toutes les banques. Deux solutions peuvent alors être retenues : chaque banque continue à appliquer ses propres procédures et l'opération générale s'accommode d'éventuelles divergences quant au degré de protection retenu ou une harmonisation par le haut est effectuée, soit en fonction de *chaque* standard selon son degré de protection, indépendamment de son origine¹⁵¹⁰, soit au profit *des* standards d'une des banques participant au cofinancement en raison de leur degré de protection.

Cette situation n'est pas optimale, ensuite, pour l'Etat emprunteur qui doit s'accommoder d'éventuelles divergences entre les standards applicables des différentes banques multilatérales de développement. L'absence d'harmonisation entre les institutions engagées dans l'opération de cofinancement pèse toujours, *in fine*, sur l'Etat emprunteur et donc, par extension, sur l'exécution du projet. Ce sont les fameux coûts de transaction inhérents à la multiplication des études et évaluations ou à l'allongement des durées de traitement du dossier pour ne citer qu'eux. On comprend mieux, dans ces conditions, que la nécessité d'une harmonisation globale des standards opérationnels des banques multilatérales de développement ait été inscrite à l'agenda du financement du développement.

Cette mise en cohérence s'appuie sur une pratique commune préexistante, un certain nombre de banques multilatérales de développement et de bailleurs de fonds bilatéraux disposant déjà de

¹⁵¹⁰ Supposons, dans le cadre de notre exemple, que les standards opérationnels de la BIRD en matière de réinstallation des personnes déplacées par l'ouvrage soient moins protecteurs que ceux de la banque régionale impliquée. Inversement, la politique relative au genre de la BIRD apparaît plus protectrice que celle de la banque régionale.

politiques et de procédures environnementales quasi similaires. L'harmonisation se fait alors par l'entremise de conférences internationales.

b. L'harmonisation directe par l'entremise de conférences internationales

L'entreprise d'harmonisation des standards environnementaux et sociaux des banques multilatérales de développement s'effectue par le biais de conférences internationales placées sous l'égide de Nations Unies. Quatre étapes importantes méritent à ce sujet d'être étudiées successivement : la Conférence de Monterrey sur le financement du développement **(b.1)**, la Déclaration de Rome sur l'harmonisation **(b.2)**, la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement **(b.3)** et, enfin, l'adoption du cadre commun du Groupe de travail des institutions financières multilatérales sur l'environnement (GTE-IFM) **(b.4)**.

b.1. La Conférence de Monterrey sur le financement du développement (2002)

La Conférence des Nations Unies sur le financement du développement a eu lieu à Monterrey (Mexique) du 18 au 22 mars 2002¹⁵¹¹, conformément aux vœux de l'Assemblée générale¹⁵¹². Une large part des travaux de cette Conférence avait trait à l'harmonisation des procédures applicables au sein des différentes institutions d'aide au développement. Les participants à la Conférence¹⁵¹³ y ont reconnu le rôle essentiel joué par les banques de développement multilatérales et régionales pour répondre aux besoins des Etats en développement. Cependant, le rapport de la Conférence fait de la reconnaissance du rôle des autorités nationales dans la conception et l'exécution des plans de développement un principe cardinal de la réorganisation de l'aide publique au développement¹⁵¹⁴. Le texte prescrit aux Etats bénéficiaires ainsi qu'aux Etats donateurs et aux organisations internationales compétentes de s'efforcer de rendre l'APD plus efficace. Le texte accorde une large place à la nécessité de mettre en cohérence la gouvernance globale de l'aide au financement et traite à ce titre de la question de l'harmonisation des standards opérationnels des banques multilatérales de développement (et, plus largement, de l'ensemble des institutions bilatérales de développement). Les institutions multilatérales et bilatérales spécialisées dans le financement et le développement sont invitées à intensifier leurs efforts pour « harmoniser leurs procédures opérationnelles par rapport à la

¹⁵¹¹ ONU, « Rapport de la Conférence internationale sur le financement du développement Monterrey (Mexique) », *A/CONF.198/11*, 18-22 mars 2002, 103 p.

¹⁵¹² AG, résolutions 55/245 A et 55/245 B de l'Assemblée générale, en date du 21 mars 2001.

¹⁵¹³ Banque africaine de développement, Banque arabe pour le développement économique en Afrique, Banque asiatique de développement, Banque centrale des Caraïbes orientales, Banque centraméricaine d'intégration économique, Banque de développement du Conseil de l'Europe, Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Banque interaméricaine de développement, Fonds de l'OPEP pour le développement international.

¹⁵¹⁴ ONU, « Rapport de la Conférence internationale sur le financement du développement Monterrey (Mexique) », *A/CONF.198/11*, 18-22 mars 2002, § 40.

norme la plus élevée afin de réduire les coûts des transactions et assouplir les modalités de décaissement et d'acheminement de l'APD, en tenant compte des besoins et des objectifs nationaux de développement sous le contrôle du pays bénéficiaire »¹⁵¹⁵.

b.2. La Déclaration de Rome sur l'harmonisation (2003)

Cette question a fait l'objet de prolongements directs dans le cadre de la Déclaration de Rome sur l'harmonisation du 25 février 2003¹⁵¹⁶ associant les responsables des institutions multilatérales¹⁵¹⁷ et bilatérales¹⁵¹⁸ de développement, des représentants du Fonds monétaire international, des autres institutions financières multilatérales, et des Etats partenaires. Les participants y ont fait le constat suivant :

« 2. La communauté internationale que nous représentons s'inquiète des éléments qui indiquent de plus en plus qu'au fil du temps, *la totalité et la vaste gamme de conditionnalités et procédures mises en place par les bailleurs de fonds pour préparer, acheminer et suivre l'aide au développement sont à l'origine de coûts de transactions non productifs pour les pays partenaires, et concourent à réduire davantage leurs capacités.*

4. Nous sommes conscients que nos origines historiques, nos mandats institutionnels, nos instances de direction comme les conditions qui régissent nos systèmes d'autorisation sont différents. Néanmoins, dans bien des cas, nous pouvons *simplifier et harmoniser nos conditionnalités et réduire les coûts qui y sont associés tout en améliorant la surveillance fiduciaire, la responsabilité à l'égard du public et les efforts visant à obtenir des résultats de développement concrets.* Nous nous associons au travail accompli par les groupes techniques du Groupe de travail du CAD/OCDE et par les banques multilatérales de développement, et nous nous réjouissons d'avance de l'achèvement, l'année prochaine, du travail d'harmonisation en cours au niveau des Nations Unies et dont la coordination est assurée par le Bureau du Groupe des Nations Unies pour le développement (UNDGO) »¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁵ ONU, « Rapport de la Conférence internationale sur le financement du développement Monterrey (Mexique) », A/CONF.198/11, 18-22 mars 2002, § 43.

¹⁵¹⁶ « Déclaration de Rome sur l'harmonisation », DCD/DAC/TFDP(2003)1, 25 février 2003, 13 p.

¹⁵¹⁷ Banque africaine de développement (BAfD), Banque asiatique de développement (BAsD), Banque européenne d'investissement (BEI), Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Banque interaméricaine de développement (BID), Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), Banque islamique de développement.

¹⁵¹⁸

¹⁵¹⁹ « Déclaration de Rome sur l'harmonisation », DCD/DAC/TFDP(2003)1, 25 février 2003, §§ 2 et 4. Nos italiques.

Prenant acte de la pratique des Etats destinataires et donateurs de l'aide et des travaux d'harmonisation conduits par le CAD-OCDE et par les groupes de travail des banques multilatérales de développement, les participants à la Déclaration de Rome ont convenu d'identifier et d'examiner les moyens nécessaires à l'harmonisation des politiques, procédures et pratiques des institutions de financement du développement. Ils se sont également accordés sur la nécessité de réduire les missions, les examens et les rapports des bailleurs de fonds, d'alléger les conditionnalités, et de simplifier et d'harmoniser les documents. Cela vise notamment, à terme, l'harmonisation des méthodes d'établissement de rapports financiers et d'audit, concernant notamment la forme et le fonds des rapports financiers, la période couverte par le rapport financier, les normes de vérification, les qualifications des auditeurs, la qualité et le choix des cabinets d'audit, les contrats passés avec ces cabinets, les termes de référence des auditeurs, la date de soumission des rapports, la lettre de recommandations à la direction, et le suivi des résultats d'audit. Cette vaste entreprise d'harmonisation ne se fait pas sans l'association des Etats donateurs et de ceux destinataires des concours financiers des bailleurs de fonds. Elle ambitionne, au-delà de la seule rationalisation des standards opérationnels, de renforcer les capacités des Etats emprunteurs dans la maîtrise de leur développement. Cet objectif d'appropriation du développement est central et doit conduire les bailleurs de fonds à prendre en compte le droit interne et les pratiques des Etats emprunteurs. Comme le souligne la Déclaration de Rome, « l'accent [doit être] mis sur la bonne pratique qui consiste à travailler en étroite collaboration avec les pouvoirs publics sur l'examen des finances publiques ainsi que sur la nécessité d'intégrer cet examen dans les stratégies de réduction de la pauvreté des pays et dans les programmes d'aide des bailleurs de fonds, de même que sur les cycles de décision des gouvernements et des pays »¹⁵²⁰. Cela ne signifie par pour autant que la prise en compte des spécificités des Etats emprunteurs s'effectue indépendamment du respect des exigences tirées du droit international : « (...) les examens financiers doivent tenir compte des conditions initiales des pays ; *des normes, des codes et des approches en vigueur à l'échelon international* ; et des conditions nécessaires au renforcement des capacités pour être en mesure de respecter ces normes et codes »¹⁵²¹.

b.3. La Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement (2005)

Ces orientations ont été confirmées par la suite dans la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement du 2 mars 2005¹⁵²². Les bailleurs de fonds s'y sont engagés à lier leur financement à une série unique de conditions et/ou à un ensemble d'indicateurs dérivés des stratégies

¹⁵²⁰ « Déclaration de Rome sur l'harmonisation », DCD/DAC/TFDP(2003)1, 25 février 2003, § 13.

¹⁵²¹ « Déclaration de Rome sur l'harmonisation », DCD/DAC/TFDP(2003)1, 25 février 2003, § 13. Nous soulignons.

¹⁵²² OCDE (Forum de haut niveau sur l'efficacité de l'aide), « Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement. Appropriation, harmonisation, alignement, résultats et responsabilité mutuelle », 2 mars 2005, 9 p.

nationales de développement. Comme l'indique le texte, « tous les donateurs ne sont pas pour autant tenus d'imposer des conditions identiques, mais les conditions appliquées par chaque donneur doivent être dérivées d'un cadre commun rationnel ayant pour objectif l'obtention de résultats durables »¹⁵²³. Ce faisant, les participants à la conférence de Paris se sont engagés à réformer les procédures et multiplier les incitations à œuvrer en faveur de l'harmonisation auprès de l'ensemble des bailleurs de fonds :

« 40. Les donateurs ont déjà accompli d'immenses progrès en matière d'harmonisation autour des études d'impact sur l'environnement (EIE), par exemple en ce qui concerne les questions de santé et les questions sociales que peuvent soulever les projets. Ces progrès doivent aller plus loin et porter notamment sur les conséquences possibles de problèmes environnementaux de dimension planétaire comme le changement climatique, la désertification et l'appauvrissement de la biodiversité.

41. Les donateurs et les pays partenaires s'engagent conjointement à (...) renforcer l'application des EIE, utiliser plus systématiquement des procédures communes dans le cadre des projets, notamment par le biais de consultations avec les parties prenantes, élaborer et appliquer des approches communes de « l'évaluation environnementale stratégique » aux niveaux sectoriel et national.

42. Des efforts d'harmonisation doivent également être accomplis dans d'autres domaines transversaux comme l'égalité entre hommes et femmes et sur d'autres sujets thématiques, y compris ceux qui bénéficient du financement de fonds spécialisés »¹⁵²⁴.

A la différence de la Conférence des Nations Unies de Monterrey (2002) et de la Déclaration de Rome (2003), les participants à la conférence de Paris (2005) ont convenu d'un programme de travail avancé dans la mise en oeuvre des travaux d'harmonisation. Ce calendrier s'est traduit par la définition d'objectifs-cibles devant être atteints en 2010. Les bailleurs de fonds et les Etats donateurs et destinataires se sont ainsi accordés en vue de parvenir à ce que 66 % des apports d'aide soient fournis dans le cadre d'approches fondées sur des programmes de développement reposant sur l'utilisation de procédures ou dispositifs communs. Ils se sont également engagés à encourager les analyses conjointes : 66 % des travaux analytiques par pays et 40 % des missions des donateurs sur le terrain devant être effectuées conjointement par les différents bailleurs impliqués sur un même

¹⁵²³ OCDE (Forum de haut niveau sur l'efficacité de l'aide), « Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement. Appropriation, harmonisation, alignement, résultats et responsabilité mutuelle », 2 mars 2005, § 16.

¹⁵²⁴ OCDE (Forum de haut niveau sur l'efficacité de l'aide), « Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement. Appropriation, harmonisation, alignement, résultats et responsabilité mutuelle », 2 mars 2005, §§ 40-42.

projet¹⁵²⁵. L'ensemble de ces objectifs ont été rappelés lors du Programme d'action d'Accra (2008) et du Partenariat de Busan pour une coopération efficace au service du développement (2011)¹⁵²⁶.

b.4. Le cadre commun du Groupe de travail des institutions financières multilatérales sur l'environnement (GTE-IFM)

Suite à la Déclaration de Paris, et afin d'améliorer l'harmonisation des mesures de sauvegarde environnementale et sociale des agences de développement, le Groupe de travail des institutions financières multilatérales sur l'environnement (GTE-IFM) a publié, en 2005, un cadre commun pour l'évaluation environnementale. Le « cadre commun » a été élaboré par le GTE-IFM à la demande des Etats emprunteurs et des différents donateurs. L'identification de ces bonnes pratiques répond à plusieurs nécessités. Il s'agit d'abord (et avant tout) de simplifier et d'amplifier la coopération entre les banques multilatérales de développement engagées dans le co-financement d'un projet. En effet, l'absence d'harmonisation *quantitative* (l'étendue de la protection diffère d'une banque à une autre, toutes n'ayant pas adopté les mêmes standards) et *qualitative* (les standards opérationnels des banques portant sur un même secteur diffèrent quant au degré de protection accordé) nuit à la cohérence globale du droit international applicable au financement du développement. Ce manque de cohérence se traduit, en pratique, par des coûts de transactions élevés pour les Etats emprunteurs recourant aux services de plusieurs banques multilatérales de développement. Ceci est très important pour les cofinancements de la Banque avec d'autres IFM. Au cours de ces dernières années, presque toutes les IFM ont entrepris, voire terminé, la révision majeure et la modernisation de leurs politiques, exigences de sauvegarde et normes environnementales et sociales. La SFI a adopté des critères de performance en matière de durabilité environnementale et sociale en 2006 et les a révisés en 2011. Depuis 2006, la BID, BERD, la BEI et la Banque asiatique de développement ont amélioré leurs systèmes de sauvegarde. Actuellement, la Banque mondiale et la Banque islamique de développement sont en train de mettre à niveau les leurs. En outre, les grandes banques privées fournissant des financements pour des projets internationaux et les institutions financières bilatérales de développement (tels que le FMO néerlandais ou le DEG allemand), avec lesquelles la Banque cofinance souvent des projets, ont adopté les Principes de l'Équateur, qui sont fondés sur les critères de performance pour la durabilité l'environnement et sociale de la SFI.

Le cadre commun élaboré par le GTE-IFM contient un ensemble de bonnes pratiques promouvant la convergence entre les différentes banques multilatérales de développement. Les

¹⁵²⁵ OCDE (Forum de haut niveau sur l'efficacité de l'aide), « Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement. Appropriation, harmonisation, alignement, résultats et responsabilité mutuelle », 2 mars 2005.

¹⁵²⁶ « Partenariat de Busan pour une coopération efficace au service du développement », 29 novembre - 1er décembre 2011, 15 p.

banques multilatérales de développement ne sont pas les seules concernées par cette dynamique de l'harmonisation. Les agences bilatérales de développement (ECA) et les agences de crédit à l'exportation (ACE) envisagent également des moyens d'améliorer la durabilité des projets qu'elles financent. Des travaux d'harmonisation de leurs activités sont menés par le Comité d'aide au développement de l'OCDE (OCDE-CAD).

§2. La diffusion des conditionnalités environnementales et sociales standardisées au-delà des banques multilatérales de développement

Trois facteurs permettent d'expliquer la diffusion et l'harmonisation des politiques opérationnelles des banques multilatérales de développement. Elle obéit, à court terme, à la nécessité pratique, exprimée par les institutions financières et leurs clients (notamment privés), de se conformer à des standards harmonisés en lieu et place d'une multitude de textes ne partageant pas les mêmes objectifs. Comme nous l'avons vu précédemment, l'augmentation importante du nombre d'acteurs du l'aide au développement secteur s'est accompagnée d'une multiplication des procédures opérationnelles. Cette émulation répond, ensuite, aux demandes formulées par les représentants de la société civile au sein et / ou en marge des forums chargés de l'harmonisation (l'OCDE, par exemple). Elle traduit, enfin, l'alignement de l'activité des institutions financières internationales sur les objectifs du développement durable¹⁵²⁷. Les conditionnalités environnementales et sociales se sont ainsi diffusées au-delà des seules banques multilatérales de développement : une démarche similaire s'observe à l'égard des agences de crédit à l'exportation **(A)** et des banques commerciales privées **(B)**.

A. L'harmonisation des standards environnementaux et sociaux applicables aux agences de crédit à l'exportation

Les gouvernements offrent des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public par le biais des agences de crédit à l'exportation (ACE) à l'appui des exportateurs nationaux qui se concurrencent pour la vente à l'étranger. Les ACE peuvent être des institutions gouvernementales ou des entreprises privées opérant pour le compte des gouvernements. Elles assistent les entreprises dans l'exportation de biens, services et capitaux liés à la réalisation d'un projet dans l'Etat d'investissement. La protection accordée par les ACE consiste essentiellement en une garantie gouvernementale contre les principaux risques commerciaux et politiques liés à l'opération

¹⁵²⁷ HANDL G., « The Legal Mandate of Multilateral Development Banks as Agents for Change toward Sustainable Development », *American journal of international law*, 1998, vol. 92, n° 4, pp. 642-665.

d'investissement à l'étranger, au premier rang desquels celui de ne pas être payé par un créancier. Le soutien des agences de crédit à l'exportation peut d'abord prendre la forme d'une « garantie pure », tels que des crédits à l'exportation d'assurance ou de couverture de la garantie des crédits accordés par des institutions financières privées. L'obtention de cette garantie prend la forme d'une assurance souscrite par l'exportateur auprès d'une ACE qui s'engage, moyennant la perception d'une prime, à indemniser l'exportateur en cas de défaut de paiement de l'importateur. Le soutien des agences de crédit à l'exportation peut ensuite prendre la forme d'un « soutien financier public », tels des crédits directs à des acheteurs étrangers, de refinancement ou de taux d'intérêt de soutien. Dans la mesure où les ACE assurent la sécurisation d'exportations de biens, services et capitaux nationaux, elles interviennent généralement très tard dans le schéma de financement d'un projet : assurer l'exportation de ciment pour la construction d'un pont n'a pas de sens si l'équilibre financier général de l'opération n'a pas été atteint préalablement et que la sélection des candidats n'a pas été assurée par le jeu d'une mise en concurrence. En ce sens, les agences de crédit à l'exportation n'ont pas, *a priori*, la possibilité de peser suffisamment en amont sur les promoteurs d'un projet. Le seul moyen de pression dont elles disposent, à supposer qu'elles souhaitent effectivement agir en ce sens, est d'exiger de l'exportateur candidat à un soutien financier public qu'il respecte les plus hauts standards internationaux applicables au projet visé. Tout au long des années 1990, plusieurs OING firent pression sur les agences de crédit à l'exportation pour qu'elles réforment leurs politiques de soutien aux projets impliquant des impacts négatifs, tel le barrage des Trois Gorges en Chine. Nous mettrons en évidence la nécessité d'élaborer des approches communes aux opérations des agences de crédit à l'exportation (2) en revenant sur l'exemple l'exemple du barrage d'Ilisu (1).

1. La mise en évidence de la nécessité d'élaborer des approches communes aux opérations des agences de crédit à l'exportation : l'exemple du barrage d'Ilisu

Ilisu est un village kurde situé sur les rives du Tigre, au sud-est de l'Anatolie. La construction du barrage d'Ilisu a été planifiée sur le Tigre dans les années 1950 et s'inscrit dans le cadre plus général du *Greater Southeast Anatolian Project* (GAP). Une fois construit, l'ouvrage deviendrait le troisième plus grand barrage de Turquie : d'une longueur d'1,8 kilomètres de long sur 135 mètres de haut, il couvrirait une surface de 313 km² destinée à la production d'environ 2 % de la demande nationale d'électricité. D'un coût total estimé à 1,2 milliards de dollars, le barrage serait construit à 65 kilomètres de la frontière avec la Syrie et l'Irak. Si la construction de cet ouvrage était poursuivie jusqu'au bout, elle entraînerait le déplacement d'environ 65.000 personnes, des kurdes pour la plupart, détruirait approximativement 400 kilomètres d'écosystème et submergerait la cité d'Hasaneyf, vieille de 12000 ans. Nous reviendrons sur les étapes successives de ce projet.

a. Le premier échec du projet (1954-1982 ; 1996) faute d'investisseurs

Les plans du barrage furent dessinés en 1954, les études préalables de faisabilité furent menées en 1971 et le design final de l'ouvrage fut approuvé en 1982. La conduite du projet fut confié au *State Hydraulics Works Department* (DSI) turc. Pour autant, les premières étapes de la construction du barrage ne débutèrent qu'à la fin des années 1990, suite aux difficultés rencontrées par le gouvernement turc pour obtenir un financement viable. Le conflit armé engagé par le gouvernement contre les forces du PKK en 1984 grevèrent son budget, ne lui permettant pas de financer l'ouvrage sur fonds propres. Un recours aux fonds de la BIRD était exclu, cette dernière ayant indiqué qu'elle n'accorderait aucun financement pour les projets d'infrastructures dans la région. Dès 1984, la Banque déclina toute demande de financement pour les projets du GAP, à la fois en raison de leurs impacts environnementaux et des tensions militaires dans la région¹⁵²⁸. Le recours à un financement extérieur s'est donc très rapidement imposé comme un préalable indispensable à la réalisation du projet. Pour ce faire, le gouvernement turc envisageait initialement de recourir à un contrat de type *build-operate-transfer* (BOT) mais la première tentative, en 1996, échoua faute d'investisseurs¹⁵²⁹.

b. Le second échec du projet (1997-2002). Première intervention des agences de crédit à l'exportation et tentative avortée de rationalisation du projet.

Un an plus tard, en 1997, l'État des travaux hydrauliques (DSI) choisit le fabricant de turbines suisse *Sulzer Hydro* comme entrepreneur principal¹⁵³⁰ mais le projet ne fut jamais mis en adjudication internationale. L'entreprise *Sulzer Hydro*, racheté par l'entreprise autrichienne *VA Tech* en 1999, était chargée du système électrique du barrage avec la société suisse *ABB*. Elle sous-traita les travaux de génie civil à un consortium mené par l'entreprise britannique *Balfour Beatty*. Le consortium était composé, outre *Balfour Beatty*, de cinq entreprises italienne (*Impregilo*), suédoise (*Skanska*) et turques (*Nurol*, *Kiska* et *Tekfen*). L'entreprise *ABB* se désolidarisa du projet au mois de mars 2000 suite à la vente de sa filière hydroélectricité¹⁵³¹ à la société franco-britannique *Alstom*, cette dernière

¹⁵²⁸ De l'aveu même du Directeur général du *State Hydraulics Works Department* (DSI) turc, « If there is tension in the area, then yes, the World Bank, for example, will not wish to become associated with the project »: TURKISH EMBASSY, *Water and Development in Southeastern Anatolia : Essay on the Ilisu Dam and GAP*, London, 2000, p. 69, cité in HILDYARD N., TRICARICO A., EBERHARD S., DRILLISCH H. et NORLEN D., *If the river were a pen ... The Ilisu dam, the World Commission on Dams and export credit reform*, 2000, London, UK : The Corner House, disponible en texte intégral sur <http://tinyurl.com/p2x5on5> (consulté le 29 novembre 2013), note de bas de page n° 7.

¹⁵²⁹ HILDYARD N., TRICARICO A., EBERHARD S., DRILLISCH H. et NORLEN D., *If the river were a pen ... The Ilisu dam, the World Commission on Dams and export credit reform*, 2000, London, UK : The Corner House, disponible en texte intégral sur <http://tinyurl.com/p2x5on5> (consulté le 29 novembre 2013), non paginé (approx. 127 p.).

¹⁵³⁰ BALFOUR BEATTY, « The Ilisu Dam Project : Information for Shareholders », London, 9 mai 2000.

¹⁵³¹ Le désengagement d'*ABB* du barrage d'Ilisu a été présenté comme résultant de l'action des OING qui, pendant de nombreuses années, ont tenté de convaincre cette dernière d'abandonner sa filière d'hydroélectricité et de réorienter l'essentiel de ses activités vers les énergies renouvelables. Trois mois après avoir quitté le projet, *ABB* indiqua se

lui succédant au plan contractuel pour le barrage d'Ilisu. Au mois de septembre 2000, le consortium perdit également l'un de ses membres originaires suite au retrait de l'entreprise turque *Skanska*, officiellement en raison de blocages insurmontables lors des négociations menées avec le gouvernement turc et les autres membres du consortium, et non pas en raison des impacts environnementaux et sociaux du barrage¹⁵³². L'annonce des candidats retenus ne fit qu'ajouter aux critiques des représentants de la société civile. En effet, toutes les entreprises étrangères impliquées dans le projet avaient préalablement participé à la construction d'infrastructures controversées, comme les barrages des Trois Gorges en Chine ou d'Itaipu au Brésil¹⁵³³. *Balfour Beatty*, *Impregilo* et *Sulzer Hydro* ont toutes été critiquées pour leur participation à la construction de barrages ayant de forts impacts environnementaux et sociaux. Membre du consortium *Lesotho Highlands Project Contractors* (LHPC), *Balfour Beatty* a été poursuivie au Lesotho pour des faits de corruption commis lors de la construction du *Lesotho Highlands Water Project*. La société italienne *Impregilo*, membre du consortium *Highlands Water Venture* (HWV) opérant également au Lesotho, fut aussi poursuivie devant les juridictions de cet Etat. *Balfour Beatty* fit également l'objet d'une interdiction de soumissionner à tous les projets de Singapour pendant une durée de cinq ans suite à de nombreux faits de corruption. L'entreprise s'est également distinguée par son non-respect des standards applicables à la santé et à la sécurité des travailleurs lors de la construction de l'extension du tunnel d'Heathrow au Royaume-Uni.

Bien que le projet soit mené sous l'autorité du DSI, la recherche des financements nécessaires à la construction du barrage a été déléguée au consortium à la demande du gouvernement turc¹⁵³⁴. Ce dernier chargea la banque suisse *Union Bank of Switzerland* (UBS) d'assurer la coordination financière générale de l'opération. La moitié des coûts de construction du barrage provenait d'importations de matériaux d'Europe et des Etats-Unis. Afin de sécuriser ces transactions, les entreprises membres du consortium demandèrent à bénéficier d'un soutien public à l'exportation et s'adressèrent pour ce faire à des agences de crédits de neuf Etats¹⁵³⁵. A ce stade, il était devenu évident

concentrer sur les énergies solaire et éolienne. V., entres autres, BERNE DECLARATION, *High Risk - Low Return? ABB's Hydropower Strategy under Review*, février 1998.

¹⁵³² Le porte parole de l'entreprise, Thor KRUSSEL, déclara toutefois au quotidien turc *Ozgur Politika* que son entreprise n'avait pas vocation à participer à des projets ne bénéficiant ni à la société, ni à l'environnement. Dans une interview au *Guardian*, il indiqua également que la stratégie environnementale de *Skanska* avait été réévaluée et que l'entreprise « *will abstain from participating in construction projects when in our judgement a project will result in serious risks to the environment or to society at large* » : UCAR C., « Skanska withdraws from the Ilisu project, saying it will harm both the people and the environment », *Kurdish Observer*, 30 septembre 2000; BROWN P., « Swedish firm deals blow to British-backed dam project », *The Guardian*, 26 septembre 2000.

¹⁵³³ Pour le détail des participations antérieures des entreprises retenues pour former le consortium, v. HILDYARD N., TRICARICO A., EBERHARD S., DRILLISCH H. et NORLEN D., *If the river were a pen ... The Ilisu dam, the World Commission on Dams and export credit reform*, op. cit., tableau n° 1, p. 12. Pour une analyse de plus grande ampleur, v. LANG C., HILDYARD, N., GEARY K., GRAINGER M., *Dams Incorporated: The Record of Twelve European Dam Building Companies, A Report by The Corner House*, Swedish Society for Nature Conservation, Stockholm, 2000.

¹⁵³⁴ BALFOUR BEATTY, « The Ilisu Dam Project : Information for Shareholders », op. cit., p. 1.

¹⁵³⁵ Autriche, Allemagne, Italie, Japon, Portugal, Suède, Suisse, Royaume-Uni et Etats-Unis.

que le projet ne respectait ni les standards environnementaux et sociaux de la Banque mondiale, ni le droit international pertinent. Il fut ainsi relevé que la plan initial violait intégralement les dispositions de cinq directives opérationnelles de la BIRD. Il n'était ainsi prévu aucun plan de réinstallation des populations déplacées suite à la construction du barrage. De même, aucune consultation de quelque forme que ce soit ne fut conduite à l'attention des populations affectées et/ou de leurs représentants publics¹⁵³⁶. De même, aucune consultation ne fut menée avec la Syrie et l'Irak, également riverains du fleuve, alors que la Turquie en a l'obligation en vertu de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation et de la Convention de l'UNECE sur la protection et l'utilisation des fleuves et lacs internationaux d'Helsinki du 17 mars 1992. L'annonce de l'implication des agences de crédit européennes ajouta au concert des critiques incessantes dirigées contre le projet. Les OING cessèrent d'être les seuls porte-voix de ces critiques¹⁵³⁷ et furent rejointes par des parlementaires nationaux soucieux de voir leurs agences de crédit à l'exportation participer au projet¹⁵³⁸. Une délégation du Comité des droits de l'homme du parlement allemand se rendit sur place, ainsi que de nombreux autres observateurs d'autres Etats, et conclut à la nécessité de ne pas construire le barrage, de ne pas accorder de garantie gouvernementale aux entreprises impliquées par le biais de l'agence de crédit à l'exportation *Hermes* et d'inscrire Hasankeyf sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO¹⁵³⁹. Six critiques principales peuvent être dégagées de ces multiples rapports : la construction du barrage d'Ilisu est inenvisageable en ce qu'elle constitue un prolongement caché de la répression dirigée contre les kurdes (1) ; qu'elle conduirait à noyer les habitations de dizaines de milliers de personnes sans leur offrir la moindre solution de relogement (2) ; qu'elle conduirait à la destruction de l'ancienne cité kurde d'Hasankeyf (3) ; qu'elle accentuait les tensions régionales avec la Syrie et l'Irak, faute de consultations appropriées avec les autres riverains du fleuve (4) ; qu'elle s'effectuerait sans que les populations affectées et, plus généralement, tous les observateurs intéressés ne puissent avoir accès aux documents fondamentaux du projet tel l'étude d'impact environnemental (5) ; qu'enfin elle s'effectuerait sans que le gouvernement turc n'ait cherché d'alternatives au projet (6). Placées sous le feu des critiques, les

¹⁵³⁶ C'est ainsi que le plan initial ne prévoyait aucune consultation des autorités de la municipalité d'Ilisu et des villages et villes environnants.

¹⁵³⁷ Le barrage d'Ilisu a fait l'objet d'un nombre impressionnant de rapports émis par des OING. Sans prétendre à l'exhaustivité, on renverra ici aux références suivantes : BOSSHARD P., *A Test Case of International Policy Coherence : A Case Study of the Ilisu Hydropower Project (Turkey)*, Berne Declaration, Zurich, mars 1999 ; KURDISH HUMAN RIGHTS PROJECT, *The Ilisu Dam - A Human Rights Disaster in the Making, A report on the implications of the Ilisu Hydro-Electric Power Project*, Batman Province, Southeast Turkey, London, novembre 1999.

¹⁵³⁸ Pour les rapports parlementaires britanniques, v. not. INTERNATIONAL DEVELOPMENT COMMITTEE (IDC), *ECGD, Developmental Issues and the Ilisu Dam : Report together with Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence and Appendix*, Sixth Report, House of Commons, Session 1999-2000, The Stationary Office, London, 2000, manque pages ; INTERNATIONAL DEVELOPMENT COMMITTEE (IDC) - TRADE AND INDUSTRY COMMITTEE, *Application for support from ECGD for UK participation in the Ilisu Dam Project: Report, together with Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence and Appendices*, House of Commons, Session 1999-2000, The Stationary Office, London, 2000, manque pages.

¹⁵³⁹ *Report of Journey of the Fact-Finding Mission of the Human Rights Committee of the German parliament to Turkey*, 19-26 novembre 2000.

agences européennes alors impliquées¹⁵⁴⁰ subordonnèrent l'octroi de leurs concours financiers à la réalisation de quatre conditions avant le début des opérations de construction de l'ouvrage¹⁵⁴¹. Le gouvernement turc devait ainsi s'engager à convenir d'un plan de réinstallation conforme aux meilleures pratiques internationales et accompagné d'une évaluation indépendante (1) ; s'assurer de la construction d'installations de traitement pour s'assurer du maintien de la qualité des eaux (2) ; garantir que le débit du fleuve serait maintenu en toute circonstances pour ne pas pénaliser les Etats d'aval (3) et établir un plan de préservation de l'essentiel du site d'Hasankeyf (4). Trois années de réévaluation du projet ne suffirent pas à dissiper les doutes quant aux impacts de l'ouvrage. Le 13 novembre 2001, *Balfour Beatty* et *Impregilo* annoncèrent leur retrait du projet au motif que « no further action nor any further expenditure by Balfour Beatty on this project is likely to resolve the outstanding issues in a reasonable timescale »¹⁵⁴². Ces départs précipitèrent celui d'*UBS* au mois de février 2002 et mirent fin par là-même à la seconde phase du projet.

c. Troisième échec du projet (2005-2009). Seconde intervention des agences de crédit à l'exportation et élaboration d'un plan élaboré de rationalisation du projet.

En 2005, le DSI turc recommença le projet et le confia à un nouveau consortium désormais mené par la société autrichienne *VA Tech Hydro*, aux côtés du franco-britannique *Alstom*, des entreprises suisses *Stucky*, *Colenco* et *Maggia*, de l'entreprise allemande *Züblin* et des entreprises turques *Nurol*, *Cengiz*, *Celikler* et *Temelsu*. Toujours dans l'impossibilité de financer l'ouvrage sous fonds propres ou en recourant à des fonds des banques multilatérales de développement, le gouvernement turc reconduisit le schéma de financement initial. *UBS* s'étant retiré du projet, six banques commerciales privées assurèrent la partie financière du projet à partir du mois d'août 2007. Quatre d'entre elles étaient des banques européennes : *DekaBank* (Allemagne), *Bank Austria* (Autriche), *Unicredit* (Italie), *Société Générale* (France). Le quarté était complété par deux banques turques, *Akbank* et *Garantibank*. Afin de réduire leur exposition aux risques, les entreprises européennes de construction obtinrent des crédits à l'exportation auprès de leurs agences nationales respectives (allemande, autrichienne et suisse) pour un montant total de 450 millions d'euros¹⁵⁴³.

¹⁵⁴⁰ Au mois de novembre 1998, l'agence suisse *Exportisikogarantie* (ERG) accorda ainsi un crédit à l'exportation de 470 millions de francs suisses au titre des contrats conclus par *ABB* et *Sulzer Hydro*. Cette dernière, rachetée par *VA Tech*, obtint également un soutien de 150 millions de Deutschmark de l'agence allemande *Hermes*.

¹⁵⁴¹ HILDYARD N., TRICARICO A., EBERHARD S., DRILLISCH H. et NORLEN D., *If the river were a pen ... The Ilisu dam, the World Commission on Dams and export credit reform*, op. cit., p. 5.

¹⁵⁴² BALFOUR BEATTY, « The Ilisu Dam Project : Information for Shareholders », London, 9 May 2000.

¹⁵⁴³ Le gouvernement fédéral allemand accorda ainsi une garantie d'un montant de 93,5 millions d'euros pour la construction de trois tunnels de diversion et trois tunnels de pressurisation nécessaires au bon fonctionnement du barrage.

c.1. Les justifications du plan imposé par les agences de crédit à l'exportation

Les trois agences avaient la volonté de peser fortement sur le respect des recommandations acceptées par la Turquie, ce qui supposait d'exercer un droit de regard sur la conduite des opérations de construction *après* avoir accordé leurs garanties. Pour ce faire, elles ne disposaient pas du pouvoir de contrainte des banques multilatérales de développement. Ces dernières, pour s'assurer du respect des mesures de conditionnalité convenues en amont avec l'emprunteur, ne décaissent pas les fonds en une seule fois. Elles pratiquent au contraire le décaissement progressif qui permet d'exercer la pression nécessaire sur l'emprunteur afin que celui-ci utilise les fonds dans le respect des standards visés au contrat d'emprunt. A chaque tranche de financement versé correspond ainsi une évaluation menée par la banque dont le résultat conditionne ou non le versement de la tranche suivante. Les agences de crédit à l'exportation n'opèrent pas du tout selon la même logique : toute garantie progressive ou différée dans le temps serait contreproductive en ce qu'elle exposerait l'entreprise assurée aux risques qu'elle souhaitait couvrir en premier lieu. Ainsi, dès qu'une agence de crédit à l'exportation accorde officiellement une garantie, elle perd *de facto* une large partie de son influence sur la suite des opérations. Dans le cas du barrage d'Ilisu, la majorité des cent-cinquante-trois conditions souscrites par la Turquie nécessitaient la garantie préalable des agences pour être appliquées. C'était notamment le cas de la construction des trois usines de retraitement des eaux usées dans certains villes périphériques au barrage¹⁵⁴⁴. Il fallait donc trouver un moyen permettant aux agences de rester impliquée après le stade formel d'octroi de leurs garanties. Tout se passa comme si aucun enseignement ne devait être tiré par le gouvernement turc de l'échec du précédent consortium. Comme cela a été très justement écrit, « the Turkish government may have learned from the earlier experience that building the dam with the support of international finance would mean that conditions would be imposed by external financiers and ECAs to meet World Bank standards »¹⁵⁴⁵. Les trois agences de crédit à l'exportation sollicitées conduisirent une étude approfondie des impacts environnementaux et sociaux du barrage lors du premier semestre de l'année 2006. Cette dernière démontra l'existence de nombreuses lacunes et omissions dans les études d'ingénierie et les plans initialement présentés par le gouvernement turc, de telle sorte qu'il était impossible que le projet ne respecte les standards de la Banque mondiale. De l'aveu même de l'agence allemande *Hermes*, le refus d'accorder un soutien public à l'exportation aurait eu pour principale conséquence de niveler la qualité du projet vers le bas. En effet, il était clair que le gouvernement turc ne renoncerait pas au projet et que, faute de soutien des trois agences européennes, il se tournerait vers d'autres agences

¹⁵⁴⁴ V. *supra*.

¹⁵⁴⁵ EBERLEIN C., DRILLISCH H., AYBOGA E. et WENIDOPPLER T., « The Ilisu dam in Turkey and the role of export credit agencies and NGO networks », *Water Alternatives*, vol. 3, n° 2, 2010, p. 296.

n'appliquant pas les plus hauts standards internationaux visés dans la Recommandation de l'OCDE portant approches communes applicables aux activités des agences de crédit à l'exportation. Les entreprises et agences de crédit chinoises étaient bien évidemment à la pointe de ces critiques. Afin d'éviter que l'ajustement ne se fasse pas en fonction du moins-disant environnemental et social, les trois agences entamèrent un cycle de négociations avec le gouvernement turc et les membres du consortium qui s'étala des mois de mai à octobre 2006. Les trois agences subordonnèrent l'octroi des crédits au respect préalable des directives opérationnelles pertinentes de la BIRD et des recommandations de la *World Commission on Dams*. Au total, il fut convenu d'appliquer au projet une liste de cent-cinquante-trois conditions visant, entre autres, la réinstallation des personnes déplacées lors de la construction de l'ouvrage ; la protection de l'environnement et du patrimoine culturel ainsi que l'évaluation des impacts transfrontières du projet. Trente de ces conditions devaient par ailleurs être remplies avant le début des travaux par le maître de l'ouvrage pour attester de la viabilité du projet.

c.2. Le contenu du plan imposé par les agences de crédit à l'exportation

S'agissant, dans un premier temps, de la réinstallation des populations déplacées, il fut convenu que soit menée une investigation exacte des besoins individuels des populations affectées et que soit établi un ensemble de mesures concrètes accompagnées d'un calendrier de mise en oeuvre. Le gouvernement s'engageait à présenter des mesures permettant une *réinstallation* pérenne sur une base non-discriminante intégrant tous les groupes, y compris ceux non-privilegiés comme les non-propriétaires¹⁵⁴⁶. Le gouvernement devait également assurer leur *réinsertion professionnelle* en garantissant au moins 60 % des emplois perdus du fait de la construction de l'ouvrage. L'ensemble de ces mesures devait être financé et porté à la connaissance des personnes concernées avant le début des expropriations, ce qui supposait à la fois que l'ensemble des documents pertinents soit accessible de façon transparente et que l'ensemble des communautés affectées puisse participer au processus de décision. S'agissant, dans un second temps, de la protection du patrimoine culturel, les autorités turques s'engageaient à déplacer les monuments de la cité médiévale d'Hasankeyf menacés d'inondation dans un lieu sûr, et d'y créer un parc culturel. Les habitants de la cité devaient également obtenir la garantie de participer à la vie touristique du nouveau site ainsi qu'à la conservation du patrimoine. Pour ce faire, le gouvernement s'engageait à embaucher au minimum 50 % de locaux sur le nouveau site. S'agissant, dans un troisième temps, de la protection de l'environnement et du développement humain, il fut convenu de procéder à des investigations plus poussées pour déterminer

¹⁵⁴⁶ Chaque personne affectée devait avoir le choix entre une indemnisation par équivalence (terrain contre terrain), en numéraire, ou à l'obtention d'un avantage d'un montant équivalent (par exemple l'octroi de bourses d'enseignement).

les effets du barrage sur la faune et de la flore et d'améliorer l'accès des habitants des zones périphériques au barrage. Le gouvernement s'engageait ainsi à construire trois stations de retraitement des eaux usées dans trois villes importantes situées aux abords du projet, à améliorer les infrastructures nécessaires à la collecte des déchets, à l'irrigation et à la fertilisation des terres afin de limiter les rejets polluants dans le Tigre. S'agissant, enfin, du respect par la Turquie de ses obligations internationales relatives à l'utilisation du fleuve à des fins autres que la navigation, l'accord prévoyait l'obligation pour les autorités d'informer et de consulter l'Irak et la Syrie sur le projet. En outre, la Turquie s'engageait à assurer un débit continu et minimum du fleuve de 60 m³. Aucune interruption totale du débit ne devait être tolérée, à l'exception d'une période de trois jours nécessaire au remplissage du réservoir du barrage.

Au plan institutionnel, il fut décidé de mettre en place un organe représentatif, le *Project Implementation Unit* (PIU), doté des ressources nécessaires à son bon fonctionnement. De composition mixte, associant des experts choisis par le gouvernement turc ainsi que des représentants des communautés et populations affectées, le PIU avait pour mission principale d'élaborer les plans d'action en matière de réinstallation des populations déplacées, de protection culturelle et d'environnement. Un autre organe, le *Committee of Experts* (CoE), indépendant du PIU, fut mis en place. Ce dernier avait pour mission de conseiller les membres du PIU pour l'élaboration des plans d'action, de convenir de l'ensemble des détails relatifs à la mise en oeuvre des recommandations et d'en informer les trois agences de crédit à l'exportation sur une base régulière. Les cent-cinquante-trois standards étaient accompagnés d'une procédure de suspension des crédits à l'exportation en trois étapes. Dans l'éventualité d'une violation d'un des standards constatée par les experts mandatés par les agences de crédit, la Turquie disposerait d'un délai de soixante jours pour y remédier. Si aucune amélioration n'y était apportée, les crédits seraient suspendus pour une durée de cent-quatre-vingt jours. En l'absence de correction à l'issue de ce délai, les contrats seraient résiliés. Au plan contractuel, l'agence allemande exigea que soit insérées dans les contrats d'exportation et les accords de prêts des clauses donnant compétence au gouvernement fédéral pour endosser toute action en justice à la place de l'exportateur ou de la banque bénéficiaire dans l'éventualité où les autorités turques violeraient une disposition de l'accord. Il était également précisé que toute violation des conditions de l'accord serait assimilée à un « défaut » (« *Event of Default* »), ce qui autoriserait l'exportateur ou la banque bénéficiaire à suspendre les exportations et interrompre le remboursement des crédits (voire exiger leur remboursement) dans le cas où les autorités turques ne prendraient aucune mesure correctrices dans un délai imparti. Afin de sécuriser la coopération avec les autorités turques, il était également prévu que toute interruption des travaux du Comité d'experts (CoE) en raison de l'absence de coopération du gouvernement turc constituerait également un *Event of Default*.

Il en irait de même dans l'hypothèse où le Comité ne bénéficierait pas des fonds nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

c.3. L'échec du plan imposé par les agences de crédit à l'exportation

L'ensemble de ces conditions ne fut rendu public qu'après l'octroi des crédits à l'exportation par les trois agences concernées, s'exposant immédiatement aux critiques des OING les jugeant insuffisantes par rapport aux standards utilisés par la Banque mondiale. Les expropriations débutèrent en 2007 dans les villages proches du site de construction. De nombreuses irrégularités furent constatées par l'OING *La Déclaration de Berne* - faiblesse des indemnités accordées, absences de solution de relogement viable - puis confirmées par les experts mandatés par les agences de crédit à l'exportation. Conformément à la procédure applicable aux termes des conditions, une mise en demeure fut adressée aux autorités turques compétentes. Celle-ci demeura sans effet, ce qui conduisit les gouvernements autrichien, allemand et suisse à suspendre leur soutien financier pendant une durée de cent-quatre-vingt jours, sans plus de succès. En marge de la procédure, les autorités turques furent soumises à une intense campagne de pression de la part de plusieurs OING, qui démontrèrent notamment les impacts culturels majeurs du projet sur la cité d'Hasaneyf et militèrent pour que le site soit inscrit sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO. Les 7 juillet 2009, les trois agences de crédit à l'exportation officialisèrent la résiliation des contrats de garantie pour le barrage d'Ilisu.

2. L'élaboration d'approches communes applicables aux agences de crédit à l'exportation

L'élaboration d'approches communes applicables aux agences de crédit à l'exportation est passée par l'adoption, au sein de l'OCDE, de l'Arrangement sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public **(a)** qui a jeté les bases de la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur des approches communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de diligence environnementale et sociale **(b)**.

a. L'Arrangement de l'OCDE sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public

Au début des années 1990, les pressions exercées sur les banques multilatérales de développement se portèrent également sur les agences de crédit à l'exportation. Ce déplacement était prévisible dans la mesure où les agences de crédit à l'exportation sont devenues la principale source de financement public pour les investissements dans les pays en développement alors qu'elles

financement, dans le même temps, de nombreux projets de grande envergure nuisibles à l'environnement. Les agences ont ainsi apporté leurs concours financiers aux barrages de Meheshwar en Inde, des Trois Gorges en Chine et d'Ilisu en Turquie. Toutefois, en 1998, seules les agences de crédits à l'exportation américaines disposaient de politiques environnementales. La forte pression concurrentielle du marché du crédit à l'exportation était le principal argument avancé par les agences pour justifier l'absence de politiques environnementales et sociales : leur adoption unilatérale aurait nuit à leur mission de promotion des exportations en affectant leur compétitivité par rapport aux autres agences. Cette course au moins-disant environnemental et social a longtemps pu prospérer en l'absence de volonté des Etats d'encourager l'adoption de politiques protectrices susceptibles d'entraver l'activité économique d'agences gouvernementales chargées de promouvoir leurs entreprises à l'extérieur de leurs frontières. La structuration de plusieurs organisations représentant la société civile au sein de réseaux a permis, dès 1997, de mettre cette question à l'agenda avec le soutien du gouvernement des Etats-Unis. Le mouvement obtint sa première victoire à l'issue de la réunion du G8 au Sommet de Denver (1997). La déclaration finale du Sommet consacra explicitement un paragraphe à l'adoption de normes environnementales à l'usage des organismes de crédit à l'exportation : « Les flux financiers privés en provenance des nations industrialisées influent de façon sensible sur le développement durable dans le monde. Les gouvernements devraient aider à promouvoir l'adoption de pratiques viables en tenant compte des facteurs environnementaux lorsqu'ils accordent un soutien financier au titre des infrastructures et des équipements. Nous attachons de l'importance aux travaux de l'OCDE dans ce domaine (...) »¹⁵⁴⁷.

Cet engagement fut réaffirmé à l'issue du sommet d'Okinawa (2000). Les membres du G8 y indiquèrent que l'adoption de telles politiques devait être fondées (et non simplement « prises en compte ») sur l'expérience des banques multilatérales de développement en la matière : « Les politiques de crédit à l'exportation peuvent avoir des effets très marqués sur l'environnement. Nous nous réjouissons de l'adoption du plan de travail de l'OCDE qui doit être terminé en 2001. Nous réaffirmons notre engagement à élaborer des lignes directrices environnementales communes, fondées sur l'expérience des banques multilatérales de développement dans ce domaine, pour les organismes de crédit à l'exportation, avant le Sommet de 2001 du G8 »¹⁵⁴⁸.

Au plan substantiel, l'ODE contribue au développement et au suivi de disciplines financières applicables aux agences de crédit à l'exportation qui sont contenues dans l'*Arrangement sur les crédits*

¹⁵⁴⁷ G8, *Déclaration finale du Sommet de Denver*, § 24 « Normes environnementales à l'usage des organismes de crédit à l'exportation », 22 juin 1997, nos italiques. Position réaffirmée lors du Sommet de Gênes (2001) : « 29. Nous sommes déterminés à veiller à ce que nos organismes de crédit à l'exportation se conforment à des normes environnementales élevées. Nous avons donc convenu à Okinawa d'élaborer des *lignes directrices environnementales communes pour ces organismes en nous inspirant de l'expérience des banques multilatérales de développement* [...] » : G8, *Déclaration finale du Sommet de Gênes*, § 29, 22 juillet 2001, nos italiques.

¹⁵⁴⁸ G8, *Déclaration finale du Sommet d'Okinawa*, § 68, 23 juillet 2000.

à l'exportation bénéficiant d'un soutien public (« l'Arrangement »). L'Arrangement est un *gentlemen's agreement* conclu pour la première fois en 1978 entre ses Participants qui représentent la plupart des Etats membres de l'OCDE¹⁵⁴⁹. Non contraignant, il ne constitue pas un « acte » de l'OCDE au sens de l'article 5 de la Convention du 14 décembre 1960 établissant l'Organisation, mais jouit du soutien administratif du Secrétariat de l'Organisation. Il s'inscrit dans le prolongement du « Consensus » conclu sur les crédits à l'exportation par un certain nombre de pays de l'OCDE en 1976.

Le texte ambitionne d'offrir un cadre institutionnel qui permette d'instaurer un usage ordonné des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public. Pour ce faire, il fixe les modalités et conditions des crédits à l'exportation les plus favorables qui peuvent bénéficier du soutien des Participants. Il s'agit ici d'organiser la lutte à armes égales grâce à une concurrence fondée sur la qualité et le prix des biens exportés plutôt que sur les conditions financières accordées tout en oeuvrant à l'élimination des subventions et des distorsions des échanges liées aux crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public. L'Arrangement assigne ainsi des limites aux conditions et modalités des crédits à l'exportation qui bénéficient d'un soutien public (taux d'intérêt minimums, primes de risque et délais maximums de remboursement, par exemple) et impose des restrictions à l'octroi des crédits d'aide liée. Il prévoit des procédures de notification préalable, de consultation, d'échange d'informations et d'examen pour les offres de crédits à l'exportation qui constituent des dérogations ou des exceptions à ces dispositions ainsi que pour les offres de crédits d'aide liée.

b. La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur des approches communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de diligence environnementale et sociale

La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur des approches communes pour les crédits à l'exportation a été adoptée, non sans mal, sous l'impulsion du Groupe de travail compétent **(b.1)**. Son contenu, purement volontaire, est indexé sur les principes essentiels dérivés des standards environnementaux et sociaux des banques multilatérales de développement **(b.2)**. Les approches communes dérivant de ce texte ont été intégrées en droit de l'Union européenne par le règlement (UE) n° 1233/2011 du Parlement européen et du Conseil relatif à l'application de certaines lignes directrices pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public **(b.3)**.

¹⁵⁴⁹ Les Participants à l'Arrangement sont l'Australie, le Canada, l'Union européenne, les États-Unis, le Japon, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, la République de Corée, et la Suisse.

b.1. L'adoption de la Recommandation sous l'impulsion du Groupe de travail sur les crédits à l'exportation

Depuis la fin des années 1990, le Groupe de travail sur les crédits à l'exportation a oeuvré à l'élaboration d'approches communes visant à lutter contre les impacts environnementaux et sociaux potentiels des projets pour lesquels des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public sont demandés. L'idée n'allait pourtant pas de soi dans un schéma où la mission des agences de crédits à l'exportation est de promouvoir le commerce dans un cadre concurrentiel et non pas d'assurer le financement de l'aide au développement, cette dernière mission étant dévolue aux banques multilatérales de développement. Or, « les organismes parrainant les projets, les exportateurs, les institutions financières et les organismes de crédit à l'exportation assument, individuellement ou conjointement, des rôles, des responsabilités et des influences différents en ce qui concerne les projets bénéficiant d'un soutien public »¹⁵⁵⁰. A cet effet, il s'est appuyé sur la volonté politique des Etats membres de l'OCDE de lier à terme leurs politiques nationales d'octroi de crédit à l'exportation au respect des plus hauts standards internationaux en matière de protection environnementale et sociale.

Cette volonté s'est exprimée par l'adoption de deux Déclarations d'intention sur l'environnement en 1998 et en février 2000, d'un Plan de travail (2000) et d'un Accord sur l'échange d'informations environnementales concernant les grands projets¹⁵⁵¹. Mais c'est surtout la prise en compte de la responsabilité sociale des entreprises dans les travaux de l'OCDE, suite à l'adoption à l'unanimité par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »¹⁵⁵², qui a créé une dynamique favorable à l'élaboration de directives environnementales et sociales applicables aux agences de crédit à l'exportation¹⁵⁵³. Après plusieurs années de négociations, les Etats membres de l'OCDE parvinrent à s'accorder en 2001 sur un Projet de

¹⁵⁵⁰ OCDE - GROUPE DE TRAVAIL SUR LES CRÉDITS ET GARANTIES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION, *Recommandation du Conseil sur des approches communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de diligence environnementale et sociale*, TAD/ECG(2012)5, 28 juin 2012, p. 3.

¹⁵⁵¹ OCDE - GROUPE DE TRAVAIL SUR LES CRÉDITS ET GARANTIES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION, *Accord sur l'échange d'informations environnementales concernant les grands projets*, non référencé, 2000, 1 p. Cet Accord organise l'échange d'information lorsque plusieurs agences de crédits à l'exportation sont engagées sur un projet sensible. Ces dernières doivent s'assurer, entre autres, que toutes les informations, y compris l'étude d'impact sur l'environnement réalisée pour le projet, sont intégrées dans les échanges à titre volontaire d'informations sur l'environnement. Dans le cas où aucune d'étude d'impact sur l'environnement n'aurait été réalisée, et où l'organisme de crédit à l'exportation décide qu'une telle étude est indispensable à l'évaluation du projet du point de vue de l'environnement, l'Accord prévoit que les organismes de crédit à l'exportation devront demander aux promoteurs du projet de prendre en charge le coût de l'étude d'impact sur l'environnement ainsi que de tout autre rapport indépendant nécessaire à l'évaluation des risques.

¹⁵⁵² Documents officiels de l'Assemblée générale, Conseils des droits de l'homme, dix-septième session, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie. *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies*, A/HRC/17/31, 21 mars 2001, 33 p.

¹⁵⁵³ OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, C/MIN(2011)11/FINAL, 2011, 101 p.

recommandation sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation et bénéficiant d'un soutien public¹⁵⁵⁴. Les Etats-Unis s'opposèrent néanmoins à l'adoption par consensus de ce Projet car son contenu ne leur apparaissait pas suffisamment protecteur. En substance, les négociateurs américains reprochaient au texte d'accorder une trop grande latitude aux agences de crédit à l'exportation dans l'établissement des lignes directrices. Ils considéraient également comme insuffisantes les règles de relatives à l'information en matière environnementale. Enfin, la délégation américaine soulignait l'ambivalence du texte quant aux standards devant être utilisés lors du processus d'examen des projets. Il est vrai que le texte ne proposait qu'une harmonisation minimale, la phase d'évaluation environnementale étant largement laissée à la libre appréciation des agences :

« 14. Lorsqu'ils examinent les informations fournies [lors de l'évaluation environnementale] les Membres devraient utiliser comme critères de référence des exemples de pratiques recommandables *tels qu'elles sont reflétées dans les normes internationales* ou dans les normes équivalentes du pays d'accueil. Ces exemples devraient être suivis non seulement dans le cas de projets nouveaux, mais aussi pour les modifications ou extensions de projets existants ayant un impact important sur l'environnement »¹⁵⁵⁵.

Le texte opérait ici un renvoi timide à une note de bas de page définissant les « normes internationales » visées au paragraphe n° 14. La liste proposée n'était pas limitative et laissait un large pouvoir discrétionnaire aux agences : « Normes établies par les institutions financières internationales pertinentes, par exemple le Groupe de la Banque mondiale, les Banques régionales de développement (en particulier la BERD, la BafD, la BAsD et la BID) ou autres normes environnementales reconnues au plan international, désignées ci-après « normes internationales » »¹⁵⁵⁶.

« 15. Pour assurer la cohérence dans le recours à des critères de référence, les Membres reconnaissent que les projets devraient être évalués comme suit :

Les projets devraient être conformes aux normes du pays d'accueil ;

Les projets qui, de l'avis d'un Membre, respectent les normes internationales, ne seront normalement pas évalués plus avant ;

¹⁵⁵⁴ OCDE, *Projet de recommandation sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation et bénéficiant d'un soutien public. Sixième version révisée*, TD/ECG(2000)11/REV6, 14 décembre 2001, 13 p.

¹⁵⁵⁵ OCDE, *Projet de recommandation sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation et bénéficiant d'un soutien public. Sixième version révisée*, TD/ECG(2000)11/REV6, 14 décembre 2001, § 14, p. 13 p. Nos italiques.

¹⁵⁵⁶ OCDE, *Projet de recommandation sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation et bénéficiant d'un soutien public. Sixième version révisée*, TD/ECG(2000)11/REV6, 14 décembre 2001, note n° 2, p. 5.

Un Membre qui offre des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public pour des biens et/ou des services qui ne représentent qu'une partie minimale d'un projet peut appliquer ses normes environnementales nationales ;

Un Membre qui juge bon d'appliquer des normes inférieures aux normes internationales devrait en indiquer les raisons dans [un] rapport »¹⁵⁵⁷.

Bien que l'absence de consensus ait empêché l'OCDE d'adopter formellement les approches communes, la plupart des membres acceptèrent volontairement de se conformer aux termes du Projet. Il faudra attendre 2007 pour que le texte soit révisé¹⁵⁵⁸ et présente enfin un degré d'harmonisation suffisant :

« 12. Lorsqu'ils procèdent à une évaluation [environnementale] :

Pour tous les projets, les membres devraient examiner les projets au regard des normes du pays d'accueil et au *regard des aspects pertinents des dix politiques de sauvegarde de la Banque mondiale* (...) »¹⁵⁵⁹

Ici, le texte opère un renvoi en note de bas de page pour délimiter le champ des politiques opérationnelles pertinentes de la BIRD. A la différence du Projet de 2003, les politiques pertinentes sont ici clairement identifiées et la rédaction du texte n'accorde aucun droit de « pick and choose » aux agences de crédit à l'exportation : « Il s'agit des politiques de sauvegarde relatives à ce qui suit : évaluation environnementale (PO 4.01), habitats naturels (PO 4.04), lutte antiparasitaire (PO 4.09), populations autochtones (PO 4.10), propriété culturelle (PO 4.11), réinstallation involontaire de personnes (PO 4.12), foresterie (PO 4.36), sécurité des barrages (PO 4.37), projets relatifs aux voies d'eau internationales (PO 7.50) et projets dans des zones disputées (PO 7.60) »¹⁵⁶⁰.

§ 12 (suite) : « [Pour tous les projets, les membres devraient examiner les projets au regard des normes du pays d'accueil et au regard des aspects pertinents des dix politiques de sauvegarde de la Banque mondiale] ou, le cas échéant

¹⁵⁵⁷ OCDE, *Projet de recommandation sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation et bénéficiant d'un soutien public. Sixième version révisée*, TD/ECG(2000)11/REV6, 14 décembre 2001, § 15, p. 6. Nos italiques.

¹⁵⁵⁸ OCDE, *Recommandation révisée du Conseil sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, TAD/ECG(2007)9, 12 juin 2007, 16 p.

¹⁵⁵⁹ OCDE, *Recommandation révisée du Conseil sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, TAD/ECG(2007)9, 12 juin 2007, § 12, p. 6.

¹⁵⁶⁰ OCDE, *Recommandation révisée du Conseil sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, TAD/ECG(2007)9, 12 juin 2007, note n° 4, p. 6.

- dans les cas de financement privé avec possibilité de recours limité ou sans recours, au regard des aspects pertinents des huit critères de performance de la Société Financière Internationale »¹⁵⁶¹.

Comme à l'alinéa précédent, le texte renvoie à une liste exhaustive des standards pertinents de la SFI : « Les critères de performance de la Société Financière Internationale sont les suivants : évaluation sociale et environnementale et système de gestion, main-d'œuvre et conditions de travail, prévention et réduction de la pollution, santé et sécurité communautaires, acquisition de terrains et déplacement forcé, conservation de la biodiversité et gestion durable des ressources naturelles, populations autochtones, et héritage culturel »¹⁵⁶².

« - ou, lorsque les banques régionales de développement apportent leur soutien au projet, au regard des aspects pertinents de leurs normes, ou au regard de toute norme pertinente reconnue au plan international, par exemple les normes de la Communauté européenne, qui sont plus contraignantes que les normes mentionnées ci-dessus.

Les membres peuvent aussi examiner les projets au regard des aspects pertinents de toute norme sectorielle ou spécialisée reconnue au plan international dont le Groupe de la Banque mondiale n'a pas tenu compte »¹⁵⁶³.

Ainsi, la première Recommandation fut adoptée en 2005¹⁵⁶⁴, révisée en 2007¹⁵⁶⁵ puis profondément remodelée en 2012¹⁵⁶⁶.

b.2. Les bonnes pratiques promues par la Recommandation

La Recommandation reconnaît le droit souverain des Etats des acheteurs de prendre des décisions au sujet des projets relevant de leur juridiction. Mais elle reconnaît également qu'il incombe aux Membres de l'OCDE désireux d'accorder des crédits à l'exportation de prendre en compte les impacts positifs et négatifs des projets sur le plan environnemental et social. Il en va ainsi, à plus forte

¹⁵⁶¹ OCDE, *Recommandation révisée du Conseil sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, TAD/ECG(2007)9, 12 juin 2007, § 12, p. 6.

¹⁵⁶² OCDE, *Recommandation révisée du Conseil sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, TAD/ECG(2007)9, 12 juin 2007, note n° 5, p. 6.

¹⁵⁶³ OCDE, *Recommandation révisée du Conseil sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, TAD/ECG(2007)9, 12 juin 2007, § 12, p. 6.

¹⁵⁶⁴ OCDE - GROUPE DE TRAVAIL SUR LES CRÉDITS ET GARANTIES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION, *Recommandation sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public - texte actualisé*, TD/ECG(2005)3, 27 septembre 2005, 15 p.

¹⁵⁶⁵ OCDE - GROUPE DE TRAVAIL SUR LES CRÉDITS ET GARANTIES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION, *Recommandation révisée du Conseil sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, TAD/ECG(2007)9, 12 juin 2007, 16 p.

¹⁵⁶⁶ OCDE - GROUPE DE TRAVAIL SUR LES CRÉDITS ET GARANTIES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION, *Recommandation du Conseil sur des approches communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de diligence environnementale et sociale*, TAD/ECG(2012)5, 28 juin 2012, 22 p.

raison, des projets concernent des secteurs sensibles ou sont situés dans le périmètre ou à proximité de zones sensibles, ainsi que les risques environnementaux et sociaux associés aux opérations existantes. En somme, elle vise à « promouvoir la cohérence entre les politiques des Membres en matière de crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, leurs politiques internationales à l'égard de l'environnement, du changement climatique, des droits sociaux et des droits de l'homme, et leurs engagements pris dans le cadre de conventions et d'accords internationaux pertinents, contribuant ainsi au développement durable »¹⁵⁶⁷.

b.2.1. L'incitation à conduire un examen préalable des demandes de crédits à l'exportation

Le texte recommande avant toute chose aux Membres de procéder à l'examen préalable de toutes les demandes de crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public afin de pouvoir procéder, le cas échéant, à leur classification puis à leur évaluation. Puisque cet examen conditionne pour une large part l'application des approches communes développées dans la Recommandation, il devrait être conduit aussi tôt que possible dans le processus d'évaluation des risques. La Recommandation invite les Membres à évaluer les risques environnementaux et/ou sociaux potentiels des demandes relatives à toutes les opérations existantes pour lesquelles leur part est égale ou supérieure à 10 millions de DTS.

Dans le cadre de cette évaluation, les Membres devraient prendre en compte les informations relatives au secteur d'activité, à l'emplacement du projet et autres informations disponibles concernant les impacts environnementaux et/ou sociaux potentiels avant de prendre un engagement définitif concernant l'octroi d'un soutien public. Au-delà de l'examen préalable, aucune autre action n'est requise conformément aux dispositions de la présente Recommandation pour les demandes concernant soit des projets pour lesquels la part d'un Membre est inférieure à 10 millions de DTS et qui ne sont pas situés dans le périmètre ou à proximité de zones sensibles, soit des opérations existantes pour lesquelles la part d'un Membre est inférieure à 10 millions de DTS.

b.2.2. L'incitation à classer les demandes de crédit à l'exportation en fonction des impacts environnementaux et sociaux du projet visé

L'examen préalable des demandes de crédit à l'exportation doit conduire les Membres à opérer une classification en fonction de leurs impacts positifs et négatifs potentiels sur le plan

¹⁵⁶⁷ OCDE - GROUPE DE TRAVAIL SUR LES CRÉDITS ET GARANTIES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION, *Recommandation du Conseil sur des approches communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de diligence environnementale et sociale*, TAD/ECG(2012)5, 28 juin 2012, p. 5.

environnemental et social. Doivent ainsi être évalués, sur le plan environnemental, la production d'émissions atmosphériques importantes, notamment de gaz à effets de serre, d'effluents, de déchets, de déchets dangereux, d'eaux usées, de bruit et de vibrations, l'utilisation importante de ressources naturelles et les impacts sur des espèces menacées. Sur le plan social, les agences de crédit sont invitées à considérer les impacts du projet sur la main-d'œuvre et les conditions de travail, la santé, la sécurité et la sûreté des communautés, l'acquisition de terrains et la réinstallation involontaire, les populations autochtones, la protection du patrimoine culturel. Par extension, les demandes de crédits à l'exportation peuvent également être évaluées à la lueur des impacts du projet sur les droits de l'homme, notamment le travail forcé, le travail des enfants, et des situations sanitaires et de sécurité professionnelles qui mettent la vie en danger. Sur la base de cette évaluation croisée, les projets doivent être classés en trois catégories en fonction de la gravité de leurs impacts.

Un projet sera classé dans la catégorie A s'il risque d'avoir, sur le plan environnemental et/ou social, des impacts préjudiciables importants, qui sont divers, irréversibles et/ou sans précédent. Ces impacts peuvent toucher une zone plus large que les sites ou installations faisant l'objet de travaux physiques. La catégorie A comprend, en principe, les projets se trouvant dans des secteurs sensibles ou situés dans le périmètre ou à proximité de zones sensibles. S'il appartient à chaque Membre de déterminer l'appartenance d'un projet à la catégorie A en fonction de ses impacts environnementaux et sociaux, la Recommandation fournit également une liste indicative de projets susceptibles d'y être inclus¹⁵⁶⁸. Comme l'indique le texte, cette liste constitue une version réadaptée de celle contenue dans les « Environmental Policy and Procedures » de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement du 29 avril 2003.

Au-delà de l'énoncé très précis de ces projets, la liste indicative se termine par deux « dispositions-balais ». Dans un premier temps, peuvent ainsi être classés dans la catégorie A les projets prévus sur des sites sensibles ou susceptibles d'avoir une incidence perceptible sur ces sites, même si les projets ne figurent pas dans la liste ci-dessus. Ces sites sensibles sont les parcs nationaux et autres zones protégées en vertu du droit national ou international, ou d'autres sites sensibles d'importance régionale, nationale ou internationale tels que les marais, les forêts à biodiversité élevée, les zones revêtant une importance archéologique ou culturelle et les zones présentant de l'importance pour les populations autochtones ou d'autres groupes vulnérables. Sont ici particulièrement visés les sites et monuments inscrits sur la Liste du patrimoine mondial de l'UNESCO, ainsi que l'ensemble des sites protégés par des convention de protection de l'environnement (Ramsar, etc). Seront

¹⁵⁶⁸ OCDE - GROUPE DE TRAVAIL SUR LES CRÉDITS ET GARANTIES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION, *Recommandation du Conseil sur des approches communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de diligence environnementale et sociale*, Annexe 1 - Liste indicative des projets de catégorie A, TAD/ECG(2012)5, 28 juin 2012, pp. 16-18.

également susceptibles d'être classés dans la catégorie A les projets prévoyant la réinstallation involontaire d'un grand nombre de personnes touchées.

Un projet sera classé dans la catégorie B si les impacts négatifs qu'il est susceptible d'avoir sur le plan environnemental et/ou social sont moins graves que ceux d'un projet de catégorie A. Généralement, ces impacts sont moins nombreux, limités localement, rarement irréversibles, et des mesures d'atténuation sont plus faciles à mettre en œuvre. Enfin, un projet sera classé dans la catégorie C si l'impact négatif sur le plan environnemental et/ou social est minime ou nul. En tout état de cause, les Membres devraient s'efforcer d'adopter une approche cohérente de la classification des projets en procédant à la notification et à l'évaluation de ces derniers.

b.2.3. L'incitation à évaluer les impacts environnementaux et sociaux du projet visé

La Recommandation invite les candidats à l'octroi d'un crédit à l'exportation à fournir aux agences une description du projet, de son contexte géographique, écologique, social et temporel, mais également des normes, pratiques et processus que les parties participant au projet ont l'intention d'appliquer, notamment les informations indiquant que le projet respecte la législation locale et les autres réglementations pertinentes du pays d'accueil. Doivent également être joints les résultats de toute consultation publique avec les communautés locales directement touchées par le projet et/ou avec leurs représentants légitimes, et de toute collaboration avec d'autres parties telles que des organisations de la société civile, qui se sont déclarées intéressées par le projet. Il incombe à l'acheteur/l'organisme parrainant le projet de procéder à ces éventuelles consultations publiques et/ou activités de coopération avec les parties intéressées.

Les Membres sont invités à procéder à l'évaluation des performances environnementales et sociales du projet au regard des normes internationales qui lui sont applicables et à examiner les mesures qui peuvent être prises pour éviter, réduire au minimum, atténuer ou corriger les impacts préjudiciables et/ou pour améliorer la performance environnementale et sociale¹⁵⁶⁹.

Pour un projet de catégorie A, les Membres devraient exiger une EIES complète abordant notamment l'ensemble des aspects énoncés dans les normes internationales applicables au projet. Du fait de leurs impacts potentiels, ces projets s'accompagnent d'un engagement des Membres concernés à une faire preuve d'une transparence accrue. Ils doivent ainsi rendre publiques les informations

¹⁵⁶⁹ Les Membres sont notamment invités à consulter les déclarations ou rapports éventuellement publiés par leurs points de contact nationaux (PCN) à l'issue d'une procédure relative à une circonstance spécifique conformément aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

relatives au projet¹⁵⁷⁰ et exiger que soient rendues publiques les informations concernant l'impact environnemental et social¹⁵⁷¹ dès que possible durant l'évaluation et au moins 30 jours avant un engagement définitif d'accorder un soutien public.

Le contenu de l'évaluation des projets de catégorie B pourra varier d'un projet à l'autre. Sur ce point, le texte recommande aux Membres « d'exiger du candidat les informations appropriées concernant les impacts environnementaux et sociaux pertinents du projet »¹⁵⁷². En dehors de l'examen préalable et de la classification, aucune autre action n'est requise pour un projet de catégorie C.

b.3. La communautarisation des approches communes

Le Règlement (UE) n° 1233/2011 du Parlement européen et du Conseil relatif à l'application de certaines lignes directrices pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public impose aux États membres de transmettre un rapport chaque année à la Commission et prévoit une délégation de pouvoirs à la Commission, en vue de permettre la transposition des modifications apportées aux dispositions de l'OCDE dans le droit communautaire¹⁵⁷³. L'obligation de produire un rapport annuel des activités des agences de crédit à l'exportation des États membres doit, théoriquement, permettre à la Commission et, surtout, au Parlement européen de vérifier que ces dernières respectent les règles applicables aux crédits à l'exportation et les obligations imposées par le traité sur l'Union européenne.

Aux termes de l'article 5 de ce texte, chaque État membre a donc l'obligation de mettre à la disposition de la Commission un rapport annuel d'activité de ses agences de crédit à l'exportation. Le rapport doit être circonstancié et préciser de quelle manière leurs agences prennent en compte les risques environnementaux et autres risques pertinents. Sur la base des rapports nationaux transmis par les États membres, la Commission rédige un rapport annuel de synthèse à l'intention du Parlement européen comprenant également « une évaluation quant à la conformité des OCE aux objectifs et

¹⁵⁷⁰ Cela vise notamment le titre du projet, son emplacement, sa description et les coordonnées des personnes qui peuvent fournir des renseignements supplémentaires (comme le rapport d'EIES ou un résumé d'EIES), telles que l'acheteur et/ou le point de contact de l'organisme parrainant le projet et/ou un lien vers un site internet, dès que possible durant l'évaluation et au moins 30 jours avant un engagement définitif d'accorder un soutien public.

¹⁵⁷¹ Soit, en pratique le rapport d'EIES ou un résumé de celui-ci.

¹⁵⁷² OCDE - GROUPE DE TRAVAIL SUR LES CRÉDITS ET GARANTIES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION, *Recommandation du Conseil sur des approches communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de diligence environnementale et sociale*, TAD/ECG(2012)5, 28 juin 2012, § 18, p. 9. Ces informations peuvent être contenues dans une EIES ou dans des rapports d'évaluation du projet, des documents conceptuels ou de planification, des études et des plans environnementaux et sociaux, des documents techniques sur les plans et les critères de lutte contre la pollution, les cadres juridique et réglementaire applicables, les activités de coopération avec les communautés (divulgaration, diffusion d'informations, consultation et autres processus participatifs) et les informations recueillies lors de discussions avec les candidats.

¹⁵⁷³ Le 14 mars 2013, la Commission a ainsi proposé un règlement délégué modifiant l'annexe II du règlement (UE) n° 1233/2011.

obligations de l'Union »¹⁵⁷⁴. Elle doit également présenter aux parlementaires un rapport annuel sur les négociations qu'elle mène, quand elle y est autorisée, dans les différentes enceintes de coopération internationale, en vue de mettre en place des normes mondiales dans le domaine des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public.

Le premier rapport annuel couvrant l'exercice 2011 a été remis par la Commission au Parlement le 14 décembre 2012, accompagné des réponses des États membres disposant de programmes de crédit à l'exportation actifs. S'il y a manifestement une volonté générale de la part des États membres d'ancrer leurs politiques et programmes de crédit à l'exportation dans le respect des articles 3 et 21 du TUE, force est de constater que la plupart des rapports nationaux transmis sont lacunaires et ne dissipent pas encore l'opacité entourant l'activité des agences de crédit à l'exportation¹⁵⁷⁵.

B. La réception des standards environnementaux et sociaux par les banques commerciales privées

L'alignement des conditions de prêts des banques commerciales privées sur celles des bailleurs de fonds multilatéraux par l'adhésion volontaire aux « Principes d'Equateur » **(1)** constitue un trait saillant de la diffusion des standards opérationnels. L'efficacité attendue de ces instruments qui s'apparentent à une adhésion purement volontaire à une démarche de responsabilité sociales d'entreprise demeure sujette à caution **(2)**.

1. L'alignement des conditions de prêts des banques commerciales privées sur celles des bailleurs de fonds multilatéraux par l'adhésion volontaire aux « Principes d'Equateur »

Nous reviendrons successivement sur l'élaboration des Principes d'Equateur **(a)** et leur nature et leur contenu **(b)**.

a. L'élaboration des Principes d'Equateur

Au début de l'année 2000, une banque américaine de premier plan décida de créer un comité interne spécialement dédié aux questions de financements de projets controversés et jeta les bases

¹⁵⁷⁴ Règlement (UE) n° 1233/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 relatif à l'application de certaines lignes directrices pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et abrogeant les décisions du Conseil 2001/76/CE et 2001/77/CE, Annexe I, al. 2.

¹⁵⁷⁵ V. notamment les critiques des parlementaires européens *in* Résolution du Parlement européen du 2 juillet 2013 sur le premier rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités des organismes de crédit à l'exportation des États membres (2012/2320(INI))

d'un dialogue avec plusieurs OING et fonds d'investissement socialement responsable. Cette démarche fut partagée par plusieurs autres banques commerciales. Au mois d'octobre 2002, l'une d'entre elles suggéra qu'une réunion de haut-niveau soit organisée par la SFI à Londres afin d'évoquer des nouvelles dynamiques du financement de projet dans les États en développement. Neuf banques de six nationalités différentes participèrent à cet événement. A l'issue de la réunion, elles convinrent de créer un comité composé des représentants de quatre banques et dont la mission était d'établir un cadre général en faveur du financement responsable. Plutôt que de créer *ex nihilo* un nouveau cadre de bonnes pratiques, le comité décida de se référer aux directives environnementales et sociales de la Banque mondiale, tout en procédant aux ajustements nécessaires pour intégrer un certain nombre de considérations propres au secteur privé.

Le premier projet fut présenté par le comité, à Londres, au mois de février 2003, lors d'une seconde réunion à laquelle participaient les représentants de huit banques et des membres de la société civile. Le projet fut modifié à l'issue de cette manifestation pour tenir compte des critiques émises par les différents participants. Lors d'un troisième rendez-vous au mois d'avril 2003, il fut convenu que le code de bonnes conduites s'appliquerait au financement de projet d'un montant égal ou supérieur à cinquante millions de dollars américains, quelle que soit la situation économique de l'État d'accueil. C'est à ce moment que fut entériné l'application du code à l'ensemble des marchés et non pas, comme cela avait été envisagé initialement, aux seuls marchés émergents. La (première) version finale de ce cadre général fut formellement adoptée le 4 juin 2003 par dix banques internationales majeures¹⁵⁷⁶ dont l'activité de financement de projet représentait, pour l'exercice 2002, 14,5 milliards de dollars américains, soit trois prêts sur dix¹⁵⁷⁷.

Immédiatement, les signataires précisèrent que le code de conduite ne saurait être regardé comme juridiquement contraignant à leur égard et qu'il devait donc être mis en œuvre sur une base strictement volontaire. Les parties prenantes souhaitaient nommer le code selon l'idée générale d'équilibre, de balancement. Il fut d'abord baptisé « Principes de Greenwich » mais rapidement renommé en « Principes d'Équateur » car la formulation originale apparaissait trop proche du terme « greenwash » désignant, dans la langue anglaise, les procédés de marketing ou de relations publiques utilisé par une organisation publique ou privée dans le but de se donner une image écologique responsable. En 2006, les Principes firent l'objet de modifications pour tenir compte de la révision des directives environnementales et sociales de la SFI au mois de février 2006¹⁵⁷⁸. Plusieurs

¹⁵⁷⁶ ABN AMRO Bank, N.V., Barclays plc, Citigroup, Inc., Crédit Lyonnais, Crédit Suisse First Boston, HVB Group, Rabobank Group, The Royal Bank of Scotland, WestLB AG, et Westpac Banking Corporation.

¹⁵⁷⁷ EQUATOR PRINCIPLES, « Leading Banks Announce Adoption of Equator Principles », <http://tinyurl.com/qd98jm3>, consulté le 17 octobre 2013.

¹⁵⁷⁸ Le 21 février 2006, le Conseil d'administration de la SFI a approuvé la proposition de la Direction d'adopter un nouveau système de gestion des risques pour les questions touchant les aspects sociaux et environnementaux des opérations de la Société. Ce système couvre la politique de viabilité sociale et environnementale et les critères de

changements importants furent apportés au texte initial : diminution du seuil financier d'application des Principes, précision accrue des obligations des emprunteurs en fonction de leur degré de développement économique et de leur appartenance ou non à l'OCDE, introduction de nouvelles obligations de l'emprunteur de mise en conformité vis-à-vis du droit interne de l'État d'accueil, obligation de produire des rapports sur la mise en œuvre des Principes. Depuis 2006, la tendance est à l'institutionnalisation des Principes : plusieurs discussions ont eu lieu entre les établissements financiers partenaires sur la gouvernance et la mise en œuvre. Deux directives complémentaires furent adoptées afin de préciser les bonnes pratiques des membres en matière d'élaboration de la documentation financière¹⁵⁷⁹ et de production des rapports de mise en œuvre des Principes¹⁵⁸⁰. En juillet 2010, une structure de gouvernance fut créée sous la forme d'une association (ci-après « l'Association »)¹⁵⁸¹. Le nouveau processus de révision des Principes démarra officiellement le 18 juillet 2011¹⁵⁸² afin de tenir compte, comme en 2006, de l'actualisation de la politique et des critères de performance de viabilité sociale et environnementale de la SFI¹⁵⁸³. Le 4 juin 2013, la troisième version des Principes d'Équateur fut officiellement adoptée¹⁵⁸⁴.

b. La nature et le contenu des Principes d'Équateur

Les Principes d'Équateur reposent sur une série de dix principes. Cinq d'entre eux ont pour objectif de subordonner l'octroi du financement à la conformité du projet aux standards

performance en matière sociale et environnementale, qui fonctionnent parallèlement avec la politique de divulgation de l'information. Les huit critères de performance sont les suivants : « Évaluation et système de gestion sociale et environnementale » (Critère de Performance 1), « Main-d'œuvre et conditions de travail » (Critère de Performance 2), « Prévention et réduction de la pollution » (Critère de Performance 3), « Hygiène, sécurité et sûreté communautaires » (Critère de Performance 4), « Acquisition des terres et déplacement forcé » (Critère de Performance 5), « Conservation de la biodiversité et gestion durable des ressources naturelles » (Critère de Performance 6), « Populations autochtones » (Critère de Performance 7), Héritage culturel (Critère de Performance 8).

¹⁵⁷⁹ EQUATOR PRINCIPLES, *Guidance to EPFIs on Incorporating Environmental and Social Considerations into Loan Documentation*, <http://tinyurl.com/lvqrwye>, août 2009, consulté le 17 octobre 2013, 17 p.

¹⁵⁸⁰ EQUATOR PRINCIPLES, *Guidance to EPFIs on Equator Principles Implementation Reporting*, <http://tinyurl.com/pzaran7>, décembre 2007, consulté le 17 octobre 2013, 6 p.

¹⁵⁸¹ EQUATOR PRINCIPLES, « EP Association Governance Rules », <http://tinyurl.com/kadvlfm>, juin 2010, consulté le 17 octobre 2013, 28 p.

¹⁵⁸² EQUATOR PRINCIPLES, « The Equator Principles Association Announces the Commencement of the EP III Update Process », 18 juillet 2011, <http://tinyurl.com/3g5xbz8>, consulté le 17 octobre 2013.

¹⁵⁸³ Lorsque le Conseil d'administration de la SFI a approuvé les critères de performance sociale et environnementale à l'issue du processus d'adaptation, et entrés en vigueur le 30 avril 2006 (v. *supra*), il a aussi demandé à la SFI de faire le bilan de l'application du cadre de référence à l'issue d'une première période de trois ans et de lui présenter un rapport à ce sujet. Suite à cette requête, la Société a soumis, en 2009, un rapport intitulé *IFC's Policy and Performance Standards on Social and Environmental Sustainability and Policy on Disclosure of Information : Report on the First Three Years of Application*. Sur la base de ce dernier, il fut acté de procéder à quelques modifications des critères. Le nouveau processus d'actualisation s'étala de 2009 à 2011 avant que ne soient formellement adoptées les nouvelles versions des critères de performance en 2012 : SOCIÉTÉ FINANCIÈRE INTERNATIONALE (SFI/IFC), *Politique et critères de performance de l'IFC en matière de viabilité sociale et environnementale. Examen et actualisation : vue d'ensemble du Processus de consultation et de participation*, <http://tinyurl.com/oj7gs24>, 26 août 2009, consulté le 17 octobre 2013, 11 p., spéc., pp. 6-7.

¹⁵⁸⁴ EQUATOR PRINCIPLES, *The Equator Principles (III)*, <http://tinyurl.com/puoord9>, juin 2013, consulté le 7 octobre 2013, 24 p.

environnementaux et sociaux internationaux. Cela présuppose que soit opéré, par la banque-Équateur, un tri entre les projets en fonction de leurs impacts environnementaux et sociaux (Principe 1), qu'une évaluation de leurs impacts et risques soit conduite (Principe 2), en fonction de critères sociaux et environnementaux applicables (Principe 3), afin de mettre en œuvre un plan d'action et un système de gestion du projet (Principe 4) et de convenir des obligations de faire et de ne pas faire de l'emprunteur (Principe 8). Deux principes visent à rétablir le lien entre le projet et le public, au premier rang duquel se trouvent les communautés susceptibles d'être affectées : d'abord, par la mise en place de consultations libres, transparentes et effectives associant notamment les populations les plus vulnérables (Principe 5) ; ensuite, par la mise en œuvre de mécanismes de règlements des griefs adéquats (Principe 6). Trois principes, enfin, visent à garantir spécifiquement l'indépendance et la transparence dans la mise en œuvre des principes : dans la relation entre l'emprunteur et l'établissement financier par l'obligation de recourir à une expertise indépendante en amont (Principe 7) et en aval (Principe 9) de l'obtention du financement ; dans la relation entre l'Association et le public par l'obligation de publier périodiquement un rapport général de mise en œuvre des Principes (Principe 10).

Les Principes constituent un référentiel du secteur financier pour l'élaboration de leurs politiques, procédures et pratiques internes en matière sociale et environnementale et ne créent pas de droits ou d'obligations. Certains auteurs leur accordent toutefois une large portée et considèrent qu'ils seront amenés à jouer un rôle croissant dans le futur, de telle sorte que « the Equator Principles could be seen as a useful instrument encouraging developing countries to improve their domestic legislation or as a step towards the conclusion of international treaties, as a sort of progressive development of international law (Codification and Progressive Development of International Law) »¹⁵⁸⁵. D'autres y voient la manifestation d'une « coutume privée internationale »¹⁵⁸⁶.

2. L'efficacité attendue de l'alignement des banques commerciales sur les conditions de prêts des bailleurs de fonds multilatéraux

Le principal avantage résultant de l'adoption des Principes est la création d'un référentiel commun applicable dans la concurrence entre les banques privées d'investissement les ayant

¹⁵⁸⁵ GONZALEZ NAPOLITANO S. S., « Equator Principles », in WOLFRUM R. (Dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, § 47. C., en même sens, ONG D. M., « From 'International' Environmental Law ? A Legal Assessment of the Contribution of the "Equator Principles" to International Environmental Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, n° 1, 2010, pp. 68-69.

¹⁵⁸⁶ ONG D. M., « From 'International' Environmental Law ? A Legal Assessment of the Contribution of the "Equator Principles" to International Environmental Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, n° 1, 2010, p. 50 : « Within this context, a further, conceptually far-reaching, question that could be explored is as to whether transnational, non-State actor agreements such as the Equator Principles examined here are but a manifestation of the parallel development of 'private' customary international law ? ».

adoptés¹⁵⁸⁷. La première version des Principes fut l'objet de critiques de la part de plusieurs OING. Entre autres reproches, ces dernières mettaient en avant le champ d'application particulièrement restreint des Principes – ce qui était notamment le cas avant la seconde révision de 2006 –, leur faible prise en compte des questions sociales et l'absence de mécanismes coercitifs de suivi et de contrôle. La révision des Principes en 2006 et l'adoption des Règles de gouvernance en 2010 apportèrent un début de réponse, sans pour autant convaincre. Les représentants de la société civile soulignèrent ainsi que les Principes ne garantissaient toujours pas l'obtention du consentement préalable et éclairé (« prior and informed consent ») des populations autochtones pour les activités susceptibles d'affecter leurs territoires et ressources. Au-delà, certains représentants souhaitaient également que le champ d'application des Principes soit largement étendu de façon à inclure toute opération ayant un impact négatif sur l'homme et l'environnement. La question des mécanismes de contrôle demeure entière. Même dans leur dernière version (2013), les Principes n'imposent pas aux établissements financiers d'instituer de tels dispositifs : encouragés dans le texte, ils demeurent délégués à l'appréciation de l'établissement dans les faits. Certes, plusieurs établissements ont mis en place des mécanismes exigeants de monitoring accompagnés de procédures d'audit externe. Mais la démarche n'est pas partagée par la totalité des établissements ayant souscrits aux Principes.

Les Principes ne mettent pas fin aux pratiques concurrentielles entre établissements financiers dont le taux d'intérêt proposé demeure la principale variable d'ajustement. Ce qui ne change pas, donc, c'est la recherche d'un équilibre entre les aspirations de l'emprunteur – obtenir un crédit au meilleur taux et sur la meilleure périodicité – et celles du prêteur – réduire l'exposition au(x) risque(s) tout en s'assurant de la rentabilité maximale du prêt –. Réunies par l'adoption d'un code commun, les banques du réseau Équateur n'en demeurent pas moins en concurrence : libre à la *BNP Paribas* de proposer des conditions d'emprunt plus favorables que celles offertes par *Royal Bank of Scotland* à un emprunteur souhaitant entreprendre la construction d'un projet d'infrastructure dans un État non membre de l'OCDE. Mais est désormais évincée de ce rapport concurrentiel la politique du mieux disant lorsqu'il s'agit de financer des projets importants qui ne respectent pas les standards environnementaux et sociaux minimaux.

Rien n'est dit ici sur la relation entre l'établissement prêteur et l'entreprise qui utilise le prêt pour construire le projet. Quelle est l'effectivité des Principes dès lors que les fonds ont été décaissés par le prêteur, lorsque bien souvent les deux parties opèrent dans deux ou plusieurs États différents ? Plusieurs observations peuvent être faites. D'abord, si les emprunteurs sont liés contractuellement par les obligations de faire et de ne pas faire inscrites dans la documentation financière soumise par la

¹⁵⁸⁷ RICHARDSON B. J., « Financing Sustainability : The New Transnational Governance of Socially Responsible Investment », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 17, 2008, pp. 73-110, spéc. p. 89.

banque-Équateur, cette dernière n'est pas juridiquement tenue de respecter les Principes, ni même d'imposer leur respect en cas de différend. Aux termes du Principe n° 8, « (...) si l'emprunteur ne respecte pas ses obligations en matière sociale et environnementale, les EFPIs *s'efforceront* dans la mesure du possible de l'aider à se remettre en conformité. Si l'emprunteur n'y parvient pas dans un délai imparti, les EFPIs se réservent la possibilité d'exercer les *recours qu'ils estimeront appropriés* »¹⁵⁸⁸. A notre sens, la rédaction de ce Principe pose deux problèmes méthodologiques importants. D'abord, *a minima*, celui de savoir avec précision quels sont les « recours » auxquels il est fait allusion. Mais il n'agit pas là d'une difficulté insurmontable et l'on pourrait objecter que cette formulation ouverte à au moins l'avantage de la souplesse. La principale difficulté méthodologique nous semble en revanche dériver de la nature même de l'opération financée et du mode de rémunération de l'établissement prêteur.

Dans ce mode de financement, « le prêteur considère avant tout les revenus générés par un projet donné à la fois comme source de remboursement de son prêt et comme sûreté attachée à son exposition. Ce type de financement est généralement destiné à de vastes projets complexes et onéreux, tels que centrales électriques, usines chimiques, mines, infrastructures de transport, environnement et télécommunications. Il peut également servir à financer la construction d'une installation exigeant de nouveaux capitaux ou à refinancer une installation déjà existante, en y apportant ou non des améliorations. Dans ce type de transactions, le prêteur est habituellement payé uniquement ou presque sur les flux de trésorerie générés par les contrats relatifs à la production de l'installation, par exemple l'électricité vendue par une centrale. L'emprunteur est généralement une structure *ad hoc* (Special Purpose Entity – SPE) qui n'est pas autorisée à servir d'autres fins que le développement, le contrôle et le fonctionnement de l'installation. *Il en résulte que le remboursement repose essentiellement sur les flux de trésorerie provenant du projet et sur la valeur de la sûreté attachée aux actifs* »¹⁵⁸⁹. Dès lors que le remboursement du prêt se fait sur l'utilisation du projet, « exercer les recours que la banque estime appropriés » revient pour elle à procéder à un arbitrage entre garantir le respect des Principes ou accroître son exposition au risque que le projet échoue et, partant, qu'elle ne soit pas remboursée. La « banque-Équateur » demeure avant tout une banque : les Principes auxquels elle a volontairement souscrit demeurent les fruits d'une initiative privée, certes emprunte d'un indéniable succès quantitatif et qualitatif, mais dont l'unique vocation est de fournir un référentiel environnemental et social minimum commun acceptable, et non pas de fournir un schéma alternatif de financement de

¹⁵⁸⁸ EQUATOR PRINCIPLES, « Principe n° 8 (Obligations de faire et de ne pas faire) », in *The Equator Principles (III)*, *op. cit.*, consulté le 7 octobre 2013, p. 9. Nos italiques.

¹⁵⁸⁹ COMITE DE BALE SUR LE CONTROLE BANCAIRE, Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres – Dispositif révisé (« Bâle II »), <http://tinyurl.com/k5xkbma>, novembre 2005, p. 43. Nous soulignons.

projet permettant un contrôle réel de l'exécution des Principes par l'emprunteur une fois les fonds transférés et le chantier prêt à démarrer.

La portée opérationnelle des Principes doit être fortement nuancée car rien n'interdit à une banque non-membre du réseau Équateur de financer un tel projet. De même, l'adhésion aux Principes ne protège en rien les banques concernées d'être confrontées à un prêteur, non-membre lui, prêt à tirer les conditions d'emprunt à la baisse pour remporter le marché. Au-delà l'adoption des Principes n'a pas empêché certains établissements de financer des projets extrêmement controversés, tel l'oléoduc Bakou-Tbilissi-Ceyhan¹⁵⁹⁰, fortement décrié pour ses impacts environnementaux¹⁵⁹¹. Mais le projet le plus emblématique demeure sans aucun doute les usines de pâte à papier Celulosas de M'Bopicuá (CMB) et Orion, construites sur les rives uruguayennes du fleuve Uruguay et rendues célèbres par le différend porté par l'Argentine devant la Cour internationale de Justice¹⁵⁹². Plusieurs OING contestèrent le bien fondé du fondement accordé aux promoteurs des deux projets par des banques du réseau Équateur en raison des impacts environnementaux sur le fleuve frontalier, par ailleurs soulignés dès le début de l'opération par le gouvernement argentin. En 2005, des autorités publiques, cinq OING et 39,633 individus déposèrent une plainte commune auprès du Compliance Advisor Ombudsman (CAO) de la SFI¹⁵⁹³. Une démarche similaire fut engagée devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Après examen, les banques concernées démontrèrent qu'elles n'étaient impliquées que dans le financement de l'usine CMB, et pas Orion. Parallèlement, l'Argentine déposa une requête introductive d'instance contre l'Uruguay devant la CIJ le 4 mai 2006 au sujet de la construction des deux usines. Les travaux de la CMB furent officiellement abandonnés le 21 septembre 2006¹⁵⁹⁴.

*

¹⁵⁹⁰ Ouvert en 2005, l'oléoduc *BTC* transporte sur 1 776 km le pétrole brut du champ pétrolifère d'Azeri-Chirag-Guneshli sur la mer Caspienne jusqu'à la mer Méditerranée. Sa longueur totale est de 440 km en Azerbaïdjan, de 260 km en Géorgie et enfin de 1 076 kilomètres en Turquie. Il dispose de huit stations de pompage sur son parcours. L'oléoduc tire son nom de la traversée de Bakou, capitale de l'Azerbaïdjan ; de Tbilissi, capitale de la Géorgie ; et de Ceyhan, port du sud-est de la côte méditerranéenne turque. Avec sa longueur de 1 776 km, c'est le deuxième plus long oléoduc du monde après l'oléoduc Droujba qui relie l'Europe centrale à la Russie.

¹⁵⁹¹ L'oléoduc traverse le parc national géorgien Borjomi, zone environnementale de première importance contenant de l'eau minérale gazeuse exploitée par les populations locales. Le tracé initial prévoyait que le pipeline traversa le parc en surface. Suite à l'opposition continue de militants pro-environnement, projet fût reconsidéré : son trajet resta identique, mais l'ouvrage fût enterré sur toute sa longueur, laissant une large cicatrice à travers le paysage.

¹⁵⁹² V., en dernier lieu, CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Rec.*, 2010, p. 14 et s.

¹⁵⁹³ IFC COMPLIANCE ADVISOR OMBUDSMAN, « Complaint », affaire *Uruguay / Celulosas de M'Bopicuá (CMB) & Orion-01/Argentina & Uruguay*, 1^{er} septembre 2005, <http://tinyurl.com/mussqwz>, 20 p.

¹⁵⁹⁴ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *op. cit.*, § 36, p. 27.

Conclusion du Chapitre VII

Les politiques environnementales et sociales des différentes institutions financières internationales partagent de nombreuses caractéristiques et objectifs communs. S'il subsiste des différences d'un texte à l'autre, toutes les politiques font obligation à l'emprunteur (public ou privé) de conduire une étude d'impact du projet puis de le classer en fonction de l'importance de ses impacts environnementaux et sociaux (catégories « A », « B », « C »). La plupart des politiques exigent que ces évaluations soient conduites en respectant un certain nombre d'exigences minimales en matière de consultation publique. Elles imposent également la divulgation publique des résultats des évaluations avant que le bailleur de fonds ne prenne la décision d'accorder son financement. Plusieurs institutions financières ont élaboré leurs politiques environnementales ou sociales sur le modèle de celles de la BIRD. Les Approches communes applicables aux agences de crédit à l'exportation et les Principes d'Équateur sont trop généraux pour refléter directement le cadre normatif issu des politiques de la BIRD ou des normes de performance de la SFI. Ils parviennent néanmoins indirectement au même résultat en exigeant que les projets soient comparés aux standards de la BIRD et de la SFI (pour les agences de crédit à l'exportation) ou en faisant de ces standards la norme de référence applicable (dans le cas des Principes d'Équateur).

*

Chapitre VIII. La responsabilité des bailleurs de fonds à raison du financement de l'ouvrage public

Nous avons mis en évidence, tout au long de notre étude, que si l'ouvrage public est soumis à la légalité internationale à la fois dans les rapports entre Etats souverains et entre l'Etat et ses administrés, c'est l'Etat qui supporte *in fine* les conséquences en termes de responsabilité. Nous avons indiqué en introduction puis dans l'ensemble de nos développements que cette vision est cependant réductrice, car elle fait abstraction de l'ensemble des acteurs amenés à participer, à des degrés variables, au projet d'ouvrage public. Un exemple nous semble indiqué ici pour mettre en évidence ces interactions. Le Parc national de Chitwan, situé au Népal, a été inscrit sur la Liste du Patrimoine mondial de l'UNESCO en 1984. Comme nous l'avons vu précédemment, l'inscription d'un site sur la Liste entraîne une série d'obligations pour l'Etat dont la première est de s'abstenir de porter atteinte aux caractéristiques exceptionnelles du site. Dans une décision adoptée sans discussion, le Comité du patrimoine avait « exprimé ses vives inquiétudes devant l'absence d'EIE et le manque de concertation avec le Centre du patrimoine mondial ou l'UICN pour concevoir et réaliser le pont de Kasara et la liaison routière entre Dhurbhagat et Bankatta, malgré les protestations de l'autorité responsable du site, le Département des parcs nationaux et de la conservation ». En l'espèce, les autorités népalaises avaient décidé de construire des ouvrages publics défigurant le site, avec le soutien direct d'agences nationales et internationales de développement qui n'avaient pas exigé d'évaluation d'impact environnemental. Ce soutien avait provoqué l'adoption, par le Comité de l'UNESCO, d'une résolution demandant des comptes auxdites agences :

« Demande au Directeur du Centre du patrimoine mondial d'écrire aux plus hauts responsables des organismes de financement bilatéraux et multilatéraux concernés, par exemple le Fonds japonais d'allègement de la dette, la Banque mondiale et la Banque asiatique de développement, ainsi que de contacter les ministres des Affaires étrangères et de l'Aide au développement de l'Etat partie, pour leur faire part du mécontentement du Comité à ce sujet ;

Demande instamment à l'Etat partie et aux trois agences donatrices de fournir des informations au Centre du patrimoine mondial, avant le 1er février 2004, sur les raisons pour lesquelles les Evaluations d'Impact Environnemental pour ces deux projets n'ont pas été entreprises et expliquer comment la décision de financer des projets a pu être prise sans EIE préalable, afin

que le Comité du patrimoine mondial puisse examiner l'état de conservation du bien à sa 28^e session, en 2004 »¹⁵⁹⁵.

Nous démonterons que, même dans des cas comme celui-ci, l'assistance financière n'est pas génératrice de responsabilité internationale, qu'elle soit apportée par l'Etat ou l'un de ses organes ou par une banque multilatérale de développement (**Section 1**). C'est au contraire la création de mécanismes d'inspection associant directement les entités privées tierces qui a été favorisée par le droit international. Ces institutions participent d'un mouvement de « responsabilisation »¹⁵⁹⁶ des banques multilatérales de développement. Ces mécanismes ne tombent dans aucune catégorie juridique préétablie en droit international, ce qui explique qu'ils soient affectés de qualifications variables selon les auteurs : mécanismes d'*accountability*, d'inspection, de recours, de plainte, de responsabilisation ou *ombudsman*¹⁵⁹⁷. Le développement de ces mécanismes représente un intérêt indéniable lorsque le financement de l'ouvrage public affecte les populations. En effet, sans pour autant que de véritables formes de sanction ou de réparation soient envisagées, les MIA offrent des *fora* permettant de pallier l'obstacle créé par l'impossibilité d'engager la responsabilité des organisations internationales (**Section 2**).

Section 1. L'absence de responsabilité internationale générée par l'assistance financière

Nous avons mis en évidence, tout au long de notre étude, que si l'ouvrage public est soumis à la légalité internationale à la fois dans les rapports entre Etats souverains et entre l'Etat et ses administrés, c'est l'Etat qui supporte *in fine* les conséquences en termes de responsabilité. Nous souhaitons ici déterminer si l'assistance financière fournie par l'ensemble des acteurs de l'aide publique au développement impliqués dans le projet peut être génératrice de responsabilité internationale. La question nous semble devoir être posée au regard de la surveillance exercée par ses acteurs, à des degrés variables : cette surveillance est-elle assimilable à un contrôle exercé dans la commission par un Etat tiers d'un fait internationalement illicite (ici, l'ouvrage public construit en violation du droit international) ? Le simple fait d'apporter des concours financiers à un Etat qui souhaite procéder à la construction d'un ouvrage public en violation du droit international peut-il être

¹⁵⁹⁵ COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), Décision 27 COM 7B.9, « Décisions adoptées par le Comité du patrimoine mondial lors de sa 27^e session en 2003 », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/24*, 10 décembre 2003, p. 31. Nos italiques.

¹⁵⁹⁶ SPANOUDIS J., « L'accès des individus au Panel d'inspection : faux-semblant ou réalité ? », *RBDI*, 2010, n° 2, p. 358. V. également KLEIN P., « Panels, médiateurs et mécanismes informels de contrôle des activités des organisations internationales : entre *accountability* et *responsibility* », Actes du colloque de la Société européenne de droit international, Hart Publishing, 2012, pp. 217-228.

¹⁵⁹⁷ V. not. ASCENSIO H., « Le règlement des différends liés à la violation par les organisations internationales des normes relatives aux droits de l'homme », in SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2009, p. 107.

assimilé, s'agissant du bailleur de fonds, à une aide ou une assistance dans la commission du fait internationalement illicite ? Nous répondrons par la négative à l'ensemble de ces questions : le droit international ne permet pas, dans son état actuel, d'engager la responsabilité internationale pour l'assistance financière, que celle-ci proviennent des organes d'un Etat (§1) ou d'une organisation internationale (§2).

§1. L'absence de responsabilité internationale générée par l'assistance financière étatique

Après être revenus sur le rôle joué par les agences nationales de financement du développement (A) nous examinerons leurs activités sous l'angle du droit de la responsabilité internationale et démontrerons que l'engagement de la responsabilité de l'Etat de tutelle demeure largement illusoire, le droit international subordonnant cette responsabilité à l'intention du prêteur de contribuer à la commission d'un fait internationalement illicite (ici, la construction de l'ouvrage public en violation du droit international) (B).

A. La diversité des modalités d'assistance financière apportées par l'Etat à l'ouvrage public entrepris par un Etat tiers

Comme nous l'avons évoqué à de plusieurs au long de nos travaux, l'Etat est susceptible d'apporter ses concours financiers au projet de construction d'un ouvrage public entrepris par un Etat tiers. Cette aide ou assistance financière peut s'exprimer par la conclusion d'un accord bilatéral entre les deux Etats, précisant le montant du prêt et son affectation. Aujourd'hui, ce type d'aide ou d'assistance financière est supplanté par l'activité d'agences publiques, dépendantes de l'Etat, dont la mission est d'apporter des financements à un projet particulier à l'étranger (agences bilatérales de développement) ou de faciliter la participation d'entreprises nationales aux marchés d'exécution de l'ouvrage public en dehors de leurs frontières (agences de crédit à l'exportation). Nous avons démontré tout au long de notre étude que l'ouvrage public peut constituer, au regard du droit international, un fait internationalement illicite, que l'obligation internationale méconnue soit due à un Etat (dimension structurante du droit international à l'égard de l'ouvrage public dans la société interétatique) ou à une personne privée (dimension de soumission au droit international des actes pris par la puissance publique pour la construction et l'exécution de l'ouvrage public). Il nous faut désormais répondre à la question suivante : les financements apportés par un Etat à un Etat tiers en vue de la construction ou de l'exécution d'un ouvrage public contraire au droit international sont-ils susceptibles d'engager sa responsabilité internationale ? Nous avons d'ores et déjà indiqué que ces agences nationales opèrent dans un marché fortement concurrentiel et qu'elles alignent leurs conditions d'exercice sur les standards opérationnels des banques multilatérales de développement.

Nous verrons à présent que l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat de tutelle de ces agences apparaît largement théorique.

B. L'éviction du droit de la responsabilité internationale des modalités d'assistance financière apportées par l'Etat à l'ouvrage public entrepris par un Etat tiers

Aux termes de l'article 16 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite,

« L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État »¹⁵⁹⁸.

Cet article vise les situations où un État prête aide ou assistance à un autre État, et facilite ainsi la commission d'un fait internationalement illicite par ce dernier. C'est notamment le cas lorsqu'un État assiste ou aide délibérément un autre État à adopter un comportement qui enfreint ses obligations internationales ou en finançant une activité illicite. L'aide ou l'assistance peut également consister à fournir les moyens de fermer un cours d'eau international. Dans tous ces cas de figure, l'État principalement responsable est l'État auteur, l'autre État ayant simplement un rôle d'appui. L'État qui assiste est responsable à raison de son propre fait, c'est-à-dire pour avoir aidé délibérément un autre État à enfreindre une obligation internationale par laquelle ils sont tous deux liés. Cela signifie que l'Etat qui apporte une aide ou assistance financière n'est pas responsable du fait commis par l'État auquel il a prêté assistance. Dans certains cas, cependant, la distinction n'emporte pas d'effet : lorsque l'assistance est un élément nécessaire du fait illicite, sans lequel le fait en question ne se serait pas produit, le préjudice subi peut être attribué concurremment à l'État qui assiste et à celui qui agit. Dans d'autres cas, cependant, la différence peut être déterminante, lorsque l'assistance n'a été qu'un facteur incident dans la commission de l'acte primaire et n'a contribué qu'à un degré mineur au préjudice subi, voire n'y a pas contribué du tout. L'État qui en aide un autre à commettre un fait internationalement illicite ne devrait pas nécessairement être tenu d'indemniser la victime de toutes les conséquences du fait, mais seulement de celles qui, conformément aux principes établis dans la deuxième partie des présents articles, découlent de sa propre conduite.

¹⁵⁹⁸ CDI, Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, 2001, art. 16.

Au regard de l'article 16, il faut distinguer l'aide ou l'assistance prêtée par un État de la responsabilité de l'État qui agit. Le premier ne sera responsable que dans la mesure où son propre comportement a provoqué le fait internationalement illicite ou y a contribué. C'est ainsi que dans les cas où le fait en question se serait de toute manière produit, sa responsabilité ne s'étendra pas à la réparation du préjudice causé par le fait lui-même. L'article 16 limite toutefois la portée de la responsabilité à raison de l'aide ou l'assistance prêtée de trois manières.

Il faut d'abord que l'organe ou l'institution considéré de l'État qui assiste ait connaissance des circonstances qui rendent le comportement de l'État assisté internationalement illicite. Ensuite, il faut que l'aide ou l'assistance ait été prêtée dans l'intention de faciliter la commission du fait illicite, et qu'elle l'ait effectivement facilitée. Enfin, le fait perpétré doit être tel qu'il aurait été internationalement illicite s'il avait été commis par l'État qui assiste lui-même.

L'État qui apporte l'assistance financière doit cependant avoir connaissance des circonstances qui rendent le comportement de l'État qui la reçoit internationalement illicite. Cette exigence est exprimée par le membre de phrase « en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ». Il s'agit ici de la principale limite à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat qui apporte un financement à la construction d'un ouvrage public, fait internationalement illicite, par un Etat tiers. Les rédacteurs du projet sont restés prudents sur cette question et il est considéré qu'un État qui prête une aide ou une assistance matérielle ou financière à un autre État n'a pas à se demander si son aide ou assistance sera utilisée pour perpétrer un fait internationalement illicite : si l'État qui aide ou assiste ne sait pas à quelles fins son aide sera utilisée par l'autre État, sa responsabilité internationale n'est pas engagée. Il n'en va autrement, au plan théorique, que si une intention claire peut être déduite de la part de l'Etat qui apporte l'assistance financière à la construction de l'ouvrage public.

L'article 16 exige également que l'aide ou l'assistance soit prêtée *en vue de faciliter la commission d'un fait illicite et qu'elle la facilite effectivement*, ce qui limite l'application de l'article 16 aux cas où l'aide ou l'assistance prêtée est manifestement liée au comportement illicite ultérieur. La responsabilité de l'État qui assiste n'est ainsi engagée que si l'organe considéré de cet État entendait, par cette aide ou assistance, faciliter l'adoption par l'autre État du comportement illicite et que ce dernier l'adopte effectivement. Rien n'indique que l'aide ou l'assistance doit avoir été essentielle à la commission du fait internationalement illicite et il suffit qu'elle y ait contribué de façon significative.

Une autre limite théorique importante découle de l'article 16 : l'aide ou l'assistance doit avoir servi à enfreindre des obligations auxquelles l'État qui aide ou assiste est lui-même tenu. Un État ne

peut pas aider ou assister délibérément un autre État à violer une obligation qui lie les deux États ; il ne peut faire par l'entremise d'un autre ce qu'il ne peut pas faire lui-même. Par contre, les États ne sont pas liés par les obligations qu'un autre État a contractées vis-à-vis d'États tiers. Ce principe fondamental est consacré aux articles 34 et 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il en découle qu'un État est libre d'agir pour son propre compte d'une manière non conforme aux obligations souscrites par un autre État vis-à-vis d'États tiers. Toute question de responsabilité qui se poserait dans ce cas de figure se jouerait entre l'État qui reçoit l'assistance et l'État lésé. Il est donc nécessaire de préciser que la responsabilité de l'État qui assiste n'est engagée que si le comportement en question, s'il lui était attribuable, aurait constitué une violation de ses propres obligations internationales.

§2. L'absence de responsabilité internationale générée par l'assistance financière internationale

Les banques multilatérales de développement coupent une place centrale dans le marché de l'aide au développement bien que le volume des fonds décaissés par elles soit sans commune mesure avec les flux émanant des banques commerciales privées. Lors de nos développements antérieurs, nous avons mis en évidence la surveillance étroite exercée par le personnel de la Banque sur le projet porté par l'Etat emprunteur, et sur durant l'ensemble des étapes du cycle de projet. C'est à cette occasion que la banque multilatérale appliquera ses standards opérationnels lorsque le droit interne de l'Etat emprunteur apparaîtra insuffisamment protecteur au regard des exigences environnementales et sociales fixées par l'organisation¹⁵⁹⁹. Nous avons également souligné l'importance jouée par deux standards opérationnels dans les relations interétatiques, sous les traits des politiques opérationnelles 7.50 relative aux projets sur les voies d'eau internationales et 7.60 sur les projets situés sur les espaces disputés. Nous avons indiqué à cet effet que l'adoption desdits standards ne découle pas de l'acte constitutif des banques multilatérales de développement, mais bel et bien d'un processus *ad hoc*, défini par chaque banque en réponse à un certain nombre de pressions internes et externes. *In fine*, il avait été souligné que les banques s'inscrivent aujourd'hui dans une dynamique d'harmonisation de leurs standards opérationnels. Nous souhaiterions ici procéder à un examen des activités des banques multilatérales de développement sous l'angle du droit de la responsabilité internationale. Deux obstacles principaux à l'engagement de cette responsabilité : les immunités attribuées aux organisations internationales et l'absence de contrôle effectif exercé sur le projet (A). Cette situation explique le choix qui a été fait d'y substituer des mécanismes de

¹⁵⁹⁹ VAN GENUGTEN, HUNT P., MATHEWS S. (Dir.), *World Bank, IMF and Human Rights. Including the Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and human rights*, Nijmegen : Wolf, 2003, 255 p.

responsabilisation permettant aux individus affectés par l'ouvrage public de se plaindre directement à la banque de l'insuffisance de sa supervision **(B)**.

A. Les obstacles à l'engagement de la responsabilité internationale de la banque multilatérale de développement à raison du financement de l'ouvrage public

Deux obstacles majeurs à l'engagement de la responsabilité internationale de la banque multilatérale de développement à raison du financement de l'ouvrage public peuvent être isolés : les immunités de juridiction et d'exécution **(1)** et l'impossibilité de rattacher formellement la surveillance exercée par le personnel de la Banque sur le projet à un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite **(2)**.

1. L'octroi d'immunités de juridiction et d'exécution

Les banques multilatérales de développement bénéficient d'immunités de juridiction et d'exécution devant les juridictions étatiques¹⁶⁰⁰. La question divise la doctrine puis de nombreuses années, qui plus est dans un contexte où les activités d'organisations internationales ont de plus en plus tendance à avoir des incidences et impacts sur les droits reconnus à des particuliers ou à d'autres acteurs non étatiques. Des pressions importantes s'expriment en ce sens, y compris au plus haut niveau comme le démontre la Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'État de droit aux niveaux national et international qui précise que les États membres considèrent que « L'Etat de droit vaut aussi bien pour tous les Etats que pour les organisations internationales, y compris l'Organisation des Nations Unies et ses organes principaux, et que le respect et la promotion de l'État de droit et de la justice devraient guider toutes leurs activités et conférer certitude et légitimité à leurs actions »¹⁶⁰¹. *A contrario*, du point de vue des organisations internationales, ces immunités de juridiction sont considérées comme « fonctionnellement nécessaires » afin de préserver leurs fonctions d'interférences de la part des autorités et juridictions nationales¹⁶⁰². Un particulier affecté par un ouvrage public financé par une banque multilatérale de développement ne peut donc pas attirer cette dernière devant le juge interne, ni procéder à un quelconque acte d'exécution. Pareille possibilité est aujourd'hui subordonnée au renoncement

¹⁶⁰⁰ BOISSON DE CHAZOURNES L., « Immunités, responsabilisation des organisations internationales et protection des droits individuels », in PETERS A., LAGRANGE E., OETER S., TOMUSCHAT Ch., *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden : Brill Nijhoff, 2015, pp. 285-300.

¹⁶⁰¹ AGNU, Projet de résolution déposé par le Président de l'Assemblée générale des Nations Unies : « Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'État de droit aux niveaux national et international », A/67/L.1, 19 septembre 2012, par. 2.

¹⁶⁰² SHIHATA I., *The World Bank Inspection Panel: In Practice*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 243.

volontaire, par la banque, à son immunité¹⁶⁰³. Ce cas est cependant extrêmement rare dans la pratique des organisations internationales, bien que certaines organisations internationales aient suivi cette voie en prévoyant une obligation de levée d'immunité dans les cas où maintenir cette immunité amènerait irrémédiablement à empêcher le cours de la justice¹⁶⁰⁴.

Tout dépend également du périmètre de l'immunité. L'acte constitutif de la BIRD instaure ainsi une présomption d'absence d'immunité de juridiction¹⁶⁰⁵. Aux termes de l'article VII, Section 3 des Statuts de la BIRD,

« La Banque ne peut être poursuivie que devant un tribunal ayant juridiction sur les territoires d'un État membre où elle possède un bureau, a désigné un agent chargé de recevoir les significations ou notifications de sommations ou a émis ou garanti des titres. Aucune action judiciaire ne pourra cependant être intentée par des États membres ou par des personnes agissant pour le compte desdits États, ou faisant valoir des droits cédés par ceux-ci. Les biens et avoirs de la Banque où qu'ils soient situés et quel qu'en soit le détenteur, seront à l'abri de toute forme de saisie, d'opposition ou d'exécution tant qu'un jugement définitif n'aura pas été prononcé contre la Banque »¹⁶⁰⁶.

Il ne faut cependant pas dir dans cette disposition une quelconque porte d'entrée pour les individus affectés par l'ouvrage public. Cette présomption d'absence d'immunité s'explique avant toute chose par la nature des ressources de la Banque qui est amenée, pour financer ses activités, à s'appuyer à la fois sur les quote-parts souscrites par les Etats membres mais aussi (surtout) sur les capitaux levés sur les marchés financiers. Chaque levée de fonds sur ces marchés fait l'objet d'une transaction soumise au droit national. C'est ici qu'entre en jeu la présomption d'absence de d'immunité : elle ne joue qu'à l'endroit des investisseurs privés afin de leur permettre de poursuivre en justice la Banque devant des juridictions internes. Au-delà, il s'agissait d'une condition *sine qua non* à ce que la Banque puisse emprunter directement sur les marchés financiers. En revanche, l'immunité ne joue pas pour les différends résultant des d'activités de financement de l'ouvrage public. Dans ce type de configuration, le Banque mondiale invoquera systématiquement son immunité de juridiction.

¹⁶⁰³ Voir par exemple la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13 février 1946, 1 R T N U 15, art. II section 2, selon laquelle : « L'Organisation des Nations Unies, ses biens et avoirs, quels que soient leur siège et leur détenteur, jouissent de l'immunité de juridiction, sauf dans la mesure où l'Organisation y a expressément renoncé, dans un cas particulier. Il est toutefois entendu que la renonciation ne peut s'étendre à des mesures d'exécution ».

¹⁶⁰⁴ ASE, Convention de l'Agence Spatiale Européenne, zoos, art. IV(1) (a).

¹⁶⁰⁵ THALLINGER G., « Piercing Jurisdictional Immunity : The Possible Role of Domestic Courts in Enhancing World Bank Accountability », *Vienna Online journal of International Constitutional Law*, 2008, pp. 4-35.

¹⁶⁰⁶ Statuts de la BIRD, art. VII, section 3

L'octroi d'immunités de juridiction et d'exécution constitue donc le premier obstacle, procédural, à l'engagement de la responsabilité de la Banque devant le juge interne¹⁶⁰⁷. Au-delà, c'est à un obstacle, de nature substantielle cette fois-ci, que se heurte cette entreprise : la surveillance exercée par la Banque sur le projet d'ouvrage public n'est pas assimilée à un contrôle effectif de l'Etat emprunteur en vue de la commission d'un fait internationalement illicite. L'engagement de la responsabilité de la Banque ne peut pas non être recherché du côté de l'assistance financière à la commission par l'Etat emprunteur d'un fait internationalement illicite.

2. L'impossibilité de rattacher l'aide et la surveillance fournies par la banque aux catégories de la responsabilité internationale

La question de la responsabilité internationale des bailleurs de fonds multilatéraux a fait l'objet d'intéressants débats à l'occasion de la rédaction du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, sous l'autorité du Rapporteur G. Gaja. Ce dernier avait relevé à cet égard qu'« il n'y a guère de pratique en ce qui concerne la responsabilité internationale des organisations internationales dans ce type de situation. Toutefois, on ne peut considérer les cas dans lesquels la responsabilité d'une organisation internationale peut être engagée dans des circonstances correspondant à celles envisagées en ce qui concerne les États comme totalement improbables. *Par exemple, la responsabilité d'une organisation internationale peut être engagée parce qu'elle a assisté un État, en lui fournissant un appui financier ou autrement, dans un projet impliquant une atteinte aux droits de l'homme de certains individus* »¹⁶⁰⁸. Nous appréhenderons cette question en deux temps. D'abord en vérifiant si les activités de prêt d'une banque multilatérale de développement peuvent être caractérisées d'aide ou d'assistance à la commission d'un fait internationalement illicite **(a)**. Ensuite, si la surveillance exercée par le personnel de la banque sur le projet peut être qualifiée de contrôle dans la commission d'un fait internationalement illicite **(b)**.

a. L'action de la banque comme aide ou assistance à la commission d'un fait internationalement illicite

L'article 14 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales traité, sur le même modèle que l'article 16 du projet d'articles sur la responsabilité de

¹⁶⁰⁷ REINISCH A., *Challenging acts of international organizations before national courts*, Oxford : Oxford University Press, 2010, 302 p.

¹⁶⁰⁸ CDI, « Troisième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, présenté par M. Giorgio Gaja, Rapporteur spécial », A/CN.4/553, 13 mai 2005, § 28, p. 14. Nos italiques.

l'Etat, de l'aide ou l'assistance d'une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite. L'article est rédigé en ces termes :

« Une organisation internationale qui aide ou assiste un État ou une autre organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite par cet État ou cette organisation est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

a) La première organisation agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et

b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation »¹⁶⁰⁹.

Durant l'examen de cette disposition, le Rapporteur G. Gaja avait sollicité les observations des organisations internationales. La Banque mondiale a insisté à cette occasion sur la nécessité d'insérer cette dans le commentaire de cet article une disposition équivalente à celle insérée dans le commentaire de l'article 16 du projet sur la responsabilité de l'Etat. La Banque souhaitait plus particulièrement que soit clairement mentionné que « l'organisation internationale qui prête une aide ou une assistance matérielle ou financière n'a pas à se demander si son aide ou assistance sera utilisée pour perpétrer un fait internationalement illicite. Si l'organisation internationale qui aide ou assiste ne sait pas à quelles fins son aide sera utilisée par l'autre État, sa responsabilité internationale n'est pas engagée »¹⁶¹⁰. La position de la Banque se justifie notamment au regard de ses immunités de juridiction et d'exécution, et apparaît fondée en droit.

Cela étant dit, elle pose quand même certaines difficultés. La raison qui avait présidé en premier lieu à ce que les banques multilatérales de développement adoptent des standards opérationnels n'était-elle justement pas la conscience que certains projets peuvent avoir un impact sur les droits des personnes concernées ? Au-delà, l'étude attentive de la politique opérationnelle 7.50 sur les projets sur les voies d'eau internationales démontre bien que la Banque a conscience depuis le début de ses activités opérationnelles que le soutien financier qu'elle apporte peut contribuer à la commission d'un fait internationalement illicite. Le Secrétariat de l'ONU avait quant à lui demandé que la CDI précise dans son commentaire du projet d'article 14 que la « connaissance des circonstances du fait internationalement illicite devrait être interprétée comme incluant la connaissance de l'illicéité du fait »¹⁶¹¹. La Commission européenne estimait pour sa part qu'« il faudrait ajouter au commentaire une formulation restrictive (intention) allant dans le sens des commentaires des articles sur la responsabilité de l'État »¹⁶¹². Le Secrétariat de l'ONU avait suggéré, en réponse à cette proposition, qu'il soit précisé dans le commentaire que « l'assistance devrait être

¹⁶⁰⁹ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales*, 2001, art. 14.

¹⁶¹⁰ A/CN.4/637, sect. II.B.10, par. 1 et 2).

¹⁶¹¹ A/CN.4/637/Add.1, sect. II.B.7, par. 6.

¹⁶¹² A/CN.4/637, sect. II.B.10.

apportée dans l'intention de faciliter l'adoption du comportement illicite »¹⁶¹³. En revanche, Cuba a proposé, outre la suppression de toute référence à l'intention, l'établissement, à titre de développement progressif, d'une présomption de connaissance des circonstances¹⁶¹⁴. Au regard des divisions et des difficultés observées, la CDI a toutefois jugé préférable de ne pas examiner dans le commentaire du projet d'article 14 la pertinence de l'intention de la part de l'organisation internationale qui apporte une aide ou assistance.

b. La surveillance exercée par le personnel de la banque sur le projet envisagée comme contrôle exercé dans la commission d'un fait internationalement illicite

Une autre question se posait sous l'angle de la surveillance exercée par le personnel de la Banque : cette dernière pouvait-elle s'assimiler en un pouvoir de direction et de contrôle de l'organisation internationale dans la commission du fait internationalement illicite. L'article 15 du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales dispose à cet effet que :

« Une organisation internationale qui donne des directives à un État ou à une autre organisation internationale et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par cet État ou cette organisation est internationalement responsable de ce fait dans le cas où :

a) La première organisation agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et

b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation »¹⁶¹⁵.

La Banque mondiale souhait voir précisé dans le commentaire de cette disposition que le contrôle « renvoie à l'exercice d'une domination sur un comportement illicite et non simplement à l'exercice d'une surveillance »¹⁶¹⁶, comme cela est indiqué dans le commentaire de l'article 17 sur la responsabilité de l'État¹⁶¹⁷. Cette disposition ne fut pas reprise dans le commentaire final de l'article.

A supposer que la responsabilité internationale de la banque multilatérale de développement puisse être engagée, ce qui ne semble donc pas pouvoir être le cas compte tenu de jeu combiné des immunités et des critères ci-dessus identifiés, quelles en seraient les modalités ? Dans l'ensemble, les

¹⁶¹³ A/CN.4/637/Add.1, sect. II.B.7, par. 7. La même observation a été faite dans les commentaires écrits de la Suisse, A/CN.4/636/Add.1.

¹⁶¹⁴ A/CN.4/636, sect. II.B.11, par. 2.

¹⁶¹⁵ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales*, 2001, art. 15.

¹⁶¹⁶ A/CN.4/637, sect. II.B.11, par. 2.

¹⁶¹⁷ §7 du commentaire de l'article 17, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, § 77.

actes constitutifs des banques internationales de développement limitent la responsabilité des États membres à leur souscription, en excluant toute responsabilité conjointe et solidaire ou toute responsabilité secondaire de leur part. Les Statuts des banques internationales de développement limitent généralement la responsabilité des États membres et des actionnaires à la valeur de leur quote-part du capital souscrit et non versé. On trouve des clauses de ce type, par exemple, dans les Statuts de la BIRD¹⁶¹⁸, de la BRI¹⁶¹⁹, dans l'Accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement¹⁶²⁰, dans les Statuts de la Banque européenne d'investissement¹⁶²¹, de la Banque africaine de développement¹⁶²², de la Banque asiatique de développement¹⁶²³ et de la Convention portant création de l'Agence multi-latérale de garantie des investissements¹⁶²⁴. Certains statuts comportent des clauses équivalentes qui disposent explicitement que les États membres ne sont pas tenus responsables, du fait de leur qualité de membre, des obligations de l'organisation. Il en va ainsi, par exemple, de l'Association internationale de développement¹⁶²⁵ et de la Société financière internationale¹⁶²⁶, toutes deux étant des filiales de la Banque mondiale, ainsi que du Fonds africain de développement¹⁶²⁷, de la Banque asiatique de développement¹⁶²⁸ et de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement¹⁶²⁹. Tous ces statuts disposent que, lorsqu'un État cesse d'être membre, il reste tenu de ses obligations directes à l'égard de la Banque, mais qu'il n'est pas tenu par les obligations que la Banque souscrit par la suite. Il en va de même en cas de dissolution de l'organisation.

L'ensemble de ces difficultés (immunités, ambiguïté tenant à la qualification de la surveillance exercée par la Banque sur le projet, limitation de responsabilité des États membres) rendent illusoire, en l'état actuel, l'engagement de la responsabilité internationale de la Banque à raison du financement de l'ouvrage public. L'espace vacant laissé entre les impacts, réels, des projets financés par les banques multilatérales de développement et l'impossibilité d'engager leur responsabilité internationale expliquent la préférence donnée aux mécanismes de responsabilisation. Nous reviendrons ici brièvement sur les défis posés par l'institution de tels mécanismes avant de consacrer la dernière section de notre chapitre à l'étude précise de leur pratique.

¹⁶¹⁸ art. II, sect. 6.

¹⁶¹⁹ art. 11.

¹⁶²⁰ art. 5, par. 7, 1^{re} phrase, cf. aussi art. 17.

¹⁶²¹ art. 4, par. 1.

¹⁶²² art. 6, par. 5.

¹⁶²³ art. 5, par. 6.

¹⁶²⁴ art. 8, al. d.

¹⁶²⁵ art. II, sect. 3.

¹⁶²⁶ art. II, sect. 4.

¹⁶²⁷ art. 10.

¹⁶²⁸ art. 5, par. 7.

¹⁶²⁹ art. 5, par. 7, 2^e phrase.

B. Les substituts à l'engagement de la responsabilité internationale de la banque multilatérale de développement à raison du financement de l'ouvrage public

Il est désormais acquis que les activités de certains opérateurs économiques – banques, entreprises de construction pour ne citer qu'elles – sont susceptibles de s'accompagner d'impacts environnementaux et sociaux négatifs. Les difficultés liées à la régulation des activités transnationales économiques sont symptomatiques de l'existence de ces chaînons manquants du droit international, comme l'ont notamment montré les travaux du Rapporteur spécial J. G. Ruggie sur les relations entre droits de l'homme et entreprises transnationales¹⁶³⁰. Comme nous l'avons vu au long de nos travaux, la structure actuelle du droit international a pour effet mécanique d'empêcher ceux qui sont directement affectés par ces activités de demander directement des comptes à l'acteur transnational sur son comportement. Les banques multilatérales de développement ont mis en place a été conduite des mécanismes de responsabilisation externe (*accountability*¹⁶³¹) qui implique que le personnel ou un organe de l'organisation rende compte à des acteurs situés en dehors de celle-ci et dont les intérêts seraient lésés à raison d'opérations menées par cette dernière. Ces mécanismes viennent combler un manque¹⁶³² qui n'est pas rempli par le droit international contemporain¹⁶³³. Nous les qualifierons ici de Mécanismes indépendants d'*accountability* (« MIA »)¹⁶³⁴.

Ces derniers peuvent être définis comme des « mécanismes de plainte non-juridictionnels et permanents, établis par des instruments internationaux non-juridiquement contraignants, qui visent à amener une entité, publique ou non, à rendre des compte pour ses actions dans des situations où aucun mécanisme de responsabilité ne peut être actionné du fait de la nature des acteurs impliqués, de l'absence de lien juridique direct entre eux, et du caractère non-juridiquement contraignant des

¹⁶³⁰ RUGGIE J. G., « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies. Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises », 21 mars 2011, Doc. A/HRC/17/31, 33 p.

¹⁶³¹ WOUTERS J., BREMS E., SMIS S., SCHMITT P. (Dirs.), *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*, Intersentia, 2010, 625 p. ; SUZUKI E., NANWANI S., « Responsibility of International Organizations : the Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks », *Michigan journal of international law*, vol. 27, n° 1, 2005, pp. 177-225.

¹⁶³² BRADLOW D. D., HUNTER D. B., « Conclusion : The Future of International Law and International Financial Institutions », in BRADLOW D. D., HUNTER D. B. (Dirs.), *International Financial Institutions and International Law*, Kluwer Law International, 2010, pp. 387-398 ; DE SCHUTTER O., « Human Rights and the Rise of International Organizations : the Logic of Sliding Scales in the Law of International Responsibility », in CLARK D., FOX J., TREACLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 51-128.

¹⁶³³ STEWART R. B., « Accountability, Participation, and the Problem of Disregard in Global Regulatory Governance », *Draft Paper for the IILJ International Legal Theory Colloquium*, <http://tinyurl.com/acw6hsa>, janvier 2008, consulté le 21 octobre 2013, 56 p.

¹⁶³⁴ BAIMU E., PANOU A., « Responsibility of International Organizations and the World Bank Inspection Panel : Parallel Tracks Unlikely to Converge ? », *The World Bank Legal Review*, vol. 3, 2012, pp. 147-172.

standards à l'aune desquels ces mécanismes « contrôlent le respect »¹⁶³⁵. Leur nature n'est pas juridictionnelle et leur but n'est pas de déterminer l'existence d'actes illicites imputables aux organisations internationales. Leur rôle est au contraire d'évaluer, à la requête des personnes affectées par les activités de l'organisation, le respect par la banque de ses propres standards opérationnels¹⁶³⁶. Nous en présenterons désormais les modalités pratiques.

Section 2. La responsabilisation des banques multilatérales de développement

Les observations qui vont suivre s'appliquent de manière transversale au PIBM (Panel d'inspection de la Banque mondiale)¹⁶³⁷, au Mécanisme indépendant d'inspection de la Banque africaine de développement (MII), au Mécanisme d'*accountability* de la Banque asiatique de développement (MA), au Mécanisme de recours sur les projets de la Banque européenne (MRP) et au Mécanisme indépendant de consultation et d'investigation de la Banque interaméricaine (MICI)¹⁶³⁸. Nous qualifierons la nature du contrôle exercé (§1) avant d'examiner les conditions permettant à un particulier, affecté par un ouvrage public financé par une banque multilatérale de développement, de saisir ces MIA (§2).

§1. La nature du contrôle

Les MIA n'ont pas pour mission de caractériser la responsabilité internationale de l'organisation internationale à laquelle ils sont rattachés. Mécanismes non juridictionnels (A), ils exercent une fonction de contrôle et de suivi (B).

A. Un mécanisme non juridictionnel

Les MIA sont des mécanismes non juridictionnel, et par conséquent n'appliquent pas le droit à l'occasion de leur contrôle (1). Leur contrôle est au contraire teinté de pragmatisme (2) dans l'appréciation des actions ou omission du personnel de la Banque chargé du projet.

¹⁶³⁵ RICHARD V., *International Grievance Mechanisms and International Law and Governance (MIA)*. ERC Grant n° 312514, <http://tinyurl.com/k8uun8d>, septembre 2013, consulté le 21 octobre 2013, p. 3.

¹⁶³⁶ FRENCH D., KIRKHAM R., « Complaint and Grievance Mechanisms in International Law : One Piece of the Accountability Jigsaw ? », *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 7, 2009, pp. 179-206.

¹⁶³⁷ ALFREDSSON G., RING R. (Dirs.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, 282 p. ; BOISSON DE CHAZOURNES L., « The World Bank Inspection Panel : About Public Participation and Dispute Settlement », in TREVES T., FRIGESSI DI RATTALMA M., TANZI A., FODELLA A., PITEA C., RAGNI C. (Dirs.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, The Hague : T.M.C. Asser Press, 2005, pp. 187-203 ; BOISSON DE CHAZOURNES L., « Le Panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international », *RGDIP*, vol. 105, n° 1, 2001, pp. 145-162.

¹⁶³⁸ La version officielle française des noms des MIA a été reprise lorsqu'elle existe. Dans le cas du MA en revanche, une traduction (quasi) littérale du nom « *Accountability Mechanism* » est proposée afin de faciliter la lecture.

1. La non-application du droit

Faute d'indépendance, de pouvoir rendre des décisions obligatoires ou d'appliquer le droit *stricto sensu*¹⁶³⁹, de disposer d'un pouvoir de sanction ou de possibilité d'octroyer des réparations, les MIA ne semblent pas pouvoir être qualifiés de juridictions comme le confirme d'ailleurs l'exercice de définition de la juridiction **(b)**. Ainsi, selon Carlo Santulli la juridiction est « un organe qui met fin à un différend par une décision obligatoire (*i.e.* "revêtue de l'autorité de la chose jugée") rendue en application du droit »¹⁶⁴⁰. L'auteur identifie là trois éléments constitutifs indissociables, généralement confirmés par la pratique et la doctrine, reconnaissant que les juridictions sont les « organes qui sont dotés du pouvoir de dire le droit »¹⁶⁴¹ ou du pouvoir de « trancher des litiges [...] par décision obligatoire, qu'il s'agisse d'un organe arbitral ou judiciaire ou de tout organisme disposant de pouvoirs juridictionnels »¹⁶⁴². Or ces critères ne peuvent pas être identifiés dans les MIA, particulièrement celui du caractère obligatoire de la « décision » **(a)**.

a. L'absence de caractère obligatoire des rapports

Le caractère non juridictionnel du mécanisme est clairement affirmé par les mécanismes et les institutions qui cherchent d'ailleurs à le faire savoir aux requérants potentiels¹⁶⁴³. La Direction de la Banque mondiale a également affirmé, dans les débats précédant l'adoption de la résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale, le caractère non judiciaire de cet organe, au profit d'une qualification en tant qu'organe de « *fact-finding* » chargé de procéder à des « *independent administrative reviews* » et ne disposant pas d'un pouvoir de décision, uniquement d'un pouvoir de recommandation¹⁶⁴⁴. Or la mise en œuvre de la recommandation est entièrement soumise à la discrétion du Conseil d'administration de la Banque. I. Shihata souligne d'ailleurs au sujet du Panel d'inspection de la Banque mondiale qu'il ne s'agit pas d'une « *court of law that bases its findings on strict judicial procedures and rules of evidence* »¹⁶⁴⁵.

¹⁶³⁹ FOURIE A. N., « The World Bank Inspection Panel's Normative Potential : a Critical Assessment, and a Restatement », *Netherlands International Law Review*, vol. 59, n° 2, 2012, pp. 199-234.

¹⁶⁴⁰ SANTULLI C., « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2009, p. 61.

¹⁶⁴¹ HUGUES W.J., *Federal Practice, Jurisdiction and Procedure*, 1931, p. 8, citée in GARNER B.A. (dir.), « Court », *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*, p. 405 : « A court is... a permanently organized body, with independent judicial powers defined by law, meeting at a time and place fixed by law for the judicial public administration of justice ».

¹⁶⁴² SALMON J., « Jurisdiction », in *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 628

¹⁶⁴³ BID, « Independent Consultation and Investigation Mechanism – We want to hear your voice », brochure disponible sur le site <http://www.iadb.org/icim>.

¹⁶⁴⁴ BANQUE MONDIALE, Mémoire du Président, *Operations Inspection Function: Objectives, Mandate and Operating Procedures for and Independent Inspection Panel*, 10 septembre 1993, R93-122-2, § 5 et les réactions de la Direction reproduites in SHIHATA I., *The World Bank Panel: In Practice*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁶⁴⁵ SHIHATA I., « Historical, Legal and Operational Aspects », in ALFREDSSON G., RING R., *The Inspection Panel of the World Bank. A Different Complaints Procedure*, *op. cit.*, p. 42.

La dépendance des MIA dans la mise en œuvre des recommandations et la flexibilité offerte aux Administrateurs sont également des facteurs prégnants dans l'analyse de la procédure. Il faut en effet souligner que les rapports du MIA sont destinés à recommander le déclenchement d'une inspection et non à proposer des solutions sur le projet lui-même ou à suggérer un moyen de mettre un terme à l'affectation¹⁶⁴⁶. On peut ajouter que la possibilité qu'ont les Directions des Banques d'empêcher l'inspection, grâce au recours à des plans d'action après le dépôt de la requête, nuit à une qualification contentieuse de la procédure. Il a en effet été constaté que les MIA doivent, lors de l'étude de la recevabilité de la requête et avant de recommander une inspection, s'assurer que la Direction n'a pas déjà pris des mesures destinées à se pallier ses défaillances. Or le délai offert à la Direction dans les différents MIA (de 14 à 21 jours) lui permet souvent de présenter des mesures correctrices au stade de l'analyse de la recevabilité, parfois même après le déclenchement de l'inspection. Anne Lagerwall qualifie ce type de mesures de stratégies « d'évitement » destinées à empêcher l'inspection. Elle souligne ainsi que dans plusieurs affaires, notamment la requête *Brésil – Rondônia Natural Resources Management Project (Planafloro)*¹⁶⁴⁷, les Administrateurs ont refusé d'autoriser l'inspection après avoir reçu de la Direction (parallèlement à l'examen de la recevabilité par le Panel) un plan d'action destiné à pallier les défaillances initiales dans la supervision du projet¹⁶⁴⁸. Cette marge de manœuvre des organes directeurs est parfois considérée comme abusive – surtout lorsqu'elle est exercée de manière tardive – donc nuit à la fonction du Panel en le privant de la possibilité de présenter ses recommandations¹⁶⁴⁹. D'autres auteurs à l'inverse considèrent que ce type d'actions correctrices est positif¹⁶⁵⁰.

Il convient toutefois d'atténuer ce propos. D'une part, outre les objectifs énoncés dans les instruments qui les constituent, la raison d'être des MIA semble être de favoriser la cessation de l'affectation des populations par les projets ou, *a minima*, sa non-réitération. Si le simple dépôt d'une

¹⁶⁴⁶ NURMUKHMETOVA E., « Problems in Connection with the Efficiency of the World Bank Inspection Panel », *Max Planck UNYB*, 2006, vol. 10, p. 420.

¹⁶⁴⁷ Pour une présentation exhaustive, v. KECK M.E., « Planafloro in Rondônia : The Limits of Leverage », in FOX J. A., BROWN L. D., *The Struggle for Accountability. The World Bank, NGOs and Grassroots Movements*, MIT Press, Cambridge, 1998, pp. 181-218 ; MOOG RODRIGUES M.G., « The Planafloro Inspection Panel Claim: Opportunities and Challenges for Civil Society in Rondônia, Brazil », in CLARK D., FOX J., TREACLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 45-68.

¹⁶⁴⁸ LAGERWALL A., « Le Panel d'inspection jouit-il de l'indépendance nécessaire pour contrôler les agissements de la Banque mondiale ? », *RBDI*, 2010, n° 2, pp. 403-404, au sujet de la requête Panel d'inspection de la Banque mondiale, 25 mars 1997, *Brésil – Rondônia Natural Resources Management Project (Planafloro)*, *Report on Progress Review of Implementation*, p. 2. Voir également, dans le même sens, CLARK D., « Understanding the World Bank Inspection Panel », in CLARK D., FOX J., TREACLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 14-15.

¹⁶⁴⁹ LAGERWALL A., « Le Panel d'inspection jouit-il de l'indépendance nécessaire pour contrôler les agissements de la Banque mondiale ? », *art. préc.*, p. 404 ; dans le même sens THALLINGER G., « Piercing Jurisdictional Immunity : the Possible Role of Domestic Courts in Enhancing World Bank Accountability », *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, vol. 2, n° 1, 2008, pp. 22-23.

¹⁶⁵⁰ MOLLER J.T., « Comparison with Other International Complaints Procedure », in ALFREDSSON G., RING R. (Dirs.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, p. 239.

requête suffit à alerter la Direction d'une Banque sur ses défaillances et la pousse à y mettre un terme, la mission d'*accountability* du mécanisme apparaît concluante à défaut d'être satisfaisante. D'autre part c'est également l'intérêt de la Banque qui apparaît préservé dans la mesure où le recours, fructueux, à un plan d'action – lorsqu'il est adéquat¹⁶⁵¹ – lui permet de ne pas persister dans le financement d'un projet dont la mise en œuvre initiale nuirait à sa viabilité et à son image. Dans cette optique, la flexibilité du mécanisme peut représenter un avantage pour toutes les parties concernées.

b. L'absence de sanction et de réparation

Même en admettant que l'issue de la procédure soit favorable au requérant, en aucun cas il ne pourra espérer le prononcé ou la mise en œuvre d'une sanction, quelle que soit l'appréhension faite de cette notion.

La nature *juridique* de la règle violée apparaît donc comme un préalable indispensable à la qualification de sanction alors qu'elle apparaît discutable pour les standards opérationnels applicables ici¹⁶⁵². Du reste, même si les MIA ont eu l'occasion de souligner dans leurs rapports que certains standards opérationnels intégraient des références à des instruments de droit international, cela n'a pas constitué une occasion pour eux de remettre en cause le caractère hermétique de l'ordre juridique partiel de l'institution ou de procéder à une application des règles de droit international général¹⁶⁵³. L'objectif des mécanismes d'inspection est d'empêcher la poursuite du comportement défaillant du personnel de l'institution ou de réduire les risques de réitération, non pas de punir « l'inobservation antérieure » par lui d'une règle. Cela permet de faire le lien avec un autre facteur de disqualification en tant que sanction, à savoir l'absence de systématisme¹⁶⁵⁴. Même si l'on devait considérer, en s'appuyant par exemple sur la confusion entre Directives opérationnelles et *Good Practices*, que les standards sont dotés d'une juridicité suffisante, il faut rappeler que c'est aux Administrateurs de la Banque qu'il appartient de déterminer les mesures à prendre suite au rapport des panels.

¹⁶⁵¹ HERZ S., PERRAULT A., « Bringing Human Rights Claims to the World Bank Inspection Panel », *Document CIEL / BIC / International Accountability Project*, 2009, p. 2.

¹⁶⁵² BLOUD-REY C., « Standard », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 1440 : « le caractère juridique du standard est remis en cause : on hésite sur le point de savoir si celui-ci est une norme juridique spécifique, distincte de la règle de droit, une technique particulière d'expression de cette dernière ou, encore, un instrument de pensée qui se situe en dehors du droit ». V. également BOISSON DE CHAZOURNES L., « Policy guidance and compliance : the World bank operational standards », in SHELTON D. (Dir.), *Commitment and compliance : the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford university Press, New York, 2000, pp. 282-303.

¹⁶⁵³ Pour illustration voir la requête MRP, *Géorgie – Tbilisi Railway Bypass*.

¹⁶⁵⁴ DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 85.

2. Un mécanisme pragmatique

Pour Pierre Klein, « tout autre type de procédure ou mécanisme de contrôle se [révèlent] par essence inappropriés », les mécanismes d'inspection « contraign[ant] les organisations concernées à rendre des comptes sur (certaines de leurs activités et sur la manière dont elles les mènent, sans pour autant les engager dans le carcan des règles classiques de la responsabilité au sens plus strictement juridique du terme »¹⁶⁵⁵. La mise en œuvre des standards par les panels participe d'une dynamique de « résolution » pragmatique du différend, davantage tournée vers la recherche d'une solution susceptible de satisfaire toutes les parties prenantes que vers l'application rigoureuse d'une règle juridique. Du reste, en termes d'effectivité des standards appliqués, l'objectif d'un MIA semble atteint dès lors que l'affectation des populations, au mieux cesse, au moins est réduite.

Si les observateurs semblent en tout cas considérer que le Panel d'inspection de la Banque mondiale fonctionne de manière satisfaisante¹⁶⁵⁶, il n'en est pas de même pour les ONG qui n'ont cessé d'encourager une révision de ses procédures, essentiellement en vue de rationaliser les critères de recevabilité de requête. Certains auteurs déplorent d'ailleurs le fait que, malgré l'activité désormais soutenue du Panel d'inspection de la Banque mondiale, la violation de ses propres standards par la Direction n'ait pas réellement diminué, ce qui justifierait une extension future du mandat du Panel, notamment dans le but d'endosser une fonction préventive (systématique) des projets dès leur conception¹⁶⁵⁷.

Pour ce qui est des autres MIA, il est difficile d'établir un constat uniforme en raison de leurs caractéristiques particulières. Leurs spécificités procédurales montrent toutefois qu'ils sont tiraillés entre impératifs d'accessibilité et volonté de rationaliser les procédures, faute de moyens humains suffisants pour accueillir les requêtes de toutes les personnes s'estimant affectées. Force est d'ailleurs de constater que c'est souvent l'entremise des organisations de la société civile qui favorise l'activité des MIA, les populations affectées n'ayant pas les moyens de répondre à l'ensemble des conditions mises en place par les règlements¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵⁵ KLEIN P., « Panels, médiateurs et mécanismes informels de contrôle des organisations internationales... », *art. préc.*, p. 16.

¹⁶⁵⁶ NURMUKHAMETOVA E., « Problems in Connection with the Efficiency of the World Bank Inspection Panel », *art. préc.*, p. 401 renvoyant entre autres à GUALTIERI G. A., « The Environmental Accountability of the World Bank to Non-State Actors: Insights from the Inspection Panel », *BYIL*, 2001, vol. 72, pp. 212 et s. ; LAGERWALL A., « Le Panel d'inspection jouit-il de l'indépendance nécessaire pour contrôler les agissements de la Banque mondiale ? », *art. préc.*, p. 419.

¹⁶⁵⁷ NURMUKHAMETOVA E., « Problems in Connection with the Efficiency of the World Bank Inspection Panel », *art. préc.*, pp. 420-421.

¹⁶⁵⁸ CAO, *Civil Society Engagement with the Independent Accountability Mechanisms*, *op. cit.*, pp. 2-3.

B. Un mécanisme de contrôle et de suivi

Les MIA, qui répondent aux caractéristiques du contrôle et du suivi (1), n'ont pas pour finalité de mettre en évidence l'existence d'un manquement de l'Etat emprunteur à ses obligations. Il s'agit au contraire des défaillances du personnel chargé du projet bénéficiant des fonds de la Banque. Le contrôle exercé par les MIA porte donc en premier lieu sur la mise en oeuvre, par la Banque, de ses standards opérationnels (2).

1. Un mécanisme répondant aux caractéristiques du contrôle et du suivi

Les MIA ont pour objet de contrôler les actions ou omissions du personnel de la banque multilatérale de développement considérée. Composés d'experts indépendants, ces MIA ont été institués sur la base d'actes de droit dérivé des banques multilatérales, et non pas par les traités constitutifs.

Deux mécanismes de plainte ont été élaborés au sein du Groupe de la Banque mondiale. Le *Panel d'inspection*, institué en 1993¹⁶⁵⁹, est chargé de connaître des plaintes relatives aux projets financés par la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD) et l'Association Internationale de Développement (AID) et dont les impacts négatifs présents ou futurs résultent d'une violation, par le personnel de ces agences, des politiques et procédures applicables. Le *Conseiller-médiateur en observance* (« CAO », « Compliance Advisor/Ombudsman »), créé en 1999, connaît quant à lui des plaintes relatives aux projets financés par la Société Financière Internationale (SFI) et/ou garantis par l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI), que les impacts négatifs découlent d'une violation des règles internes de l'organisation ou non.

Au sein de la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement (BERD), le *Mécanisme de Recours sur les Projets*, institué en 2010 en lieu et place du *Mécanisme Indépendant de Recours* créé en 2003. Ce mécanisme a la double mission d'examiner le respect des politiques applicables et de résoudre les problèmes en fonction de si la plainte est éligible à un examen du respect, à une initiative de problem-solving ou aux deux. Pour la Banque interaméricaine de Développement (BID), le *Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación* (MICI) a succédé en 2010 au *Mecanismo de Investigación Independiente* créé en 1994. L'*Accountability Mechanism* de la Banque Asiatique de Développement (ADB), a succédé en 2003 à l'*Inspection Committee* créé en 1995-1996. Il a fait l'objet d'une révision en 2012. L'*Accountability Mechanism* inclut un *Special*

¹⁶⁵⁹ FORGET L., « Le Panel d'Inspection de la Banque Mondiale », *AFDI*, vol. 42, 1997, pp. 645-661.

Project Facilitator auquel les personnes affectées par les projets peuvent soumettre leur plainte qu'il y ait ou non violation des politiques et procédures opérationnelles de la banque. Il se double également d'un *Compliance Review Panel* qui examine les plaintes basées sur une violation des politiques et procédures opérationnelles. La Banque Africaine de Développement (BAfD) a également mis en place, en 2004, un *Mécanisme Indépendant d'Inspection*, confié à l'*Unité de vérification de la conformité* (CRMU pour Compliance Review and Mediation Unit). Ce mécanisme a été modifié en 2010 et est compétent à la fois pour le problem-solving et l'examen du respect des directives opérationnelles de la Banque.

A côté des MIA institués dans le cadre des banques multilatérales de développement, il convient de mentionner l'existence du mécanisme de « circonstances spécifiques » créé par les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales¹⁶⁶⁰. Ces Principes constituent un ensemble de lignes de conduite visant à garantir que les entreprises multinationales adoptent un comportement responsable du point de vue social et environnemental. Les États adhérents doivent mettre en place des *Points de Contact Nationaux* (PCN), qui peuvent connaître de « circonstances spécifiques » relatives à l'application des Principes directeurs, lesquelles peuvent être soulevées par « les milieux d'affaires et les organisations représentant les travailleurs, les autres organisations non gouvernementales et les autres parties intéressées ». Les ONG peuvent présenter une circonstance spécifique depuis la révision de 2000 des Principes.

Les entités privées ne disposent que d'un droit d'initiative dans la mise en œuvre de ces mécanismes de contrôle et de suivi. Le progrès est déjà indéniable dans la mesure où cette démarche est institutionnalisée là où, auparavant, le seul moyen à leur disposition était de contacter la Direction de l'institution dans le but d'obtenir une démarche gracieuse. Dans les MIA, la requête initiée par les populations, puis les recommandations du MIA – titulaire du pouvoir de contrôle – vont inciter le Conseil d'administration – titulaire du pouvoir de suivi – à préconiser certaines mesures en vue de la cessation de l'affectation et/ou de sa non-répétition par le personnel de la banque. Ainsi, après que la Direction a bénéficié du délai requis pour répondre au rapport d'inspection, le Conseil d'Administration pourra mettre en œuvre les mesures d'ajustement nécessaires, en informer les requérants et, conformément à la transparence caractéristique des procédures devant les MIA, publier les rapports attestant des progrès et ajustements effectués¹⁶⁶¹. L'emprunteur est naturellement exclu de ce schéma, n'ayant ni le pouvoir de déclencher une requête, ni celui d'intervenir dans la procédure (excepté les cas où le MIA décide de l'interroger dans le cadre de son enquête).

¹⁶⁶⁰ OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, 2011, <http://tinyurl.com/q29rm2c>, 101 p.

¹⁶⁶¹ Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale, § 23.

2. L'objet du contrôle et du suivi

La fonction du contrôle opéré par le MIA est d'apprécier les actions ou commissions du personnel de la Banque concernée **(a)** et de suivre la mise en oeuvre des préconisations apportée à l'issue du contrôle **(b)**.

a. La fonction de contrôle

Le contrôle n'a pas pour finalité de mettre en évidence l'existence d'un manquement de l'Etat emprunteur à ses obligations. Il s'agit au contraire les défaillances du personnel chargé du projet bénéficiant des fonds de la Banque. Le contrôle exercé par les MIA porte donc en premier lieu sur la mise en oeuvre, par la Banque, de ses standards opérationnels. Il s'exerce en second lieu sur la supervision (conduite par la Banque) de la mise en œuvre par l'emprunteur de ses propres obligations¹⁶⁶². Lorsqu'il s'agit d'apprécier les actions ou omissions du personnel, les MIA s'en remettent au(x) standard(s) opérationnel(s) de la banque concernée. L'enjeu sera alors de déterminer, pour chaque cas d'espèce, si le personnel de la Banque avait connaissance du non-respect par l'emprunteur des standards opérationnels et si tous les moyens nécessaires ont été mis en oeuvre à cette fin. Tel n'est pas le cas, par exemple, quand le personnel de la Banque est au courant de graves dysfonctionnements dans la mise en oeuvre du plan de réinstallation des personnes affectées par la construction de l'ouvrage public convenu avec l'Etat emprunteur, et qu'aucune action correctrice n'est entreprise¹⁶⁶³. La qualité de la réponse apportée par la Banque entre également dans le périmètre du contrôle exercé par le MIA compétent. Il ne suffit pas que le personnel se contente de respecter formellement les standards opérationnels, *a minima*, ces derniers n'étant envisagés que comme un frein à l'approbation du projet. La Banque est au contraire tenue de tout mettre en œuvre pour que chacune des parties prenantes respecte ses obligations et à défaut, de suspendre ou mettre fin au financement du projet¹⁶⁶⁴.

La requête *Afrique du Sud – Projet de centrale électrique du Medupi* portée devant le Mécanisme indépendant d'inspection de la Banque africaine de développement illustre parfaitement

¹⁶⁶² Cette supervision par la Banque est parfois envisagée sous l'angle d'un « soutien institutionnel ». Voir la requête MA, 22 mars 2012, *Indonésie - Integrated Citarum Water Resources Management Investment Program - Project 1, CRP Report on Eligibility*, p. 12.

¹⁶⁶³ V. par exemple, dans le cadre de la Banque asiatique de développement, MA, 22 mars 2012, *Indonésie - Integrated Citarum Water Resources Management Investment Program - Project 1, CRP Report on Eligibility*, p. 13 : « By July 2007, ADB staff members were also aware of evictions by the local government in the project area. The concerns about differences in compensation policies between the government and ADB, and about the evictions, were raised at an early stage by the resettlement staff. Yet ADB did not engage with the executing agency and other government entities in a timely and decisive manner to address the evictions and the weaknesses of the resettlement plan. ADB also did not assign early enough the necessary staff resources to deal with the differences ».

¹⁶⁶⁴ BANQUE MONDIALE, *Manuel de décaissement*, op. cit., Chapitre 3 « Opérations de décaissement », p. 14, pt. 3.12.

la nature du contrôle exercé par les MIA. La BafD avait financé la construction d'une centrale électrique au charbon à Lephalale, en Afrique du Sud, pour un montant total de 930 millions d'euros. Saisi aux fins de contrôle, le Mécanisme indépendant d'inspection de la BafD a constaté que l'évaluation des activités de consultation conduite par le personnel de la Banque n'était pas conforme aux exigences édictées par les politiques de la Banque, selon lesquelles les initiatives de consultation du public doivent viser tous les panels de population affectés, particulièrement les pauvres et les marginalisés.

Comme le relève le Mécanisme indépendant d'inspection de la BafD, « malheureusement, il ne ressort des documents aucune consultation que l'emprunteur aurait tenue avec les communautés locales au sujet de l'existence de tombes symboliques ou des revendications foncières. De même, rien n'indique que, dans son évaluation du projet, le personnel de la Banque s'est tant soit peu efforcé d'évaluer ces questions et de s'assurer ainsi que le projet était pleinement conforme à la politique pertinente. Dès lors, le non-respect par la Banque des normes relatives à la consultation, comme exposé plus haut, ou de la section 3.4.2(b) de la Politique en matière de déplacement involontaire des populations concernant les liens ancestraux avec la terre tels les cimetières, crée le risque que la Banque, par inadvertance, se soit rendue complice de l'aggravation du processus de dépossession des communautés locales de leurs terres ancestrales, dont elles ont été privées durant le régime antérieur en Afrique du Sud »¹⁶⁶⁵. Ce faisant, la Banque africaine « ne [pouvait] être sûre qu'elle [avait] évité le risque d'être par inadvertance complice, faute de consultations plus poussées avec les communautés locales, de les avoir privées de leurs terres ancestrales »¹⁶⁶⁶.

Le suivi des activités de la Banque succède à ces démarches de contrôle lorsque le rapport d'inspection est avalisé par les Administrateurs et que ces derniers préconisent la mise en place par la Direction de différentes mesures de réajustement.

b. la fonction de suivi

Le suivi s'exprime de deux manières. Il comprend d'abord l'ensemble des rapports de suivi (« *progress reports* ») rédigés par les MIA et les Directions sur autorisation des Administrateurs. Deux types de rapports sont concernés : 1) les rapports rédigés par les MIA permettent de prendre connaissance des actions entreprises par le personnel de la Banque, sur la base du rapport d'inspection, pour se conformer aux standards dont il a été établi qu'ils étaient violés et mettre fin à

¹⁶⁶⁵ MECANISME INDEPENDANT D'INSPECTION (BAFD), *Afrique du Sud – Projet de centrale électrique du Medupi, Rapport de vérification de la conformité*, 19 décembre 2011, § 39.

¹⁶⁶⁶ MECANISME INDEPENDANT D'INSPECTION (BAFD), *Afrique du Sud – Projet de centrale électrique du Medupi, Rapport de vérification de la conformité*, 19 décembre 2011, § 39, p. ix.

l'affectation ; 2) les rapports rédigés par la Direction lui permettent d'attester de l'amélioration des conditions de conception, d'évaluation ou d'exécution du projet, sur la base du rapport d'inspection. Dans les deux cas, les rapports sont adressés au Conseil d'administration qui demeure titulaire de l'autorité dans l'encadrement du suivi.

Il convient de remarquer que dans le cadre de ce suivi les MIA peuvent superviser la mise en œuvre des rapports de la Direction et effectuer à nouveau des démarches *in situ*, ce qui implique naturellement de consulter les populations concernées pour prendre connaissance de l'évolution de leur situation. Pourtant les deux rapports de suivi n'ont pas vocation à être préparés indépendamment l'un de l'autre et la coopération de la Direction avec le MIA est parfois envisagée, notamment grâce à des échanges réguliers entre les deux organes durant les démarches de consultation sur place¹⁶⁶⁷. Il faut par ailleurs noter que les MIA ne se substituent pas à la Direction ou autres organes de la Banque auxquels a été confiée la tâche de remédier à l'affectation.

§2. Les conditions de déclenchement du contrôle

Pour le MIA puisse exercer son contrôle, il doit être saisi par une entité privée affectée par l'ouvrage public **(A)** et satisfaisant aux modalités et conditions de soumission des requêtes **(B)**. Nous terminerons notre analyse en examinant la fonction de résolution des problèmes des MIA **(C)**.

A. L'entité privée en tant que partie affectée

Seront envisagés successivement l'appréciation par les MIA de la qualité de partie affectée **(1)** et les éléments caractéristiques de l'affectation **(2)**.

1. La qualité de partie affectée

La notion de partie affectée, commune à l'ensemble des MIA, n'est pas limitée à la qualité de victime d'un préjudice. Cette qualité est déterminante car elle permet aux membres des panels de

¹⁶⁶⁷ En ce sens voir la requête Panel d'inspection de la Banque mondiale, 5 juin 2007, *Inde – Mumbai Urban Transport Project, Inspection Panel Progress Report*, p. 6, le Panel a souligné « [the] Management's cooperative approach in the follow-up period and note[d] the considerable effort Management has made thus far to ensure that the Action Plan included in the Managements Report be implemented, and the significant staff efforts to bring the Project into compliance. The Panel observes that it is essential that these efforts continue »

déterminer la recevabilité¹⁶⁶⁸ de la requête (ou « demande d'inspection »¹⁶⁶⁹), et sur cette base de recommander une inspection aux Administrateurs de la Banque. Face à l'incertitude créée par la formulation des textes il convient d'analyser la pratique des différents panels et de mesurer, à l'aune des recommandations fournies, la teneur et la pertinence des critères dégagés. Les notions de partie affectée et de zone d'affectation permettent de déterminer quels individus **(a)** ou groupes d'individus **(b)** ont qualité pour présenter une requête.

a. La notion de partie

Le mandat des MIA leur permet de traiter les requêtes présentées par des populations locales dites « affectées ». Certains MIA favorisent la démarche collective en déclarant irrecevables les demandes émanant d'un particulier isolé, tandis que d'autres n'imposent pas une telle restriction¹⁶⁷⁰. Les règles de procédure du Panel d'inspection de la Banque mondiale, du Mécanisme d'accountability de la BAsD et du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD exigent la constitution d'une « communauté » de requérants composée d'au moins deux individus. La recevabilité d'une requête isolée est même exclue de manière explicite dans les cas du Panel d'inspection de la Banque mondiale et du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, leurs procédures précisant que les demandes d'inspection doivent être présentées par une « partie [...] autre qu'un particulier »¹⁶⁷¹, sauf bien entendu dans l'hypothèse d'une représentation. La pratique du Panel d'inspection de la Banque mondiale est clairement allée dans le sens du texte : dans le cadre de la requête *Cameroun – Pétroleum*

¹⁶⁶⁸ C'est ici de manière prudente qu'il est fait usage des notions de « recevabilité » ou de « qualité pour agir » du requérant. Nous nous appuyons par ailleurs sur l'usage qui est fait du terme « recevabilité » par la version française de la Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale (§ 19), par la Résolution établissant le Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD de la BAsD (§ 22) et par la doctrine : voir en ce sens SPANOUDIS J., « L'accès des individus au Panel d'inspection... », *art. préc.*, p. 359.

¹⁶⁶⁹ La Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale a recours à cette expression, §§ 12 et 16. La Résolution établissant le Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD de la BAsD opte pour le terme de « requête » (§ 14) mais celui de « demande » lui est parfois substitué. Les Règles de procédure du MRP de la BERD (Section « Définitions ») recourent au terme de « complaint » à l'instar du Règlement 2012 du MA de la BAsD (§§ 124 et s.), tandis que le MICI de la BID utilise le terme « request ». En l'absence de différence avérée entre ces différents termes, nous utiliserons indistinctement « requête » ou « demande d'inspection ».

¹⁶⁷⁰ Règles de procédure du MRP, § 1 ; Résolution établissant le MICI, §§ 30 et 56. Paradoxalement, le CAO de la Banque mondiale, qui fonctionne sur le modèle d'un *ombudsman*, admet également les requêtes individuelles. Voir sur ce point BISSELL R. E., NANWANI S., « Multilateral Development Bank Accountability Mechanisms... », *art. préc.*, pp. 15-16 : les auteurs, dont il faut noter qu'ils ont officié à de nombreuses reprises en tant qu'experts dans les différents MIA étudiés, soulignent que : « *It has been constructed similar to the ombudsman function at the national level in many countries where individual citizens can seek redress to check on improper government activity against them* ».

¹⁶⁷¹ Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale, § 12 ; Résolution établissant le Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 11. Voir également ORAKHELASHVILI (A.), « The World Bank Inspection Panel in Context: Institutional Aspects of the Accountability of International Organizations », *IOLR*, 2005, vol. 107, n° 2, pp. 115-118.

Development and Pipeline Project il a eu l'occasion de déclarer irrecevable la demande d'un individu isolé, entre autres motifs parce que « [it] was submitted by only one signatory »¹⁶⁷².

Cette restriction s'explique par la volonté de la Banque mondiale d'endiguer un flot éventuel de requêtes susceptible d'entraver l'activité du Panel en retenant un critère permettant de filtrer naturellement les demandes¹⁶⁷³. J.T. Möller estime toutefois que cette condition de recevabilité ne saurait entraver le pragmatisme d'un requérant seul, lequel n'aurait vraisemblablement pas de mal à trouver un ou plusieurs autres individus partageant la même affectation, dans le seul but d'avoir qualité pour agir¹⁶⁷⁴.

D'un point de vue théorique, la pertinence de ce critère de recevabilité apparaît discutable car il implique *a contrario* que deux individus puissent présenter ensemble une requête alors même que les requérants sont issus du même foyer et manifestent donc un intérêt qui n'est pas, à proprement parler, collectif. La demande *Pologne – Third Employment, Entrepreneurship and Human Capital Development Policy Loan* illustre cette difficulté, les requérantes, Mmes Mausner et Acher (issues de la même famille), ayant allégué que l'expropriation sans indemnisation de leur domicile par la Pologne, avec le soutien financier de la Banque mondiale, leur causait une affectation résultant de la défaillance de l'institution. Bien qu'en l'occurrence la requête ait été déclarée irrecevable *ratione materiae*, faute de défaillance de la Banque, il est loisible de s'interroger sur le traitement qui aurait été fait de la demande de deux individus dont le but était clairement d'empêcher l'affectation de leur seul domicile et qui par ailleurs n'exprimaient à aucun point de leur requête l'intention de représenter une communauté autre que familiale¹⁶⁷⁵. Néanmoins la pratique des MIA recèle une majorité de requêtes prenant le contrepied de cet exemple. A ce titre on citera la requête *Afrique du Sud – Projet de centrale électrique du Medupi* où, bien que la demande ait été présentée par deux individus ne prétendant pas *explicitement* agir au nom d'un groupe ou d'une communauté, ceux-ci ont vraisemblablement agi au nom de l'intérêt général. Et pour cause, leur demande d'inspection affirmait qu'ils étaient soucieux de « l'impact que produirait le prêt de la Banque sur les engagements en matière de réduction des émissions de carbone pris par l'Afrique du Sud, l'accroissement des

¹⁶⁷² Panel d'inspection de la Banque mondiale, 26 novembre 2003, *Cameroun – Petroleum Development and Pipeline Project, Notice of Receipt of a Request for Inspection and Decision Not to Register*.

¹⁶⁷³ SPANOUDIS J., « L'accès des individus au Panel d'inspection... », *art. préc.* p. 361 ; SHIHATA I., *The World Bank Inspection Panel: In Practice, op. cit.*, p. 59.

¹⁶⁷⁴ MÖLLER J.T., « Comparison with Other International Complaints Procedure », in ALFREDSSON G., RING R. (Dirs.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, p. 231.

¹⁶⁷⁵ Panel d'inspection de la Banque mondiale, 14 juin 2010, *Pologne – Third Employment, Entrepreneurship and Human Capital Development Policy Loan, Request for Inspection*, pp. 1 et 3. Voir dans le même sens la requête Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, 25 juin 2012, *Tanzanie – Projet d'appui au secteur routier II, Avis d'enregistrement de la requête* (éligible), p. 1 soumise par deux individus expropriés dans indemnisation. Selon leur requête (pp. 5-6) « Il importe [...] de relever que si nous sommes deux à déposer par les présentes une plainte officielle, bon nombre d'autres personnes affectées par ce projet et ayant elles aussi droit à l'indemnisation et à la réinstallation sont incapables de réagir, démunies et privées d'accès aux moyens de communication ».

investissements dans les technologies d'énergies propres, et les efforts visant à gérer efficacement les risques des changements climatiques ». Il apparaissait donc qu'ils n'agissaient pas uniquement en défense de leur seul intérêt¹⁶⁷⁶.

D'un point de vue pratique, le fait pour la BERD et la BID d'offrir à un individu isolé l'accès à leurs MIA peut paraître statistiquement inopportun. Au niveau du Mécanisme de recours sur les projets de la BERD par exemple, le Rapport annuel 2011 montre que l'essentiel des requêtes déclarées irrecevables émane justement d'individus isolés, ce qui amène à questionner l'efficacité des demandes qui ne mobilisent pas plusieurs particuliers ou qui n'ont pas bénéficié de l'entremise d'organisations structurées¹⁶⁷⁷. En ce sens, la pratique récente du Mécanisme de recours sur les projets de la BERD montre que toutes les requêtes soumises au mécanisme et déclarées recevables émanent, soit de représentants d'OSC majeures au niveau national ou international, soit de membres de communautés habilités à s'exprimer au nom de celles-ci dans le cadre d'une représentation en bonne et due forme¹⁶⁷⁸. La coordination des particuliers à l'occasion de leurs requêtes va aussi dans l'intérêt du fonctionnement des MIA dont les secrétariats disposent de faibles effectifs (en moyenne cinq à huit personnes) et rationalisent leurs activités lorsque que cela paraît possible.

b. La notion de communauté

L'appréciation du critère de « communauté affectée » a pu être facteur d'opposition entre les panels d'une part, les Directions d'autre part, quant à l'exigence d'un « intérêt commun » des requérants. J. Spanoudis relève que la Direction de la Banque mondiale a procédé à une interprétation excessive de la notion de « communauté de personnes », prévue au § 12 de la Résolution établissant le Panel. Pour la Direction la demande *Tanzanie – Power VI Project* était irrecevable du fait que les requérants, le propriétaire de la société tanzanienne Tannol Holdings Ltd. et ses employés, ne formaient pas une « communauté d'intérêts ». La Direction de la Banque a ainsi prétendu que « *there is [...] a disparity between the interests of Mr Nolan, an owner, whose rewards are derived through dividends paid to him [...] As opposed to the other Requesters who are allegedly employees* », ce qui impliquait de son point de vue l'existence d'intérêts divergents disqualifiant leur requête¹⁶⁷⁹. Bien que certaines définitions juridiques de la « communauté » mentionnent effectivement la communauté d'intérêts et/ou de droits le Panel n'a pas retenu cette approche restrictive, dont il n'était nullement

¹⁶⁷⁶ Requête Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, 7 octobre 2010, *Afrique du Sud – Projet de centrale électrique du Medupi, Avis d'enregistrement requête n° RQ2012/2*, pp. 1-3.

¹⁶⁷⁷ MRP, *Rapport annuel 2011*, p. 1 : « *All ineligible complaints were filed by individuals or by private companies* ».

¹⁶⁷⁸ MRP, *Rapport annuel 2012*, p. 3. Voir *infra*, les règles de représentation devant les MIA.

¹⁶⁷⁹ Panel d'inspection de la Banque mondiale, 16 mai 1995, *Tanzanie – Power VI Project*, § 6, cité par SPANOUDIS (J), « L'accès des individus au Panel d'inspection... », *art. préc.*, pp. 361-361, spéc. note 24.

fait mention dans les textes, et a ainsi privilégié l'accessibilité du mécanisme¹⁶⁸⁰. L'analyse de la question permet toutefois de montrer que l'intérêt commun sous-tendait, initialement, la notion de communauté affectée. Pour S. Schlemmer-Schulte les créateurs du Panel d'inspection de la Banque mondiale entendaient bien rendre ce critère indispensable, même si cela n'était que suggéré dans le texte. Elle relate d'ailleurs l'opinion du conseil juridique de la Banque qui, dans une communication adressée aux Administrateurs en janvier 1995 affirmait que « *this explicit language of the Resolution [establishing the Panel] suggests that complaints submitted individually by a number of persons, each acting in his own single capacity, without any common bond between them, will not meet the requirement of a community of persons* »¹⁶⁸¹

Il n'est pourtant pas déraisonnable d'affirmer que l'intérêt commun d'un groupe de requérants peut naître *au moment où*, voire même *du fait que* l'affectation est subie, et non pas *avant* qu'elle le soit. L'intérêt commun ne devrait-il pas être caractérisé du simple fait que les requérants aient décidé de joindre leurs forces pour actionner le mécanisme d'inspection en réaction à un dommage matériel similaire ? Ce n'est manifestement pas la position qui avait été retenue par les Administrateurs de la Banque mondiale qui ont grâce aux Clarifications de 1996 entériné la position du conseiller juridique en prescrivant qu'une communauté soit composée d'individus partageant un intérêt commun. Le Panel en revanche semble toutefois avoir campé sur ses positions au fil des années, ses rapports ne faisant pas montre d'un zèle excessif sur la caractérisation d'un intérêt commun.

En tout état de cause, aucun des autres MIA étudiés n'a été confronté à cette difficulté d'appréciation, à plus forte raison depuis que certains d'entre eux considèrent que les demandes présentées par les individus isolés sont recevables. On précisera simplement que la Résolution établissant le Mécanisme indépendant de consultation et d'investigation de la BIAD apporte un élément d'appréciation supplémentaire de la notion de partie affectée à son § 30, lequel précise qu'elle inclut les « *groups, associations, entities or organizations that are community based, or that are formed by indigenous or Afro descendant peoples or entities that are organized as non-governmental organizations* ». Loin d'être purement théorique, ce type de questionnement impacte le traitement qu'offriront les MIA aux requêtes. Il est par exemple indéniable que la qualification de « peuple indigène »¹⁶⁸² conditionne l'applicabilité de certains standards opérationnels, donc dans une certaine mesure la recevabilité de la requête, même si on note que les panels répugnent souvent à se positionner

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, § 6. Voir les différentes définitions de « communauté » fournies par le *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*, p. 317, par le *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 203 et par le *Vocabulaire juridique Cornu*, *op. cit.*, p. 204.

¹⁶⁸¹ SCHLEMMER-SCHULTE S., « The Inspection Panel's Case Law », in ALFREDSSON G., RING R., *The Inspection Panel of the World Bank. A Different Complaints Procedure*, *op. cit.*, pp. 90-91, spéc. note 12 sur l'absence de référence explicite à l'exigence d'un intérêt commun. Nous soulignons.

¹⁶⁸² GRAY A., « Development Policy – Development Protest : The World Bank, Indigenous Peoples, and NGOs », in Fox J.A., BROWN L.D., *The Struggle for Accountability...*, *op. cit.*, pp. 267-302.

clairement sur ces points sensibles, autrement que par une référence expresse aux critères présents dans les standards opérationnels¹⁶⁸³.

2. La notion d'affectation ou de risque d'affectation

La saisine des MIA est subordonnée à la démonstration par le requérant de l'existence d'une affectation directe, actuelle, ou potentielle de ses droits et intérêts. A ce stade précoce, il ne s'agit pas de d'attester de manière « définitive » que l'affectation est établie. Le Panel d'inspection de la Banque mondiale fait ainsi preuve de prudence dans ses rapports de recevabilité, usant systématiquement de la formule suivante : « *confirmation of technical eligibility, which is a set of verifiable facts focusing to a large extent on the content of the Request as articulated by the Requesters, does not involve the Panel's assessment of the substance of the claims made in the Request* »¹⁶⁸⁴. La notion d'affectation « directe » est appréhendée par le Panel d'inspection de la Banque mondiale comme le fait pour une partie de subir ou de risquer de subir « des effets néfastes importants » (« *material adverse effect* »). Le § 12 de la Résolution établissant le Panel indique à cet effet que :

« la partie affectée [devant] *prouver que ses droits et intérêts ont été ou risquent d'être directement affectés* par une action ou omission de la Banque qui découle du non-respect par la Banque de ses politiques ou de ses procédures opérationnelles concernant la conception, l'évaluation et/ou l'exécution d'un projet financé par la Banque (y compris de situations où la Banque aurait omis de veiller à ce que l'emprunteur honore les obligations que lui confèrent les accords de prêt vis-à-vis de ces politiques ou procédures), à condition que, dans tous les cas, ce *manquement ait eu ou risque d'avoir des effets néfastes importants* ».

La Banque a eu l'occasion de préciser ultérieurement, à l'occasion des Clarifications de 1999, que l'affectation matérielle renvoie à une « *material deterioration compared to the without-project situation* »¹⁶⁸⁵. Les requérant doivent ainsi alléguer l'existence d'une atteinte matérielle (premier

¹⁶⁸³ MITZMAN E., « The Proliferation of Independent Accountability Mechanisms in the Field of Development Finance », *Jean Monnet Working Paper 14/10, The New Public Law in a Global Disorder. A Perspective from Italy*, 2010, p. 39, se référant à la requête Panel d'inspection de la Banque mondiale, *Colombie – Cartagena Water Supply, Sewerage and Environmental Management Project, Investigation Report*, p. 59. Le Panel d'inspection de la Banque mondiale s'appuie sur la Directive opérationnelle 4.20 Peuples indigènes pour apprécier le statut « communautaire » des requérants, donc déterminer de quels standards ils peuvent se prévaloir.

¹⁶⁸⁴ V., entre autres, Panel d'inspection de la Banque mondiale, *République arabe d'Egypte - Giza North Power Project, Eligibility Report and Recommendation*, 10 juin 2013, § 39 ; *République du Kosovo – Kosovo Power Project (proposed), Eligibility Report*, 20 juin 2006, § 61. Voir dans le même sens à la BID, requête MICI, *Bolivie - Rurrenabaque-San Buenaventura Bridge, Consultation Phase Determination of Eligibility*, 13 avril 2011, § 4.2 : « *The Determination of Eligibility does not imply any judgment on the part of the ICIM regarding the basis or merits of the issues presented in the request* ». Les autres MIA ne semblent pas intégrer une telle mention dans leurs rapports.

¹⁶⁸⁵ BANQUE MONDIALE, *1999 Clarifications of the Board's Second Review of the Inspection Panel*, § 14. Les Clarifications excluent du domaine du dommage matériel les « *non-accomplishments and unfulfilled expectations that do not generate a material deterioration compared to the without-project situation* ».

critère) qui est conséquence *prima facie* du non-respect par la Banque de ses standards opérationnels (second critère) résultant du financement d'un projet qui est à l'origine de l'affectation (troisième critère). Les autres MIA retiennent des critères similaires à ceux du Panel d'inspection. Ainsi, au niveau du MRP, l'affectation est caractérisée dans le cas d'une plainte à l'égard d'un projet ayant causé ou susceptible de causer un dommage (« *harm* ») à une partie, laquelle doit résider dans la zone dite « affectée » ou y détenir/y avoir détenu un intérêt économique¹⁶⁸⁶. Le Mécanisme d'accountability de la BASD et la Mécanisme indépendant de consultation et d'investigation de la BIAD déclarent recevables les plaintes provenant de parties « *directly, materially, adversely affected* » ou pouvant raisonnablement démontrer qu'elles risquent de l'être¹⁶⁸⁷. Enfin, le Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD considère qu'ont qualité pour agir les parties qui affirment que « [leurs] droits ou intérêts ont été ou risquent d'être directement affectés »¹⁶⁸⁸.

Quel soit le MIA auquel s'adresse le requérant affecté par le projet, il doit décrire précisément l'affectation matérielle subie ou risquée ainsi que les standards opérationnels non respectés par la Banque à l'occasion du financement du projet. Un requérant ne peut donc pas agir en protection de l'intérêt général, sans qu'un dommage spécifique puisse être identifié par sa requête¹⁶⁸⁹. L'affectation directe peut être générée par l'ouvrage public lui-même, ou par les modalités de sa mise en oeuvre. Dans l'affaire *Inde – Mumbai Urban Transport Project* la construction d'une infrastructure de transport nécessitait le déplacement de populations, incluant le collectif de commerçants qui était à l'origine de la requête. Les requérants alléguaient que faute de consultation, ils allaient être relogés dans la zone hautement polluée située à proximité immédiate d'une immense décharge à ciel ouvert mais également de cours d'eau potentiellement radioactifs et ce alors que d'autres lieux étaient disponibles pour les reloger. L'affectation était ici caractérisée, de même que la défaillance alléguée de la Banque dans la supervision du projet (OP/BP 13.05), au regard des directives opérationnelles relatives à l'évaluation environnementale (OP/BP 4.01) et au déplacement involontaire de populations (OD 4.30). L'enquête du Panel, puis les recommandations du Conseil d'administration ont reconnu ces affectations, préconisant la suspension du projet en attendant que des mesures d'ajustement soient prises¹⁶⁹⁰.

Les requérants ont la possibilité d'alléguer une affectation potentielle, à la condition que cette dernière soit matérielle et non morale. Cette possibilité est analysée avec souplesse par les MIA,

¹⁶⁸⁶ Règles de procédure du MRP, section « *Introduction and Purpose* » et § 1.

¹⁶⁸⁷ MA, Règlement 2012, § 138 ; Résolution établissant le MICI, §§ 38 et 40, f).

¹⁶⁸⁸ Résolution établissant le Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 11.

¹⁶⁸⁹ MA, Règlement 2012, § 152 (vii) ; Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale, § 16 ; Résolution établissant le Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 16 ; Résolution établissant le MICI, § 31, § 56 ; Règles de procédure du MRP, § 19, b).

¹⁶⁹⁰ Panel d'inspection de la Banque mondiale, *Inde – Mumbai Urban Transport Project*, 28 avril 2004.

surtout lorsque le projet faisant l'objet de la requête est de grande ampleur bailleur de fonds finance un ouvrage public de grande ampleur et/ou appartient au domaine de ceux qui ont, par essence, un impact néfaste sur les populations et leur environnement¹⁶⁹¹. Les requérants n'ont alors aucun mal à faire à « établir que la *crainte du dommage* [est] *fondée* ou en quoi le projet *pourrait* être dommageable aux demandeurs »¹⁶⁹². Les clés de la recevabilité de la requête se trouvent ici : il faut que soit *raisonnablement* (« *likely* ») soutenu qu'un dommage est susceptible de découler d'un projet supervisé de manière insuffisante par la Banque¹⁶⁹³. Pour ce faire, la requête doit identifier clairement les éléments constitutifs de l'affectation. Bien que cela ne soit pas exigé, la prime à la recevabilité va aux requêtes qui établissent un lien entre les dommages potentiels allégués et les standards opérationnels de la banque multilatérale de développement concernée¹⁶⁹⁴. Une telle technicité dans l'élaboration de la requête explique que la représentation des populations par les ONG, lorsqu'elle est autorisée, augmente les probabilités de recevabilité de la demande¹⁶⁹⁵.

Les demandeurs doivent, à peine d'irrecevabilité, identifier précisément le lien de causalité entre le dommage allégué et le comportement de la Banque dans le cadre du financement du projet. Il s'agit du sort promis aux requêtes visant des projets en cours de conception puisque par définition les demandeurs ne peuvent identifier précisément le dommage allégué, y compris en se basant sur des comparaisons avec des projets similaires entrepris par le passé¹⁶⁹⁶. La contestation systématique du choix d'aménagement touche à ses limites : impossible pour les demandeurs de soutenir l'existence d'une affectation directe au sujet de la construction d'une autoroute en se bornant à alléguer un dommage environnemental (potentiel) non établi de manière raisonnable et présenté en des termes trop généraux¹⁶⁹⁷. Le cofinancement du projet contesté par plusieurs banques multilatérales de

¹⁶⁹¹ Voir en ce sens *Management Report and Recommendation in Response to the Inspection Panel Investigation Report*, 27 février 2006

¹⁶⁹² SPANOUDIS J., « L'accès des individus au Panel d'inspection », *art. préc.*, p. 370.

¹⁶⁹³ Voir en ce sens la requête MA, 11 janvier 2005, *Sri Lanka – Southern Transport Development Project, Report on Eligibility*, § 27.

¹⁶⁹⁴ Voir pour illustration la requête Mécanisme indépendant d'inspection de la BAFD, déposée le 5 mai 2007 par la *National Association of Professional Environmentalists* et d'autres ONG, dans l'affaire *Ouganda – Projet d'hydroélectricité de Bujagali et Projet d'interconnexion de Bujagali*. La liste des risques de dommages est particulièrement structurée, sur une trentaine de pages, avec une référence systématique aux standards opérationnels pertinents (voir par ex. pp. 18 et s.). La requête remet en cause la validité de l'évaluation du projet (pp. 19-22), contient la liste des promesses non tenues par l'emprunteur (pp. 29-32) et l'avis d'un expert scientifique (Annexe III).

¹⁶⁹⁵ MITZMAN E., « The Proliferation of Independent Accountability Mechanisms in the Field of Development Finance », *Jean Monnet Working Paper 14/10, The New Public Law in a Global Disorder. A Perspective from Italy*, 2010, p. 23

¹⁶⁹⁶ SHIHATA I., « Historical, Legal and Operational Aspects », in ALFREDSSON G., RING R. (Dir.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, p. 33 ; THALLINGER G., « Piercing Jurisdictional Immunity : the Possible Role of Domestic Courts in Enhancing World Bank Accountability », *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, vol. 2, n° 1, 2008, p. 21.

¹⁶⁹⁷ MICI, 22 août 2011, *Brésil – Mario Covas Rodoanel Project – Northern Section, Consultation Phase Determination of Eligibility*, pp. 6-7. Le § 40, f) de la Résolution établissant le MICI exige que : « *The Requester has reasonably asserted that it has been or could be expected to be directly and materially adversely affected by an action or omission of the IDB in violation of a relevant Operational Policy in a Bank-financed operation, and has described in at least general terms the direct and material harm caused or likely to be caused by said Bank-financed operation* ».

développement rend l'identification du lien de causalité plus compliqué pour les demandeurs qui se trouvent dans l'obligation de caractériser et d'attribuer précisément l'affectation de chaque institution¹⁶⁹⁸. Certains MIA ont anticipé cette difficulté en prévoyant des procédures de coordination¹⁶⁹⁹.

B. Les modalités et conditions de soumission des requêtes

Outre l'affectation, les requérants doivent satisfaire à des conditions formelles et géographiques de recevabilité **(2)** et se soumettre, lors du dépôt, à plusieurs conditions procédurales **(1)**.

1. Les pré-requis procéduraux

Nous examinerons ici les pré-requis procéduraux relatifs à la soumission des requêtes **(a)** avant d'analyser les principales causes d'irrecevabilité **(b)**.

a. La soumission des requêtes

La similitude des conditions de soumission propres à chaque MIA démontre l'influence directe du Panel d'inspection de la Banque mondiale sur les banques régionales de développement. La requête peut être effectuée par tout moyen écrit et soumise en main propre dans les locaux des MIA ou dans l'une de leurs missions locales, par voie postale, courriel ou fax¹⁷⁰⁰. Elle doit en principe être rédigée dans l'une des langues officielles de travail de l'organisation ou dans l'une des langues officielles du pays dont les requérants sont ressortissants s'il leur est impossible de procéder eux-

¹⁶⁹⁸ Sur les caractéristiques du co-financement v. BANQUE MONDIALE, *Manuel de décaissement*, Chapitre 3 « Opérations de décaissement », pts. 3.14 et s. Pour un exemple d'application, v. la requête MRP, *Ukraine – Rivne Kyiv High Voltage Line* 10 juin 2012 et la plainte à l'égard du mécanisme de la BEI datée du 5 juin 2012. Les deux requêtes portaient sur la construction d'une ligne de transport d'électricité faisant l'objet d'un cofinancement de la BERD et de la Banque européenne d'investissement.

¹⁶⁹⁹ Par exemple les Règles de procédure du Mécanisme de recours sur les projets de la BERD prévoient que : « *if the Project at issue in the Complaint is subject to parallel co-financing by other institutions, the PCM officer will notify the accountability mechanism(s) of the parallel co-financing institution(s) of the Registration of the Complaint and will communicate and cooperate with the accountability mechanisms of such institution(s) to avoid duplication of efforts and/or disruption or disturbance to common parties [...]* ». V., en même sens, le Règlement 2012 du MA, § 131 (ii) : « *[The CRP] coordinate its activities, to the extent appropriate, with those of the compliance review mechanism of any other cofinancing institution that is conducting a separate compliance review of the same project* ».

¹⁷⁰⁰ Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale, § 16 ; Règlement 2012 du MA, § 150 ; Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BafD, §§ 6, 7 et 16 ; Résolution établissant le MICI, § 31 ; Règles de procédure du MRP, § 3.

mêmes à la traduction¹⁷⁰¹. Néanmoins la soumission d'une requête dans une langue autre que celle de l'organisation implique des délais supplémentaires de traduction par le MIA¹⁷⁰².

La requête ne peut être déposée de manière anonyme. En effet elle doit identifier les requérants et leurs coordonnées¹⁷⁰³ même s'ils disposent généralement du droit de demander à ce que leur identité soit rendue confidentielle¹⁷⁰⁴. Dans certains cas cependant la demande de confidentialité peut être refusée, notamment si elle risque d'empêcher le bon déroulement de la procédure¹⁷⁰⁵. Dans l'intérêt des requérants le MIA leur notifie toutefois ce refus et peut, le cas échéant, leur proposer des aménagements procéduraux.

Dans la mesure où le déclenchement d'une procédure d'inspection est généralement perçu comme un ultime recours¹⁷⁰⁶ les requérants doivent préalablement au dépôt d'une requête prouver qu'ils ont déjà porté l'affaire à l'attention de la Direction par toutes les voies disponibles¹⁷⁰⁷. Cela peut inclure la fourniture d'une copie des échanges avec la Direction¹⁷⁰⁸. Certaines règles de procédure requièrent d'ailleurs que le requérant expose dans sa requête les démarches qui ont déjà été entamées. En pratique, cette exigence est une cause majeure d'irrecevabilité des requêtes soumises au niveau du MA. Les textes montrent toutefois qu'il ne s'agit que d'une obligation de moyen, particulièrement lâche dans le cas du Panel d'inspection de la Banque mondiale pour lequel le Panel s'assure simplement « que la demande a d'abord été examinée par la Direction de la Banque et que la direction n'a pas montré qu'elle s'était conformée ou qu'elle avait pris des mesures adéquates pour

¹⁷⁰¹ Règlement 2012 du MA, § 150 ; Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 9 ; Règles de procédure du MRP, § 6.

¹⁷⁰² Règlement 2012 du MA §150, Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD §§ 9 et 10 ; Règles de procédure du MRP, § 7.

¹⁷⁰³ Règlement 2012 du MA, § 151, (i) ; Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 7 ; Résolution établissant le MICI, § 33 ; Règles de procédure du MRP, § 4.

¹⁷⁰⁴ Les notions d'anonymat et de confidentialité doivent bien être distinguées. Pourtant elles créent souvent des confusions chez les requérants, persuadés que la confidentialité implique l'anonymat, comme le souligne Shihata I.F.I., *The World Bank Inspection: In Practice, op. cit.*, pp. 62-63. La confidentialité suppose simplement que les noms soient connus des services qui réceptionnent la requête mais qu'ils ne soient pas communiqués aux autres parties prenantes, notamment le gouvernement. Voir pour illustration les requêtes MA, 23 mai 2011, *Népal – Visayas Base-Load Power Development Project* ; 17 mai 2011, *République kirghize – CAREC Transport Corridor I (Bishkek-Torugart Road) Project I*.

¹⁷⁰⁵ Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 8 ; Résolution établissant le MICI, § 33 ; Règles de procédure du MRP, § 4 ; Règlement 2012 du MA, § 150.

¹⁷⁰⁶ BASD, *Accountability Mechanism Policy* 2012, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁰⁷ Résolution établissant le MICI §§ 31 et 56, h).

¹⁷⁰⁸ Voir par ex. la requête MRP, 22 janvier 2013, *Slovénie – Sostanj Thermal Power Project, Eligibility Assessment Report*, p. 4, spéc. note 1 ; la requête Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, 25 juin 2012, *Tanzanie – Projet d'appui au secteur routier II, Avis d'enregistrement de la requête* ou la requête Panel d'inspection de la Banque mondiale, *Inde – Mumbai Urban Transport Project, Eligibility Report*, p. 7, § 21.

se conformer aux politiques et procédures de la Banque »¹⁷⁰⁹. La simple conviction, exprimée par les requérants, que la prise de contact semblait vouée à l'échec peut parfois suffire au MIA¹⁷¹⁰.

Paradoxalement, les Règles de procédure du Mécanisme de recours sur les projets de la BERD incluent dans les démarches de « bonne foi » toutes les voies de recours possibles, qu'elles soient juridictionnelles ou non alors que le Mécanisme d'accountability de la BASD exclut ce type de démarches et se limite, en théorie, à l'identification d'un contact avec département de la Banque chargé de superviser le projet¹⁷¹¹. Toutefois cette exigence peut globalement être écartée s'il apparaît aux MIA que de tels efforts seraient futiles ou néfastes pour le requérant¹⁷¹². Le caractère *sensible* du projet concerné par la requête, lorsqu'il rend la confidentialité des procédures nécessaire, est également susceptible de dispenser les requérants du respect de cette condition de contact préalable.

b. L'irrecevabilité des requêtes

Ratione temporis la requête est prescrite une fois qu'une date critique a été atteinte. Selon les cas, elle devient irrecevable deux ans après la date de clôture du prêt finançant le projet¹⁷¹³ ou douze mois après le dernier décaissement¹⁷¹⁴. Dans d'autres cas c'est le fait que le décaissement du financement affecté au projet a été effectué de manière substantielle qui rend la requête irrecevable. En ce sens la note sous le § 14, d) de la Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale (absente de la version française) indique que : « *This will be deemed the case when at least ninety five percent of the loan proceeds have been disbursed* ». Comme le souligne Ibrahim Shihata,

¹⁷⁰⁹ Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale, § 13 ; Requête Panel d'inspection de la Banque mondiale, 26 novembre 2003, *Cameroun – Petroleum Development and Pipeline Project, Notice of Receipt of a Request for Inspection and Decision Not to Register*.

¹⁷¹⁰ Voir par ex. Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, 4 juin 2007, *Ouganda – Projet d'hydroélectricité de Bujagali et Projet d'interconnexion de Bujagali, Avis d'enregistrement de la requête*, pp. 7-8 : « [les requérants] affirment qu'ils ont eu une conversation avec la représentation de la Banque à Kampala, mais qu'ils ont senti qu'un engagement plus poussé auprès de cette représentation ne résoudrait pas leurs problèmes ».

¹⁷¹¹ ACCOUNTABILITY COUNSEL, *Accountability Resource Guide. Tools for Redressing Human Rights and Environmental Violations by International Financial Institutions, Export Promotion Agencies and Private Corporate Actors*, Version 7.1, Juillet 2012, disponible en ligne sur <http://www.accountabilitycounsel.org>, p. 31.

¹⁷¹² Règles de procédure du MRP, § 22. Il est intéressant de noter que certains MIA dispensent les requérants de cette exigence lorsqu'elle est incompatible avec une demande de confidentialité. Voir en ce sens la requête Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, 7 octobre 2010, *Afrique du Sud – Projet de centrale électrique du Medupi, Avis d'enregistrement*, précitée, p. 1 : « Dans le but de respecter la demande de confidentialité des requérants, une dérogation a été faite à l'exigence des consultations préalables avec le personnel de la Banque pour essayer de résoudre les problèmes soulevés, conformément aux dispositions du paragraphe 5(e) du Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD. L'évaluation préliminaire du Directeur CRMU a conclu que la requête remplissait les conditions d'enregistrement prévues dans le Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD ».

¹⁷¹³ Règlement 2012 du MA, § 142 (iv) ; Résolution établissant le MICI, § 37, f. SHIHATA I., *The World Bank Inspection Panel: In Practice*, op. cit., p. 52, note 51, renvoyant à l'OD 13.30 – *Closing Dates* d'avril 1989 : « *The closing date is defined as 'the date specified on the loan agreement on which the Bank may terminate, by notice of the borrower, the right of the borrower to withdraw funds from the loan account'* ».

¹⁷¹⁴ Règles de procédure du MRP, § 18, (ii), le MIA devant ainsi vérifier que la Banque a toujours un « intérêt financier » pour le projet avant d'accueillir la requête.

cette précision a été apportée pour éviter que la notion de décaissement substantiel ne donne lieu à des interprétations divergentes¹⁷¹⁵.

Ne relèvent pas non plus de la compétence des MIA étudiés les requêtes relatives aux décisions prises par les Banques ou par les emprunteurs en matière de passation de marchés de fournitures, de travaux ou de biens faisant l'objet d'appel d'offres (« *procurement* »). Cette exclusion permet de prévenir le recours aux MIA par des fournisseurs et autres prestataires qui considèrent avoir été injustement éconduits¹⁷¹⁶.

Il existe une série d'autres motifs d'irrecevabilité que les MIA sont généralement en mesure de vérifier dès l'enregistrement de la requête par leur secrétariat. Sont notamment exclues les requêtes relevant de la compétence des tribunaux administratifs des institutions concernées ; celles ayant déjà fait l'objet d'une recommandation du mécanisme sauf si de nouveaux éléments substantiels sont susceptibles de modifier l'appréciation du mécanisme, ce qui inclut mais ne se limite pas à l'identification d'une affectation matérielle qui apparaissait impossible auparavant¹⁷¹⁷ ; les requêtes ayant un objectif frivole ou soumise de mauvaise foi dans le but d'obtenir un avantage indu et/ou de porter atteinte au projet et/ou à l'emprunteur¹⁷¹⁸.

Il va de soi, enfin, que la procédure ne sera pas poursuivie si, après avoir reçu la requête, le MIA estime que les mesures d'ajustement proposées par la Direction sont adéquates et mettent un terme, ou auront pour effet de mettre un terme, à l'affectation. En sus de ces pré-requis procéduraux, les requérants satisfont à des critères de territorialité et de représentation.

2. Critère de territorialité et de représentation

Deux critères sont susceptibles de moduler l'appréciation de la recevabilité des requêtes, de manière divergente ou convergente selon les MIA étudiés : le critère géographique (territorialité) **(a)** et le critère de la représentation **(b)**.

a. Territorialité de l'affectation

Tous les MIA conditionnent la recevabilité d'une requête à l'établissement du requérant sur le territoire affecté par le projet d'ouvrage public. Le critère de résidence du requérant est ainsi privilégié. Le choix de ce critère de rattachement peut s'expliquer par la volonté d'empêcher les ONG

¹⁷¹⁵ CLARK D., FOX J., TREAKLE K., *The World Bank Inspection Panel: In Practice*, op. cit., p. 52.

¹⁷¹⁶ CLARK D., FOX J., TREAKLE K., *The World Bank Inspection Panel: In Practice*, op. cit., p. 53.

¹⁷¹⁷ Voir en ce sens les requêtes MICI, Brésil – Mario Covas Rodoanel Project – Northern Section, précitées.

¹⁷¹⁸ Règles de procédure du MRP, § 24, a) et b).

internationales ou étrangères d'agir en lieu et place des populations affectées¹⁷¹⁹. Le choix de la résidence limite également les requêtes provenant de populations ressortissantes d'Etats non membres de la banque multilatérale de développement. Cette condition est appréciée diversement, selon que les règles de procédure des MIA exigent soit que les requérants résident sur le(s) territoire(s) sur lequel(s) le projet financé va être exécuté¹⁷²⁰, soit qu'ils résident sur le territoire de l'emprunteur¹⁷²¹. Certains MIA apprécient la territorialité de manière souple.

Dans l'affaire *Équateur - Développement minier*, les plaignants avaient saisi le Panel d'inspection de la Banque mondiale au sujet d'un projet de cartographie thématique de leur région financé par la BIRD. Ils soutenaient que la publication des cartes comportant des données sur les minéraux aurait un impact tel en terme d'attractivité économique du territoire cartographié qu'elle entraînerait inévitablement le développement minier. Les plaignants soutenaient que la pression économique exercée sur ce territoire entraînerait la destruction de plusieurs aires protégées et leurs zones tampons. Les plaignants alléguaient ainsi à l'appui de leur demande que la Banque n'avait pas pris ce danger en considération, comme ses politiques l'imposent. Bien qu'il ne fût pas programmé de cartographier la zone dans laquelle vivaient les Plaignants, le Panel n'en considéra pas moins les plaignants admissibles du fait qu'ils vivaient dans des zones adjacentes susceptibles d'être touchées si des activités minières étaient entreprises et qu'ils se trouvaient, en conséquence, comme la Résolution l'exige, sur le « territoire de l'Emprunteur ».

La « zone affectée » est interprétée largement lorsque le projet contesté est un ouvrage public commun à plusieurs Etats, exploité selon les modalités présentées antérieurement dans nos développements. La septième demande soumise au Panel d'inspection de la Banque mondiale le 1er octobre 1996 en l'affaire *Argentine/Paraguay - Yacyretá* a permis de préciser les contours de la notion de « zone touchée » par un projet de la BIRD et/ou de l'AID. Le barrage de Yacyretá est l'un des projets de construction les plus vastes d'Amérique latine auquel la Banque mondiale est associée depuis le milieu des années 1970. L'ouvrage commun au Paraguay et à l'Argentine devait générer 3100 mégawatts d'électricité à destination des zones urbaines argentine. Pour ce faire, l'Argentine et le Paraguay ont signé, en 1973, un traité en vue de la création d'une entité binationale commune - l'Entidad Binacional Yacyretá (EBY) chargée d'assurer la gestion du projet et le fonctionnement des installations projetées. Le complexe hydroélectrique reposait sur la construction d'un barrage en ciment et terre battue de grande ampleur accompagné de ses ouvrages connexes¹⁷²² sur le fleuve

¹⁷¹⁹ SHIHATA I.F.I., *The World Bank Inspection Panel: In Practice, op. cit.*, pp. 61-62.

¹⁷²⁰ Résolution établissant le MICI, §§ 30 et 56, d) ; Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 4, a).

¹⁷²¹ Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale, § 12.

¹⁷²² (67 kilomètres de long et 83 mètres de haut) + d'une centrale électrique, d'une station électrique, de deux déversoirs avec drainage et de canaux de diversion du côté paraguayen.

Paraná, à l'endroit où le fleuve constitue la frontière entre l'Argentine et le Paraguay. Le lac de retenue, d'une hauteur de quatre-vingt-trois mètres au-dessus du niveau de la mer, devait inonder approximativement 1 650 kilomètres carrés au total¹⁷²³. Ce projet titanesque a fait l'objet d'une série de prêts de la part de la BIRD pour un montant total de 942 millions de dollars dont 95,06 % ont été accordés à l'Argentine en sa qualité d'Emprunteur¹⁷²⁴, les 4,94 % restant ayant été accordés au Paraguay¹⁷²⁵. Une large partie des fonds publics et privés du projet ont été détournés du fait de pratiques de corruption massives tant et si bien qu'au début des années 1990 l'exécution du projet accusait plus de huit années de retard sur le calendrier initial. A la fuite des capitaux s'ajoutaient les choix politiques de l'Argentine et du Paraguay (avec l'approbation tacite de la BIRD et de la BID) de favoriser l'exécution des travaux de génie civil et électromécaniques au détriment des mesures environnementales et de réinstallation. L'entité commune EBY décida ainsi, en 1994, de lancer la mise en eau du lac de retenue et de faire fonctionner l'installation. Le Panel l'exprimera clairement par la suite :

« ce déséquilibre est remarquablement illustré par le fait que le lac de retenue a été rempli avant que les mesures environnementales et de réinstallation convenues ne soient exécutées, ce qui a entraîné des impacts négatifs sur l'environnement et a fait courir de grands risques, pendant une période prolongée, *aux populations vivant dans les basses terres des deux côtés du lac de retenue*. Cette façon de faire — à laquelle la Direction de la Banque n'a pas mis d'objection, déclenchant ainsi la Demande d'enquête et l'intervention du Panel — a provoqué des risques de graves problèmes de santé par le biais d'une exposition à des conditions sanitaires désastreuses et à une eau de piètre qualité. Au nombre des autres risques, citons la perte potentielle de moyens d'existence viables à cause de la disparition d'une argile de haute qualité et des ressources halieutiques »¹⁷²⁶.

¹⁷²³ 80 000 hectares de terre au Paraguay et 29 000 hectares en Argentine.

¹⁷²⁴ Par le truchement de la BIRD, la Banque mondiale a fourni une aide financière au projet hydroélectrique de Yacyretá grâce à un prêt équivalent à 210 millions de dollars accordé en 1980 (1761-AR), et la presque totalité du produit d'un emprunt équivalent à 252 millions de dollars approuvé en 1989 pour le Projet sectoriel d'énergie électrique (2998-AR). En 1992, la Banque mondiale renouvela son engagement vis à vis du projet Yacyretá par l'attribution d'un financement additionnel. Un prêt équivalent à 300 millions de dollars était approuvé pour le Second projet hydroélectrique de Yacyretá (3520-AR). Le projet avait également pour objectif principal d'assurer une meilleure protection de l'environnement et de mettre en place les mesures appropriées pour gérer les aspects sociaux dans les zones affectées. En août 1994, 146,6 millions de dollars supplémentaires, provenant du solde non engagé d'un prêt (2854-AR) fait à l'Argentine pour le Projet de distribution d'électricité par les Services électriques du Grand Buenos Aires (SEGBA), étaient réaffectés. Cette réaffectation porta le montant total de l'aide financière apportée à l'Argentine par la BIRD à 895,5 millions de dollars.

¹⁷²⁵ De plus, en 1995, le Conseil d'administration approuva un prêt à l'intention de la République du Paraguay (3842-PA) d'un montant équivalent à 46,5 millions de dollars pour le Projet d'assainissement d'Ascunción. Sur ce montant, environ 1,2 million de dollars étaient destinés à financer les travaux d'infrastructure à Encarnación, Paraguay, devant bénéficier aux 3 000 personnes réinstallées dans le cadre du Projet de Yacyretá. En plus de l'enveloppe d'aide de la Banque mondiale, la BID ainsi que d'autres banques privées et fournisseurs apportèrent, eux aussi, un financement au Projet de Yacyretá.

¹⁷²⁶ Panel d'inspection de la Banque mondiale, *Argentine/Paraguay - Yacyretá*, 24 septembre 1996.

Le Panel d'inspection de la Banque mondiale fut confronté à une hypothèse similaire dans l'affaire *Lesotho/South Africa: Phase 1B of Lesotho Highlands Water Project*. Les Plaignants, lesquels résidaient en Afrique du Sud, ont été jugés habilités à soumettre une réclamation sur un projet de transfert de ressources en eau qui avait vu le jour au Lesotho. Le Panel a constaté que le projet pouvait avoir d'importantes répercussions sur la région dans laquelle les Plaignants vivaient et que le gouvernement sud-africain intervenait en tant que garant du prêt. Les Plaignants ont donc été considérés comme résidant sur le territoire de l'Emprunteur.

D'autres MIA retiennent une conception généreuse de la territorialité de l'affectation. C'est le cas du Mécanisme de recours sur les projets de la BERD qui admet, en plus des requêtes soumises par des particuliers résidant dans la zone dite « affectée », celles formées par des particuliers ayant un *intérêt économique* dans celle-ci. Aucun lien n'est donc recherché avec le territoire de l'emprunteur ou le territoire d'exécution du projet. Cette interprétation souple est également partagée par le Mécanisme d'accountability de la BASD qui admet la recevabilité de la demande lorsque les requérants sont situés sur le territoire d'un Etat membre, frontalier de l'Etat emprunteur¹⁷²⁷.

Le second critère susceptible de moduler l'appréciation de la partie affectée touche à la représentation.

b. Représentation des populations affectées

Les populations affectées peuvent se faire représenter par toute personne physique ou morale qui est en mesure de prouver son pouvoir de représentation ou de fournir une procuration à la demande des MIA¹⁷²⁸. C'est alors ce représentant qui déposera la requête et servira d'interlocuteur aux services du MIA pour peu que la requête soit considérée recevable. La pratique montre que les communautés affectées préfèrent confier la requête à l'un des leurs, soit parce qu'il est qualifié (maîtrise de langue officielle de l'IEI concernée, formation universitaire supérieure, connaissances juridiques, *etc.*), soit parce qu'il dispose d'une légitimité spécifique (un mandat électif local par exemple). La représentation doit en principe être *locale*, ce qui implique que la personne ou l'ONG désignée soit établie sur le territoire affecté ou de l'emprunteur (selon le critère de territorialité appliqué par le MIA). Ce n'est qu'à titre exceptionnel, lorsque les requérants prétendent ne pas disposer de représentation adéquate sur leur propre territoire, qu'ils peuvent se faire représenter par une entité

¹⁷²⁷ SUZUKI E., NANWANI S., « Responsibility of International Organizations... », *art. préc.*, pp. 208-209.

¹⁷²⁸ Règles de procédure du MRP, § 5 (« *authorized representative* ») ; Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale, § 12 (« *représentant local* ») ; *MA Policy 2012*, § 138 (« *local representative* ») ; Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, §§ 11-12 (« *représentant* ») ; Résolution établissant le MICI, § 30 (« *representative* »).

étrangère, sous réserve de l'accord du MIA¹⁷²⁹ ou des Administrateurs de la Banque¹⁷³⁰. Pour Ibrahim Shihata cette solution, impliquant l'arbitrage des organes directeurs de la Banque, apparaît comme un compromis entre les intérêts des pays en développement et ceux des populations parfois privées d'alternative locale :

« The issue was obviously of great importance to the concerned NGOs in developed countries which wanted to be in a position to represent affected parties in borrowing countries who, in the judgment of these NGOs, may not always be able to present their case against the Bank. It was also an important issue for some of the governments of borrowing countries which feared intervention of foreign parties [...] and the increased politicization and internationalization of their domestic issues »¹⁷³¹.

Outre l'affectation, les requérants doivent satisfaire à des conditions formelles et géographiques de recevabilité. A cet égard, deux critères sont susceptibles de moduler l'appréciation de la recevabilité des requêtes le critère géographique (territorialité) et le critère de la représentation. et se soumettre, lors du dépôt, à plusieurs conditions procédurales (2).

C. Le déclenchement de la fonction de résolution des problèmes

La fonction de médiation de certains MIA, souvent envisagée sous l'angle de la résolution des problèmes, mérite d'être évoquée brièvement, bien qu'elle ait la particularité de placer les banques multilatérales de développement dans une situation neutre par rapport au contrôle de conformité étudié jusqu'ici. Dans ce cadre, la mission du MIA ne va pas être de constater que la Banque ne s'est pas conformée à ses standards opérationnels. Elle va uniquement prendre acte du fait que des individus ou communautés répondent aux conditions d'affectation exposés *supra* et mettre en œuvre des procédés de concertation propres à favoriser une issue amiable entre les différentes parties prenantes, à savoir les emprunteurs, les parties affectées et, si nécessaire, la Direction de la Banque¹⁷³². Le Règlement 2012 du Mécanisme d'accountability de la BASD indique ainsi au sujet de ce processus que : « *The problem solving function will be [...] focusing not on the identification and allocation of blame, but on finding ways to adress the problem of the people affected by ADB-assisted projects* »¹⁷³³.

¹⁷²⁹ Règlement du MA, § 138 ; Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 13.

¹⁷³⁰ Résolution établissant le Panel d'inspection de la Banque mondiale, § 12 ; Résolution établissant le MICI, § 30.

¹⁷³¹ SHIHATA I.F.I., *The World Bank in a Changing World. Selected Essays and Lectures*, Vol. II, Martinus Nijhoff, La Haye, p. 295.

¹⁷³² Pour des raisons évidentes, cette médiation ne peut être actionnée par des OSC, celles-ci n'étant pas en position d'entrer en situation de conciliation en lieu en place des communautés affectées.

¹⁷³³ Règlement 2012 du MA, § 141.

Outre le CAO dont c'est la mission exclusive, le Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, le MA, le Mécanisme indépendant de consultation et d'investigation de la BIAD et le Mécanisme de recours sur les projets de la BERD disposent tous d'une fonction de résolution de problèmes. La différence majeure entre ces quatre MIA réside dans les modalités du déclenchement de cette fonction. Alors qu'au Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD et au Mécanisme indépendant de consultation et d'investigation de la BIAD il appartient au MIA d'aiguiller la requête, soit vers le contrôle de conformité, soit vers la résolution des problèmes¹⁷³⁴, dans les cas du Mécanisme d'accountability de la BASD et du Mécanisme de recours sur les projets de la BERD c'est la partie requérante qui effectue le choix lors de la soumission de sa requête (étant entendu qu'elle peut aussi choisir de déclencher les deux procédures à la fois)¹⁷³⁵. Dans certains cas une résolution (infructueuse) des problèmes peut même être suivie d'un contrôle de conformité, sur recommandation du MIA¹⁷³⁶. C'est généralement le cas lorsque les experts estiment que l'échec de la consultation découle d'un défaut inhérent à la conception, la supervision ou l'exécution du projet, du fait d'une négligence de la Banque.

En tout état de cause il appartient aux MIA de déterminer si l'exercice de cette médiation est crédible et adéquat¹⁷³⁷. Ils doivent notamment s'assurer que son issue serait vraisemblablement positive et qu'elle n'entrerait pas en contradiction avec une procédure pendante devant une juridiction interne, voire avec une procédure de contrôle de conformité en cours dans la même institution ou dans une autre institution¹⁷³⁸.

La procédure de résolution des problèmes ne se contente pas de réunir les parties aux fins de concertation, elle implique tout un processus de démarches relevant de la consultation et de la récolte d'information. Les services dédiés du MIA peuvent procéder à des visites *in situ* et s'entretenir avec toutes les personnes dont la contribution pourrait apparaître utile à l'identification de la source du désaccord¹⁷³⁹. En ce sens, le Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD précise qu'il s'agit avant tout de « facilitation du dialogue » et qu'il peut, dans ce cadre, « prendre en compte les meilleures pratiques locales en matière de plainte »¹⁷⁴⁰. Cette procédure prend généralement fin

¹⁷³⁴Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 20.

¹⁷³⁵Règlement 2012 du MA, § 151 (iv) ; Règles de procédure du MRP, § 12 ; Résolution établissant le MICI, § 35 : dans ce cas la résolution des problèmes sera opérée en premier.

¹⁷³⁶Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 43 ; Résolution établissant le MICI, § 54.

¹⁷³⁷Voir pour illustration la requête Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, 4 juin 2007, *Ouganda – Projet d'hydroélectricité de Bujagali et Projet d'interconnexion de Bujagali, Avis d'enregistrement de la requête*, pp. 7-8 : « En enregistrant la requête de vérification de la conformité, CRMU a décidé de ne pas entreprendre d'action de résolution de problèmes, en raison, entre autres, de la nature des problèmes exposés dans la requête qui fait que ceux-ci ne pourraient vraisemblablement pas être résolus par ce type d'action ».

¹⁷³⁸Règles de procédure du MRP, § 21, b) ; Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 34.

¹⁷³⁹Règlement 2012 du MA, § 167.

¹⁷⁴⁰Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, § 37.

lorsque les parties sont parvenues à un accord ou lorsqu'il a été convenu qu'aucun compromis ne peut être atteint¹⁷⁴¹. Dans tous les cas elle donnera lieu à la production d'un rapport remis aux parties prenantes.

*

¹⁷⁴¹Règles de procédure du MRP, § 32 ; Règlement 2012 du MA, § 172 ; Règlement du Mécanisme indépendant d'inspection de la BAfD, §§ 39-42.

CONCLUSION DU CHAPITRE VIII

Les Etats qui recourent à l'emprunt auprès des banques multilatérales de développement ne peuvent disposer des sommes décaissées comme ils l'entendent : la contrepartie des taux réduits et des facilités de paiement octroyés par ces institutions s'exprime dans la surveillance exercée par le personnel de l'institution chargé de conseiller l'Etat emprunteur dans la mise en oeuvre du projet. Cette surveillance étroite se concrétise par l'analyse du droit interne de l'Etat emprunteur applicable au projet. Lorsqu'il apparaît que ce dernier est insuffisant aux yeux de la Banque, cette dernière subordonnera l'octroi des fonds au respect de ses politiques et directives opérationnelles. La surveillance exercée par la banque multilatérale de développement sur l'Emprunteur s'exprime tant lors de la préparation et l'évaluation du projet que lors de son exécution. Cette analyse du projet, conduite par la Banque, doit être menée minutieusement par le personnel chargé du dialogue avec l'Etat emprunteur.

Nous avons mis en évidence, tout au long de notre étude, que si l'ouvrage public est soumis à la légalité internationale à la fois dans les rapports entre Etats souverains et entre l'Etat et ses administrés, c'est l'Etat qui supporte *in fine* les conséquences en termes de responsabilité. Nous souhaitons ici déterminer si l'assistance financière fournie par l'ensemble des acteurs de l'aide publique au développement impliqués dans le projet peut être génératrice de responsabilité internationale. La question nous semble devoir être posée au regard de la surveillance exercée par ses acteurs, à des degrés variables : cette surveillance est-elle assimilable à un contrôle exercé dans la commission par un Etat tiers d'un fait internationalement illicite (ici, l'ouvrage public construit en violation du droit international) ? Le simple fait d'apporter des concours financiers à un Etat qui souhaite procéder à la construction d'un ouvrage public en violation du droit international peut-il être assimilé, s'agissant du bailleur de fonds, à une aide ou une assistance dans la commission d'un fait internationalement illicite ? Nous avons répondu par la négative à l'ensemble de ces questions : le droit international ne permet pas, dans son état actuel, d'engager la responsabilité internationale pour l'assistance financière, que celle-ci provienne des organes d'un Etat ou d'une organisation internationale.

Du point de vue des banques multilatérales de développement, ce vide est comblé par l'institution en leur sein de mécanismes indépendants d'*accountability*. Cette approche institutionnelle suppose en effet une justification par l'organisation de la teneur de ses actions ou omissions ; en d'autres termes qu'elle procède à une reddition de comptes. Les particuliers peuvent ainsi se prévaloir du fait que l'action ou l'omission du personnel de l'institution les affecte, ou menace de les affecter, pour faire constater la violation par cette dernière de ses propres standards.

L'originalité de cette configuration explique que les MIA fassent l'objet d'une qualification fluctuante selon les auteurs et les institutions étudiées. On les dénomme ainsi, alternativement, mécanismes d'*accountability*, d'inspection, de recours, de plainte, de responsabilisation ou *ombudsman*, sans que de telles différenciations soient juridiquement – ou même concrètement – justifiées. Ces mécanismes aux atours variés ont cependant pour autre trait commun de bouleverser les canons traditionnels du *suivi et du contrôle* grâce à une approche originale de la mise en conformité (*compliance*). Ici le déclenchement de l'enquête (*fact-finding*) dépend essentiellement de l'initiative des entités privées et non pas de celle, plus classique, des Etats membres.

CONCLUSION DU TITRE IV

Les Etats qui recourent à l'emprunt auprès des banques multilatérales de développement ne peuvent disposer des sommes décaissées comme ils l'entendent : la contrepartie des taux réduits et des facilités de paiement octroyés par ces institutions s'exprime dans la surveillance exercée par le personnel de l'institution chargé de conseiller l'Etat emprunteur dans la mise en oeuvre du projet. Cette surveillance étroite se concrétise par l'analyse du droit interne de l'Etat emprunteur applicable au projet. Lorsqu'il apparaît que ce dernier est insuffisant aux yeux de la Banque, cette dernière subordonnera l'octroi des fonds au respect de ses politiques et directives opérationnelles. La surveillance exercée par la banque multilatérale de développement sur l'Emprunteur s'exprime tant lors de la préparation et l'évaluation du projet que lors de son exécution. Cette analyse du projet, conduite par la Banque, doit être menée minutieusement par le personnel chargé du dialogue avec l'Etat emprunteur. Elle fait l'objet d'un contrôle original par l'entremise de mécanismes administratifs indépendants : les panels d'inspection).

Les politiques environnementales et sociales des différentes institutions financières internationales partagent de nombreuses caractéristiques et objectifs communs. S'il subsiste des différences d'un texte à l'autre, toutes les politiques font obligation à l'emprunteur (public ou privé) de conduire une étude d'impact du projet puis de le classer en fonction de l'importance de ses impacts environnementaux et sociaux (catégories « A », « B », « C »). La plupart des politiques exigent que ces évaluations soient conduites en respectant un certain nombre d'exigences minimales en matière de consultation publique. Elles imposent également la divulgation publique des résultats des évaluations avant que le bailleur de fonds ne prenne la décision d'accorder son financement. Plusieurs institutions financières ont élaboré leurs politiques environnementales ou sociales sur le modèle de celles de la BIRD. Les Approches communes applicables aux agences de crédit à l'exportation et les Principes d'Équateur sont trop généraux pour refléter directement le cadre normatif issu des politiques de la BIRD ou des normes de performance de la SFI. Ils parviennent néanmoins indirectement au même résultat en exigeant que les projets soient comparés aux standards de la BIRD et de la SFI (pour les agences de crédit à l'exportation) ou en faisant de ces standards la norme de référence applicable (dans le cas des Principes d'Équateur).

CONCLUSION DE LA PARTIE II

La construction de l'ouvrage public, conduite au nom de l'intérêt général, ne saurait s'affranchir des obligations internationales de l'Etat. Nous avons indiqué que le droit international offre, dans un premier temps, un cadre juridique permettant d'atténuer la conflictualité de la décision d'aménagement. Le droit international contemporain s'est enrichi de normes visant en premier lieu au rééquilibrage dans la prise de décision en matière d'aménagement du territoire. La participation du public est ainsi devenue une constante des projets d'aménagement des territoires, marquée par la volonté affichée de ses promoteurs d'approfondir la démocratie, d'élargir l'espace public par le débat et d'ouvrir la décision aux citoyens, en accordant une place privilégiée aux groupes sociaux défavorisés et sous-représentés dans le champ politique. Nous avons ensuite analysé, dans un second temps, les règles de droit international qui concourent à l'atténuation des nuisances environnementales et sociales causées par l'ouvrage public. L'atténuation des nuisances environnementales et sociales est appréhendée essentiellement par un régime de protection des sites (culturels et naturels) auquel s'ajoute un régime visant assurer la prééminence du droit dans la mise en oeuvre de la puissance publique. Trois dimensions fondamentales de cette prise en compte doivent être relevées. Il en va en premier lieu de l'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés rendues nécessaires par la construction de l'ouvrage (expropriations directes et indirectes et perturbation de la jouissance effective du bien à raison du fonctionnement de l'ouvrage). Il en va ensuite de l'octroi d'une protection renforcée aux populations particulièrement vulnérables dans l'exécution des projets de développement, que ce régime favorable soit justifié *ab initio* par le genre, l'âge ou l'identité culturelle (dont la spécificité à la terre des peuples autochtones constitue l'une des manifestations les plus satisfaisantes). Il en va, enfin, de la question de la nature, de l'étendue et des modalités de la protection devant être accordée aux populations déplacées et réinstallées contre leur volonté et dont l'appréhension par le droit international apparaît largement inadéquate.

S'il existe donc un corpus juridique fourni à même de faire cohabiter poursuite de l'intérêt général et respect des droits de la collectivité et des individus, sa mise en oeuvre est problématique. Plusieurs obstacles se dressent à l'encontre de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public. Il en va ainsi de l'insuffisante prise en compte desdites normes dans la planification de l'ouvrage et du cadre juridique international bénéficiant aux investisseurs est très déséquilibré et n'invite pas à la prise en compte par ces opérateurs des exigences tirées du droit international en matière environnementale et sociale. Deux obstacles à l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public peuvent être distingués. D'abord, la prise en compte desdites normes dans la planification de l'ouvrage apparaît très insuffisante et abandonnée largement aux procédures de calcul

économique de la rentabilité de l'ouvrage. Ensuite, le cadre juridique international bénéficiant aux investisseurs est très déséquilibré et n'invite pas à la prise en compte par ces opérateurs des exigences tirées du droit international en matière environnementale et sociale.

L'efficacité générale des normes environnementales et sociales dépendra, *in fine*, du rôle du juge. De part sa nature immobilière, l'ouvrage public est amené à déployer ses effets dans l'ordre juridique interne de l'Etat. S'il existe de nombreuses normes internationales environnementales et sociales visant directement les personnes privées susceptibles d'être affectées par l'ouvrage, leur effectivité est subordonnée à leur mise en oeuvre devant le juge interne, le juge international n'intervenant qu'à titre subsidiaire. En effet, l'efficacité du contrôle effectué par le juge international est conditionnée en premier lieu par le degré d'ouverture de l'accès à son prétoire. Quand il est amené à connaître de requêtes présentées par des personnes privées, son contrôle ne s'étend pas à la substance de l'opération d'aménagement du territoire : il est atténué par le renvoi quasi-systématique à la notion de « marge nationale d'appréciation de l'Etat ». Le juge interne est amené à jouer un rôle majeur dans la prévention des violations des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage. Son contrôle est néanmoins tenu par les règles applicables à la mise en oeuvre du droit international dans l'ordre juridique interne. Le contrôle des normes internationales environnementales et sociales par le juge interne n'est efficace qu'à la condition que soit réduit l'écart existant substantiellement entre le droit interne et le droit international. Une telle efficacité suppose que les actes internes soient susceptibles de contrôle juridictionnel pour que le juge national puisse annuler ou mettre à l'écart ceux qui contredisent une norme internationale, voire leur substituer une solution tirée de la norme d'origine internationale. Cette condition, qui peut être problématique en d'autres matières, ne pose pas de difficulté sensible en matière de décisions d'aménagement du territoire. En revanche, l'invocabilité et l'opposabilité de la norme internationale sont des écueils redoutables.

Le rétablissement de l'efficacité des normes internationales pertinentes passe aujourd'hui par un système incitatif, fondée sur les conditionnalités environnementales et sociales des bailleurs de fonds multilatéraux. Ces derniers exercent une surveillance étroite sur le projet d'ouvrage public porté par l'emprunteur durant l'ensemble des étapes du cycle de projet. Cette surveillance s'exerce au moyen de textes d'une haute importance : les standards opérationnels. Adoptés sous pression de la société civile mais aussi de certains Etats, ces standards fixent des règles de conduite au personnel de la Banque chargé de suivre le projet. Originellement issus de la BIRD, ces standards opérationnels ont été repris par d'autres banques multilatérales de développement, puis par d'autres acteurs de l'aide au développement, préfigurant l'émergence d'un droit commun du financement de l'ouvrage public. Cette surveillance étroite se concrétise par l'analyse du droit interne de l'Etat emprunteur applicable au projet. Lorsqu'il apparaît que ce dernier est insuffisant aux yeux de la Banque, cette dernière

subordonnera l'octroi des fonds au respect de ses politiques et directives opérationnelles. La surveillance exercée par la banque multilatérale de développement sur l'Emprunteur s'exprime tant lors de la préparation et l'évaluation du projet que lors de son exécution. Cette analyse du projet, conduite par la Banque, doit être menée minutieusement par le personnel chargé du dialogue avec l'Etat emprunteur. Elle fait l'objet d'un contrôle original par l'entremise de mécanismes administratifs indépendants : les panels d'inspection).

Les politiques environnementales et sociales des différentes institutions financières internationales partagent de nombreuses caractéristiques et objectifs communs. S'il subsiste des différences d'un texte à l'autre, toutes les politiques font obligation à l'emprunteur (public ou privé) de conduire une étude d'impact du projet puis de le classer en fonction de l'importance de ses impacts environnementaux et sociaux (catégories « A », « B », « C »). La plupart des politiques exigent que ces évaluations soient conduites en respectant un certain nombre d'exigences minimales en matière de consultation publique. Elles imposent également la divulgation publique des résultats des évaluations avant que le bailleur de fonds ne prenne la décision d'accorder son financement. Plusieurs institutions financières ont élaboré leurs politiques environnementales ou sociales sur le modèle de celles de la BIRD. Les Approches communes applicables aux agences de crédit à l'exportation et les Principes d'Équateur sont trop généraux pour refléter directement le cadre normatif issu des politiques de la BIRD ou des normes de performance de la SFI. Ils parviennent néanmoins indirectement au même résultat en exigeant que les projets soient comparés aux standards de la BIRD et de la SFI (pour les agences de crédit à l'exportation) ou en faisant de ces standards la norme de référence applicable (dans le cas des Principes d'Équateur).

Nous avons mis en évidence, tout au long de notre étude, que si l'ouvrage public est soumis à la légalité internationale à la fois dans les rapports entre Etats souverains et entre l'Etat et ses administrés, c'est l'Etat qui supporte *in fine* les conséquences en termes de responsabilité. Nous souhaitons ici déterminer si l'assistance financière fournie par l'ensemble des acteurs de l'aide publique au développement impliqués dans le projet peut être génératrice de responsabilité internationale. La question nous semble devoir être posée au regard de la surveillance exercée par ses acteurs, à des degrés variables : cette surveillance est-elle assimilable à un contrôle exercé dans la commission par un Etat tiers d'un fait internationalement illicite (ici, l'ouvrage public construit en violation du droit international) ? Le simple fait d'apporter des concours financiers à un Etat qui souhaite procéder à la construction d'un ouvrage public en violation du droit international peut-il être assimilé, s'agissant du bailleur de fonds, à une aide ou une assistance dans la commission d'un fait internationalement illicite ? Nous avons répondu par la négative à l'ensemble de ces questions : le droit international ne permet pas, dans son état actuel, d'engager la responsabilité internationale pour

l'assistance financière, que celle-ci proviennent des organes d'un Etat ou d'une organisation internationale.

Du point de vue des banques multilatérales de développement, ce vide est comblé par l'institution en leur sein de mécanismes indépendants d'*accountability*. Cette approche institutionnelle suppose en effet une justification par l'organisation de la teneur de ses actions ou omissions ; en d'autres termes qu'elle procède à une reddition de comptes. Les particuliers peuvent ainsi se prévaloir du fait que l'action ou l'omission du personnel de l'institution les affecte, ou menace de les affecter, pour faire constater la violation par cette dernière de ses propres standards. Ces mécanismes aux atours variés ont cependant pour autre trait commun de bouleverser les canons traditionnels du *suivi et du contrôle* grâce à une approche originale de la mise en conformité (*compliance*).

CONCLUSION GENERALE

La construction d'un ouvrage public, acte d'aménagement du territoire par l'Etat qui est l'une des manifestations les plus tangibles de sa souveraineté territoriale, ne saurait s'exercer que dans les limites acceptables tracées par le droit international public. A tracer cette étude, nous souhaitons mettre en exergue la grande diversité des sujets du droit international amenés à intervenir dans le processus juridique conduisant à l'ouvrage public. Acteur polymorphe, « l'Etat y apparaît (...) sous de multiples facettes : producteur de normes, internes et internationales, contractant, objet lui-même d'obligations »¹⁷⁴². Certes, ce dernier conserve le monopole de la planification des grands schémas d'infrastructures et de la répartition des compétences de ses collectivités infraétatiques par la loi. C'est encore sa responsabilité internationale qui sera engagée pour fait internationalement illicite, lorsque l'ouvrage public aura été construit et/ou exploité par lui ou pour son compte en méconnaissance d'une obligation internationale. Mais derrière cette unité de façade, il nous apparaît fondamental de rappeler que le processus décisionnel concourant à la fois au choix de la nature, de la localisation, des modalités d'exploitation, etc., de l'ouvrage public s'exerce dans le cadre d'un système d'acteurs et de rapports de force complexe et instable. L'aménagement du territoire ne peut plus être regardé comme relevant des *seules* autorités nationales car il doit désormais s'accommoder de nouveaux acteurs territoriaux *infraétatiques* (collectivités territoriales), *a-étatiques* (entreprises, associations) ou *supraétatiques* (organisations intergouvernementales régionales d'intégration économique, au premier rang desquelles l'Union européenne ; banques multilatérales de développement ; programmes de (re)construction portés par l'ONU, etc.). Des tendances évoquées, l'action des organisations internationales en matière de planification et d'aménagement du territoire est indéniablement celle qui fait l'objet des plus vigoureuses critiques de la part des défenseurs du modèle classique d'utilisation de l'espace. C'est également celle qui pose les problèmes juridiques les plus importants.

Cette diversification des sujets et des acteurs a pour première conséquence la multiplication des autorités amenées à se prononcer, à un moment ou un autre, sur tout ou partie d'un projet d'ouvrage public, et exercer un contrôle plus ou moins resserré sur celui-ci. La décision d'aménagement, qui ressort en dernier lieu de l'Etat, fait ainsi intervenir d'autres Etats souverains (par l'entremise de financements bilatéraux consentis directement de gré à gré ou par le biais d'agence bilatérale de développement), une ou plusieurs organisations internationales (banques multilatérales de développement) indépendamment l'une de l'autre ou, au contraire, liées par un accord de co-

¹⁷⁴² HAUPAIS N., « Les acteurs du droit international de l'eau », SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, p. 42.

financement prévoyant les standards environnementaux applicables, voire occupant la fonction d'agence d'exécution d'un fonds internationalisé pour la protection de l'environnement. Chacun de ces « acteurs » du développement est porteur de ses propres revendications, exprimées par des instruments non contraignants mais pourtant incontournables en pratique : les standards opérationnels. Nous espérons que notre étude aura su convaincre de leur importance et de la nécessité de les intégrer dans toute réflexion préalable sur l'aménagement du territoire, que l'ouvrage public soit construit sur terre ou en mer. Le phénomène d'harmonisation de ces standards opérationnels, initié par la BIRD et partagé par les autres banques multilatérales de développement, doit être apprécié à sa juste valeur : il y a là un objet d'étude de première importance qui conditionne le filtrage des projets susceptibles d'affecter les droits de millions de personnes. Ce mouvement de fond, mis en évidence par L. Boisson de Chazournes, s'étend également au-delà du cercle restreint des banques multilatérales de développement et est partagé à la fois par les acteurs publics nationaux de l'aide au développement (agences bilatérales de développement, agences de crédit à l'exportation) et aux banques commerciales privées par l'entremise des Principes d'Equateur, codes volontaires. Il y a ici un véritable enjeu, car l'aura des banques multilatérales de développement contraste avec les chiffres réels du financement des infrastructures publiques : l'immense majorité des fonds nécessaires à la fourniture d'ouvrages publics sont aujourd'hui apportés par le secteur privé.

Ces nouvelles tendances n'ont pas fait disparaître les fondements classiques du droit international, loin s'en faut. Le droit international est un droit fondamentalement spatial dont la mission première est la répartition des espaces entre Etats. Or, l'ouvrage public, opération matérialisant le choix d'aménagement opéré par l'Etat, est avant toute chose une utilisation privative et durable du territoire. Dans les rapports entre souverains, l'ouvrage public interpelle ainsi avant toute chose le statut juridique des territoires sur lesquels il est construit. L'ouvrage public peut en affecter la possession (s'il vise à consolider une prétention territoriale), en troubler le régime (lorsque sa construction conduit à soumettre un territoire à la juridiction d'un Etat autre que celui qui détient le titre de souveraineté), en préempter l'utilisation (lorsque l'ouvrage est construit unilatéralement sur une ressource naturelle partagée), etc. Il en résulte que l'ouvrage public sera nécessairement soumis à des règles différentes compte tenu de la nature particulière du statut du territoire sur lequel il est construit.

Le droit international garantit ainsi à tout Etat souverain le droit d'aménager les espaces sur lesquels s'exerce sa souveraineté ou qui relèvent de sa juridiction. C'est ici que se trouvait la première dialectique d'importance de notre sujet : le droit international *structure* l'ouvrage public dans la société interétatique en fournissant un cadre général ordonnant à la fois le droit par l'Etat de procéder aux aménagements de son choix et le respect des droits et intérêts des Etats tiers. Le droit

international prohibe ainsi l'imposition du fait accompli, c'est-à-dire une situation de fait résultant de la construction de l'ouvrage public en violation des règles cardinales de plénitude et d'exclusivité de la compétence territoriale. Les Etats sont tenus par une obligation générale de coopération¹⁷⁴³ qui s'applique indifféremment à l'ouvrage public implanté sur le territoire terrestre ou maritime. Afin de faire ressortir la portée structurante du droit international à cet égard, nous avons choisi de prendre la mesure des obligations internationales applicables à l'aménagement des ressources en eau partagées ainsi qu'à la construction d'ouvrages publics en mer.

Quel que soit l'espace considéré, le droit international structure en premier lieu la construction de l'ouvrage public par l'obligation qui est faite à l'Etat de prévenir la survenance de dommages transfrontières à l'environnement et sa portée. Cette obligation se déduit du principe de l'utilisation non dommageable du territoire reconnue en droit international coutumier. Ce premier mouvement de structuration (l'exigence d'un aménagement innocent) est doublé, en droit international, de l'obligation d'un espace aménageable : l'Etat est libre de procéder aux aménagements de son choix dans les limites indiquées ci-dessus mais à la condition que l'espace aménagé relève de sa souveraineté ou de sa juridiction. Quand l'ouvrage public est construit en vue de consolider une prétention territoriale le droit international rechigne à prendre en compte cette catégorie particulière d'effectivités. Les Etats sont libres de convenir des modalités particulières de construction et d'exploitation de l'ouvrage public. La construction et l'exploitation d'ouvrages publics en communs, très fréquente en pratique, nécessite l'intervention préalable des États concernés, qui, dans un accord international, détermineront le cadre juridique de l'opération transfrontalière. Le droit international protège également la liberté de l'Etat d'aménager son territoire au moyen de l'ouvrage public.

A cette première dialectique horizontale, fondée sur l'idée de structuration de l'ouvrage public dans la société interétatique, s'ajoute une seconde dialectique fondée, quand à elle, sur un rapport de verticalité. Elle prend acte de la place grandissante accordée et/ou occupée par les individus qui peuvent se prévaloir dans l'ordre juridique interne de droits directement conférés par le droit international et saisir, dans la mesure où cette possibilité a été prévue, un juge international pour faire constater (voire réparer) la violation par l'Etat de ses obligations internationales. L'idée peut être présentée de la façon suivante. La construction de l'ouvrage public, conduite au nom de l'intérêt général, présuppose l'emploi par la puissance publique de pouvoirs exorbitants primant les intérêts individuels. Dans cette hypothèse, le droit international se désintéresse fondamentalement de la détermination de l'utilité publique qui justifie la construction de l'ouvrage public : il s'agit là d'une mission qui ressort de l'Etat et de lui seul. En revanche, la mise en oeuvre des étapes successives du

¹⁷⁴³ V. décl. 2625(XXV) relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États.

projet n'échappe pas au contrôle de conventionnalité : la licéité des décisions administratives prises par la puissance publique pour faciliter la construction (fixation du cadre procédural de l'enquête publique, consultation des populations, expropriations¹⁷⁴⁴, etc.) puis l'exploitation (suivi environnemental, etc.) de l'ouvrage public doit être appréciée au regard des engagements internationaux conventionnels et des obligations tirées du droit international coutumier opposables à l'Etat. Que la décision contestée vise à établir un ouvrage public permettant l'amélioration des conditions de vie d'une part importante de la population n'est pas une cause permettant à l'Etat de ne pas exécuter ses engagements internationaux.

S'il existe donc un corpus juridique fourni à même de faire cohabiter poursuite de l'intérêt général et respect des droits de la collectivité et des individus, sa mise en oeuvre est problématique. Plusieurs obstacles se dressent à l'encontre de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public. Il en va ainsi de l'insuffisante prise en compte desdites normes dans la planification de l'ouvrage et du cadre juridique international bénéficiant aux investisseurs est très déséquilibré et n'invite pas à la prise en compte par ces opérateurs des exigences tirées du droit international en matière environnementale et sociale. Deux obstacles à l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public peuvent être distingués. D'abord, la prise en compte desdites normes dans la planification de l'ouvrage apparaît très insuffisante et abandonnée largement aux procédures de calcul économique de la rentabilité de l'ouvrage. Ensuite, le cadre juridique international bénéficiant aux investisseurs est très déséquilibré et n'invite pas à la prise en compte par ces opérateurs des exigences tirées du droit international en matière environnementale et sociale.

L'efficacité générale des normes environnementales et sociales dépendra, *in fine*, du rôle du juge dans le rétablissement de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales. De part sa nature immobilière, l'ouvrage public est amené à déployer ses effets dans l'ordre juridique interne de l'Etat. S'il existe de nombreuses normes internationales environnementales et sociales visant directement les personnes privées susceptibles d'être affectées par l'ouvrage, leur effectivité est subordonnée à leur mise en oeuvre devant le juge interne, le juge international n'intervenant qu'à titre subsidiaire. En effet, l'efficacité du contrôle effectué par le juge international est conditionnée en premier lieu par le degré d'ouverture de l'accès à son prétoire. Quand il est amené à connaître de requêtes présentées par des personnes privées, son contrôle ne s'étend pas à la substance de l'opération d'aménagement du territoire : il est atténué par le renvoi quasi-systématique à la notion

¹⁷⁴⁴ LOMBAERT B., « La protection juridictionnelle de la propriété privée face aux empiètements de l'administration », *RTDH*, vol. 21, 1995, pp. 33-40 ; DEJEANT-PONS M., « Droits de l'homme et environnement : les travaux du Conseil de l'Europe concernant la dimension territoriale des droits de l'homme », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 25, n° 2, 2008, pp. 97-119 ; DEJEANT-PONS M., « Les droits de l'homme à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe », *RTDH*, vol. 60, 2004, pp. 861-888.

de « marge nationale d'appréciation de l'Etat ». Le juge interne est amené à jouer un rôle majeur dans la prévention des violations des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage. Son contrôle est néanmoins tenu par les règles applicables à la mise en oeuvre du droit international dans l'ordre juridique interne. Le contrôle des normes internationales environnementales et sociales par le juge interne n'est efficace qu'à la condition que soit réduit l'écart existant substantiellement entre le droit interne et le droit international. Une telle efficacité suppose que les actes internes soient susceptibles de contrôle juridictionnel pour que le juge national puisse annuler ou mettre à l'écart ceux qui contredisent une norme internationale, voire leur substituer une solution tirée de la norme d'origine internationale. Cette condition, qui peut être problématique en d'autres matières, ne pose pas de difficulté sensible en matière de décisions d'aménagement du territoire. En revanche, l'invocabilité et l'opposabilité de la norme internationale sont des écueils redoutables.

Le rétablissement de l'efficacité des normes internationales pertinentes passe aujourd'hui par un système incitatif, fondée sur les conditionnalités environnementales et sociales des bailleurs de fonds multilatéraux. Ces derniers exercent une surveillance étroite sur le projet d'ouvrage public porté par l'emprunteur durant l'ensemble des étapes du cycle de projet. Cette surveillance est-elle assimilable à un contrôle exercé dans la commission par un Etat tiers d'un fait internationalement illicite (ici, l'ouvrage public construit en violation du droit international) ? Le simple fait d'apporter des concours financiers à un Etat qui souhaite procéder à la construction d'un ouvrage public en violation du droit international peut-il être assimilé, s'agissant du bailleur de fonds, à une aide ou une assistance dans la commission d'un fait internationalement illicite ? Nous avons répondu par la négative à l'ensemble de ces questions : le droit international ne permet pas, dans son état actuel, d'engager la responsabilité internationale pour l'assistance financière, que celle-ci provienne des organes d'un Etat ou d'une organisation internationale.

Du point de vue des banques multilatérales de développement, ce vide est comblé par l'institution en leur sein de mécanismes indépendants d'*accountability*. Cette approche institutionnelle suppose en effet une justification par l'organisation de la teneur de ses actions ou omissions ; en d'autres termes qu'elle procède à une reddition de comptes. Les particuliers peuvent ainsi se prévaloir du fait que l'action ou l'omission du personnel de l'institution les affecte, ou menace de les affecter, pour faire constater la violation par cette dernière de ses propres standards.

Quelques pistes prospectives peuvent être avancées. Selon la *révision de 2006 des perspectives de la population mondiale*¹⁷⁴⁵, la population mondiale augmentera probablement de 2,5 milliards au

¹⁷⁴⁵ ST/ESA/SER.A./261/ES, Département des affaires économiques et sociales, Division de la population, « *Perspectives de la population mondiale. La révision de 2006* », 2007, p. 4.

cours des 43 prochaines années, passant du chiffre actuel de 6,7 milliards à 9,2 milliards en 2050. Cette augmentation sera principalement le fait des régions moins développées, dont la population passerait de 5,4 milliards en 2007 à 7,9 milliards en 2050. Par contraste, la population des régions développées devrait rester pratiquement inchangée à 1,2 milliard, et elle baisserait d'ailleurs sans l'apport du solde migratoire projeté des pays en développement vers les pays développés, qui devrait en moyenne représenter 2,3 millions de personnes par an après 2010. Parallèlement, les territoires étatiques, déjà grevés de nombreux ouvrages, approchent de leur capacité maximale d'utilisation et de nombreux contentieux territoriaux potentiels peuvent raisonnablement être envisagés. L'affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johore¹⁷⁴⁶ en est un signe tangible.

L'« obsession territoriale »¹⁷⁴⁷ des Etats a de beaux jours devant elle.

¹⁷⁴⁶ TIDM., « affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johore » (Malaisie c. Singapour), Ordonnance en indication de mesures conservatoires du 8 octobre 2003, Obs. WECKEL Ph., *Chronique de jurisprudence internationale*, *RGDIP*, 2004, pp. 241-247.

¹⁷⁴⁷ SCELLE G., « Obsession du territoire. Essai d'étude réaliste du droit international », in « *Symbolae, Mélanges offerts au Professeur VERZIJL J.H.W.* », 1958, pp. 347-361.

ANNEXE

ACTIVITES DU COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL DE L'UNESCO

EXAMEN DE LA LICEITE DES PROJETS DE CONSTRUCTION D'OUVRAGES PUBLICS AU REGARD DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DECOULANT DE LA CONVENTION

*

Ce document est une compilation des décisions adoptées par le Comité du patrimoine mondial de l'UNESCO à l'occasion de ses sessions annuelles. Nous avons sélectionné un échantillon de **trente-quatre Etats**, jugés représentatifs (intégrant les différences de développement mais également de tradition juridique en matière de protection du patrimoine culturel), sur une période de temps de **quinze années** (entre 1990 et 2005).

Au plan formel, le lecteur aura accès aux informations suivantes pour chaque Etat consulté :

- Site inscrit sur la Liste du patrimoine mondial concerné
- Question(s) soulevée(s) devant le Comité en matière de construction d'ouvrage(s) public(s) de nature à porter atteinte à l'intégrité du site.
- Référence(s) de la décision du Comité
- Extraits pertinents de la décision. Les points saillants de l'analyse du Comité sont mis en évidence (en gras et en italiques).

Au plan substantiel, ce document permet de prendre la mesure de l'efficacité du dialogue conduit entre le Comité et les autorités étatiques en vue de concilier le droit à l'aménagement du territoire avec les obligations internationales découlant de l'inscription d'un site sur la Liste du patrimoine mondial. Les extraits présentés ont également vocation à éclairer notre lecteur sur les interactions résultant de l'activité des bailleurs de fonds multilatéraux amenés à financer des projets portant atteinte à des sites protégés. Il en va de même pour l'activité des agences nationales de crédit à l'exportation.

*

AFGHANISTAN

*

SITE - MINARET ET VESTIGES ARCHEOLOGIQUES DE DJAM

*Question(s) soulevée(s) - Construction d'une route
et d'un pont sur le site du patrimoine mondial.*

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15A de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial en péril », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15A Rev*, 21 juin 2004, p. 28.

—

2004 - « A la suite de l'inscription du Minaret et des vestiges archéologiques de Djam sur la Liste du patrimoine mondial en 2002, le gouvernement italien a financé un projet de 50000 dollars EU de fonds-en-dépôt pour l'élaboration d'un plan de gestion pour le bien. (...) Dans le cadre de ce projet, une mission d'experts de l'UNESCO a été menée en janvier 2004 avec [les autorités compétentes afghanes]. La mission avait pour objectif de réaliser une étude de faisabilité concernant la construction d'une route et d'un pont sur le site du patrimoine mondial de Djam, et de conseiller le gouvernement afghan sur la meilleure solution possible pour préserver le site, dans le respect de la législation locale, de la *Convention du patrimoine mondial* et des besoins locaux immédiats. Les experts ont

évalué – d'un point de vue technique, archéologique et social – les différentes possibilités de construction de la route (...).

La mission a abouti à la signature d'un accord commun signé par [les autorités compétentes afghanes] et l'UNESCO. Toutes les parties prenantes ont reconnu que :

a) Le problème posé par la construction de la route ne relève pas de la responsabilité de l'UNESCO. Cette dernière va cependant recommander au Ministère afghan de l'Information et de la Culture la reconstruction immédiate d'une passerelle au-dessus du Hari Rud afin de permettre aux villageois de passer de la vallée de Bedam à la vallée de Djam ; (...)

Vu le nombre de véhicules lourds qui traversent chaque jour le Hari Rud, il est proposé de construire un simple gué en plus de la passerelle. Cette solution permettrait de préserver l'intégrité visuelle du bien sans nécessiter de nouvelle construction de route aux abords du Minaret, permettant ainsi de ne pas augmenter sensiblement la circulation sur le site ».

*

ALLEMAGNE

*

SITE - ROYAUME DES JARDINS DE DESSAU- WÖRLITZ

Question(s) soulevée(s) - Travaux de sécurisation des voies de navigation de nature à altérer l'intégrité du site.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/7B*, 12 juin 2003, p. 56.

—

2003 – « (...) Concernant le projet d'amélioration de la voie navigable de l'Elbe, il a été prévu des travaux de construction au bord de l'Elbe, près du site du patrimoine mondial, qui pourraient affecter l'intégrité du site et la dynamique de la zone humide actuelle et le niveau des nappes phréatiques. Par lettre du 1^{er} avril 2003, la Délégation de l'Allemagne auprès de l'UNESCO a indiqué que le « Projet de modernisation de l'Elbe » a été suspendu. On ne peut dire s'il y aura une reprise du processus de planification. Avant la suspension de ce projet sur l'Elbe, l'UICN a signalé l'absence d'évaluation d'ensemble (évaluation d'impact sur l'environnement) des travaux de construction sur l'Elbe. Cette évaluation reste valide en cas de reprise du projet ».

*

BRESIL

*

SITE - PARC NATIONAL D'IGUAÇU

Question(s) soulevée(s) - Réouverture par des personnes privées d'une route traversant le site et qui avait été condamnée par l'Etat en vue de sa protection. Travaux illégaux entrepris par plus de 800 personnes en vue de la réouverture de la route

(1) / Remplissage du réservoir d'un barrage situé en amont du site de nature à détourner un volume considérable de ses eaux (2).

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 21^e session ordinaire, Naples (Italie), 1-6 décembre 1997, *WHC-97/CONF.208/17*, 27 février 1998, p. 25.

1997 – « A sa vingt et unième session, en juin 1997, le Bureau a appris qu'une **organisation locale avait lancé une campagne pour la réouverture d'une route fermée en 1986 afin de renforcer la protection du Parc** et qu'au début de mai 1997, 800 personnes avaient envahi le Parc et installé un camp pour commencer des travaux non autorisés de réouverture de la route. L'UICN a informé le Bureau que la route avait été fermée mais que les plans de réhabilitation des zones endommagées étaient incertains, et que des pressions politiques s'exerceraient toujours pour une réouverture de la route ».

—

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du Rapporteur sur la vingt-deuxième session extraordinaire du Bureau du Comité du patrimoine mondial », Kyoto, 27-28 novembre 1998, *WHC-98/CONF.203/5*, 29 novembre 1998, pp. 9-10.

1998 – « Depuis 1997, le Bureau et le Comité ont demandé à plusieurs reprises la fermeture permanente de la route de 18 km traversant le Parc **qui avait été illégalement réouverte par la population locale**. Le Bureau, à sa vingt-deuxième session (juin 1998), a demandé au Centre et à l'UICN d'entreprendre une mission commune pour

étudier la situation et fournir une assistance à l'Etat partie afin de limiter les menaces qui pèsent sur le Parc (...).

Le Bureau a été informé d'une nouvelle menace à l'intégrité d'Iguaçu due à des plans *prévoyant le remplissage d'un réservoir hydroélectrique dans le sud-ouest du Brésil, ce qui détournerait un volume considérable des eaux d'Iguaçu pendant sept à huit semaines par an* ».

—

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 25^e session ordinaire, Helsinki (Finlande), 11 – 16 décembre 2001, *WHC-01/CONF.208/24*, 8 février 2002, p. 17.

2011 – « Le Comité a appris que la route de Colón avait été effectivement fermée en juin 2001, sur intervention de la police fédérale brésilienne. Le Comité a été informé que l'Etat partie avait fourni des informations par lettre datée du 5 décembre 2001 adressée au Centre concernant plusieurs mesures prises, d'une part pour assurer une fermeture permanente de la route et réhabiliter les zones endommagées par l'utilisation illégale de cette route, et, d'autre part, pour aider les communautés locales affectées par la fermeture de cette route. *Afin d'assurer la fermeture permanente de cette route, les autorités brésiennes ont coulé un ferry-boat, scarifié entièrement les 18 km de la route pour la rendre inutilisable, détruit trois ponts sur le parcours et créé un poste de garde à l'entrée de la route avec 12 policiers fédéraux postés pour empêcher toute nouvelle tentative d'utilisation illégale de cette route par des dissidents.* Peu après la fermeture de la route le 13 juin 2001, 5 000 plants

d'espèces d'arbres indigènes ont été plantés pour réhabiliter les zones endommagées par la route ; 20 000 jeunes arbres supplémentaires seront plantés en décembre 2001 ».

*

CANADA

*

SITE - PARC NATUREL DE WOOD BUFFALO

Question(s) soulevée(s) - Effets cumulatifs de la construction de divers ouvrages (barrages, usines de pâte à papier) sur l'intégrité du site.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 14^e session ordinaire, Banf, Alberta, (Canada), 7-12 décembre 1990, *CC-90/CONF.004/13*, 12 décembre 1990, p. 12.

1991 – « En ce qui concerne le barrage sur la rivière Peace, en Colombie-Britannique, il était admis qu'il altérerait le régime hydrologique du parc. Un certain nombre de crues avaient causé au début de l'année la mort par noyade d'un certain nombre de bisons. Ces dernières années, les crues périodiques, qui avaient toujours été une caractéristique de la zone du delta, avaient été moins fréquentes. Aucun de ces changements n'avait eu d'effet sur les aires de nidification des grues blanches d'Amérique dans le parc. Enfin, les projets de construction d'usines de pâte à papier sur les bords de la rivière et de ses affluents qui traversent le parc seraient tous soumis à une étude d'impact sur l'environnement. L'une de ces études était en cours et devrait entraîner des modifications majeures aux procédés utilisés par

l'usine. *La vraie question était l'effet cumulatif de tous les projets de construction. Il pourrait être déterminé que ceux-ci, séparément, auraient une incidence négligeable, alors qu'au total leurs effets seraient cause de préoccupations (...) ».*

—

SITE - VOLCANS DU KAMCHATKA

Question(s) soulevée(s) - Construction d'un gazoduc, d'une centrale géothermique et d'une nouvelle route aux abords du site.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15B de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15B*, 15 Juin 2004, p. 43.

—

2004 – « L'UICN a reçu copie du rapport de l'Etat partie, présenté le 10 mars 2004, sur l'état de conservation du bien. Ce rapport fournit des informations sur les motifs de préoccupation du Comité concernant l'intégrité du bien.

c) Gazoduc : la **construction d'un gazoduc de 418 km**, qui doit assurer une source d'énergie stable à la région du Kamchatka, a fait l'objet d'une évaluation d'impact environnemental positive. **Le projet de gazoduc approuvé ne traverse aucune des aires constituant le bien du patrimoine mondial.**

d) Aménagement d'une **centrale géothermique** : le rapport signale que cet aménagement est proposé sur les pentes du volcan Mutnovsoy, à 820 m d'altitude,

en dehors du bien du patrimoine mondial. Le rapport ne précise toutefois pas si l'infrastructure nécessaire à cet aménagement important aurait un impact quelconque sur le bien du patrimoine mondial. (...) »

g) Construction de la route Asso-Palana : ce projet ne prévoit pas de construire de nouvelle route traversant le bien du patrimoine mondial, mais de rénover une route d'hiver existante pour pouvoir l'utiliser aussi en été. La route sera modernisée par la construction de ponts au-dessus de cours d'eau qui inondaient généralement la route en été, la rendant impraticable. L'étude de faisabilité de ce projet a été acceptée par la Supervision environnementale fédérale ».

*

CHINE

*

SITE - AIRES PROTEGEES DES TROIS FLEUVES PARALLELES AU YUNNAN

Question(s) soulevée(s) - Construction de plusieurs barrages dans et à proximité immédiate du site et de nature à porter atteinte à son intégrité (1) / Effets transfrontières sur les Etats situés au sud (2) / Déplacement de communautés locales (3).

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15B de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15B*, 15 Juin 2004, pp. 16-17.

2004 – « Lorsque l’UICN a visité le Yunnan pour évaluer le site proposé en 2002, elle n’a pas eu connaissance, à l’époque, des projets hydroélectriques précis envisagés. En 2004, l’UICN et l’UNESCO ont reçu des rapports signalant des projets de construction de 13 barrages au total sur le Nu Jiang, dont un certain nombre se trouveraient, selon les informations, dans le périmètre de la zone du patrimoine mondial. Le 24 février 2004, le Directeur du Centre a envoyé une lettre au Secrétaire général de la Commission nationale chinoise pour l’UNESCO, demandant des informations sur l’état du projet et la politique générale en vigueur concernant la protection du bien du patrimoine mondial. Aucune réponse à cette lettre n’avait été reçue lors de la préparation du présent document.

A partir d’informations préliminaires, l’UICN signale ce qui suit concernant le projet :

- a) 13 barrages sont prévus dans la région mais le plan d’ensemble n’a pas encore été approuvé par le Comité d’Etat pour l’Aménagement et la Réforme ;
- b) un des barrages, celui de Bin Zhong Luo, serait prévu dans le périmètre du bien du patrimoine mondial ;
- c) les 12 autres barrages se trouveraient en dehors, mais assez près, de l’aire de patrimoine mondial ;
- d) le barrage prévu directement en aval du barrage de Bin Zhong Luo, c’est-à-dire le barrage de Majie, bien qu’en dehors de l’aire de patrimoine mondial, aura sur celui-ci un impact direct ; et
- e) le barrage de Song Ta au Tibet, également en dehors du périmètre du bien, aurait une forte influence sur la qualité et la périodicité de l’eau qui traverse la zone de patrimoine mondial.

L’UICN a fait part au Centre de ses sérieuses préoccupations concernant ce projet d’aménagement

potentiel et souhaite porter les faits suivants à l’attention du Comité :

a) (...) *La construction d’un barrage dans le périmètre de ce site – ou à l’extérieur, mais avec d’importants impacts sur l’intégrité du site du patrimoine mondial – est incompatible avec son statut de bien du patrimoine mondial ;*

b) La construction de barrages aura des impacts directs et indirects. Impacts directs : perte de flore et de faune naturelles par suite de la construction, et de l’inondation des écosystèmes riverains et autres qui s’ensuivra. Impacts indirects : entre autres, ceux qui sont associés aux activités de construction de barrages, à savoir aménagements routiers, arrivée massive d’ouvriers du bâtiment et fuites de carburant/pétrole dans les écosystèmes riverains, etc. ;

c) *Le transfert d’un certain nombre de communautés locales, essentiellement des ethnies des collines, est également préoccupant ;*

d) *D’importants impacts écologiques transfrontaliers sont à prévoir en aval, dans les pays voisins du sud de la Chine ;*

e) *L’UICN a noté que toute construction de barrage dans le périmètre du site du patrimoine mondial constituerait un motif d’inscription sur la Liste du patrimoine mondial en péril.*

Lors de la préparation du présent document, des rapports non confirmés ont été reçus : ils font part d’une intervention du Premier Ministre chinois qui aurait demandé la révision du projet de construction de barrages et de ses impacts sur l’environnement (...) ».

*

COLOMBIE

*

**SITE - PORT, FORTERESSES ET ENSEMBLE
MONUMENTAL DE CARTHAGENE**

Question(s) soulevée(s) - Construction de bains publics au sein du site provoquant l'inquiétude des populations locales, inquiètes de la dénaturation du site.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/7B*, 12 juin 2003, p. 74.

—

2003 – « A la demande du Secrétariat et suite aux informations reçues de diverses sources publiques en Colombie entre février et mars 2003, l'Etat partie a fourni le 12 mars 2003 une documentation détaillée, en espagnol, sur un projet de réhabilitation des espaces publics dans le centre historique de Cartagena de Indias. Afin d'offrir aux visiteurs les commodités nécessaires, des bains publics ont été aménagés à l'intérieur des fortifications de Carthagène, à l'emplacement de la cour du Baluarte de San Juan Bautista, selon la résolution 059 2002 du Ministère de la Culture. La documentation fournie par l'Etat partie, y compris les photographies et les plans de construction, montre l'installation une fois terminée. *Un débat public a fait rage quant à la nécessité de ces aménagements par rapport à la nécessité de préserver l'authenticité et l'intégrité du site. Les lettres de soutien de l'ICOMOS-Colombie et de la Sociedad Colombiana de Arquitectos indiquent que le projet de construction*

est conforme aux critères normatifs, méthodologiques, historiques et techniques établis par la Dirección del Patrimonio du Ministère de la Culture et que ni les valeurs historiques, ni l'authenticité du site ne sont compromises. Cependant, comme les plans prévoient la construction de cinq autres bains publics dans la zone protégée des fortifications, leur impact sur l'authenticité et l'intégrité du site reste préoccupant pour le public ».

*

COSTA RICA/PANAMA

*

**SITE - RESERVES DE LA CORDILLERE DE
TALAMANCA-LA AMISTAD / PARC NATIONAL LA
AMISTAD**

Question(s) soulevée(s) - Construction d'une route entreprise unilatéralement par l'un des deux Etats sur la partie d'un site transfrontalier relevant de sa souveraineté. L'ouvrage est susceptible de constituer une barrière écologique empêchant le mouvement des espèces présentes sur le site.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/7B*, 12 juin 2003, p. 19.

2003 – « Le WHC a reçu en décembre 2002 des informations de la Délégation permanente de Panama au sujet d'un *projet de construction routière dans la zone du volcan Baru, adjacente au site du patrimoine mondial de La Amistad*, et de

coupes claires pratiquées de manière illicite à l'intérieur du site (...) ».

—

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15B de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15B*, 15 Juin 2004, p. 52.

2004 – « *La construction d'une route entre le Parc national du Volcan Baru (PNVB) et le bien du patrimoine mondial du Parc national La Amistad (PNLA), tous deux du côté panaméen de ce site transfrontalier du patrimoine mondial*, reste une question très sensible au Panama lors de la préparation du présent document. L'achèvement de la route est prévu dans quelques semaines ou quelques mois. *Bien que la route ne franchisse pas les limites du PNLA, elle pourrait créer une barrière écologique empêchant le mouvement de certaines espèces entre le PNVB et le PNLA, ce qui pourrait affecter l'intégrité écologique de ce dernier.* Une étude de faisabilité socioéconomique (« Economic Analysis of Three Road Investments Through Western Panama's Baru Volcan National Parc and Surrounding Areas») a démontré qu'il serait plus avantageux pour les communautés locales que la route suive une autre tracé, en dehors du PNVB. *Le Centre du patrimoine mondial a reçu copie d'une lettre de la Banque mondiale, datée du 3 janvier 2003 et adressée au Ministre des Travaux publics et au Chef de l'organisme national de protection de l'environnement (ANAM) exprimant des doutes sur le projet et demandant une évaluation d'impact environnemental (EIE) complète.* Le Centre du patrimoine mondial avait

envoyé une lettre en janvier 2002, suivie d'une seconde lettre à la mi-janvier 2004, demandant des informations complémentaires sur le projet en accord avec le paragraphe 68 des Orientations. Aucune de ces deux lettres n'a reçu de réponse. Une EIE très critiquée a été présentée pour consultation publique et commentaires en janvier 2004 mais le Directeur de l'organisme national de protection de la nature (ANAM) a démissionné après avoir refusé d'en prouver le bien-fondé. Le projet est au point mort et l'ANAM n'a pas encore reçu d'étude d'EIE révisée pour examen ».

*

DOMINIQUE

*

SITE - PARC NATIONAL DE MORNE TROIS PITONS

Question(s) soulevée(s) - Projet de construction d'un téléphérique dans le périmètre du site considéré comme incompatible avec les obligations internationales découlant de la Convention.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du Rapporteur sur la vingt-deuxième session extraordinaire du Bureau du Comité du patrimoine mondial », Kyoto, 27-28 novembre 1998, *WHC-98/CONF.203/5*, 29 novembre 1998, p. 14.

1998 – « A sa vingt-deuxième session, le Bureau a été informé d'un projet de construction de téléphérique dans le centre du Parc proposé par un particulier concerné par le développement du tourisme. La faisabilité du projet n'est pas certaine

étant donné les fortes pluies, les grands vents et le terrain escarpé caractéristiques de ce site. La construction d'importants équipements d'accès dans ces lieux n'est pas compatible avec le plan de gestion du Parc et le Bureau a convenu avec l'UICN que les autorités dominiquaises devaient manifester une grande prudence lors de l'examen de la faisabilité de ce projet. Le Directeur du Centre a visité le site lors de sa participation à la Conférence internationale sur la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial dans les Caraïbes (2-5 août 1998). Il a observé que le projet prévoyait qu'un aérotrain conduirait les visiteurs au cœur de la zone centrale et il a estimé que ce projet n'était pas compatible avec les obligations de la Dominique concernant la conservation de ce site aux termes de la Convention. Le gouvernement dominiquais, par lettre en date du 7 juillet 1998, a informé le Centre que le cahier des charges d'une étude d'impact environnemental du projet a été préparé et étudié par l'Unité de gestion des ressources de l'Organisation des Etats des Caraïbes orientales. Le cahier des charges a également été transmis au partisan du système de téléphérique. Le gouvernement a informé le Centre que le rapport de l'étude d'impact environnemental sera présenté au Centre pour étude dès qu'il sera disponible.

Le Bureau a noté que l'Etat partie effectue une étude d'impact environnemental du projet de construction d'un téléphérique. ***Le Bureau a attiré l'attention de l'Etat partie sur le fait que l'UICN estime que l'emplacement prévu pour la construction du téléphérique ne convient pas et serait en contradiction avec le plan de gestion.*** Le Bureau a invité la Dominique à présenter un rapport sur les résultats de l'étude d'impact environnemental et la situation du projet d'installation d'un téléphérique, avant le 15 avril 1999 ».

*

EGYPTE

*

SITE - SITE DE MEMPHIS ET SA NECROPOLE - LES ZONES DES PYRAMIDES DE GUIZEH A DAHCHOUR

Question(s) soulevée(s) - Construction d'une autoroute ou d'un tunnel sous le site.

Référence - Comité du patrimoine mondial (Unesco), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'Unesco, 30 juin – 5 juillet 2003, <i>WHC-03/27.COM/7B</i>, 12 juin 2003, p. 31.

2003 - « En 2002, le Comité a été informé d'un projet de construction d'un tunnel ou d'une autoroute sous le plateau des Pyramides, proposé par le Ministère du Logement. Les autorités égyptiennes ont informé le Secrétariat, par lettre du 15 avril 2003, de l'arrêt complet du projet de construction d'un tunnel sous le plateau de Guizeh. Elles ont également assuré que tout autre projet susceptible d'impact potentiel sur le site serait soumis à l'avenir à l'étude du Comité ».

*

ESPAGNE

*

SITE - VIEILLE VILLE DE SALAMANQUE

Question(s) soulevée(s) - Construction d'un auditorium de 1400 places en plein coeur du site.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 21 de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation de biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 26^e session ordinaire, Budapest (Hongrie), 24-29 juin 2002, WHC-02/CONF.202/17, 5 décembre 2002, p. 43 ; Décision 26 COM 21 (b) 69, « Rapport du rapporteur », 26^e session ordinaire, Budapest (Hongrie), 24-29 juin 2002, WHC-02/CONF.202/25, 1 août 2002, p. 53.

2002 – Le Centre du patrimoine mondial a été alerté à plusieurs reprises, par des ONGs et Associations de citoyens, du projet de construction d'un auditorium dans la vieille ville de Salamanque, à l'intérieur du périmètre inscrit sur la Liste du patrimoine mondial. Une mission de suivi réactif de l'ICOMOS s'est rendue sur place du 28 février au 3 mars 2002 afin d'étudier l'impact de ce projet sur le site du patrimoine mondial (...)

- l'auditorium prévu est un théâtre lyrique de plus de 1400 places
- le terrain prévu pour la construction appartient, au regard de la protection du patrimoine, à "L'ensemble historico-artistique" de la vieille ville déclaré monument national en 1951 et qui a été pourvu d'un "plan spécial de protection et réforme intérieure de la zone universitaire et ensemble historico-artistique" approuvé en 1984 et qui faisait partie du dossier soumis en vue de l'inscription du site ;
- ce terrain était, à la fin du 19^{ème} siècle, la propriété de la congrégation des Adoratrices qui y avait construit un bâtiment ;

- ce terrain est entouré sur trois côtés de plusieurs « biens d'intérêt culturel » (monuments nationaux), deux de ces monuments bénéficiant d'une « zone de respect » délimitée en 1999, et notamment l'Eglise et le Couvent des Ursulines qui inclut le terrain considéré pour le projet par décision du 15 septembre 2000, la Directrice générale du patrimoine et de la promotion culturelle de la Junte de Castille et Léon a approuvé une modification du plan de protection visant à rendre le terrain constructible ;
- l'auditorium prévu est un bâtiment de grande importance s'étendant sur une surface au sol de 2563 mètres carrés, occupant l'essentiel du terrain et ne réservant qu'en périphérie une zone non bâtie d'une dizaine de mètres de largeur ;
- même si le projet éliminera un certain nombre de constructions "parasites" qui existent dans ce périmètre, le terrain, aujourd'hui perçu comme un espace libre au delà de son mur de clôture sera remplacé par un bâtiment qui sera prédominant, ce changement sera défavorable aux monuments alentours et aux valeurs de la vieille ville de Salamanque ;
- l'impact visuel d'autres points de vue que ceux des piétons n'ont pas été pris en compte; ainsi la vision de l'auditorium depuis les belvédères des deux tours du Palais de Monterrey- "bien d'intérêt culturel"- sera particulièrement défavorable ;
- la construction de l'auditorium va provoquer une inversion de dominante perceptible de l'ensemble du secteur parce que sa masse ne peut que s'imposer au quartier ;
- les valeurs urbaines d'un tel projet ne sont pas prises en compte et le maintien du mur de clôture peut apparaître comme une concession au souci de conservation du patrimoine ;

- le plan de protection pour le site, approuvé en 1984, n'a jamais fait l'objet d'une révision mais une douzaine de modifications partielles lui ont été apportées, et la dernière afin de rendre possible juridiquement l'édification de l'auditorium ;
- la portée des garanties présentées par l'Etat Partie pour la mise en oeuvre de la Convention est singulièrement affaiblie par la facilité avec laquelle le document d'urbanisme protecteur a été modifié ».

Le Comité « *Prend note du rapport de mission transmis par l'ICOMOS qui considère que le projet d'auditorium dans la vieille ville de Salamanque est susceptible d'altérer manifestement l'environnement immédiat de plusieurs monuments historiques au milieu desquels sa construction est prévue et pourrait également altérer les valeurs universelles pour lesquelles le site a été inscrit sur la Liste du patrimoine mondial* »

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, WHC-03/27.COM/7B, 12 juin 2003, p. 64.

2003 – « Selon les informations reçues par le Centre du patrimoine mondial en 2002, *Caja Duero a renoncé à construire l'auditorium prévu dans le périmètre du Huerto de las Adoratrices, suivant ainsi les recommandations du Comité du patrimoine mondial*. Cependant, selon plusieurs articles de presse envoyés par ICOMOS-Espagne au Centre en septembre-octobre 2002, Caja Duero aurait toujours l'intention de construire cet

auditorium, dont le projet bénéficie du soutien total du gouvernement régional (la Junta de Castilla y León). Le 22 octobre 2002, une lettre a été envoyée à la Délégation permanente d'Espagne pour exprimer la préoccupation devant l'incertitude de la future utilisation du Huerto de las Adoratrices.

Bien qu'il y ait des signes d'abandon du projet initial d'auditorium sur le terrain des Adoratrices, le 6 septembre 2002, l'Assemblée générale de Caja Duero a approuvé la création d'une Fondation pour promouvoir les activités culturelles et sociales. Selon un journal régional (*Norte de Castilla*, 7 septembre 2002), cette Fondation aura son siège dans ce qui s'appelle maintenant le «Complexe des Adoratrices», ce qui veut dire qu'un nouveau projet d'auditorium, différent de l'ancien, va être présenté. Lors de la préparation du présent document de travail, aucun rapport des autorités n'avait été reçu sur cette question. L'ICOMOS a clairement indiqué qu'il était contre le projet et a déclaré que l'insertion d'un bâtiment moderne serait une intrusion regrettable qui nuirait sérieusement à l'atmosphère extraordinaire d'histoire et de savoir du centre historique ».

SITE - VIEILLE VILLE D'AVILA

Question(s) soulevée(s) - Pollution visuelle résultant de la construction d'un pont à proximité immédiate du site inscrit sur la Liste.

Référence - Comité du patrimoine mondial (Unesco), « Rapport du rapporteur », 17^e session ordinaire, Carthagène (Colombie), 6-11 décembre 1993, WHC-93/CONF.002/14, 4 février 1994, p. 29.

1993 - « En octobre 1993, le Centre a été informé d'un projet de construction d'un nouveau pont sur le Rio Adajo, juste à l'extérieur de l'enceinte historique de la ville d'Avila, près du pont romain. L'icomos *a indiqué que le nouveau pont nuirait directement à la vue sur la ville*. La délégation espagnole a indiqué au Comité qu'elle attendait des informations complémentaires des autorités municipales concernées (...) ».

—

SITE - CHEMIN DE SAINT-JACQUES-DE-COMPOSTELLE

Question(s) soulevée(s) - Construction d'un barrage de nature à inonder une partie du bien protégé.

Référence - Comité du patrimoine mondial (Unesco), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'Unesco, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/7B*, 12 juin 2003, p. 65.

« En juin 2001, ICOMOS-Espagne, le vice-Président d'ICOMOS International et des représentants d'ICOMOS- Cuba, ICOMOS-Costa Rica et ICOMOS-Paraguay, le président de l'Association APUDEPA (Asociación de Acción Pública para la Defensa del Patrimonio Cultural Aragonés) et d'autres associations et autorités de plusieurs municipalités ont visité l'aire classée et déclaré qu'il fallait suspendre le projet d'élargissement du lac artificiel et, après avoir réuni les informations nécessaires, restaurer les biens qui font partie du Chemin de Saint-Jacques-de-Compostelle. Ce rapport corroborait le premier

rapport d'ICOMOS-Espagne sur la question. Le 11 avril 2002, le Centre a reçu une documentation détaillée de la Délégation permanente d'Espagne, accompagnée d'un document sur la nécessité sociale d'agrandir le barrage, de documents sur la recherche ethnographique, archéologique et paléontologique menée sur l'aire, de rapports sur la partie de l'itinéraire affectée par l'agrandissement, et d'un rapport juridique sur la viabilité de modifier le tracé du chemin de Saint-Jacques. Ce rapport provenant du Ministère de l'Education, de la Culture et des Sports a été envoyé en réponse à la demande du Bureau du patrimoine mondial à sa réunion de décembre 2001 concernant l'agrandissement du barrage.

En juin 2002, le Centre a reçu une lettre de la présidente de l'APUDEPA avec plusieurs annexes et de la documentation. Dans sa lettre, elle indique que le gouvernement régional d'Aragon a modifié les limites du Chemin tels qu'elles étaient établies en 1993 lors de l'inscription du site, demandant au Centre de prendre contact avec l'ICOMOS et les autorités espagnoles sur cette question. Le 28 février 2003, le Centre a reçu une visite de la présidente de l'APUDEPA et du président de l'Asociación del Río Aragón. Ils ont transmis un dossier contenant des exemplaires d'articles de presse mentionnant les effets négatifs de l'agrandissement du barrage. Aucune autre information n'a été reçue de la Délégation permanente de l'Etat partie. L'ICOMOS insiste sur deux points concernant la situation : 1. Il semble qu'il n'y ait pas de réponse directe de l'Etat partie concernant la modification du projet de barrage pour éviter d'inonder le Chemin sur une longueur de 5 km. 2. L'empressement apparent de la Comunidad Autónoma de Aragón à modifier le tracé de cette partie de l'itinéraire qui résulterait d'une «recherche ... en vue d'établir le véritable tracé du

Chemin » sur son territoire remet en question la proposition d'inscription initiale. Résultat d'un projet de recherche méticuleux et prolongé, le Chemin inscrit sur la Liste doit sûrement faire autorité, d'autant plus qu'il est surtout fondé sur le *Codex Calixtinus* qui retrace minutieusement l'itinéraire du Chemin. Une redéfinition des limites d'une section unique du Chemin pour se conformer aux impératifs économiques contemporains pourrait bien n'être qu'un sophisme. ***L'ICOMOS propose donc que le Comité continue à faire pression sur l'Etat partie pour l'inciter à rechercher des solutions autres que l'agrandissement du barrage de Yesa et l'augmentation des réserves d'eau, alors que cela présente une importance économique et sociale considérable et reconnue*** ».

*

FRANCE

*

SITE - MONT SAINT-MICHEL ET SA BAIE

Question(s) soulevée(s) - Opportunité de conduire une politique de construction en vue de protéger le site de l'ensablement.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 14^e session ordinaire, Banf, Alberta, (Canada), 7-12 décembre 1990, CC-90/CONF.004/13, 12 décembre 1990, p. 15.

1990 – « (...) Le Comité a noté avec satisfaction les travaux envisagés pour lutter contre l'ensablement, notamment la destruction de la digue d'accès au Mont et des parkings actuels et son remplacement par une passerelle permettant le rétablissement de la

circulation des eaux. Le Comité a souhaité encourager les autorités françaises à mettre en œuvre ces travaux dans les meilleurs délais ».

*

GUINEE / COTE D'IVOIRE

*

SITE TRANSFRONTALIER - MONT NIMBA

Question(s) soulevée(s) - Exploitation d'un gisement situé à l'intérieur des limites d'une réserve naturelle transfrontalière inscrite sur la Liste. L'Etat sur le territoire duquel se trouve les ressources minières a réduit de 30 % la surface de la réserve, sans consultation avec l'Etat voisin. L'Etat exploitant invoquera que la zone concernée a été inscrite par erreur sur la Liste.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 15^e session ordinaire, Carthage, 9-13 décembre 1991, SC-91/CONF.002/15, 12 décembre 1991, pp. 12-13.

1991 - « Le Comité a également noté que la zone du projet d'exploitation du gisement de fer était située à l'intérieur des limites de la réserve naturelle du mont Nimba, telle qu'inscrite sur la Liste du patrimoine mondial en 1981. A la lumière de l'évaluation présentée par l'UICN, le Comité a pris connaissance du fait que le nouveau périmètre proposé par les autorités guinéennes, non seulement tendait à exclure la partie du site où l'exploitation du gisement de fer aurait lieu, mais aussi visait à réduire de 30% la surface de la réserve, ce qui représentait une menace sérieuse pour l'intégrité des valeurs pour lesquelles on avait, à l'origine, attribué le statut de patrimoine mondial au mont Nimba. Par exemple,

les régions des montagnes et des forêts humides de la réserve seraient réduites de 50%, tandis que les régions des savanes montagneuses le seraient de 30%. Le Comité a également noté que le site n'avait pas de plan de gestion ou de programme susceptible d'assurer une protection à long terme. De plus, le Comité a été informé qu'une étude indépendante de l'impact du projet d'exploitation du gisement de fer sur l'environnement n'avait pas été faite. En examinant les différentes options qui se présentaient à lui pour assurer la conservation de ce bien du patrimoine mondial, le Comité a refusé l'option selon laquelle l'organisation finançant le projet d'exploitation des mines de fer compenserait la réduction de la surface de la réserve, en soutenant des projets qui visaient à renforcer la conservation du site. *Le Comité a plutôt estimé que la réduction de la surface de la réserve proposée constituerait en elle-même une menace majeure pour le statut du patrimoine mondial du site.* Le Comité a estimé probable que certains des aspects qui donnaient à ce site la qualité de patrimoine mondial étaient situés dans la zone que l'on se proposait d'exclure. *Le Comité a également rappelé qu'une partie additionnelle du mont Nimba en Côte d'Ivoire avait été ajoutée à ce site en 1982 et que, depuis, le site du patrimoine mondial était devenu un bien transfrontalier de la Côte d'Ivoire et de la Guinée. Le Comité s'est inquiété de ce que le gouvernement de la Côte d'Ivoire n'ait été consulté dans aucune des négociations engageant les modifications apportées aux frontières de ce site.* Tout en reconnaissant les légitimes aspirations économiques et les besoins de la Guinée, le Comité a conclu que la Réserve naturelle du mont Nimba, inscrite sur la Liste du patrimoine mondial en 1981, était sérieusement sujette à des menaces multiples, dont en premier lieu le projet d'exploitation minière ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 16^e session ordinaire, Santa Fé (Etats-Unis), 7-14 décembre 1992, *WHC-92/CONF.002/12*, 14 décembre 1992, p. 30.

1992 - « Le Comité s'est déclaré profondément préoccupé par le fait que le gouvernement de Guinée avait promulgué un décret le 6 août 1992 concédant une partie de la Réserve naturelle du Mont Nimba à un consortium minier international et publié une brochure annonçant le lancement du projet minier. L'observateur de la Guinée a fait remarquer que la délimitation du site de la Réserve naturelle du Mont Nimba, dont l'inscription sur la Liste du patrimoine mondial remontait à 1981, *comportait une erreur et que la région proposée pour l'exploitation minière n'avait jamais été considérée par le gouvernement guinéen comme faisant partie du site du patrimoine mondial* ».

*

HONDURAS

*

SITE - MAYA DE COPAN

Question(s) soulevée(s) - Construction d'un aéroport à proximité du site du patrimoine mondial. En cas d'urgence, la seule piste disponible serait située au coeur même du site. Liaison aérienne fortement accidentogène.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du

patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/7B*, 12 juin 2003, p. 77.

2003 – « A la demande de l'Etat partie, une mission conjointe UNESCO-ICOMOS de suivi réactif a été effectuée sur le site du 18 au 24 février 2003 afin d'aider les autorités honduriennes à évaluer *l'impact de la piste existante et des sites potentiels de construction d'un aéroport plus proche du site du patrimoine mondial* de façon à présenter une analyse objective dans la négociation des situations et des positions conflictuelles à cet égard. La mission a indiqué que depuis le 11 septembre 2001, le tourisme a progressé de 18 % au Honduras. Selon les prévisions, le nombre de passagers à bord des avions augmentera de 3,5 % pour la période 2002-2005. L'aéroport de « La Estanzuela » est tout près de la petite ville de Copán Ruinas et du site archéologique. Copán Ruinas compte environ 30 000 habitants, avec une croissance moyenne de 4 % par an. Etant donné l'afflux croissant de touristes qui s'élevait à 531 491 visiteurs en 2002 au Honduras, on peut estimer que la demande du trafic aérien pour Copán Ruinas qui est actuellement de 50 000 passagers, va doubler pour passer à 100 000 dans les dix prochaines années (...). L'Aviation civile du Honduras a entrepris plusieurs évaluations sur le site de La Estanzuela et a recommandé de limiter le trafic aérien et l'atterrissage de certains types d'avions, notamment pour des raisons de sécurité à cause des limitations et des conditions aéronautiques existantes. Elle a également tracé un itinéraire d'approche et de décollage qui évite aux avions de survoler directement le site s'ils doivent emprunter la piste. *Cependant, elle a indiqué qu'en cas d'urgence, le seul terrain d'atterrissage possible serait la Grande place sur le site archéologique de*

Copán. Compte tenu de divers aspects, comme la pollution, le bruit, la topographie des lieux, l'emplacement de la piste actuelle, ainsi que la présence de vestiges archéologiques et d'établissements humains, la mission a conclu que la piste existante de l'aéroport de La Estanzuela n'est pas équipée pour recevoir des vols commerciaux et qu'il n'est pas possible, une fois l'extension réalisée, que le site réponde aux normes internationales minimales requises. La probabilité statistique d'un accident qui arriverait sur le site est très élevée en raison de sa situation ; s'il n'y a pas eu d'accident jusqu'à maintenant, c'est dû en grande partie aux bonnes conditions météorologiques et au nombre limité d'atterrissages. Même si aucun aéroport n'est construit à l'avenir, elle recommande d'établir une zone de survol limitée au-dessus du Parc archéologique de Copán et d'interdire les vols à basse altitude dans cette zone. Après avoir étudié trois alternatives, à savoir: Llano Grande (à 4 km de Copán Ruinas), Rio Amarillo (à 17 km de Copán Ruinas) et La Entrada (à 70 km de Copán Ruinas), elle a recommandé La Entrada comme étant le site le plus approprié, malgré son relatif éloignement, car c'est le lieu le plus sûr pour construire un aéroport commercial, avec des possibilités d'expansion et de développement économique local et touristique, sans vestiges archéologiques ».

*

INDE

*

SITE - ENSEMBLE MONUMENTAL DE HAMPI

Question(s) soulevée(s) - Construction de deux ponts suspendus à l'intérieur des zones archéologiques inscrites sur la Liste du patrimoine mondial.

—

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 23^e session ordinaire, Marrakech (Maroc), 29 novembre - 4 décembre 1999, *WHC-99/CONF.209/22*, 2 mars 2000, p. 34.

1999 – Le Comité a rappelé les rapports de la vingt-troisième session ordinaire et de la vingt-troisième session extraordinaire du Bureau sur l'état de conservation de ce bien et a adopté la décision suivante :

« Le Comité a étudié les conclusions de la mission UNESCO de suivi réactif et s'est déclaré sérieusement *préoccupé de la construction partielle de deux ponts suspendus à l'intérieur des zones archéologiques protégées de Hampi*. Il a donc décidé d'inscrire le site sur la Liste du patrimoine mondial en péril. Etant donné les dangers vérifiés et potentiels qui menacent l'intégrité et l'authenticité du site, le Comité a demandé aux autorités nationales compétentes de l'Etat partie d'élaborer d'urgence un plan de conservation, de gestion et d'aménagement d'ensemble, avec l'assistance de l'ICOMOS et du Centre du patrimoine mondial.

Le Comité a demandé au gouvernement indien de faire rapport sur l'avancement réalisé pour réduire les dangers qui menacent le site et sur l'élaboration du plan de gestion d'ensemble, pour examen par la vingt-quatrième session du Bureau. »

L'observateur de l'Inde a exprimé la reconnaissance de son gouvernement au Comité pour son intérêt pour l'état de conservation de Hampi. Il a déclaré

que la protection du site extraordinaire de Hampi, résultat de siècles d'interaction entre l'homme et la nature, n'était pas une tâche facile. Cependant, l'observateur a souligné que l'intégrité de Hampi qui s'étend sur environ 40 kilomètres comprenant des villages, des champs de bananes, des rizières, la rivière, des rochers et des monuments, devait être préservée. L'observateur a informé que le problème de la préservation des vestiges archéologiques était un exemple classique du conflit entre conservation du patrimoine et développement, et que des solutions novatrices devaient être trouvées pour résoudre ce problème. ***Le Comité a été informé que la construction des deux ponts avait été stoppée, mais que des mesures correctives devaient être entreprises pour supprimer les menaces pesant sur le site*** ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 24^e session ordinaire, Cairns (Australie), 27 novembre - 2 décembre 2000, *WHC-2000/CONF.204/21*, 16 février 2001, pp. 20-21.

2000 – L'attention du Comité a été attirée sur l'état de conservation de l'Ensemble monumental de Hampi et sur les dernières informations concernant les progrès accomplis par l'Etat partie pour supprimer les menaces qui pèsent sur ce site et qui sont dues à des travaux publics non planifiés dans le périmètre des aires de patrimoine mondial. Le Comité a étudié les conclusions et les recommandations préconisant des mesures correctives formulées par la mission ICOMOS-UNESCO de suivi réactif (février 2000), selon la demande du Comité à sa vingt-troisième session. Il a noté avec satisfaction le travail couronné de succès de l'Equipe spéciale du Gouvernement du Karnataka

pour Hampi chargée d'étudier les recommandations de la mission ICOMOS-UNESCO qui ont abouti à la décision du gouvernement de l'Etat de démolir et transférer ailleurs les deux ponts qui avaient un impact négatif sur le site. Le Comité a noté que le Président de l'Equipe spéciale avait informé le Directeur général de l'UNESCO que la décision du Gouvernement de l'Etat avait été favorablement accueillie par le grand public en Inde. (...) ***Le Comité a été informé que le premier Ministre du Gouvernement de l'Etat du Karnataka avait récemment annoncé qu'il s'engageait à protéger les aires de patrimoine mondial de Hampi, et que l'on allait entreprendre une étude approfondie du pont réservé aux véhicules en vue de maintenir l'équilibre entre les exigences de protection des valeurs du patrimoine et celles des membres de la communauté locale qui avaient demandé la construction de ces ponts et avaient donc des opinions fermes sur la question.*** L'observateur a souligné l'importance de faire pleinement participer ces communautés locales au processus d'élaboration du plan de gestion d'ensemble.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 25^e session ordinaire, Helsinki (Finlande), 11 – 16 décembre 2001, *WHC-01/CONF.208/24*, 8 février 2002, p. 28.

2001 – « Le Comité a étudié le rapport sur l'état de conservation de l'Ensemble monumental de Hampi. Le Comité a été informé que le Centre a organisé une mission effectuée par un planificateur rural international, en étroite coopération avec les autorités nationales et locales responsables de la conservation et de la gestion de ce grand site. La mission d'expert a aidé les autorités compétentes à élaborer et à effectuer une étude d'évaluation

d'impact concernant les deux ponts partiellement construits dans le périmètre du site et à examiner la faisabilité de réinstallation de ces ponts et les sites possibles à cet égard. Le Comité a été informé que le Centre avait reçu des informations concernant l'avancement de la création d'un service chargé de la gestion et de l'aménagement de Hampi pour superviser de manière générale toutes les activités de conservation et d'aménagement dans les aires protégées centrales de patrimoine mondial de Hampi ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15A de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial en péril », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15A Rev*, 21 juin 2004, p. 31.

2004 – « Selon le rapport d'avancement soumis au Secrétariat par l'Etat partie le 8 avril 2004, le *Hampi World Heritage Area Management Authority Act* (2002) (loi instituant l'autorité de gestion sur l'aire de patrimoine mondial d'Hampi) a été adopté par la législature du gouvernement de l'Etat du Karnataka et son application devrait maintenant être assurée grâce à la prévention de l'urbanisation incontrôlée au sein de l'aire protégée classée au patrimoine mondial. Le gouvernement de l'Etat du Karnataka a engagé le processus d'acquisition de terres pour la construction d'une route de contournement et le travail avance rapidement. Lors d'une réunion le 3 mars 2004, le gouvernement de l'Etat du Karnataka a décidé de commencer par construire la route de contournement et de ne construire qu'ensuite les parties restantes du pont d'Anegondi. ***Le Département des Travaux publics a reçu l'ordre de***

se conformer strictement aux recommandations de la mission UNESCO de mai 2003 concernant l'emplacement, les sections transversales, les sections longitudinales et les intersections de la route de contournement. Les deux pylônes de la passerelle de Hampi ont été démolis, conformément aux recommandations de la mission UNESCO ».

—

SITES - TAJ MAHAL (C 252), FORT D'AGRA (C 251) ET FATEHPUR SIKRI (C 255)

Question(s) soulevée(s) - Construction d'un corridor routier au sein du site.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15B de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15B*, 15 Juin 2004, p. 95.

2004 – « Le « Projet de corridor Taj »

La mission de suivi réactif a été envoyée pour examiner le « Projet de corridor Taj ». Toutefois, on ne peut pas en faire une description détaillée car les membres de la mission n'ont jamais reçu les plans ni les détails de ce projet de développement. La plupart des informations ont été données verbalement ou par les médias. *S'il était mis à exécution, ce projet manifesterait très ambitieux causerait un sérieux préjudice aux biens du patrimoine mondial que sont le Taj Mahal et le Fort d'Agra.*

Le projet a de toute évidence été interrompu, ce qui est une décision très courageuse de la part des autorités indiennes concernées qui ont arrêté ce

chantier pour lequel des millions de dollars EU avaient déjà été versés. Situé entre le Taj Mahal et le Fort d'Agra, il aurait certainement eu un impact visuel et culturel négatif sur les valeurs patrimoniales de ces monuments érigés devant un cours d'eau qui joue un rôle très important dans la conception de ces sites.

Ce qui reste du projet, c'est un perré en grès rouge de la région (d'environ dix mètres de large), qui va jusque dans le lit de la rivière Yamuna. Ce mur a été construit pour créer une promenade qui pourrait être un pôle d'activités commerciales et touristiques. La rive est également pourvue d'un revêtement décline du même grès rouge. La mission a suggéré d'établir un plan de développement pour l'ensemble de la zone et de la ville. Ce plan éviterait que des expériences analogues à celle du « Projet de corridor du Taj » se renouvellent. Il est aussi important de préciser que la rivière, bien qu'étant très attractive de loin, est extrêmement polluée. ***Son curage et l'interdiction de s'en servir comme égout devraient devenir une priorité, au moins dans cette partie importante située entre les deux biens du patrimoine mondial ».***

*

IRAK

*

SITE - ASSOUR (QAL'AT SHERQAT)

Question(s) soulevée(s) - Construction d'un barrage aux abords du site.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15A de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits

sur la Liste du patrimoine mondial en péril », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, WHC-04/28.COM/15A Rev, 21 juin 2004, p. 25.

2004 - « A la suite de l'inscription d'Assour sur la Liste du patrimoine mondial et sur la Liste du patrimoine mondial en péril à sa 27^e session, le Comité du patrimoine mondial a approuvé une subvention d'assistance d'urgence de 50000 dollars EU pour la création d'une unité de coordination de la gestion du site et la mise en place d'un plan de gestion, compte tenu des menaces que constitue *la construction en cours d'un barrage aux abords du bien*. En raison de la guerre, la construction du barrage a été interrompue mais le site d'Assour demeure menacé par suite du pillage à grande échelle et du manque d'entretien ».

*

ITALIE

*

SITE - CENTRE HISTORIQUE DE FLORENCE

Question(s) soulevée(s) - Construction d'une ligne à haute tension en dehors de la juridiction de la commune chargée de la protection du site.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 22^e session ordinaire, Kyoto (Japon), 30 novembre - 5 décembre 1998, WHC-98/CONF.203/18, 29 janvier 1999, p. 26.

1998 – « Le délégué de l'Italie a informé le Comité que *la ligne à haute tension est en dehors de la juridiction de la municipalité de Florence et qu'elle ne serait pas visible du site du patrimoine mondial qui se limite au centre historique de la ville*. Des consultations se poursuivent entre le Ministère des biens et des activités culturels, le Ministère de l'Industrie et la compagnie d'électricité pour limiter son impact. De manière plus générale, *il a appelé les Etats parties et les experts à réfléchir aux problèmes que posent les lignes à haute tension et à développer de nouvelles technologies de transmission d'énergie qui supprimeraient l'impact visuel négatif sur les paysages et les sites historiques de valeur* ».

*

JAPON

*

SITE - MONUMENTS HISTORIQUES DE L'ANCIENNE NARA

Question(s) soulevée(s) - Projet de construction d'une autoroute à proximité immédiate du site (problème de tracé), sans consultation préalable de la population.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, WHC-03/27.COM/7B, 12 juin 2003, p. 44.

2003 – « En juillet 2001, le Centre du patrimoine mondial a reçu des informations concernant un

projet de construction d'une autoroute baptisée «Keinawa» à proximité du site du palais de Nara (Heijo), l'un des monuments du patrimoine mondial réunis sous l'appellation « Monuments historiques de l'ancienne Nara ». Le Centre du patrimoine mondial a donc demandé des informations au gouvernement japonais, en particulier en ce qui concerne les dommages qui pourraient résulter de la construction de l'autoroute à proximité de vestiges archéologiques.

Le gouvernement japonais a fait savoir au Centre qu'il avait mis en place un «Comité d'étude des biens culturels» composé d'experts en patrimoine culturel pour étudier cette question. Selon un rapport communiqué par le gouvernement en octobre 2002, ce Comité a évalué la valeur universelle du bien et a recommandé d'une part de protéger le site du palais de Nara contre tout impact négatif potentiel et d'autre part d'éviter de faire passer l'autoroute en contrebas du site. Le Centre du patrimoine mondial a remercié les autorités japonaises pour leurs efforts et leur a demandé de le tenir au courant du processus de décision et de la décision finale concernant ce projet.

En mars 2003, le Centre du patrimoine mondial a appris d'une ONG japonaise représentant 14 ONG et de nombreux citoyens qu'en dépit de la création en septembre 2002 par le ministère du Territoire, des Infrastructures et des Transports d'un comité d'experts chargé de servir de lien entre le gouvernement et les citoyens pour la question du tracé de l'autoroute de Keinawa, *la communication n'était pas transparente et la population n'avait pas eu la possibilité de donner son avis. A la suite de ces informations, le Centre du patrimoine mondial a demandé le 17 avril 2003 aux autorités japonaises de nouvelles précisions sur les décisions*

concernant le tracé de la future autoroute de Keinawa par rapport au bien du patrimoine mondial».

*

KENYA

*

SITE - PARC NATIONAL / FORET NATURELLE DU MONT KENYA

Question(s) soulevée(s) - Installations de clôtures électriques aux abords du parc inscrit sur la Liste du patrimoine mondial pour protéger la population des animaux.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, <i>WHC-03/27.COM/7B</i>, 12 juin 2003, p. 5.

2003 – « Plusieurs clôtures électriques ont été posées, certaines sont en cours d'installation ou sont prévues pour protéger les villages et les zones cultivées contre les éléphants. *Tout en encourageant un usage judicieux des clôtures pour atténuer les conflits, la mission a insisté sur le fait qu'il est important de ménager des couloirs de migration afin d'éviter l'isolement génétique de la population d'éléphants du Mont Kenya* ».

*

LAOS

SITE - VILLE DE PRABANG

Question(s) soulevée(s) - Poursuite d'une vaste politique de travaux publics financée par un bailleur de fond multilatéral (Banque asiatique de développement) aux abords et dans le site (1) / Non respect par la population des règles d'urbanisme relatives à l'obtention du permis de construire entraînant incohérences architecturales et démolition d'habitations traditionnelles (2).

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 21 de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation de biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 26^e session ordinaire, Budapest (Hongrie), 24-29 juin 2002, *WHC-02/CONF.202/17*, 5 décembre 2002, pp. 33-35.

2002 – « A la suite d'une demande du Bureau, une mission réactive de surveillance UNESCO-WHC-ICOMOS a été entreprise en urgence et envoyée à Luang Prabang du 24 au 28 avril 2002, en raison de la gravité des informations concernant la **poursuite de travaux publics, dotés d'un impact négatif sur les valeurs du site, travaux effectués par l'Autorité de développement urbain (UDAA), entité établie par le gouvernement pour réaliser les activités financées par le prêt de la Banque asiatique de développement (Asian Development Bank, ADB).** (...) La mission a eu l'occasion d'exprimer ses inquiétudes au directeur de la Banque asiatique de développement au Laos. Constatations préliminaires de la mission :

Renforcement en béton des rives de la Nam Khan : ces travaux financés par l'ADP sont achevés ; en

dépît de l'impact visuel négatif des gabions, l'ingénieur structure de l'ICOMOS a jugé que le renforcement est utile pour soutenir la route qui longe la rivière, même si cette conception massive n'était pas nécessaire, le courant assez lent de la Nam Khan ne provoquant qu'une érosion minime des berges. **La mission a recommandé que les gabions soient recouverts de végétation pour atténuer leur impact visuel négatif.**

Murs le long des rives du Mékong : **plusieurs centaines de mètres de murs de soutènement sont en construction le long du Mékong en dépit des recommandations négatives de la MDP.** Ces murs coupent la vue du fleuve depuis la route et nuisent donc aux liens très forts entre nature et environnement bâti qui est l'une des valeurs de patrimoine de Luang Prabang. Etant donné la force des courants saisonniers du Mékong et le risque croissant d'inondations dues au réchauffement du climat de la planète, l'expert de l'ICOMOS a souligné le danger potentiel que représentent ces murs de soutènement en béton dans le cas de violentes inondations et a fortement recommandé de ne pas poursuivre la construction de ces murs dont la raison d'être est simplement de délimiter le quai le long du fleuve. Pour les sections qui ne sont pas encore construites, les murs devraient être remplacés par des plantations pour délimiter le quai, et les berges devraient être consolidées, si nécessaire, par des solutions de génie végétal. On devrait demander à l'Unité de l'eau et de l'Environnement de la MDP (créée avec un financement de l'Union Européenne) d'effectuer l'étude technique de ces travaux, pour approbation par le département de la Construction et le Comité local interdépartemental du Patrimoine.

Démolitions et constructions illicites : malgré l'adhésion initiale massive des habitants au système de permis de construire établi en 1997 par décret provincial, les violations sont devenues de plus en plus courantes au cours des deux dernières années, en particulier de la part des habitants aisés. Etant donné le caractère non monumental de ce site du patrimoine mondial, la poursuite de la démolition de maisons traditionnelles en bois d'une grande valeur architecturale vernaculaire et la densification accrue du cœur de la zone par de nouvelles constructions violant les normes architecturales et les directives volumétriques conduirait à détruire la valeur de patrimoine du site. La mission a exprimé sa grande inquiétude devant le non-respect du plan de développement urbain et de conservation officiellement approuvé (Plan de sauvegarde et de mise en valeur – PSMV) ; dans certains cas, ce non- respect est même le fait du département des travaux publics du gouvernement provincial et de l'UDAA.

Menaces pour les zones humides urbaines : l'élargissement de sentiers pédestres traversant les zones humides pour en faire des routes et la mise en place de systèmes de drainage mal étudiés sont actuellement effectués par l'UDAA dans le cadre d'un prêt de la Banque asiatique de développement. Ces routes, qui n'ont pas été approuvées par la MDP, risquent de conduire à une urbanisation plus grande de la partie classée en zone de protection de la nature (ZPP-N) où il est interdit de construire. L'expert de la MDP pour l'eau et l'environnement et l'expert de l'ICOMOS estiment que les égouts à ciel ouvert pourraient conduire au drainage partiel de la zone mais laisseront très probablement des poches d'eau stagnante qui pourront aggraver les risques de maladies d'origine

hydrique. La mission a noté la présence d'eau stagnante infectée de moustiques dans les canaux ouverts à fond plat de 1,25 m de large créés à un mètre seulement de maisons existantes. De surcroît, le département provincial des Finances a construit un nouveau bâtiment dans la zone ZPP-N, en contradiction avec la réhabilitation des parties humides urbaines entreprise par la MDP dans le cadre d'un projet financé par l'Union Européenne et mis au point par le Centre et la ville de Chinon.

(...)

6. Mesures correctives : (...)

Mesure corrective N°1 destinée à mieux contrôler les constructions illicites :
Une procédure pour contrôler les constructions et arrêter à temps les travaux illégaux devrait être établie en impliquant le Département pour la construction et la Maison du Patrimoine.

Mesure corrective N°2 destinée à assurer le respect du droit par tous :
Les autorités Lao feront exécuter à titre d'exemple et avec la publicité nécessaire, au moins une ou deux démolitions de constructions illicites.

Mesure corrective N°3 destinée à mieux faire connaître le plan de sauvegarde et de mise en valeur par l'administration locale :
Le gouverneur de la province de Luang Prabang présentera dès que possible le Plan de sauvegarde et de mise en valeur par la Maison du Patrimoine. Cette présentation sera suivie d'une visite sur le terrain. Le Gouverneur organisera et présidera dans de délai de deux mois un atelier de travail d'une journée à laquelle assisteront tous les chefs de service provinciaux.

Mesure corrective N°4 destinée à mieux faire connaître le plan de sauvegarde et de mise en valeur par les entreprises :

Dans un délai de deux mois une réunion des entreprises et contractants ayant participé aux travaux publics dans la zone protégée sera organisée avec les services provinciaux concernés et la Maison du patrimoine. Cette réunion permettra de présenter et expliquer le Plan de sauvegarde et de mise en valeur.

Mesure corrective N°5 destinée à arrêter les travaux publics en cours contraire au Plan de sauvegarde et de mise en valeur :

Les travaux de percement de la route à proximité de l'éco-musée de Boua Kang Bung seront arrêtés. La MDP proposera une solution alternative. Conformément aux recommandations de l'expert de l'ICOMOS, les travaux de construction de murs de soutènement sur les rives du Mékong seront limités à l'achèvement des travaux en cours. Aucun nouveau mur de soutènement ne sera entrepris plus loin.

Une reprise des canaux de drainage sera engagée conformément aux propositions qui seront établies par la MDP pour remédier à la situation actuelle. Conformément aux recommandations de l'expert de l'ICOMOS les gabions sur la rive de la Nam Khan seront entièrement recouverts de terre végétale et des plantations seront effectuées (...) ».

—

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15B de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15B*, 15 Juin 2004, p. 99.

2003 – « Le rapport d'avancement sur la mise en œuvre des mesures correctives en 6 points présenté à la réunion du Comité du patrimoine local fait état des résultats suivants : correction partielle du réseau ouvert d'eaux usées construit avec l'aide financière de la BAsD ; reconstitution des étangs comblés pour les travaux de construction financés par la BAsD, afin de protéger les zones humides urbaines et de mettre fin aux activités d'élargissement des routes dans les zones humides ; compte tenu des risques potentiels présentés par les structures en béton, abandon du renforcement des gabions en béton des rives du Mékong au profit d'un procédé de consolidation par mise en végétation, comme l'avait recommandé l'expert de l'ICOMOS en avril 2002 ; renforcement de la capacité opérationnelle de la MDP pour accorder les demandes de permis de construire et contrôler les travaux publics et privés, grâce aux fonds (5,5 millions d'euros) attribués par l'Agence française de développement (AFD) au Projet d'Aménagement du Secteur Sauvegardé de Luang Prabang (PASS-LP) mis en œuvre avec l'UNESCO et le programme de coopération entre Chinon et Luang Prabang ; lancement, depuis avril 2003, de travaux publics de faible envergure pour améliorer l'infrastructure urbaine dans 55 quartiers, notamment ceux qui bénéficient de modalités innovantes au titre du « contrat de village » entre la MDP et les comités de quartier financés dans le cadre du projet PASS-LP de l'AFD ; mise en œuvre, depuis le milieu de l'année 2002, du « fonds d'incitation » à l'intention des propriétaires d'immeubles de la zone protégée, qui permet de fournir gratuitement des matériaux de construction traditionnels pour la rénovation des logements ; poursuite, avec l'aide financière de l'AFD et de la Région Centre (France), de la protection des zones humides urbaines et du projet d'amélioration du

réseau d'assainissement, notamment la construction d'un centre d'interprétation dans une zone humide reconstituée (la première phase, financée par l'UE, a été achevée en 2001) ; reconstitution d'un espace public de marché en plein air pour tous les groupes ethniques du Laos, financée par le programme Asia Urbs de l'UE ; soumission à l'UNESCO du projet d'amendement de la loi relative à la protection du patrimoine culturel national. Malgré ces efforts positifs, quelques cas de constructions constituant une violation du PSMV ont été enregistrés en 2002 depuis l'adoption officielle des mesures correctives par l'Etat partie ».

2004 – « L'Etat partie a présenté un rapport sur l'état de conservation au Centre du patrimoine mondial, comme l'avait demandé le Comité du patrimoine mondial à sa 27e session. (...) L'Etat partie a entrepris les actions suivantes conformément aux huit mesures correctives identifiées :

Mesure 1 concernant les constructions illicites : Le Plan de sauvegarde et de mise en valeur (PSMV) a été officiellement approuvé et appliqué par le Gouvernement central avec la promulgation du décret 175/PM du 6 novembre 2003. Des ordres ministériels et locaux ont été donnés afin de démolir toute construction non conforme au PSMV.

b) Mesure 2 concernant l'application de la loi et des règlements

La Commission des permis de construire a admis comme nouveau membre le représentant de la Maison du Patrimoine. Elle suit de près tous les chantiers de construction après que le permis a été délivré. A ce jour, 36 cas graves de construction illicite ont été déclarés, dont le permis a été retiré. Deux bâtiments illégaux ont été démolis au titre de cette activité de suivi. Toutefois, des petites violations permanentes du PSMV ont été signalées à

l'intérieur de la zone centrale du bien du patrimoine mondial de Luang Prabang.

c) Mesure 3 sur la sensibilisation de l'opinion publique au PSMV par l'administration locale Une vaste campagne d'information publique sur le PSMV a été lancée par la Maison du patrimoine et se poursuit avec les responsables de chaque département provincial et les maires des différentes localités. Divers instruments juridiques nationaux et internationaux en faveur de la préservation du patrimoine culturel et naturel ont été présentés par la Maison du patrimoine au cours d'une grande réunion tenue le 18 décembre 2003.

(...)

Mesure 5 sur l'arrêt des travaux publics non conformes au PSMV

L'impact de la construction de la route à Bua Kang Bung a été atténué en réduisant la largeur de la voie et en construisant un canal de drainage au lieu de deux. La construction du mur de soutènement le long du Mékong a été arrêtée. Les berges et les gabions ont été aménagés le long du fleuve par des apports de terre et des plantations d'arbres et autres végétaux ».

*

LIBAN

*

SITE - TYR

Question(s) soulevée(s) - Financement d'une étude archéologique par la Banque mondiale n'intégrant pas l'ensemble des éléments composant le site

protégé, exposant ceux-ci au risque d'être altérés par la construction de l'ouvrage.

Référence - Comité du patrimoine mondial (Unesco), « Point 21 de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation de biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 26^e session ordinaire, Budapest (Hongrie), 24-29 juin 2002, *WHC02/CONF.202/17*, 5 décembre 2002, p. 28.

2002 - « Dans le cadre d'une proposition de projet de patrimoine culturel et de développement urbain, la Banque mondiale a demandé une étude urbaine et une étude archéologique pour le site de Tyr. Au moment de la préparation de ce document, le Centre du patrimoine mondial n'avait reçu copie que de l'étude archéologique finale, mais une version préliminaire de l'étude urbaine avait été communiquée fin 2001. L'étude archéologique, que le Centre estime de très grande qualité, n'envisage que les zones actuellement placées sous la responsabilité directe de la Direction générale des antiquités (DGA) et clôturées, ***conformément aux conditions définies par la Banque mondiale. De ce fait, ni la vieille ville ni la zone entière comprise entre la ville de Safarand au nord, Ras Al Ain au sud et les collines à l'est de Tyr (limites du site du patrimoine mondial confirmées par une lettre officielle des autorités libanaises au moment de l'inscription) n'ont été incluses dans cette évaluation, en dépit de leur vaste potentiel archéologique*** ».

*

MAURITANIE

*

SITE - PARC NATIONAL DU BANC D'ARGUIN

Question(s) soulevée(s) - Construction d'une route au coeur du site protégé, sans évaluation environnementale correcte et bénéficiant de surcroît d'un financement multilatéral (Banque Islamique de Développement)

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 26^e session ordinaire, Budapest (Hongrie), 24-29 juin 2002, *WHC-02/CONF.202/25*, 1 août 2002, p. 30.

2002 - « Le Comité du patrimoine mondial (...) demande instamment à l'Etat partie d'entreprendre pour le projet de route une étude complète d'évaluation d'impact environnemental qui soit conforme aux normes internationales reconnues, en collaboration avec les bailleurs intéressés ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Décisions adoptées par le Comité du patrimoine mondial lors de sa 27^e session en 2003 », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin - 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/24*, 10 décembre 2003, p. 8.

2003 - « Construction de la route entre Nouakchott et Nouadhibou : la première pierre du chantier a été posée le 29 juillet 2002 par le Président de la république islamique de Mauritanie. ***La route de 470 Km de long, coûtera environ 77 millions de dollars E.U et bénéficie du soutien du FADES (Fonds arabe pour le développement économique et social), de la Banque Islamique de Développement (BID) et de l'Etat de Mauritanie.*** Elle doit contourner le parc à une distance d'environ 4 km. Une copie de l'évaluation d'impact sur

l'environnement effectuée en 2001 a été fournie au Centre le 7 avril 2003 avec les commentaires de la Direction du Parc du Banc d'Arguin (PNBA). La Direction du parc considère que cette étude n'est pas de qualité professionnelle et que les conséquences potentielles du projet de route sur le parc n'ont pas été pris en compte. *L'UICN a reçu des informations extrêmement préoccupantes à propos de l'évaluation d'impact sur l'environnement et de l'insuffisance de l'analyse des menaces potentielles pour les valeurs naturelles du site. Il semble, par exemple, qu'aucune étude n'ait été effectuée sur la pollution chimique et organique des ressources en eau qui peut résulter de la construction de la route. De plus, l'agence marocaine qui a effectué l'évaluation d'impact sur l'environnement n'a pas pris contact avec la Direction du parc, si bien que le rapport comporte de nombreuses erreurs et lacunes, notamment en ce qui concerne les valeurs naturelles du parc et les activités actuelles de conservation et de gestion ».*

*

NEPAL

*

SITE - PARC NATIONAL DE ROYAL CHITWAN

Question(s) soulevée(s) - Construction d'un pont au coeur du site protégé, sans étude d'impact environnemental satisfaisante, sous pression de la population qui milite pour la construction de l'ouvrage et avec le soutien financier de bailleurs de

fonds multilatéraux (BIRD et Banque asiatique de développement) et d'un prêt bilatéral.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Décisions adoptées par le Comité du patrimoine mondial lors de sa 27^e session en 2003 », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/24*, 10 décembre 2003, pp. 9-10.

2003 – « La mission a appris que le pont de Kasara sur la Rapti avait été construit sans l'évaluation d'impact sur l'environnement demandée par la 26^e session du Comité. L'UICN fait observer que le Département des parcs nationaux et de la conservation des espèces sauvages avait pris note de ses protestations contre ce projet financé par le Fonds japonais d'allègement de la dette (DRF), la Banque mondiale (FMI), la Banque asiatique de développement (BAsD) et le gouvernement de Sa Majesté du Népal. Le coût total du pont est de 1,62 million de dollars. La liaison routière de 3,8 km avec la voie publique actuelle qui va de Dhurbhagat à Bankatta a également été construite sans évaluation d'impact sur l'environnement. Mais en raison de la controverse suscitée par ces projets, ni la liaison routière ni le pont n'ont à ce jour été ouverts à la circulation. La mission a noté que la route était déjà en mauvais état à cause des inondations et de l'érosion importantes provoquées par la Rapti. En ce qui concerne le projet de construction d'une ligne de transport de 33 kV entre Jagatpur et Madi, la mission a noté que le tracé de la ligne n'avait pas encore été décidé et qu'aucune évaluation d'impact sur l'environnement n'avait été effectuée. La mission de l'UICN a recommandé que la ligne électrique ne traverse le parc national en aucun endroit ou que, en cas d'absolue nécessité, elle soit enfouie sous terre

et couvre la distance la plus courte possible. L’UICN a insisté sur le fait qu’il était primordial d’effectuer une évaluation d’impact sur l’environnement avant de lancer le projet. La mission a été informée que le projet de réalisation d’une chaussée sur la Reu était actuellement suspendu, le gouvernement n’ayant pas approuvé l’octroi des fonds nécessaires (...) ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), Décision 27 COM 7B.9, « Décisions adoptées par le Comité du patrimoine mondial lors de sa 27^e session en 2003 », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l’UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/24*, 10 décembre 2003, p. 31.

Dans une décision adoptée sans discussion, le Comité « exprime ses vives inquiétudes devant l’absence d’EIE et le manque de concertation avec le Centre du patrimoine mondial ou l’UICN pour concevoir et réaliser le pont de Kasara et la liaison routière entre Dhurbhagat et Bankatta, malgré les protestations de l’autorité responsable du site, le Département des parcs nationaux et de la conservation ;

Demande au Directeur du Centre du patrimoine mondial d’écrire aux plus hauts responsables des organismes de financement bilatéraux et multilatéraux concernés, par exemple le Fonds japonais d’allègement de la dette, la Banque mondiale et la Banque asiatique de développement, ainsi que de contacter les ministres des Affaires étrangères et de l’Aide au développement de l’Etat partie, pour leur faire part du mécontentement du Comité à ce sujet ;

Demande instamment à l’Etat partie et aux trois agences donatrices de fournir des informations au

Centre du patrimoine mondial, avant le 1er février 2004, sur les raisons pour lesquelles les Evaluations d’Impact Environnemental pour ces deux projets n’ont pas été entreprises et expliquer comment la décision de financer des projets a pu être prise sans EIE préalable, afin que le Comité du patrimoine mondial puisse examiner l’état de conservation du bien à sa 28^e session, en 2004 ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15B de l’ordre du jour provisoire : Examen de l’état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15B*, 15 Juin 2004, p. 20.

2004 – « Le Département népalais des Parcs nationaux et de la protection des espèces sauvages (DNPWC), par lettre datée du 27 janvier 2004, a adressé un rapport traitant des problèmes et questions soulevés par le rapport de mission de l’UICN (2002) et la 27^e session du Comité. ***Le rapport reconnaît que le pont de Kasara sur la Rapti a été construit sans Etude d’impact environnemental (EIE). Le DNPWC a cependant imposé des restrictions sur l’utilisation totale du pont et des routes associées. Les populations locales ont une attitude positive vis-à-vis de la préservation du Parc mais poussent les autorités à laisser le pont de Kasara devenir totalement opérationnel.*** Les habitants pensent que la direction du Parc est directement responsable de la fermeture de la route et manifestent donc de plus en plus d’hostilité à son égard.

Le DNPWC a imposé les restrictions suivantes concernant l’utilisation du pont de Kasara et des routes de liaison associées :

- . a) le droit de passage a été accordé aux résidents locaux de la vallée de Madi mais le transport des marchandises n'est pas autorisé au-delà de cette vallée ;
- . b) des postes de garde permanents ont été installés et la présence de gardes et de patrouilles a été renforcée ;
- . c) un engagement a été pris de fermer la route actuelle Dhurba-Rapti une fois le pont opérationnel ;
- . d) le Département des Routes a été prié de stabiliser les berges de la Rapti avant le début de l'utilisation de la route ;
- . e) les propositions d'élargissement futur de la route ont été rejetées ;
- . f) la route reliant le lac de Tamar (*Tamar Tal*) à la route de liaison doit être fermée ;
- . g) l'utilisation de la route sera surveillée et les véhicules et les passagers seront contrôlés à l'entrée et à la sortie du Parc ;
- h) aucune reprise de travaux routiers ne sera autorisée avant l'achèvement d'une étude d'impact environnemental sur la rivière Reu ; et (i) la route de 13 km reliant Bagai-Amuwa-Thori ne sera pas modernisée.

(...)

L'UICN, tout en notant les mesures imposées par le DNPWC, reste préoccupée *qu'un projet de construction d'une route et d'un pont ait pu être financé par des bailleurs de fonds sans étude d'impact environnemental*. L'UICN a reconnu que l'aménagement de la route pouvait s'avérer positif pour la population locale, mais que le projet aurait

dû être planifié et mis en œuvre au cours d'un processus rigoureux, ouvert et participatif, dans le respect des valeurs patrimoniales de Royal Chitwan.

Le Centre utilisera le rapport soumis par le DNPWC, ainsi que les commentaires de l'UICN à ce sujet pour discuter, selon la demande du Comité (27 COM 7B.9, paragraphe 2), avec les bailleurs de fonds concernés, de la question du financement d'un projet d'aménagement sans EIE. Un membre du personnel du Centre a rencontré des responsables du DNPWC le 4 mai 2004 et a demandé à ce que les autorités népalaises prennent des mesures correctives pour atténuer l'impact de la construction du pont sur le bien. *En raison de limitations de temps, il n'a pu rencontrer les représentants des agences d'aide internationales (BAD, Banque mondiale). Dans ce contexte, le Centre écrira officiellement aux plus hauts responsables de chaque agence de financement pour leur faire part des motifs de préoccupation du Comité (27 COM 7B.9) et étudier les moyens d'éviter que cette pratique dommageable ne se renouvelle à l'avenir, au Népal et ailleurs* ».

*

NIGER

*

SITE - PARC NATIONAL DU W DU NIGER

Question(s) soulevée(s) - Projet de construction d'un barrage en plein coeur d'un site protégé.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Décisions adoptées par le Comité du patrimoine mondial lors de sa 27^e session en 2003 », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/24*, 10 décembre 2003, p. 6.

2003 – « Le Centre a eu connaissance du *projet de construction du barrage hydroélectrique de Dyodyonga dans le parc national du W, dans la vallée de la Mékrou qui fait office de frontière entre les républiques du Niger et du Bénin. Dans une lettre datée du 14 novembre 2002, le Centre a demandé aux Etats parties du Niger et du Bénin de vérifier cette information et d'assurer la protection du site et de ses valeurs*, conformément aux paragraphes 4, 6, 11, 48 et 56 des *Orientations* devant guider la mise en œuvre de la *Convention du patrimoine mondial*.

L'Etat partie a indiqué que : le barrage aurait une puissance estimée de 26 mégawatts seulement, probablement 13 mégawatts pour le Niger et le reste pour le Bénin ; la production d'électricité ne serait pas assurée toute l'année, car la Mékrou ne coule que 4 à 5 mois par an, ce qui signifie que le barrage restera au repos quand le Niger consomme la majeure partie de son électricité, c'est- à-dire pendant la saison sèche (mai et juin) ; compte tenu du taux élevé d'évaporation, du régime irrégulier des précipitations et des sécheresses cycliques qui frappent les pays semi-arides situés à la périphérie du Sahel, la viabilité du barrage n'était pas assurée ; le barrage entraînerait la formation d'une zone inondée d'environ 12 000 hectares. Or, cette zone abrite l'une des plus belles forêts de bord de rivière de l'Afrique de l'Ouest, forêt qui offre un refuge et un habitat à de nombreuses espèces animales

menacées. On estime que plus de 3 500 hectares de forêt de bord de rivière seront inondés et perdus de façon définitive ; l'une des principales attractions touristiques, les gorges de la Mékrou, disparaîtrait ; le lac risquerait de favoriser le développement d'insectes vecteurs de maladies telles que le paludisme, l'onchocercose et la bilharziose ; la vallée de la Mékrou abrite également un patrimoine culturel constitué de sites funéraires et de sites technologiques préhistoriques.

Le Centre a d'ailleurs appris que de nouvelles découvertes archéologiques avaient été faites : il s'agit d'une cité antique et d'une tombe qui pourraient avoir plusieurs millions d'années. En outre, le Centre a également appris qu'il y avait eu des propositions de relance du projet d'exploration du phosphate dans le parc. Enfin, le Centre a reçu copie d'une lettre adressée au ministre nigérien des Mines et de l'Energie par le ministre nigérien de l'Eau, de l'Environnement et de la Lutte contre la désertification, datée du 24 février 2003. Dans cette lettre le Ministre de l'Eau, de l'Environnement et de la Lutte contre la désertification demande à son homologue le Ministre des Mines et de l'Energie de bien vouloir réactiver le comité national de concertation sur la construction du barrage sur le fleuve Mekrou. *En outre, le Ministre rappelle qu'aucun développement d'infrastructure ne doit être entrepris sur ce site protégé par des accords internationaux (la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de l'UNESCO, la Convention Ramsar sur les aires protégées, etc...) sans étude d'impact détaillée et en collaboration avec ces institutions (...).* ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15B de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15B*, 15 Juin 2004, p. 5.

2004 – « En avril 2004, le Centre a reçu copie d'une lettre du Ministre du Niger de l'Eau, de l'Environnement et de la Lutte contre la désertification répondant aux craintes exprimées par le Comité concernant le Parc du W. Dans cette lettre, *le Ministre assurait le Centre et les autres partenaires concernés qu'il n'y aurait ni exploitation de phosphate ni construction d'un barrage sur la Mékrou dans le Parc national du W sans évaluation indépendante des impacts sociaux et environnementaux.* Cette évaluation se conformerait aux standards internationaux et respecterait la Loi n° 98-56 du 29 décembre 1998, dans le cadre d'application du décret n° 2000-397/PRN/ME/LCD du 20 octobre 2000 de la législation nigérienne sur la gestion de l'environnement ».

*

NOUVELLE-ZELANDE

*

SITE - PARC NATIONAL DE TONGARIRO

Question(s) soulevée(s) - Travaux de construction effectués aux abords d'un volcan (situé dans un parc inscrit sur la Liste) en vue de protéger les infrastructures et habitations de la plaine. Ledit

volcan fait également partie de l'identité spirituelle d'autochtones qui occupent ces mêmes terres traditionnelles.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du Rapporteur sur la vingt-deuxième session extraordinaire du Bureau du Comité du patrimoine mondial », Kyoto, 27-28 novembre 1998, *WHC-98/CONF.203/5*, 29 novembre 1998, pp. 34-35.

1998 – « Les autorités néo-zélandaises, dans une lettre en date du 11 septembre 1998, ont fait remarquer qu'une éruption du mont Ruapehu en 1953 avait causé l'une des plus grandes catastrophes civiles du pays et que les coulées de boue provenant du cratère sont inévitables après l'éruption actuelle. Le ministre de la Conservation a demandé une évaluation d'ensemble écologique et culturelle définissant les risques et évaluant les incidences des options prises pour les limiter. Les autorités néo-zélandaises considèrent les trois options suivantes comme les plus appropriées actuellement :

(a) installer une alarme et un système de signalisation ;

(b) construire des structures sur la montagne pour contenir la coulée de boue prévue quand le barrage de cendres est sur le point de céder ;

(c) creuser au bulldozer une tranchée dans le barrage de cendres, bien que la possibilité de creuser à la main une tranchée peu profonde n'ait pas été totalement écartée.

La direction du Parc est régulièrement en contact avec les tribus des Ngati Rangi et des Ngati Tuwharetoa pour échanger des informations et des points de vue et il est bien clair qu'elles n'apprécient pas l'idée de travaux d'ingénierie au lac de cratère. Les Ngati Rangi considèrent que

creuser à l'extrémité du cratère "porte atteinte à l'intégrité autochtone et à la force du statut de patrimoine mondial culturel" du Parc. Toutefois, les deux tribus comprennent les risques que cela représente pour la sécurité publique et l'infrastructure (par exemple, les ponts et les routes) et le Grand chef des Ngati Tuwharetoa a l'intention de réunir un groupe de consultation pour traiter ces questions avec la direction du Parc. Quand le projet de rapport sur l'évaluation environnementale et culturelle sera prêt à diffuser, les deux tribus seront consultées. Le Département de la Conservation est engagé dans un processus de consultation qui préconisera un code de conduite éthique exemplaire et une pratique de la conservation sur le terrain qui mettront l'accent sur la responsabilité sociale et la sensibilité culturelle.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 25^e session ordinaire, Helsinki (Finlande), 11 – 16 décembre 2001, WHC-01/CONF.208/24, 8 février 2002, p. 34.

2001 – « Le Comité a noté qu'une éruption du Mont Ruapehu, en 1995/1996, a provoqué l'accumulation d'un volume important de cendres qui bloque l'émissaire de Crater Lake. On craint que, lorsque le lac se remplira de nouveau, la digue de cendres ne s'effondre brutalement, provoquant un gigantesque *lahar* (coulée de cendres). Les options possibles pour gérer ce risque doivent prendre en compte la protection des valeurs naturelles et culturelles du site, car toute intrusion dans la région du sommet et de Crater Lake a des répercussions sur la protection des valeurs spirituelles, traditionnelles et culturelles aux yeux du peuple Maori. Le Comité a noté les commentaires de l'UICN affirmant que les éruptions

sous-marines du Crater Lake sont un phénomène naturel régulier et permanent. *L'Union considère que le projet de travaux d'ingénierie pour gérer l'accumulation de cendres du Crater Lake risque de causer un précédent pour Tongariro et d'autres parcs nationaux. L'UICN recommande de laisser se dérouler les processus naturels et de prendre des mesures pour garantir la sécurité publique et protéger les infrastructures. Le Comité a aussi noté que l'ICOMOS a également rappelé que les montagnes du Parc national de Tongariro sont sacrées pour les Maoris et qu'il faut trouver une solution culturellement adaptée à la gestion de l'amas de cendres ».*

*

PAKISTAN

*

SITE - TAXILA

Question(s) soulevée(s) - Travaux de démolitions de monuments classés faisant partie d'un bien inscrit sur la Liste pour y construire une autoroute en lieu et place, ainsi qu'une infrastructure sportive (stade de football).

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 23^e session ordinaire, Marrakech (Maroc), 29 novembre - 4 décembre 1999, WHC-99/CONF.209/22, 2 mars 2000, p. 37.

1999 – Le Comité a étudié le rapport du Secrétariat. *Le Comité s'est déclaré préoccupé de la démolition des structures hydrauliques des jardins de Shalimar, qui dataient de 375 ans, pour élargir la*

Grand Trunk Road à quatre voies et la transformer en autoroute à six voies, ainsi que de l'achèvement de la construction du stade de football construit au-dessus des vestiges archéologiques de Bhir Mound – la plus ancienne citadelle datant du VI^e au II^e siècle av. J.-C. à Taxila. Etant donné les menaces prouvées et potentielles qui portent atteinte à l'authenticité et à l'intégrité de ces deux sites, le Comité a demandé à l'Etat partie de prendre des mesures correctives d'urgence pour restaurer les structures hydrauliques des Jardins de Shalimar et d'envisager de supprimer le stade de football qui a un impact négatif sur les vestiges archéologiques de Bhir Mound. Le Comité a demandé à l'Etat partie de faire rapport sur les mesures prises pour examen par la vingt-quatrième session du Bureau. Si le Bureau jugeait que les valeurs de patrimoine mondial avaient été compromises, il recommanderait au Comité d'envisager l'inscription de ces sites sur la Liste du patrimoine mondial en péril à sa vingt-quatrième session, étant donné les menaces pesant sur ces sites.

Notant la nécessité d'élaborer un plan de gestion d'ensemble pour le Fort et les Jardins de Shalimar à Lahore, le Comité a demandé au Centre du patrimoine mondial d'organiser d'urgence une mission de suivi réactif qui serait effectuée par les organismes consultatifs à Lahore. Le Comité a demandé que l'ICCROM entreprenne une consultation avec les autorités nationales au cours de cette mission pour débattre des propositions de protection du plafond aux miroirs du Shish Mahal. Le Comité a demandé aux organismes consultatifs et au Centre du patrimoine mondial de faire rapport sur les conclusions et recommandations de la mission pour examen par la vingt-quatrième session du Bureau ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 24^e session ordinaire, Cairns (Australie), 27 novembre - 2 décembre 2000, *WHC-2000/CONF.204/21*, 16 février 2001, p. 29.

2000 – « (...) Le Comité a su gré aux autorités pakistanaïses de prendre les mesures nécessaires pour atténuer les menaces causées par la construction du stade à Bhir Mound sur le site de Taxila ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15A de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial en péril », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15A Rev*, 21 juin 2004, p. 33.

2004 – « Le Comité du patrimoine mondial, à sa 24^e session en 2000, a approuvé l'allocation d'une assistance d'urgence de 50 000 dollars EU pour établir un plan de gestion d'ensemble et entreprendre des mesures de consolidation et de conservation des ouvrages hydrauliques. Le 4 mars 2004, le gouvernement pakistanais a présenté un plan de travail révisé et une nouvelle ventilation du budget pour la mise en œuvre du projet, selon la recommandation du Comité.

Un projet sur deux ans pour la préservation du Fort de Lahore, financé par le gouvernement norvégien, en coopération avec le Bureau de l'UNESCO à Islamabad (900 000 dollars EU), a été lancé en mars 2003. Ce projet est centré sur un examen détaillé des problèmes et des menaces qui pèsent sur le Fort de Lahore – et en particulier le Shish Mahal – et

l'établissement d'un nouveau plan directeur pour la conservation et la préservation du Fort de Lahore.

*

SITE - LAC BAÏKAL

Une mission du Centre du patrimoine mondial s'est rendue à Islamabad et Lahore en juin 2003 pour donner suite aux mesures correctives recommandées par le Comité du patrimoine mondial pour le Fort de Lahore et les Jardins de Shalimar. S'agissant de la conservation du bien, la mission a indiqué qu'il était urgent de :

a) résoudre le problème général de drainage, d'augmentation des taux d'humidité et des réactions chimiques qui endommagent toutes les structures du site, avant d'entreprendre tout travail de restauration ;

b) contrôler et réguler les flux de visiteurs en limitant et en interdisant les visites de certaines zones.

En outre, concernant les Jardins de Shalimar, la mission a aussi recommandé de :

a) régler le problème d'empiétements urbains sur les côtés Est et Nord du bien, afin de réduire les dommages causés au mur extérieur par l'infiltration des eaux de surface ;

b) entreprendre les travaux de déviation de la Grand Trunk Road, et aménager une zone de protection le long du mur Sud ;

c) réparer dès que possible les réseaux d'alimentation en eau et de drainage de l'ensemble des Jardins, pour éviter toute nouvelle détérioration ».

*

RUSSIE (FEDERATION DE)

Question(s) soulevée(s) - Projet de construction d'un oléoduc menaçant l'intégrité du site.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 25^e session ordinaire, Helsinki (Finlande), 11 – 16 décembre 2001, WHC-01/CONF.208/24, 8 février 2002, p. 31 ; COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 25^e session ordinaire, Helsinki (Finlande), 11 – 16 décembre 2001, WHC-01/CONF.208/24, 8 février 2002, p. 32.

2001 – « Le Comité a noté que, suite à la recommandation de sa vingt-quatrième session, l'Etat partie a invité une mission UNESCO-UICN sur le site. Cette mission, qui a eu lieu du 25 août au 3 septembre 2001, a été dirigée par un représentant de l'UICN et le Directeur du Bureau de l'UNESCO à Moscou, représentant le Centre du patrimoine mondial. Le Comité a été informé que le rapport intégral de la mission a été présenté à la vingt-cinquième session extraordinaire du Bureau qui a noté, en particulier, une série de problèmes récurrents et de nouvelles menaces potentielles qui, selon l'UICN, menacent sérieusement l'intégrité du site.

Le Comité a noté l'inquiétude exprimée par le Bureau devant un certain nombre de nouvelles menaces potentielles à l'intégrité du site, en particulier la confirmation du projet de construction d'un oléoduc et d'un gazoduc vers la Chine et l'accord d'une licence à la compagnie Buryat Gas par le Gouvernement de la République de Bouriatie.

Le Comité a également été informé qu'un certain nombre de membres du Bureau ont constaté l'absence d'indications de l'Etat partie au sujet de l'inscription du site sur la Liste du patrimoine mondial en péril et la tenue d'un certain nombre de réunions de consultation sur ce point entre la Délégation de la Russie, l'UICN, le Directeur du Bureau de l'UNESCO à Moscou et les membres du personnel du Centre. En conclusion, il s'est avéré nécessaire de mener des consultations pour commenter les conclusions de la mission au lac Baïkal ».

« Enfin, le Comité a demandé que l'Etat partie apporte de toute urgence des réponses à ces questions, et ce avant le 1^{er} février 2002, notamment en ce qui concerne la construction d'un oléoduc et d'un gazoduc vers la Chine, les impacts potentiels de cette nouvelle installation sur l'intégrité du site, et le projet de prospection gazière et pétrolière dans le delta de la Selenga. ***Le Comité a demandé, en outre, au Centre du patrimoine mondial de faire tout son possible pour encourager la Banque mondiale, le FEM, l'UNF et d'autres bailleurs de fonds internationaux à fournir un appui urgent, sous forme de prêts à taux réduit, de subventions et de projets afin de soutenir les efforts de l'Etat partie dans le traitement des questions complexes de conservation et de développement que pose le Lac Baïkal*** ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/7B*, 12 juin 2003, p. 16.

2003 – « Oléoduc : Le pipeline sera construit sans aucun doute. Les autorités préfèrent qu'il y en ait un au lieu de deux et qu'il soit construit aussi loin que possible du lac Baïkal, mais en aucun cas au bord du lac. Le Ministre a confirmé que le premier projet n'avait pas reçu l'approbation de l'expertise écologique ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15B de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15B*, 15 Juin 2004, p. 35.

2004 – « (e) Gazoduc/oléoduc : Le rapport de l'Etat partie signale que l'évaluation d'impact environnemental (EIE) de ce projet – qui avait étudié ses impacts potentiels sur le Lac Baïkal ainsi que les questions de sécurité environnementale lors de la construction et du fonctionnement des pipelines – n'a pas été approuvée par la Commission fédérale qui l'a étudiée. Cette Commission a recensé plusieurs risques associés au développement de ce projet dans une zone de grande instabilité géologique où les séismes sont très fréquents. De plus, les différents tracés proposés traversaient des aires strictement protégées, ce qui est interdit par la Loi fédérale sur la protection de l'environnement ».

*

SENEGAL

*

SITE - PARC NATIONAL DE NIOKOLO Koba

Question(s) soulevée(s) - Construction d'une route au coeur d'un parc protégé bénéficiant d'un financement multilatéral (BIRD).

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 12^e session ordinaire, Paris, 11-15 décembre 1989, SC-89/CONF.004/12, 22 décembre 1989, p. 5.

1989 - « Le Comité a rappelé qu'il existait un projet de construction à l'intérieur de ce parc d'une très grande route qui risquait d'altérer sérieusement ses valeurs naturelles et que le Bureau avait exprimé sa préférence pour un tracé alternatif en dehors du parc. Conformément à la recommandation du Bureau, le Directeur général de l'Unesco avait, le 1^{er} août 1989, écrit au Président du Sénégal, A. Diouf, pour lui faire part de la préférence du Bureau pour un tracé alternatif. Le Secrétariat a informé le Comité que, lors d'une réunion tenue à Dakar le 14 novembre 1989, les autorités du Sénégal avaient cependant fait part de leur intention de poursuivre le projet de construction de la route à travers le parc. *La Banque mondiale avait informé le Secrétariat de ce qu'elle était impliquée dans le projet, dont le financement devait être assuré par des donateurs qui lui sont associés, dans le cadre de la préparation du programme de crédit secteur transport, et dont ce projet devait faire partie. Après avoir étudié les documents qui lui avaient été adressés par le Sénégal, la Banque avait conclu que le projet alternatif en dehors du parc n'avait pas été suffisamment examiné. Le Comité s'est rallié à la proposition de la Banque de mener à bien une étude plus détaillée du tracé alternatif ; une mission de la Banque était d'ailleurs actuellement sur le terrain pour évaluer cette question.* Le Comité a demandé au Secrétariat de contacter les

autorités du Sénégal pour leur rappeler leur responsabilité de maintenir l'intégrité de ce bien et leur offrir sa pleine coopération dans la recherche d'une solution susceptible d'assurer la sauvegarde de ce bien naturel du patrimoine mondial. Le Comité a également demandé au Secrétariat de contacter la Banque mondiale pour l'informer de son avis ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 14^e session ordinaire, Banf, Alberta, (Canada), 7-12 décembre 1990, CC-90/CONF.004/13, 12 décembre 1990, p. 12.

1990 – « Le Comité a noté avec satisfaction qu'à la suite des préoccupations exprimées par le Bureau, une étude comparative avait été menée, avec l'appui du Fonds du patrimoine mondial, sur les impacts sur l'environnement des deux projets de route, à travers et au nord du parc. Les résultats de l'étude, qui venait d'être achevée, n'ont toutefois pas pu être portés à la connaissance du Comité. Le Secrétariat les communiquera au Bureau à sa prochaine session ».

*

SLOVENIE

*

SITE - GROTTES DE SKOCJAN

Question(s) soulevée(s) - Projet de construction de barrages sur les affluents d'un fleuve susceptible d'altérer le site protégé (1) / Construction de nombreuses éoliennes à quelques kilomètres du site

(impacts visuels et physiques possibles sur le site)
(2).

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 15B de l'ordre du jour provisoire : Examen de l'état de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 28^e session ordinaire, Suzhou (Chine), 28 juin – 7 juillet 2004, *WHC-04/28.COM/15B*, 15 Juin 2004, p. 45.

2004 – « L'Etat partie, par lettre du 12 février 2004 au Directeur général de l'UNESCO, a fourni des informations sur la Loi sur l'Aménagement du territoire (Gazette officielle de la République de Slovénie des 10/02 et 8/03) qui marque le démarrage de la procédure de rédaction d'un plan détaillé d'aménagement du territoire d'importance nationale afin d'assurer l'approvisionnement en eau potable de l'Istrie slovène et des zones karstiques de l'arrière-pays. Les mesures prévues visent la zone d'impact plus large des Grottes de Skocjan. Plusieurs plans concernant l'utilisation durable des ressources naturelles ont été établis et évalués. Une étude a aussi été effectuée sur tout impact potentiel ; elle s'intitule « Alimentation durable en eau de la région côtière et karstique de l'arrière-pays – Etude des ressources hydrauliques en vue de trouver une solution à long terme et spécifique à la région ». *Il est proposé de construire des barrages sur les affluents de la Reka* (pour un volume d'environ 9 millions de m³ et une hauteur maximale de 40 m). La décision finale sera adoptée lors de la procédure d'adoption du Plan d'Aménagement détaillé d'importance nationale, fondée sur la législation nationale et les évaluations d'impact environnemental (EIE) nécessaires – qui inclut les impacts sur la situation hydrologique des Grottes de Skocjan. *L'Etat partie a confirmé que le projet a été*

proposé pour financement par le fonds de cohésion de l'Union européenne et qu'il se conformera à la législation nationale et européenne.

L'UICN a noté que ces informations sont tout à fait bienvenues mais que le rapport de l'Etat partie ne s'étend pas sur les solutions techniques proposées pour éviter les impacts sur le site; le rapport n'est pas non plus accompagné d'une copie de l'EIE. Le Centre du patrimoine mondial et l'UICN ont récemment reçu un certain nombre de lettres d'ONG, de scientifiques, de représentants de communautés locales et de particuliers très préoccupés du *projet d'installation d'un ensemble d'éoliennes sur le plateau de Vremščica, à 4 km seulement du bien du patrimoine mondial. Ce plateau est formé du même type de roche que celui qui a abouti à la création des Grottes de Skocjan et il est donc dynamiquement associé au réseau karstique des grottes. Le projet prévoit l'installation de 90 éoliennes à voiles – structures en ciment de 82 m de haut dotées de voiles, atteignant 52 m de diamètre et pesant plus de 10 tonnes. Ces informations insistent sur les impacts que ces installations pourraient avoir sur la flore et la faune, ainsi que sur les valeurs esthétiques du paysage.*

Bien que l'aménagement proposé soit situé en dehors du bien du patrimoine mondial, l'UICN craint que les travaux de construction nécessaires à l'installation des éoliennes n'aient un impact potentiel sur les grottes. Cette construction impliquerait un déblaiement du terrain, un compactage et la création de profondes et solides fondations pour chacun des piliers qui soutiennent les éoliennes. En raison des caractéristiques géologiques de la région, une construction de ce genre va inévitablement exiger l'utilisation

d'explosifs, ce qui peut évidemment entraîner d'importants impacts sur les grottes voisines et leurs spéléothèmes. Comme l'indiquent les *Guidelines for Cave et Karst Protection* (Lignes directrices pour la protection des grottes et du karst) de l'UICN, les grottes et réseaux karstiques sont spécialement vulnérables. Ce genre d'aménagement peut avoir des effets irréversibles sur l'intégrité du site et les impacts peuvent affecter les valeurs essentielles justifiant l'inscription du site sur la Liste du patrimoine mondial. En effet, l'utilisation d'explosifs associée au mouvements terrestres sur le plateau de Vremščica, à 4 km seulement du bien du patrimoine mondial, peut entraîner l'écroulement de certaines des grottes.

De plus, l'UICN a signalé dans son rapport d'évaluation du site, lors de l'inscription, l'importance du paysage culturel associé au site, soulignant que «un important motif de préoccupation concernant l'intégrité du bien est la possibilité d'aménagement inapproprié dans la zone entourant le site. Il faut veiller à l'amélioration de la planification pour s'assurer que le paysage culturel du site reste authentique et naturel ». Toutefois, comme l'indiquent de nombreuses communications reçues, le projet d'installation d'un ensemble d'éoliennes aurait un important impact esthétique et visuel sur ce paysage culturel.

Par ailleurs, l'UICN a été informée que le Conseil d'experts du Parc régional Skocjanske et l'Autorité de gestion du Parc ont tous deux convenu que le projet d'ensemble d'éolienne dans la zone voisine du bien du patrimoine mondial et/ou dans le périmètre du Parc régional n'est pas acceptable et que les plans doivent être refusés. Ces conclusions ont été largement diffusées et envoyées aux autorités nationales. Il semble toutefois que le Ministère de

l'Environnement, de l'Aménagement du Territoire et de l'Energie n'ait pas fourni de déclaration claire sur le projet d'aménagement et c'est à l'autorité locale qu'il revient de décider d'approuver l'emplacement selon ses plans d'aménagement du territoire et d'urbanisme ».

*

SUEDE

*

SITE - GRAVURES RUPESTRES DE TANUM

Question(s) soulevée(s) - Projet d'amélioration d'une route, sous financement de l'Union européenne, traversant le site inscrit sur la Liste du patrimoine mondial.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 22^e session ordinaire, Kyoto (Japon), 30 novembre - 5 décembre 1998, <i>WHC-98/CONF.203/18</i>, 29 janvier 1999, pp. 25-26.

1998 – Projet d'amélioration de la route E6, financé par l'Union européenne : la route E6 actuelle traverse la partie centrale-orientale du site du patrimoine mondial. L'administration suédoise chargée des routes a présenté différentes options pour le tracé de l'E6. Trois des corridors routiers possibles traverseraient de manière importante le site du patrimoine mondial. L'équipe de la mission a jugé ces suggestions acceptables. Toutefois, une solution de remplacement élaborée au cours de la mission, bien que proposant une traversée du site du patrimoine mondial, aurait un impact minimum sur

la continuité du paysage du site du patrimoine mondial et n'aurait pas d'incidence sur les sites de gravures rupestres en tant que tels. La route E6 actuelle traverse la partie centrale-orientale du site du patrimoine mondial. L'administration suédoise chargée des routes a présenté différentes options pour le tracé de l'E6. Trois des corridors routiers possibles traverseraient de manière importante le site du patrimoine mondial. L'équipe de la mission a jugé ces suggestions acceptables. Toutefois, une solution de remplacement élaborée au cours de la mission, bien que proposant une traversée du site du patrimoine mondial, aurait un impact minimum sur la continuité du paysage du site du patrimoine mondial et n'aurait pas d'incidence sur les sites de gravures rupestres en tant que tels.

Pour ce qui est des options qui ne toucheraient pas le site du patrimoine mondial, il a été reconnu que l'impact de la route dite "route verte" sur les valeurs naturelles et paysagères de la zone située à l'est du site du patrimoine mondial serait jugé inacceptable. Toutefois, l'ICOMOS et le Centre du patrimoine mondial ont demandé que l'on mène de nouvelles études approfondies sur route dite "route bleue" (à l'ouest du site du patrimoine mondial, près de la côte) qui représenterait la meilleure solution car cela éviterait toute incursion dans le périmètre du site du patrimoine mondial.

« A l'invitation du directeur des monuments et des sites de l'administration du comté de Västra Götaland, le Centre du patrimoine mondial et l'ICOMOS ont entrepris une mission à Tanum en septembre 1998 pour discuter du projet d'amélioration de la route E6, financé par l'Union européenne. La mission a étudié plusieurs options pour le tracé de l'E6 et a exprimé sa préférence pour celles qui éviteraient le site du patrimoine mondial. Il a été estimé, toutefois, qu'une solution de

remplacement élaborée au cours de la mission, bien que proposant une traversée du site du patrimoine mondial, aurait un impact minimum sur la continuité du paysage du site du patrimoine mondial et n'aurait pas d'incidence sur les sites de gravures rupestres en tant que tels.

Le Comité s'est déclaré satisfait du fait d'avoir été consulté sur ce projet à un stade aussi précoce de mise en œuvre. Il a recommandé que cette consultation soit considérée comme un précédent souhaitable pour les autres Etats parties. Par ailleurs, il a demandé à l'Etat partie d'étudier plus attentivement la possibilité d'utiliser la "route bleue" qui passe à l'ouest du site du patrimoine mondial. Au cas où cela ne serait pas possible pour des raisons d'ingénierie ou des raisons sociales et/ou financières, le Comité a demandé à l'Etat partie d'étudier plus attentivement l'itinéraire de remplacement traversant le site du patrimoine mondial, tel qu'il a été élaboré durant la mission ».

*

TANZANIE

*

SITE - ZONE DE CONSERVATION DE NGORONGORO

Question(s) soulevée(s) - Travaux routiers à proximité du site ayant entraîné des dégâts écologiques et esthétiques considérables sur ce dernier.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 21 de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation de biens inscrits sur la Liste du

patrimoine mondial », 26^e session ordinaire, Budapest (Hongrie), 24-29 juin 2002, *WHC-02/CONF.202/17*, 5 décembre 2002, p. 6. ; COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 26^e session ordinaire, Budapest (Hongrie), 24-29 juin 2002, *WHC-02/CONF.202/25*, 1 août 2002, p. 33.

2002 – « Le rapport fait une large place aux travaux routiers, notamment ceux de 1998 qui sont à l'origine de dégâts écologiques et esthétiques considérables. Il s'agit principalement de travaux d'élargissement, de creusement de carrières (pour récupérer des matériaux de construction pour les routes) et de création de bas-côtés, de fossés et de canaux. Ils ont eu pour effet d'empêcher le drainage, de détourner l'eau du marais de Gorigor et d'augmenter le déversement direct de l'eau dans le lac Makat. Cela signifie que l'eau et les solides dissous qui, normalement, auraient coulé dans les zones humides et s'y seraient évaporés, se déversent désormais directement dans le lac, ce qui a une incidence sur la chimie de ses eaux. Ce détournement de l'eau a également eu des effets sur les marécages à hippopotames et empêche l'inondation de la prairie pendant la saison des pluies ».

« Le Comité du patrimoine mondial (...) invite l'Etat partie à envisager un moratoire sur de nouveaux aménagements à l'intérieur et autour du cratère (Highlands), tant que les impacts des hôtels, du réseau routier et autres aménagements touristiques existants n'auront pas été évalués, en insistant plus particulièrement sur l'utilisation de l'eau ».

—

SITE - PARC SERENGETI

Question(s) soulevée(s) - Projet de centrale hydroélectrique sur un fleuve dans un Etat voisin susceptible d'assécher les terres du site classé.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 21 de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation de biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 26^e session ordinaire, Budapest (Hongrie), 24-29 juin 2002, *WHC-02/CONF.202/17*, 5 décembre 2002, p. 7.

2002 – « Le Centre et l'UICN ont rendu compte à la 25 session du Bureau (Helsinki, décembre 2001) des impacts potentiels sur les écosystèmes de Serengeti et du Mara du projet de centrale hydroélectrique sur le fleuve Ewaso Ng'iro, au Kenya, notamment la migration des gnous dans le site du patrimoine mondial. Ils ont noté l'importance, dans ce contexte, du bassin hydrographique du Mara pour le site. Comme mentionné dans la section précédente consacrée au mont Kenya, le gouvernement kenyan a donné en novembre 2001 le feu vert pour le déclassement de plus de 85000 hectares de ce qui reste des forêts kenyanes (estimées couvrir entre 2 et 10 % de la surface du pays). La forêt de Mau devait ainsi perdre quelque 60000 hectares de terres au profit d'établissements humains. Cette forêt, qui est l'une des dernières forêts denses humides du Kenya, sert de bassin hydrographique à une rivière, l'Amala, principal affluent du Mara. Le Mara joue un rôle capital dans la migration annuelle vers Serengeti, migration pour laquelle le site est inscrit au patrimoine mondial. Selon certaines informations, le déclassement de la forêt de Mau aura des répercussions significatives sur les utilisateurs traditionnels de la forêt, les Ogiek. La forêt de Mau alimente en eau 40 % du Kenya et cinq des six

principaux cours d'eau qui arrosent la vallée du Rift sont devenus saisonniers depuis quelques années ; la déforestation du bassin hydrographique est considérée comme un facteur majeur de ce phénomène. L'UICN note que le défrichage annoncé de la forêt de Mau et ses impacts potentiels sur le Mara rendent encore plus impératives une gestion intégrée du bassin hydrographique et la collaboration transfrontalière ».

*

UKRAINE

*

SITE - KIEV : CATHEDRALE SAINTE-SOPHIE ET ENSEMBLE DES BATIMENTS MONASTIQUES ET LAURE DE KIEVO-PETCHERSK

Question(s) soulevée(s) - Construction de divers ouvrages privés (parkings sous-terrains, de centre de remise en forme et d'une piscine) causant une inondation d'une partie des bâtiments inscrits sur la Liste.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Point 7B de l'ordre du jour provisoire : Etat de conservation des biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial », 27^e session ordinaire, Paris, Siège de l'UNESCO, 30 juin – 5 juillet 2003, *WHC-03/27.COM/7B*, 12 juin 2003, p. 67.

2003 – « Le 26 juillet 2002, des habitants préoccupés ont informé le Centre de travaux de construction à proximité de la cathédrale Sainte-Sophie. Selon leur rapport, un parking souterrain de deux étages, une piscine et un centre de mise en forme seraient en construction. De grands murs de béton auraient

bloqué le drainage de sources souterraines, ce qui a fait monter l'eau dans les fondations de la cathédrale et du clocher. Ce rapport insiste sur la déstabilisation du sol, prétendument causée par la modification du cours de l'eau, ce qui a entraîné des fissures dans le bâtiment, étant donné que Sainte-Sophie est construite sur des sables mouvants. ***Le 23 septembre 2002, les autorités nationales ont répondu par un rapport signalant l'interruption des projets de construction et l'élaboration actuelle d'un plan d'action pour 2002-2004 en matière de recherche et de restauration, ainsi que d'un programme de conservation jusqu'en 2010. La Commission nationale ukrainienne pour l'UNESCO a déclaré le 28 janvier 2003 que la construction du centre de mise en forme avec piscine avait été effectuée en violation de la réglementation de l'Ukraine, que la construction était donc suspendue, et que des mesures avaient été prises pour contrecarrer l'impact de la construction. (...) Le 17 février 2003, des habitants inquiets ont pourtant de nouveau informé le Centre de la reprise des travaux de construction précédemment interrompus ».***

*

VIETNAM

*

SITE - BAIE D'HA-LONG

Question(s) soulevée(s) - Construction d'un port financé par un Etat partie à la Convention sur le territoire d'un autre Etat (et de nature à porter atteinte à l'intégrité du site protégé).

Référence - Comité du patrimoine mondial (Unesco), « Rapport du rapporteur », 19^e session ordinaire, Berlin (Allemagne), 4-9 décembre 1995, *WHC-95/CONF.203/16*, 31 janvier 1996, p. 20.

« Le Comité a rappelé que le site a été inscrit sur la Liste du patrimoine mondial en 1994 et il a pris note d'un rapport présenté par l'UICN. Ce rapport souligne deux menaces potentielles pour le site : (a) un nouveau port doit être construit dans la baie qui ferait passer des navires de gros tonnage à travers le site et (b) une licence pour un vaste hôtel flottant sur le site qui renforcerait encore la forte pression touristique dans la baie. *Le Délégué du Japon a fourni de plus amples informations sur le soutien financier apporté au projet par des organismes d'aide japonais pour un montant de 100 millions de \$ EU. Il a souligné que le projet est encore à l'étude et que ses impacts écologiques seront évalués. La décision définitive n'a pas été prise mais le projet est considéré comme important pour la poursuite du développement économique du Viet-Nam. La Déléguée du Canada a soulevé le problème de l'action des sociétés privées et s'est référée à l'Article 6.3 de la Convention qui stipule que : « Chacun des Etats parties à la présente Convention s'engage à ne prendre délibérément aucune mesure susceptible d'endommager directement ou indirectement le patrimoine culturel et naturel ... situé sur le territoire d'autres Etats parties à cette Convention ».* Elle a demandé si une intervention pouvait être faite pour réduire les menaces pesant sur le site. Le Comité a demandé au Centre de prendre contact avec les autorités vietnamiennes pour avoir de plus amples informations sur les menaces potentielles et les mesures prises pour les réduire »

*

YEMEN

*

SITE - VILLE HISTORIQUE DE ZABID

Question(s) soulevée(s) - Projet d'adduction des eaux partiellement garanti par une agence de crédit à l'exportation européenne et de nature à porter atteinte à l'intégrité du site protégé.

Référence - Comité du patrimoine mondial (Unesco), « Rapport du rapporteur », 20^e session ordinaire, Mérida (Mexique), 2-7 décembre 1996, *WHC-96/CONF.201/21*, 10 mars 1996, p. 64.

« Le Bureau du patrimoine mondial, lors de sa vingtième session, avait été informé que des travaux de rénovation menaçant gravement l'authenticité et l'intégrité de la Grande Mosquée de Zabid avaient été entrepris par les autorités locales (...) : un projet d'adduction d'eau programmé par la National Water and Sewerage Authority of Yemen et le Ministère allemand de la Coopération (BMZ), **et financé par une agence allemande (KfW)**, risquait de faire peser un danger majeur sur la préservation des monuments de la ville. A la suite de consultations avec les autorités yéménites et allemandes, le Secrétariat a été informé par la Délégation de l'Allemagne qu'un accord avait été conclu avec les autorités yéménites et que le projet d'adduction d'eau intégrera un système d'évacuation des eaux usées (...) afin d'éviter toute détérioration (des) monuments culturels »

*

ZAÏRE

*

SITE - PARC NATIONAL DE KAHUZI-BIEGA

Question(s) soulevée(s) - Construction d'une route au coeur d'un parc inscrit sur la Liste du patrimoine mondial. Financement accordée par l'Agence allemande d'aide au développement.

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 14^e session ordinaire, Banf, Alberta, (Canada), 7-12 décembre 1990, CC-90/CONF.004/13, 12 décembre 1990, pp. 14-15.

1990 – « Le Comité a noté avec préoccupation le projet de construction d'une grande route sur le tracé d'une ancienne route à très faible circulation à travers le parc. Si une telle route était construite, elle deviendrait la principale voie de liaison entre les régions à forte densité des grands lacs d'Afrique

centrale et la partie navigable du fleuve Zaïre. Le Comité a noté qu'il existait une solution alternative au tracé au nord du parc de Kahuzi-Biega et a demandé qu'une étude comparative des impacts des deux tracés soit effectuée. Le Comité a chargé le Secrétariat de saisir les autorités du Zaïre *ainsi que l'Agence allemande d'aide au développement (KWF)* pour leur faire part de cette demande et de faire rapport sur cette question au Bureau à sa prochaine session ».

Référence - COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL (UNESCO), « Rapport du rapporteur », 15^e session ordinaire, Carthage, 9-13 décembre 1991, SC-91/CONF.002/15, 12 décembre 1991, p. 16.

1991 – « Le Comité a noté avec satisfaction que le gouvernement du Zaïre et le Ministère allemand pour la coopération (BMZ) avaient renoncé à la construction d'une route à travers ce parc (...) ».

BIBLIOGRAPHIE THEMATIQUE

AMENAGEMENT DE LA MER

Ouvrages spécialisés

ANDERSON D., *Modern Law of the Sea : Selected Essays*, Martinus Nijhoff, 2008, 623 p.

ANDREONE G., CALIGIURI A., CATALDI G. (Dirs.), *Droit de la mer et émergences environnementales – Law of sea and environmental emergencies*, Rome : Editoriale Scientifica, 2012, 404 p.

CAMINO H., COGLIATI-BANTZ V. P., *The Legal Regime of Straits. Contemporary Challenges and Solutions*, Cambridge University Press, 515 p.

CARLETON Ch., « Problems Relating To Non-Natural And Man-Made Basepoints Under UNCLOS », in SYMMONS C. R. (Dir.), *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 31-66.

CHAPPEZ J., « Les câbles sous-marins de télécommunications », *AFDI*, vol. 32, 1986, pp. 760-778.

CHARLES H., « Les îles artificielles », *RGDIP*, 1967, pp. 342 et s.

DE SANTO E. M., « Environmental Justice Implications of Maritime Spatial Planning in the European Union », *Marine Policy*, vol. 35, n° 1, 2011, pp. 34-38.

HONEIN S. E., *The international law relating to offshore installations and artificial islands : an industry report*, Colchestern, Essex : Lloyd's of London Press, 1991, 112 p.

MACK G., *The land divided : a history of the Panama Canal and other isthmian canal projects*, New-York : Octagon Books, 1974, 650 p.

MCADAM J., *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford University Press, 2012, 319 p.

NOLON J. R. (Dir.), *Compendium of Land Use Laws for Sustainable Development*, New York :

Cambridge University Press, Coll. « IUCN Academy of Environmental Law research studies », 2006, 442 p.

NORDQUIST M. H., KOH T. T. B., MOORE J. N. (Dirs.), *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, Martinus Nijhoff, Coll. « Center for Oceans Law and Policy », 2009, 623 p.

NORDQUIST M. H. (Dir.), *Legal Challenges in Maritime Security*, Martinus Nijhoff, Coll. « Center for Oceans Law and Policy », 2008, 504 p.

NORDQUIST M. H., LONG R., HEIDAR T. H., MOORE J. N. (Dirs.), *Law, Science and Ocean Development*, Martinus Nijhoff, 2007, 850 p.

NORDQUIST M. H., MOORE J. N., FU K.-Ch. (Dirs.), *Recent Developments in the Law of the Sea and China*, Martinus Nijhoff, 2006, 516 p.

PAPADAKIS N., *The international legal regime of artificial islands*, Leiden : Sijthoff, Coll. « Sijthoff publications on ocean development », 1977, 277 p.

SOONS A. H. A., *Artificial islands and installations in international law*, Kingston : Law of the Sea Institute, University of Rhode Island, Coll. « Occasional paper - Law of the Sea Institute », n° 21, 1974, 22 p.

SYMMONS C. R. (Dir.), *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, 2011, 360 p.

WORZYK T., *Submarine Power Cables Design, Installation, Repair, Environmental Aspects Power Systems*, Springer, Coll. « Power systems », 2009, 316 p.

Articles

AGREBI M., « La Chine achève la construction de deux phares sur les îles Spratly », *Sentinelle*, Bull. 449, 18 octobre 2015.

ALEXOPOULOS A. B., « The Legal Regime of Uninhabited Islets and Rocks in International Law :

the Case of the Greek Seas », *Revue hellénique de droit international*, vol. 56, n° 1, 2003, pp. 131-151.

ARENAS F. B., « Cyberspace jurisdiction and the implications of Sealand », *Iowa law review*, vol. 88, n° 5, 2003, pp. 1165-1203.

BEAZLEY P. B., « Reefs and the 1982 Convention on the Law of the Sea », *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, vol. 6, n° 4, 1991, pp. 281-312.

BROWN E. D., « The significance of a possible EC EEZ for the law relating to artificial islands, installations, and structures, and to cables and pipelines, in the exclusive economic zone », *Ocean development and international law*, vol. 23, n° 2/3, 1992, pp. 115-144.

CAMERON E., « The Human Dimension of Global Climate Change », *Hastings West-Northwest Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 15, 2009, pp. 1-30.

CANADIAN MARITIME LAW ASSOCIATION, « Background paper for an international convention on offshore units, artificial islands and related structures used in the exploration for and exploitation of petroleum and seabed mineral resources », *Il diritto marittimo*, vol. 9, 1995, pp. 34-47.

CANIZZARO E., « Pouvoirs discrétionnaires des Etats et proportionnalité dans le droit de la mer », *RGDIP*, 2002, pp. 241-268.

CARON D. D., « Climate Change, Sea Level Rise and the Coming Uncertainty in Oceanic Boundaries : a Proposal to avoid Conflict », in HONG S. H., VAN DYKE J. M. (dirs.), *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Nijhoff, 2009, pp. 1-17.

CARON D. D., « When Law Makes Climate Change Worse : Rethinking the Law of Baselines in Light of a Rising Sea Level », *Ecology Law Quarterly*, vol. 17, 1990, pp. 621-653.

CHARLEY J. I., « Rocks that cannot sustain human habitation », *American journal of international law*, vol. 93, n° 4, 1999, pp. 863-878.

COGLIATI-BANTZ V. P., « My Platform, my State : the Principality of Sealand in International Law », *The Journal of International Maritime Law*, vol. 18, n° 3, 2012, pp. 227-250.

CONROY M., « Sealand : the Next Haven ? », *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 27, n° 1, 2003, pp. 127-151.

CORELL H., « Baltic Sea Gas Pipeline : International Law for Geostrategic Issues », in VIDAS D., SCHEI P. J. (Dir.), *The World Ocean in Globalisation : Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, Nijhoff, 2011, pp. 495-505.

DANILTSEV M. A., « Security zones around artificial structures situated on continental shelf », *Žurnal međunarodnogo časnogo prava – Journal of International Private Law*, Russian association of international law, 2009, pp. 37-45.

DAVENPORT T., « Submarine Communications Cables and Law of the Sea », *Ocean Development and International Law*, vol. 43, n° 3, 2012, pp. 201-242.

DEN E., « Disputed islets and Rock in the Aegean Sea », *Turkish Yearbook of international relations*, 2000, vol. 29, 2000, pp. 131-155.

DENNIS T. A., « The Principality of Sealand: Nation Building by Individuals », *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 10, n° 1, 2002, pp. 261-296.

DIAZ L., DUBNER B. H., PARENT J., « When is a « Rock » an « Island »? : Another Unilateral Declaration Defies "Norms" of International Law », *Journal of International Law and Practice*, vol. 15, n° 3, 2007, pp. 519-555.

DOORN H.R., ROUW C.J., « Report of the discussion on the international law aspects of artificial islands at the 1974 annual meeting of the Netherlands international law association », *Netherlands international law review*, vol. 21, 1974, pp. 163-169.

DUBNER B. H., « The Spratly « Rocks » dispute : a « Rockapelago » defies norms of international law », *Temple international and comparative law journal*, vol. 2, 1995, pp. 291-331.

DWYER K., « UNCLOS : Securing the United States' Future in Offshore Wind Energy », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, n° 1, 2009, pp. 265-290.

FAYLE K., « Sealand Ho ! Music Pirates, Data Havens, and the Future of International Copyright Law », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 29, n° 2, 2005, pp. 247-266.

FÜBER K., MARCUS L., NASTASI G., « Bridge over the Straits of Messina », *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 7, n° 2, 2010, pp. 245-266.

GAGAIN M., « Climate Change, Sea Level Rise, and Artificial Islands : Saving the Maldives' Statehood and Maritime Claims Through the "Constitutions of the Oceans" », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 23, n° 1, 2012, pp. 77-120.

GJETNES M., « The Spratlys : are they rocks or islands ? », *Ocean development and international law*, vol. 32, n° 2, 2001, pp. 191-204.

GRAY J. S., « The role of the International Expert Panel in the environmental management of the Øresund Fixed Link », *International law FORUM du droit international : the journal of the International Law Association*, vol. 1, n° 2, 1999, pp. 77-81.

GREEN M. P., BURNETT D. R., « Security of International Submarine Cable Infrastructure : Time to Rethink ? », in NORDQUIST M. H. (Dir.), *Legal Challenges in Maritime Security*, Martinus Nijhoff, Coll. « Center for Oceans Law and Policy », 2008, pp. 557-584.

HAAS P., « Status and Sovereignty of the Liancourt Rocks: The Dispute between Japan and Korea », *Gonzaga Journal of International Law*, vol. 15, n° 1, 2011, pp. 2-29.

HALLEGATTE S., GREEN C., NICHOLLS R. J., CORFEE-MORLOT J., « Future flood losses in major coastal cities », *Nature Climate Change*, vol. 3, 2013, pp. 802-806.

HAYASHI M., « Sea-level Rise and the Law of the Sea : Future Opinions », in VIDAS D., SCHEI P. J. (Dir.), *The World Ocean in Globalisation : Climate*

Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues, Nijhoff, 2011, pp. 187-206.

HORN L. A., « To Be or not to Be : The Republic of Minerva - Nation Founding by Individuals », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 12, n° 3, 1973, pp. 520-539.

KAISER M. J., « The Louisiana Artificial Reef Program », *Marine Policy*, vol. 30, n° 6, 2006, pp. 605-623.

KAISER M. J., ALLAN G., « A binary choice severance selection model for the removal of offshore structures in the Gulf of Mexico », *Marine Policy*, 2004, pp. 97-115.

KANSMARK J., « The Øresund Link Project », *International construction law review*, vol. 13, n° 2, 1996, pp. 151-176.

KARAGIANNIS S., « Les détroits internationaux reliant la mer territoriale d'un État à la haute mer ou à la zone économique exclusive d'un autre État », *A. D. Mer.*, 2007, pp. 141-226.

KARAGIANNIS S., « Les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre et le droit de la mer », *Revue belge de droit international*, vol. 29, n° 2, 1996, pp. 559-624.

KASOULIDES G. C., « Removal of offshore platforms and the development of international standards », *Marine policy*, 1989, vol. 13, pp. 249-265.

KAYE S., « The Protection of Platforms, Pipelines and Submarine Cables under Australian and New Zealand Law », in KLEIN N., MOSSOP J., ROTHWELL D. R. (Dirs.), *Maritime Security : International Law and Policy Perspectives from Australia and New Zealand*, Routledge, 2010, pp. 187-201.

KAYE S., « International Measures to Protect Oil Platforms, Pipelines, and Submarine Cables From Attack », *Tulane Maritime Law Journal*, vol. 31, n° 2, 2007, pp. 377-423.

KOH T., LIN J., « The Land Reclamation Case : Thoughts and Reflections », *Singapore Yearbook of International law*, vol. 10, 2006, pp. 1-10.

- KOLB R., « L'interprétation de l'article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le Droit de la Mer : les "rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre », *AFDI*, vol. 40, 1995, pp. 876-909.
- KWIATKOWSKA B., SOONS A. H. A., « Entitlement to maritime areas of rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own », *Netherlands yearbook of international law*, vol. 21, 1990, pp. 139-181.
- LABAT B. « Le Cas "Sealand" ou la création d'états artificiels en mer, *Annuaire du droit de la mer*, vol. 5, 2001, pp. 137-164.
- LOTT A., « Marine Environmental Protection and Transboundary Pipeline Projects : a Case Study of the Nord Stream Pipeline », *Merkourios. Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 27, n° 73, 2011, pp. 55-67.
- LYON A. H. E., « The Principality of Sealand, and It's Case for Sovereign Recognition », *Emory International Law Review*, vol. 29, n° 3, 2015, pp. 637-671
- HEIJMANS A. M. J., « Artificial islands and the law of nations », *Netherlands international law review*, vol. 21, 1974, pp. 139-161.
- KOIVUROVA T., PÖLÖNEN I., « Transboundary Environmental Impact Assessment in the Case of the Baltic Sea Gas Pipeline », *German Yearbook of International Law*, vol. 52, 2009, pp. 293-325.
- MACDONALD J. M., « Artificial reef debate : habitat enhancement or waste disposal ? », *Ocean development and international law*, vol. 25, n° 1, 1994, pp. 87-118.
- MACLAUGHLIN R. J., « Coastal state discretion, U.S. policy, and the new IMO guidelines for the disposal of offshore structures : has article 5(5) of the 1958 Continental Shelf Convention been entirely removed ? », *Territorial sea journal*, vol. 1, n° 2, 1991, pp. 245-271.
- MENDES DE LEON P., MOLENAAR E. J., « Still a mile too far ? International law implications of the location of an airport in the sea », *Leiden journal of international law*, vol. 14, n° 1, 2001, pp. 233-245.
- MENEFEER S. P., « Republics of the Reefs : Nation-Building on the Continental Shelf and in the World's Oceans », *California Western International Law Journal*, vol. 25, n° 1, 1994, pp. 81-111.
- MORRIS M. K., KINDT J. W., « The law of the sea : domestic and international considerations arising from the classification of floating nuclear power plants and their breakwaters as artificial islands », *Virginia journal of international law*, vol. 19, 1979, pp. 299-319.
- PHYLACTOPOULOS A., « Artificial islands and installations : a call for international legislative action », *International Relations*, vol. 4, 1972-1974, pp. 427-436.
- PIASKOWSKI-RAFOWICZ S., « Les ponts sur les détroits », *A. D. Mer*, t. 9, 2004, pp. 319-346.
- PICKERING H., « Artificial reefs of bulk waste materials : a scientific and legal review of the suitability of using the cement stabilised by-products of coal-fired power stations », *Marine policy*, vol. 20, n° 6, 1996, pp. 483-497.
- RAYFUSE, R., « W(h)ither Tuvalu ? International Law and Disappearing States », *Univ. of N.S.W. Faculty of Law Research Series*, Working Paper n° 9, (2009), disponible en ligne à l'adresse <http://tinyurl.com/q2jwa3d> (consulté pour la dernière fois le 26 septembre 2015).
- RIPHAGEN W., « International legal aspects of artificial islands », *International Relations*, vol. 4, 1972-1974, pp. 327-347.
- REGLAT-BOIREAU A., « La désaffectation des installations en mer », *AFDI*, vol. 28, 1982, pp. 873-884.
- SAVADOGO L., « Le régime international des câbles sous-marins », *JDI*, 2013, pp. 45-82.
- SCHOFIELD C., « Islands or Rocks - is that the Real Question ? The Treatment of Islands in the Delimitation of Maritime Boundaries », in NORDQUIST M. H. et al. (dirs.), *The Law of the Sea Convention : US Accession and Globalization*, Nijhoff, 2012, pp. 322-340.
- SCHOFIELD C., « The Trouble With Islands : The Definition And Role Of Islands And Rocks In

Maritime Boundary Delimitation », in HONG S.-Y., VAN DYKE J. M. (Dirs.), *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 19-38.

SENER O., « Tunnel channel project versus third bridge project over the Bosphorus Strait », *Marmara Journal of European Studies*, vol. 7, n° 1-2, 1999, pp. 213-232.

SHAW R., « Offshore craft and structures : report to the Legal Committee of the International Maritime Organisation from the International Subcommittee of the Comité Maritime International », in COMITE MARITIME INTERNATIONAL (CMI), *CMI Yearbook*, 1998, pp. 145-162.

SILVERSTEIN A. L., « Okinotorishima : artificial preservation of a speck of sovereignty », *Brooklyn journal of international law*, vol. 16, n° 2, 1990, pp. 409-432.

SIMONET L., « Le gazoduc « Nord Stream » et la mer Baltique : le droit international au service de la préservation d'un espace fragile », *A. D. Mer.*, 2008, tome 13, pp. 81-96.

SONG Y.-H., « Okinotorishima : a "Rock" or an "Island"? : Recent Maritime Boundary Controversy between Japan and Taiwan/China », in HONG S. H., VAN DYKE J. M. (dirs.), *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Nijhoff, 2009, pp. 145-176.

SOONS A. H. A., « The Effects of a Rising Sea Level on Maritime Limits and Boundaries », *Netherlands International Law Review*, vol. 37, n° 2, 1990, pp. 207-232.

SPADI F., « The bridge on the strait of Messina : « lowering » the right of innocent passage ? », *The international and comparative law quarterly*, vol. 50, n° 2, 2001, pp. 411-419.

SUE G., « How much can a Rock get ? A Reflection from the Okinotorishima Rocks », in NORDQUIST M. H. et al. (dirs.), *The Law of the Sea Convention : US Accession and Globalization*, Nijhoff, 2012, pp. 341-368.

SYMMONS C. R., « Maritime Zones from Islands and Rocks », in JAYAKUMAR S., KOH T., BECKMAN R.,

The South China Sea Disputes and Law of the Sea, Edward Elgar, 2014, pp. 55-120.

TAKEI Y., « Law and Policy for International Submarine Cables : an Asia-Pacific Perspective », *The Asian Journal of International Law*, vol. 2, n° 2, 2012, pp. 205-233.

TSALTAS G., BOURTZIS T., ET RODOTHEATOS G., « Artificial Islands and Structures as a Means of Safeguarding State Sovereignty Against Sea Level Rise. A Law of the Sea Perspective », épreuves écrites de l'intervention lors de 6th ABLOS Conference "Contentious Issues in UNCLOS - Surely Not?", International Hydrographic Bureau, Monaco, 25-27 October 2010, disponible en ligne à l'adresse <http://tinyurl.com/odr7dj2> (consulté pour la dernière fois le 29 septembre 2015), 17 p.

VINOGRADOV S., « Challenges of Nord Stream : Streamlining International Legal Frameworks and Regimes for Submarine Pipelines », *German Yearbook of International Law*, vol. 52, 2009, pp. 241-292.

VRANCKEN P., « Submarine Telecommunications Cables in the Territorial Sea : Telkom SA Ltd v MEC for Agricultural and Environmental Affairs, KwaZulu-Natal 2003 4 SA 23 (SCA) », *South African Yearbook of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 282-289.

WASSENBERGH H., « The status and use of an airport on an artificial island », *Air and space law*, vol. 24, n° 4-5, 1999, pp. 177-180.

WECKEL Ph., « Les Etats-Unis face à la muraille de Chine de sable », *Sentinelle*, 15 mai 2015.

WIWATPATTARAKUL P., « Removal of offshore structures : how should it be done in the Gulf of Thailand ? », *Journal of energy & natural resources law*, vol. 13, n° 4, 1995, pp. 267-274.

Rapports

KLINGHOFFER V., *L'élargissement du canal de Panama*, Mémoire (non publié), SCAPEL Ch. (Dir.), Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 2008, 72 p.

ATTAQUE DES OUVRAGES PUBLICS EN SITUATION DE CONFLIT ARME

Ouvrages spécialisés

BOOTHBY W. H., *The law of targeting*, Oxford : Oxford University Press, 2012, 603 p. HENDERSON I., *The Contemporary Law of Targeting : Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff, 2009, 268 p.

Articles

AILINCAI M., « La justification devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie des pertes civiles ou de la destruction de biens civils par l'argument de la nécessité militaire », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 342-344.

BART G. R., « The Ambiguous Protection of Schools Under the Law of War : Time for Parity with Hospitals and Religious Buildings », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 40, n° 2, 2009, pp. 405-446.

ROGERS A. P. V., « What is a Legitimate Military Target ? », in BURCHILL R., WHITE N. D., MORRIS J. (dirs.), *International Conflict and Security Law. Essays in Memory of Hilaire McCoubrey*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 160-184.

BROWN B. L., « The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification », *Cornell International Law Journal*, vol. 10, 1976-1977, pp. 145-146.

BYRON Ch., « International Humanitarian Law and Bombing Campaigns : Legitimate Military Objectives and Excessive Collateral Damage », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 13, 2010, pp. 175-211.

DÖRMANN K., « The Definition of Military Objectives », in BERUTO G. L. (Dir.), *Conduct of Hostilities revisiting the Law of Armed Conflict*, Milano : Nagard, 2008, pp. 85-90.

SASSOLI M., « Le principe de précaution dans la guerre aérienne », in Millet-Devalle A.-S., *La guerre aérienne et le droit international humanitaire*, actes

du colloque de Nice, Pedone, 2015, p. 107. pp. 75-130,

WECKEL PH., « L'eau et le droit international humanitaire », in SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, pp. 369-384.

ENVIRONNEMENT

Ouvrages spécialisés

ATAPATTU S. A., *Emerging Principles of International Environmental Law*, Martinus Nijhoff, 2006, 536 p.

BASTMEIJER K., KOIVUROVA T. (Dirs.), *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment*, Martinus Nijhoff, 2008, 397 p.

BOWMAN M., BOYLE A. (Dirs.), *Environmental Damage in International and Comparative Law : Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, 2002, 380 p.

BRATSPIES R. M., MILLER R. A. (Dirs.), *Transboundary Harm in International Law. Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge University Press, 2006, 372 p.

CORDONIER SEGGER M.-C., KHALFAN A., *Sustainable Development Law : Principles, Practices, and Prospects*, Oxford University Press, 2004, 490 p.

CRAIK N., *The International Law of Environmental Impact Assessment. Process, Substance and Integration*, Cambridge, Studies in International and Comparative Law, 2010, 356 p.

GILLESPIE A., *Protected Areas and International Environmental Law*, Martinus Nijhoff, 2007, 320 p.

HARDING A., *Access to Environmental Justice : A Comparative Study*, Martinus Nijhoff, 2007, 378 p.

KISS A.-Ch., SHELTON D., ISHIBASHI K. (Dirs.), *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, Kluwer Law International, 2003, 306 p.

ROBERT-CUENDET S., *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*,

Nijhoff, Coll. « Etudes de droit international », 2010, 530 p.

Articles

BARRAL V., « La sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale », *RGDIP*, 2006, pp. 647-668.

BENNETT R., WALLACE J., WILLIAMSON I., « Organizing Land Information for Sustainable Land Administration », *Land Use Policy*, vol. 25, n° 1, 2008, pp. 126-138.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Features and trends in international environmental law », in KERBRAT Y., MALJEAN-DUBOIS S. (Dir.), *The transformation of international environmental law*, Oxford : Pedone, 2011, pp. 9-20.

CAMERON E., « The Human Dimension of Global Climate Change », *Hastings West-Northwest Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 15, 2009, pp. 1-30.

CHRISTOPHE D., « The Chad-Cameroon oil and pipeline project : liability for environmental damage under the national laws of Chad », in BRONKHORST S.A. (Dir.), *Liability for environmental damage and the World Bank's Chad-Cameroon oil and pipeline project*, Amsterdam : Netherlands Committee for IUCN, 2000, pp. 24-29.

CORTEN O., SCHAUS A., « La responsabilité internationale des Etats-Unis pour les dommages causés par les précipitations acides sur le territoire canadien », *The Canadian yearbook of international law*, vol. 27, 1990, pp. 227-262.

DEJEANT-PONS M., « Droits de l'homme et environnement : les travaux du Conseil de l'Europe concernant la dimension territoriale des droits de l'homme », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 25, n° 2, 2008, pp. 97-119.

DEJEANT-PONS M., « Les droits de l'homme à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe », *RTDH*, vol. 60, 2004, pp. 861-888.

DEKETELAERE K., « Environmental planning and spatial planning from a European Community

perspective (part. 1) », *European environmental law review*, vol. 6, n° 10, 1997, pp. 278-286.

DEKETELAERE K., « Environmental planning and spatial planning from a European Community perspective (part. 2) », *European environmental law review*, vol. 6, n° 11, 1997, pp. 307-317.

DI LEVA Ch. E., « International Environmental Law, the World Bank, and International Financial Institutions », in BRADLOW D. D., HUNTER D. B. (Dir.), *International Financial Institutions and International Law*, Kluwer Law International, 2010, pp. 343-385.

DOMINICE CH., « The Iron Rhine Arbitration and the Emergence of a Principle of General International Law », in MALICK NDIAYE T. & WOLFRUM R. (Dir.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 1067-1076.

DOUGLAS Z., « The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration », in DUPUY P.-M., VIÑUALES J. E. (Dir.), *Harnessing Foreign Investment to promote Environmental Protection : Incentives and Safeguards*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, pp. 415-445.

DRAPER J., « The Rainbow Bridge case and reclamation projects in reserved areas », *Natural resources journal*, vol. 14, 1974, pp. 431-445.

EBBESSON J., « A Modest Contribution to Environmental Democracy and Justice in Transboundary Contexts : the Combined Impact of the Espoo Convention and Aarhus Convention », *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 20, n° 3, 2011, pp. 248-257.

FRANCIONI F., « Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law », *EJIL*, Vol. 20, n° 3, 2009, pp. 729-747.

GUIGNIER A., « La conservation de la biodiversité au Costa Rica à l'épreuve des projets d'infrastructures : l'encadrement juridique du projet de barrage El Diquis », *Revue juridique de l'environnement*, 2011, pp. 163-183.

GUY-ECABERT Ch., « Les ombudsmans régionaux et le droit à un environnement sain. Quel habit vert

pour un ombudsman régional ? », *RTDH*, vol. 61, 2005, pp. 277-396.

HANDL G., « The Legal Mandate of Multilateral Development Banks as Agents for Change Toward Sustainable Development », *American journal of international law*, vol. 92, n° 4, 1998, pp. 642-665.

HAUMONT F., « La crise des déchets en Campanie et les droits de l'homme (obs/s. Cour eur. dr. h., di Sarno e.a. c. Italie, 10 janvier 2012) », *RTDH*, vol. 92, 2012, pp. 967-984.

IZA A., « Developments under the Ramsar Convention : Allocation of Water for River and Wetland Ecosystems », *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 13, n° 1, 2004, pp. 40-46.

KHAGRAM S., « Toward democratic governance for sustainable development : transnational civil society organizing around big dams », in FLORINI A. M., DEHQANZADA Y. A. (Dirs.), *The Third Force : the rise of transnational society*, Tokyo : Japan Center for International Exchange, 2000, pp. 83-114.

KIM R. E., « Is Ramsar Home Yet ? A Critique of South Korean Laws in Light of the Continuing Coastal Wetlands Reclamation », *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 24, n° 2, 2011, pp. 437-476.

LAMBERT P., « Le droit de l'homme à un environnement sain (obs/s. Cour eur. dr. h., Gde ch., Athanassoglou c. Suisse, 6 avril 2000) », *RTDH*, vol. 43, 2000, pp. 553-580.

LAURENT C., « Un droit à la vie en matière environnementale reconnu et conforté par une interprétation évolutive du droit des biens pour les habitants de bidonvilles », *RTHD* vol. 53, 2003, pp. 279-297.

LAWSON-REMER T. E., « A Role for the International Finance Corporation in Integrating Environmental and Human Rights Standards into Core Project Covenants : Case Study of the Baku-Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline Project », in DE SCHUTTER O., *Transnational Corporations and Human Rights*, Coll. « Studies in International Law », Hart, 2006, pp. 393-425.

MACCRYSTIE A. J., « Environmental and human rights objections stall Turkey's proposed Ilisu dam »,

Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, 2000 Yearbook, pp. 173-182.

MALJEAN-DUBOIS S., RICHARD V., « The Applicability of International Environmental Law to Private Enterprises », in DUPUY P.-M., VIÑUALES J. E. (Dirs.), *Harnessing Foreign Investment to promote Environmental Protection : Incentives and Safeguards*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, pp. 69-96.

MERCIER J.-R., « The World Bank and Environmental Impact Assessment », in BASTMEIJER K., KOIVUROVA T. (Dirs.), *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment*, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 291-311.

MERINO M., « Protection de l'individu contre les nuisances environnementales : de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au système juridictionnel national de protection », *RTDH*, vol. 65, 2006, pp. 55-86.

MICHALLET I., « Femmes et droit international de l'environnement », in DOUMBI-BILLE S., *Justice et solidarité*, 2012, pp. 91-98

MORGERA E., « Significant Trends in Corporate Environmental Accountability – the New Performance Standards of the International Finance Corporation », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 18, n° 1, 2007, pp. 151-188.

ONG D. M., « From 'International' Environmental Law ? A Legal Assessment of the Contribution of the "Equator Principles" to International Environmental Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, n° 1, 2010, pp. 35-74.

PEREZ M., « Biodiversité et droit de l'urbanisme », *Revue juridique de l'environnement*, Numéro spécial : « Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature : réflexion prospective », 2008, pp. 179-184.

PITEA C., « NGOs in Non-Compliance Mechanisms under Multilateral Environmental Agreements : From Tolerance to Recognition ? », in TREVES T., FRIGESSI DI RATTALMA M., TANZI A., FODELLA A., PITEA C., RAGNI C. (Dirs.), *Civil Society*,

International Courts and Compliance Bodies, The Hague : T.M.C. Asser Press, 2005, pp. 205-224.

POST R., « The Chad-Cameroon oil and pipeline project and its environmental risks », in BRONKHORST S.A. (Dir.), *Liability for environmental damage and the World Bank's Chad-Cameroon oil and pipeline project*, Amsterdam : Netherlands Committee for IUCN, 2000, pp. 11-16.

ROMI R., « Aménagement du territoire et protection de l'environnement. Esquisse d'un bilan contentieux », in *La norme, la ville, la mer. Ecrits de Nantes pour le Doyen Yves Prats*, 2000, pp. 131-148.

SANDS PH., « La Cour internationale de justice, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection de l'environnement », in *Les hommes et l'environnement : quels droits pour le XXI^e siècle ? Etudes en hommage à Alexandre KISS*, 1998, pp. 323-344.

SAVOIE Ph., « Impacts du barrage des Trois Gorges sur le développement durable de la Chine », *VertigO – La revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. 4, n° 3, décembre 2003, consulté le 07 août 2013. U

SEID-HOHENVELDERN I., « A propos des nuisances dues aux aéroports limitrophes : le cas de Salzbourg et le traité austro-allemand du 19 décembre 1967 », *AFDI*, 1973, pp. 890-894.

TIEFENTHALER V., « Spatial Planning in Europe : the Impact of European Union Law on National Planning Systems and Territorial Transnational Cooperation », *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 8, n° 2, 2011, pp. 115-140.

VADI V., « Environmental Impact Assessment in Investment Disputes : Method, Governance and Jurisprudence », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 30, 2010, pp. 169-204.

VIÑUALES J. E., « The Environmental Regulation of Foreign Investment Schemes Under International Law », in DUPUY P.-M., VIÑUALES J. E. (Dir.), *Harnessing Foreign Investment to promote Environmental Protection : Incentives and Safeguards*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, pp. 273-320.

Rapports

UN-HABITAT, *Enhancing Urban Safety and Security. Global Report on Human Settlements*, United Nations, 2007, 448 p.

FLEUVES INTERNATIONAUX (AMENAGEMENT DES)

Ouvrages spécialisés

BABOO B., *Technology and Social transformation. The Case of Hirakud Multi-Purpose Dam in Orissa*, New Delhi, Concept Publishing Company, 1992, 157 p.

BARCELO D., PETROVIC M., *The Ebro River Basin*, Springer, Coll. « Handbook of Environmental Chemistry », 2013, 430 p.

BENVENISTI E., *Sharing Transboundary Resources International Law and Optimal Resource Use*, Cambridge, Coll. « Cambridge Studies in International and Comparative Law », 2002, 300 p.

BOISSON DE CHAZOURNES L., LEB Ch., TIGNINO M. (Dir.), *International Law and Freshwater : the Multiple Challenges*, Cheltenham : Elgar, Coll. « New horizons in environmental and energy law », 2013, 463 p.

BRADLOW D. D., PALMIERI A., SALMAN S. M. A., *Regulatory Frameworks for Dam Safety A Comparative Study Law, Justice, and Development*, World Bank Publications, Coll. « Law, Justice, and Development Series », 2002, 176 p.

BRUCH C. (Dir.), *Public Participation in the Governance of International Freshwater Resources*, United Tokyo : Nations University Press, 2005, 505 p.

CONAC F. (Dir.), *Barrages internationaux et coopération*, Paris, Karthala, 1996, 374 p.

COSENS B. (Dir.), *Transboundary River Governance in the Face of Uncertainty : The Columbia River Treaty : a Project of the Universities Consortium on Columbia River Governance*, Oregon State University Press, 2012, 455 p.

- CULLET Ph., KOONAN S., *Water Law in India : An Introduction to Legal Instruments*, Oxford University Press, 2011, 368 p.
- CULLET Ph., *The Sardar Sarovar Dam Project : selected documents*, Ashgate, 2007, 472 p.
- DELMON J., *Water projects : a commercial and contractual guide*, London : Kluwer Law International, 2001, 436 p.
- DIXON J. A., TALBOT L. M., LE MOIGNE G., *Dams and the environment : considerations in World Bank projects*, Washington D.C. : The World Bank, 1989, 64 p.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS, *Traité concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : Afrique*, Rome : Food and Agriculture Organization of the United Nations, 1997, 291 p.
- ISLAM N., *The law of non-navigational uses of international watercourses : options for regional regime-building in Asia. Rethinking the law of non-navigational uses of international watercourses*, Kluwer Law International, 2010, 502 p.
- JÄGERSKOG A., *Why States Cooperate Over Shared Water the Water. Negotiations in the Jordan River Basin*, Earthscan Ltd, Coll. « Linköping studies in arts and science », 2010, 280 p.
- JANSKY L., *The Danube : environmental monitoring of an international river*, Tokyo : United Nations University Press, Coll. « Water resources management and policy », 2004, 172 p.
- KAISER J.-H., « Statut juridique des ouvrages communs au fleuve Sénégal » in *Im Dienste Deutschlands und des Rechts. Festschrift für Wilhelm GREWE*, 1981, pp. 493-506.
- KAYA I., *Equitable utilization : the law of the non-navigational uses of international watercourses*, Ashgate, 2003, 234 p.
- KEMPER K., BLOMQUIST W., DINAR A. (Dirs.), *Integrated River Basin Management through Decentralization*, Springer, 2006, 288 p.
- KIBAROGLU A., KRAMER A., SCHEUMANN W. (Dirs.), *Turkey's water policy : national frameworks and international cooperation*, Heidelberg : Springer, 2011, 407 p.
- LEHR J. H., KEELEY J., *Water Encyclopedia : Oceanography, Meteorology, Physics and Chemistry, Water Law and Water History, Art and Culture*, Wiley-Blackwell, 2005, 832 p.
- LIPCHIN C., SANDLER D., CUSHMAN E., *The Jordan River and Dead Sea Basin Cooperation Amid Conflict*, Springer, COLL. « NATO Science for Peace and Security Series C: Environmental Security », 2009, 316 p.
- MACCAFFREY S. C., *The law of international watercourses : non-navigational uses*, Oxford University Press, 2001, 514 p.
- MELESSE A. M., *Nile River Basin Hydrology, Climate and Water Use*, Springer, 2011, 480 p.
- MERREY D. J., SHAH T., SVENDSEN M. (Dirs.), *Irrigation and River Basin Management : Options for Governance and Institutions*, CABI Publishing, 2005, 272 p.
- MUKHERJI A., VILLHOLTH K. G., SHARMA B. R., WANG J., *Groundwater Governance in the Indo-Gangetic and Yellow River Basins Realities and Challenges*, CRC Press, Coll. « Selected Papers on Hydrogeology », 2009, 328 p.
- MURPHY I. L., BAKONYI P., LYONS MURPHY I. (Dirs.), *Protecting Danube River Basin Resources. Ensuring Access to Water Quality Data and Information*, Springer, Coll. « NATO Science Partnership Subseries: 2 », 1997, 236 p.
- NALECZ T., *Transboundary Aquifers in the Eastern Borders of the European Union : Regional Cooperation for Effective Management of Water Resources*, Dordrecht : Springer, 2012, 180 p.
- NEWSON M., *Land, Water and Development Sustainable Management of River Basin Systems*, Routledge, 1997, 464 p.
- SALMAN S. M. A., *The World Bank policy for projects on international waterways : an historical and legal analysis*, Washington D.C. : World Bank,

Coll. « Legal aspects of sustainable development », 2009, 288 p.

SALMAN S. M. A., BRADLOW D. D., *Regulatory Frameworks for Water Resources Management. A Comparative Study*, World Bank Publications, Coll. « Law, Justice, and Development Series », 2006, 384 p.

SALMAN S. M. A., UPRETY U., *Conflict and cooperation on South Asias international rivers. A legal perspective*, World Bank Publications, Coll. « Law, Justice, and Development Series », 2002, 240 p.

SALMAN S. M. A., BOISSON DE CHAZOURNES L. (Dir.), *Cours d'eaux internationaux : renforcer la coopération et gérer les différends. Actes du Séminaire de la Banque mondiale*, Rapport technique de la Banque mondiale n° 414, Washington D.C. : Banque mondiale, 1999, 224 p.

SALMAN S. M. A. (Dir.), *Groundwater : legal and policy perspectives*, Washington, DC : World Bank, 1999, 262 p.

SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, 402 p.

TANZI A., ARCARI M., *The United Nations convention on the law of international watercourses : a framework for sharing*, Kluwer Law International, 2001, 358 p.

TIGNINO M., SANGBANA K. (dirs.), *Public Participation and Water Resources Management. Where Do We Stand in International Law ?*, Paris, UNESCO, 2015, 153 p.

Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

BOISSON DE CHAZOURNES L., SALMAN S. (dir.), *Les ressources en eau et le droit international – Water Resources and International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2005, pp. 532-575.

Articles

AL-KHASAWNEH A., « Do Judicial Decisions Settle Water-related Disputes ? », in BOISSON DE CHAZOURNES L., LEB Ch., TIGNINO M. (Dir.), *International Law and Freshwater : the Multiple*

Challenges, Cheltenham : Elgar, Coll. « New horizons in environmental and energy law », 2013, pp. 341-359.

AMR M. S., « Diversion of International Watercourses under International Law », *African Yearbook of International Law*, vol. 10, 2004, pp. 109-179.

ASMAL K., « Introduction : World Commission on Dams Report, Dams and Development », *American University International Law Review*, vol. 16, n° 1, 2001, pp. 143-156.

AURESCU B., « L'efficacité des dispositions sur le règlement des différends dans les conventions environnementales. Etude de cas : le projet ukrainien du canal navigable Bystroe dans le delta du Danube », in AURESCU B., PELLET A. (Dir.), *Actualité du droit des fleuves internationaux. Actes des journées d'étude des 24 et 25 octobre 2008*, Paris : Pedone, 2010, pp. 265-283.

AURESCU B., « The Ukrainian « Bystroe Canal » Project in the Danube delta : Between Political Interest and International Environmental Law : the Report of the First Espoo Inquiry Commission », *Revue hellénique de droit international*, vol. 59, n° 2, 2006, pp. 553-578.

AZARVA J. D., « Conflict on the Nile : International Watercourse Law and the Elusive Effort to Create a Transboundary Water Regime in the Nile Basin », *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 25, n° 2, 2011, pp. 457-498.

BAINHAM A., « The Danube Dams and International Law », *Cambridge law journal*, vol. 57, n° 1, 1998, pp. 1-45.

BARBERIS J., « L'exploitation hydro-électrique du Paraná et l'accord tripartite de 1979 », *AFDI*, 1986, pp. 779-793.

BAXI U., « What Happens Next is Up to You : Human Rights at Risk in Dams and Development », *American University International Law Review*, vol. 16, n° 6, 2001, pp. 1507-1529.

BETHEMONT J., « Le Nil, l'Égypte et les autres », *VertigO – La revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. 4, n° 3, décembre 2003.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Organismes et commissions de bassins : aspects de coopération régionale et règlement des différends », in KAMGA M., MBENGUE M. M. (Dirs.), *Liber Amicorum en l'honneur de Raymond Ranjeva. L'Afrique et le droit international : variations sur l'organisation internationale*, Paris : Pedone, 2013, pp. 435-444.

BOISSON DE CHAZOURNES L., TIGNINO M., « Le règlement des différends internationaux liés à l'eau », in CONSEIL D'ETAT, *L'eau et son droit. Etudes et documents du Conseil d'Etat*, Paris: La documentation française, 2010, pp. 489-514.

CAFLISCH L., « La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation », *AFDI*, 1997, pp. 751-798.

CASSUTO D. N., SAMPAIO R. S. R., « Hard, Soft & Uncertain : the Guarani Aquifer and the Challenges of Transboundary Groundwater », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 24, n° 1, 2013, pp. 1-41.

CASTILLO-LABORDE L. (Del), « The Guarani Aquifer Framework Agreement », in BOISSON DE CHAZOURNES L., LEB Ch., TIGNINO M. (Dirs.), *International Law and Freshwater : the Multiple Challenges*, Cheltenham : Elgar, Coll. « New horizons in environmental and energy law », 2013, pp. 196-216.

CHAPMAN G. P., « The Natural and Human Environment of the Ganges-Brahmaputra-Meghna Basin », in SUBEDI S. P. (Dir.), *International watercourses law for the 21st century : the case of the River Ganges Basin*, Ashgate, 2005, pp. 119-147.

CHIMNI B. S., « A Tale of Two Treaties : The Ganga and Mahakali Agreements and the Watercourses Convention », in SUBEDI S. P. (Dir.), *International watercourses law for the 21st century : the case of the River Ganges Basin*, Ashgate, 2005, pp. 63-104.

DATTA A., « The Bangladesh-India Treaty on Sharing of the Ganges Water : Potentials and Challenges », in SUBEDI S. P. (Dir.), *International watercourses law for the 21st century : the case of the River Ganges Basin*, Ashgate, 2005, pp. 105-118.

DESCROIX L., « Gestion de l'eau ou aménagement de l'espace ? La fonction hydrologique d'un territoire », in LASSERRE F., DESCROIX L. (Dirs.), *Eaux et territoires : tensions, coopérations et géopolitique de l'eau*, Presses de l'Université du Québec, 2002, pp. 149-188.

DI LEVA Ch. E., « Transboundary Management of Natural Resources : a Brief Overview of World Bank Policies and and Projects », in HART Sh. (Dir.), *Shared Resources : Issues of Governance*, Gland : IUCN, 2008, pp. 33-55.

DULERY F., « L'affaire du Lac Lanoux », *RGDIP*, 1958, pp. 119-123 et pp. 469-516.

FARRAJOTA M. M., « Notification and Consultation in the Law Applicable to International Watercourses », in BOISSON DE CHAZOURNES L., SALMAN S. M. A. (Dirs.), *Les ressources en eau et le droit international*, Académie de droit international de La Haye, Travaux du Centre d'études et de recherches en droit international et relations internationales, 2005, pp. 281-339.

FISCHER G., « La Banque internationale pour la reconstruction et le développement et l'utilisation des eaux de l'Indus », *AFDI*, 1960, pp. 669 et s.

FITZMAURICE M., « The Relationship between the Law of International Watercourses and Sustainable Development », in FITZMAURICE M., ONG D. M., MERKOURIS P. (Dirs.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham : Elgar, 2010, pp. 605-636.

GAUTRON J.-C., « L'aménagement du fleuve Sénégal », *AFDI*, 1967, pp. 690-702.

GOLDBERG D., « World Bank Policy on Projects on International Waterways in the Context of Emerging International Law and the Work of the International Law Commission », in BLAKE G. (Dir.), *The Peaceful Management of Transboundary Resources*, London : Graham & Trotman, 1995, pp. 153-167.

GROS ESPIELL H., « Le régime du Rio de la Plata », *AFDI*, 1964, pp. 725-737.

HAKKI M. M., « Turkey, water and the Middle East : some issues lying ahead », *Chinese journal of international law*, 22 septembre 2006, vol. 5, n°2, 30 p.

- HAPPOLD M., « Dams and International Law », in BOISSON DE CHAZOURNES L., SALMAN S. M. A. (Dir.), *Les ressources en eau et le droit international*, Académie de droit international de La Haye, Travaux du Centre d'études et de recherches en droit international et relations internationales, 2005, pp. 577-604.
- HAUPAIS N., « Les acteurs du droit international de l'eau », SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, pp. 41-69.
- KHALID A. R. M., « The Interlinking of Rivers Project in India and International Water Law : an Overview », *Chinese Journal of International Law*, vol. 3, n° 2, 2004, pp. 553-570.
- KHAN R., « Environmental disputes – India's experience with big dams », in BEYERLIN U. (Dir.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung : Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht : Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin : Springer, 1995, pp. 975-984.
- KIBAROGLU A., KLAPHAKE A., KRAMER A., SCHEUMANN W., « Cooperation on Turkey's Transboundary Waters : Analysis and Recommendations », in KIBAROGLU A., KRAMER A., SCHEUMANN W. (Dir.), *Turkey's water policy : national frameworks and international cooperation*, Heidelberg : Springer, 2011, pp. 313-326.
- KIBAROGLU A., SCHEUMANN W., « Euphrates-Tigris Rivers System : Political Rapprochement and Transboundary Water Cooperation », in KIBAROGLU A., KRAMER A., SCHEUMANN W. (Dir.), *Turkey's water policy : national frameworks and international cooperation*, Heidelberg : Springer, 2011, pp. 277-300.
- KLAPHAKE A., SCHEUMANN W., « Coruh River Basin : Hydropower Development and Transboundary Cooperation », in KIBAROGLU A., KRAMER A., SCHEUMANN W. (Dir.), *Turkey's water policy : national frameworks and international cooperation*, Heidelberg : Springer, 2011, pp. 251-262.
- KLAPHAKE A., KRAMER A., « Kura-Aras River Basin : Burgeoning Transboundary Water Issues », in KIBAROGLU A., KRAMER A., SCHEUMANN W. (Dir.), *Turkey's water policy : national frameworks and international cooperation*, Heidelberg : Springer, 2011, pp. 263-276.
- KRISHNA R., « The Evolution and Context of the Bank Policy for Projects on International Waterways », in BOISSON DE CHAZOURNES L., SALMAN M. A., *International Watercourses – Enhancing Cooperation and Managing Conflicts*, WB Technical Paper, n° 414, pp. 31-43.
- KRISHNA R., SALMAN S. M. A., « International groundwater law and the World Bank policy for projects on transboundary groundwater », in SALMAN S. M. A. (Dir.), *Groundwater : legal and policy perspectives*, Washington, DC : World Bank, 1999, pp. 163-189.
- LAN A., LOURES F., TIGNINO M., « The Role and Relevance of the Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers in the European Context », *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 8, n° 3, 2011, pp. 231-251.
- LAPIDOTH R., « Dispute Settlement under the 1997 Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses », in SCHMITT M. N. (Dir.), *International Law across the Spectrum of Conflict : Essays in Honour of Professor L.C. Green on the Occasion of His Eightieth Birthday*, pp. 231-246.
- LEB C., TIGNINO M., « State Succession to Water Treaties : Uncertain Streams », in BOISSON DE CHAZOURNES L., LEB Ch., TIGNINO M. (Dir.), *International Law and Freshwater : the Multiple Challenges*, Cheltenham : Elgar, Coll. « New horizons in environmental and energy law », 2013, pp. 421-444.
- LEB C., « Peut-on résoudre les conflits transfrontaliers par des règles de préférence dans les utilisations de l'eau ? », in SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, pp. 293-301.
- LOUIS J.-V., « Les eaux du Jourdain », *AFDI*, 1965, pp. 823-865.
- MALJEAN-DUBOIS S., « L'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie) », *AFDI*, 1997, pp. 286-332.

MALLET L., « Le Projet du sud-est anatolien (GAP) : conflits autour d'un projet de développement », in GIBLIN B. (Dir.), *Les conflits dans le monde : approche géopolitique*, Paris : Colin, 2011, pp. 223-233.

MBENGUE M., SAMBOLY BA A., « Le régime juridique du fleuve Sénégal : aspects du droit des cours d'eau dans un contexte régional », *Annuaire africain de droit international*, 2006, pp. 309-347.

MCINTYRE O., « The Emergence of an 'Ecosystem Approach' to the Protection of International Watercourses under International Law », *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 13, n° 1, 2004, pp. 1-14.

METIN HAKKI M., « An Analysis of the Legal Issues Concerning Turkey's Southeastern Anatolia Project (GAP) », *World Affairs*, vol. 169, n° 4, 2007, pp. 175-180.

MULIRA J., « Independent Uganda and the Nile : Hydroelectric Projects and Plans », in TVEDT T. (Dir.), *The River Nile in the Post-colonial Age : Conflict and Cooperation in the Nile Basin Countries*, London : Tauris, 2010, pp. 125-160.

NDIAYE E. H. M., « Le fleuve Sénégal et les barrages de l'OMVS : quels enseignements pour la mise en œuvre du NEPAD ? », *VertigO – La revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. 4, n° 3, décembre 2003.

PARK S., « World Bank, Dams and the Meaning of Sustainable Development in Use », *Journal of International Law and International Relations*, vol. 5, n° 1, 2009, pp. 93-122.

RICHARD V., « Eau et enjeux de valeurs : un état des lieux de la réglementation internationale », in BELAIDI N. (Dir.), *Eau et sociétés : enjeux de valeurs : les ambivalences du droit face à la complexité de l'environnement*, Bruxelles : Bruylant, 2012, pp. 67-91.

RICHARD V., « Des coopérations, un bassin : la désarticulation des dynamiques régionales dans le bassin du Mékong », in SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, pp. 223-234.

RICHARD V., « Learning by doing : les procédures de non-respect de la Convention d'Espoo et de son Protocole de Kiev », *Revue juridique de l'environnement*, n° 3, 2011, pp. 327-344.

RICHARD V., « La question des barrages en droit international », Centre d'études de recherches en droit international et relations internationales de l'académie de droit international de La Haye, Session 2001, *L'eau et le droit international*, non publié, 29 p.

RICHARD V., « Le partage des ressources en eau des cours d'eau internationaux : l'exemple du barrage de Farakka (Inde/Bangladesh) », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 6, 1999, pp. 77-103.

SAHOVIC M., « Les accords entre la Yougoslavie et la Roumanie relatifs au système de production d'électricité et de navigation des Portes de fer sur le Danube », *AFDI*, 1969, pp. 774-783.

SALMAN S. M. A., « Dams, International Rivers, and Riparian States : an Analysis of the Recommendation of the World Commission on Dams », *American University International Law Review*, vol. 16, n° 6, 2001, pp. 1477-1505.

SANCHEZ R. M., « To the World Commission on Dams : don't forget the law, and don't forget human rights : lessons from the U.S. – Mexico border », *The University of Miami inter-American law review*, vol. 30, n° 3, 1999, pp. 629-657.

SANGBANA K., « La gestion intégrée des ressources en eaux partagées et les organismes de bassin en Afrique : les cas de l'Autorité du Bassin du Niger et de l'Autorité du Bassin de la Volta » in SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, pp. 235-242.

STEPHAN R. M., « Quelle coopération régionale sur les eaux souterraines transfrontalières ? Quelques réflexions concernant un processus en développement », in SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, pp. 189-197.

TABASSUM S., « Indo-Bangladesh Treaty on Farakka Barrage and International Law Application », *Pakistan Horizon*, vol. 56, n° 3, 2003, pp. 47-62.

VIGNES D., « Les travaux du Saint-Laurent », *AFDI*, 1957, pp. 199-233.

WAINCYMER J., « Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation », in DUPUY P.-M., FRANCIONI F., PETERSMANN E. U. (Dirs.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 275-309.

WALSH J. R., « Major Infrastructure Projects, Biodiversity and the Precautionary Principle : the Case of the Yacyreta Dam and Ibera Marshes », *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 13, n° 1, 2004, pp. 61-71.

Rapports

INDUS BASIN WORKING GROUP, *Connecting the drops : an Indus Basin roadmap for cross-border water research, data sharing, and policy coordination*, Washington, DC : Stimson, 2013, 67 p.

TATA INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES, *Performance and Development Effectiveness of the Sardar Sarovar Project*, Parel : Mumbai, 2008, 102 p.

INGERENCES PUBLIQUES DANS LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE

Articles

CONFORTI B., « Quelques réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de propriété », in KOHEN M. (Dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 171-178.

HOSTIOU R., « La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de l'expropriation indirecte », *RTDH*, vol. 70, 2007, pp. 385-396.

LOMBAERT B., « La protection juridictionnelle de la propriété privée face aux empiètements de l'administration », *RTDH*, vol. 21, 1995, pp. 33-40.

MALWE C., « La protection du droit de propriété par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (obs/s. Cour interam. dr. h., Salvador Chiriboga c.

Equateur, 6 mai 2008), *RTDH*, vol. 78, 2009, pp. 569-606.

ROBERGE D., « La protection des droits fonciers, facteur-clé de développement durable – l'exemple du Québec », *Geomatica*, vol. 54, n° 3, 2000, pp. 322-326.

ROCHEGUDE A., « La terre, objet et condition des investissements agricoles. Quels droits fonciers pour l'Afrique ? », *Afrique contemporaine*, n° 237, n° 1, 2011, pp. 85-96.

ROY F., « Le développement des systèmes cadastraux pour un aménagement durable des territoires », *Cahiers de géographie du Québec*, vol. 50, n° 141, 2006, pp. 361-369.

Rapports

JAN VRY A. (DE), SADOULET E., « Access to Land and Land Policy Reforms », Policy Brief n° 3, The United Nations University, World Institute for Development Economics Research, 2001, 28 p.

INVESTISSEMENT ET FINANCEMENT DE PROJET

Ouvrages spécialisés

ARROWSMITH S. L., DAVIES A. (Dirs.), *Public procurement : global revolution*, Kluwer Law International, 1998, 283 p.

BRADLOW D. D., HUNTER D. B. (Dirs.), *International Financial Institutions and International Law*, Kluwer Law International, 2010, 404 p.

DAVIS K., FISHER A., KINGSBURY B., MERRY S. E. (Dirs.), *Governance by Indicators : Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, Coll. « Law And Global Governance », 2012, 504 p.

DEWAR J., *International Project Finance Law and Practice*, Oxford University Press, 2011, 560 p.

ROBERT-CUENDET S., *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Nijhoff, Coll. « Etudes de droit international », 2010, 530 p.

SCOTT F., MARTENS C.-P., *International Project Finance International Business Law*, Martinus Nijhoff, Coll. « International Business Law Practice », 2000, 305 p.

ZAVALA D., *Les prêts de la Banque mondiale aux services publics industriels et commerciaux. Une étude des contrats*, Paris, Pedone, 1982, 286 p.

Articles

AUBY J.-B., « L'internationalisation du droit des contrats publics », *Dr. Adm.*, 2003, chron. n°14, pp. 5-10.

BARE J.-F., « Le prêt et le résultat. Eléments d'une chronique de l'évaluation à la Banque mondiale », in BARE J.-F., (dir.), *Regards interdisciplinaires sur les politiques de développement*, Montréal-Paris : Les Éditions L'Harmattan, 1997, pp. 53-79.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « The growth in investment litigation: perspectives and challenges », in ECHANDI R., SAUVE P. (Dirs.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, pp. 306-309.

BOISSON DE CHAZOURNES L., FROMAGEAU E., « Balancing the Scales : The World Bank Sanctions Process and Access to Remedies », *EJIL*, vol. 23, n° 4, 2012, pp. 963-989.

BOISSON DE CHAZOURNES L., FROMAGEAU E., « Le mécanisme de sanction de la banque mondiale contre la fraude et la corruption : le droit administratif global comme outil d'élaboration et de consolidation d'une procédure », in BORIES C., *Un droit administratif global ? Actes du colloque tenu à l'Université Paris Ouest Nanterre les 16 et 17 juin 2011*, Coll. « Cahiers internationaux », vol. 28, Paris : Pedone, 2011, pp. 255 – 269.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Technical and financial assistance and compliance : the interplay », in BEYERLIN U., STOLL P.-T., WOLFRUM R. (Dirs.), *Ensuring compliance with multilateral agreements. Dialogue between practitioners and academia*, Coll. « Studies on the law of treaties », Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 273-300.

CARRIERE J., « Le cofinancement », *Revue économique*, 1978, vol. 29, n° 6, pp. 1043-1050.

CAZALA J., « L'influence des agences de crédit à l'exportation sur la coopération régionale en matière de gestion des cours d'eau internationaux », in SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, pp. 199-210.

DE SCHUTTER O., SWINNEN J., WOUTERS J., « Foreign Direct Investment and Development », in DE SCHUTTER O., SWINNEN J., WOUTERS J. (Dirs.), *Foreign Direct Investment and Human Development : the Law and Economics of International Investment Agreements*, Routledge, 2013, pp. 1-13.

DESCHAMPS N., « The Legal Aspects of Project Finance in International Construction », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 16, 2006, pp. 193-238.

DUONG W., « Partnerships with Monarchs : Two Case Studies : Case Two : Partnerships with Monarchs in the Development of Energy Resources : dissecting an Independent Power Project and Re-evaluating the Role of Multilateral and Project Financing in the International Energy Sector », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 26, n° 1, 2005, pp. 69-150.

FILLE-LAMBIE O., « Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 8, 2001, pp. 925-968.

FORSTER M., WATCHMAN P., JULY, Ch., « The Equator Principles : towards Sustainable Banking ? Part 1 », *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 20, n° 6, 2005, pp. 217-222.

FORSTER M., WATCHMAN P., JULY, Ch., « The Equator Principles : making a Difference ? Part 2 », *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 20, n° 7, 2005, pp. 253-258.

GUYETT S. C., « Environment and lending : lessons of the World Bank, hope for the European Bank for Reconstruction and Development », *New York University journal of international law and politics*, vol. 24, n° 2, 1992, pp. 889-919.

HURLOCK M. H., « New approaches to economic development : the World Bank, the EBRD, and the

Negative Pledge Clause », *Harvard international law journal*, vol. 35, n° 2, 1994, pp. 345-386.

JOANNIDES D., « Restructuring the World Bank : the environmental light shines on the funding of development projects », *Georgetown international environmental law review*, vol. 2, 1989, pp. 161-184.

KERR T., « Supplying water infrastructure to developing countries via sector project financing », *Georgetown international environmental law review*, vol. 8, 1995, n° 1, pp. 91-108.

LAMETHE D., « Les financement de projets et leur organisation industrielle. L'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle*, Travaux du CREDIMI, vol. 20, 2001, pp. 453-470.

LAMETHE D., « Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d'investissement », *JDI*, 1998, pp. 45-66.

LANGER M. J., « Key Instruments of Private Environmental Finance : Funds, Project Finance and Market Mechanisms », in DUPUY P.-M., VIÑUALES J. E. (Dirs.), *Harnessing Foreign Investment to promote Environmental Protection : Incentives and Safeguards*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, pp. 131-175.

LEVIT J. K., « A Cosmopolitan View of Bottom-up Transnational Lawmaking : the Case of Export Credit Insurance », *The Wayne Law Review*, vol. 51, n° 3, 2005, pp. 1193-1208.

LONCLE J.-M., « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 8, 1997, pp. 945-965.

MARCO M., « Accountability in International Project Finance : the Equator Principles and the Creation of Third-Party-Beneficiary Status For Project-Affected Communities », *Fordham International Law Journal*, vol. 34, n° 3, 2011, pp. 452-503.

MAYER P., « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau » in SFDI, *L'eau en droit international. Actes*

du colloque d'Orléans, Paris, Pedone, 2011, pp. 163-188.

MUJIH E., « The Regulation of Multinational Companies operating in Developing Countries : a Case Study of the Chad-Cameroon Pipeline Project », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 16, n° 1, 2008, pp. 83-99.

MUJIH E., « Co-Deregulation of Multinational Companies Operating in Developing Countries : Partnering against Corporate Social Responsibility ? », vol. 16, n° 2, 2008, pp. 249-261.

NOUVEL Y., « La Société française pour le droit international peut-elle lutter contre la corruption dans le secteur de l'eau autrement qu'en organisant un colloque sur la question ? », in SFDI, *L'eau en droit international. Actes du colloque d'Orléans*, Paris, Pedone, 2011, pp. 245-251.

OLESCHAK-PILLAI R., « Export Credit and Investment Insurance Agencies : Extraterritorial Obligations of Home-States of Investors », in REINISCH A., KNAHR C. (Dirs.), *International investment law in context*, Utrecht : Eleven International Publishing, 2008, pp. 115-139.

ONG D. M., « From 'International' Environmental Law ? A Legal Assessment of the Contribution of the "Equator Principles" to International Environmental Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, n° 1, 2010, pp. 35-74.

PLATER, Z. J. B., « Multilateral development banks, environmental diseconomies, and international reform pressures on the lending process : the example of Third World dam-building projects », *Boston College Third World Law Journal*, vol. 9, 1989, pp. 169-215.

RICHARDSON B. J., « The Equator Principles : the Voluntary Approach to Environmentally Sustainable Finance », *European Environmental Law Review*, vol. 14, n° 11, 2005, pp. 280-290.

RICHARDSON B. J., « Socially Responsible Investing Through Voluntary Codes », in DUPUY P.-M., VIÑUALES J. E. (Dirs.), *Harnessing Foreign Investment to promote Environmental Protection : Incentives and Safeguards*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, pp. 383-414.

SANT'ANA M., « Risk Managers or Risk Promoters ? The Impacts of Export Credit and Investment Insurance Agencies on Human Development and Human Rights », in DE SCHUTTER O., SWINNEN J., WOUTERS J. (Dirs.), *Foreign Direct Investment and Human Development : the Law and Economics of International Investment Agreements*, Routledge, 2013, pp. 189-232.

SAYER S., WALDRON J., « Corruption in international projects : the international legislative framework and its implementation », *International business lawyer*, vol. 30, n° 9, 2002, pp. 387-393.

SCHREVE L., « The Equator Principles : a Voluntary Approach by Bankers », in BASTMEIJER K., KOIVUROVA T., *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment*, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 327-344.

SHORT R., « Export credit agencies, project finance, and commercial risk : whose risk is it, anyway ? », *Fordham international law journal*, vol. 24, n° 4, 2001, pp. 1371-1381.

SMYTH S., « World Bank Grants in a Changed World Order : how Do We Referee this New Paradigm ? », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 30, n° 2, 2008, pp. 483-540.

THAPA B., « Funding Strategies for World Heritage Sites in Least Developed Countries », in MESSENGER P. M., SMITH G. S. (Dirs.), *Cultural Heritage Management : a Global Perspective*, University Press of Florida, 2010, pp. 278-294.

TUCKER T., « A critical analysis of the procurement procedures of the World Bank », in ARROWSMITH S. L., DAVIES A. (Dirs.), *Public procurement : global revolution*, Kluwer Law International, 1998, pp. 139-160.

WINTERS M. S., « Choosing to Target : what Types of Countries get Different Types of World Bank Projects », *World Politics*, vol. 62, n° 3, 2010, pp. 422-458.

Rapports

COFACE, *Centrales hydroélectriques et grands barrages*, juillet 2003.

EQUATOR PRINCIPLES, *Guidance to EPFIs on Equator Principles Implementation Reporting*, <http://tinyurl.com/pzaran7>, décembre 2007, consulté le 17 octobre 2013, 6 p.

KEENAN K., *Export Credit Agencies and the International Law of Human Rights*, Halifax Initiative Coalition, 2008, 16 p.

OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Editions de l'OCDE, 2011, 101 p.

OCDE (Trade and Agriculture Directorate), *Export Credits and the Environment : Information on Category A and Category B Projects Reported for 2008*, TAD/ECG(2009)7/FINAL, 10 décembre 2009.

OCDE (Groupe de travail sur les crédits et garanties à l'exportation), *Recommandation révisée sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, 12 juin 2007, TAD/ECG(2007)9.

OMC (CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES), *Services de construction et services d'ingénierie connexes. Note d'information du Secrétariat*, S/C/W/302, 18 septembre 2009, 51 p.

ONU, Documents officiels de l'Assemblée générale, Conseils des droits de l'homme, dix-septième session, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie. *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, A/HRC/17/31, 21 mars 2011, 33 p.

OCCUPATION (OUVRAGES PUBLICS CONSTRUITS PAR LA PUISSANCE OCCUPANTE)

Articles

BEKKER P. H. F., « The World Court's Ruling Regarding Israel's West Bank Barrier and the Primacy of International Law : An Insider's Perspective », *Cornell International Law Journal*, vol. 38, 2005, pp. 553-568.

BEN-NAFTALI O., M GROSS A. M., MICHAELI K., « Illegal Occupation : Framing the Occupied Palestinian Territory », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 23, 2005, pp. 551–614.

DELZANGLES B., MÖSCHEL M., « Le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes : trente ans d'activités en faveur des femmes », in ROMAN D., *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, pp. 49-80.

EL-HINDI J. L., « The West Bank Aquifer and Conventions regarding Laws of Belligerent Occupation », *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, 1989–1990, pp. 1400–1423.

IMSEIS A., « On the Fourth Geneva Convention and the Occupied Palestinian Territory », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 65–138.

MENDES FRANCE M., « Le chantier du tramway de Jérusalem au regard du droit international : une affaire symbolique ou une question de responsabilité internationale de l'Etat français ? », *Revue d'études palestiniennes*, vol. 98, 2006, pp. 27-36.

O'KEEFE R., « Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory : A Commentary », *Revue belge de droit international*, vol. 37, 2004, pp. 92–149.

PARKS H., « Military Objectives », in BERUTO G. L. (Dir.), *Conduct of Hostilities revisiting the Law of Armed Conflict*, Milano : Nagard, 2008, pp. 80-84.

STEIN J. D., « Waging Waterfare : Israel, Palestinians, and the Need for a New Hydro-Logic to Govern Water Rights under Occupation », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 44, n° 1, 2011, pp. 165-217.

OUVRAGES PUBLICS TRANSFRONTALIERS

Ouvrages spécialisés

ADAM H.-T., *Les établissements publics internationaux*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit international, Tome III, 1957, 323 p.

ADAM H.-T., *Les organismes internationaux spécialisés : contribution à la théorie générale des*

établissements publics internationaux, Tome V, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit international, Charles ROUSSEAU (dir.), Tome 105, 1992, 902 p.

AUDIT M., *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, LGDJ, 2002, 423 p.

BIDEGARAY CH., CARLIN M. (dirs.), *Les Alpes maritimes et la frontière : 1860 à nos jours*, Actes du colloque de Nice, Université de Nice Sophia Antipolis, Centre d'histoire du droit, Nice, Ed. Serre, 1992, 190 p.

DARIAN-SMITH E., *Bridging divides : the Channel tunnel and English legal identity in the new Europe*, University of California Press, 1999, 256 p.

GLAVINIS P., *Le contrat international de construction*, Paris, Ed. GLN Joly, 1993, 682 p.

GOELLNER A., *Les ponts français sur le Rhin : une étude de droit international public dans le domaine de l'égalité des droits*, Paris : Rousseau, 1933, 194 p.

JACQUOT H., MARCOU G., *L'urbanisme transfrontalier. Droit et pratiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1998, 363 p.

JOUBE B., *Urbanisme et frontières. Le cas franco-genevois*, Coll. « Villes et entreprises », Ed. L'Harmattan, Paris, 1994, 269 p.

LEJEUNE Y. (dir.), *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts : les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 213 p.

LEVRAT N., *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques*, Paris, P.U.F., Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, 1994, 458 p.

MARCOU G., VICKERMAN R., LUCHAIRE Y. (Dirs.), *Le tunnel sous la Manche : entre États et Marchés*, Presses universitaires de Lille, 1992, 447 p.

M.O.T., *Guide méthodologique. Articuler la politique de cohésion, les dispositifs de gouvernance*

et les logiques territoriales transfrontalières, disponible sur <http://www.espaces-transfrontaliers.eu>, 2012, 156 p.

SFDI, *La frontière. Actes du colloque de Poitiers*, Paris, Pedone, 1980, 304 p.

SIDDIKY C. I. A., *Cross-border pipeline arrangements : what would a single regulatory framework look like ?*, Kluwer Law International, Coll. « Energy and environmental law & policy series », vol. 20, 2012, 275 p.

WECKEL PH. (dir.), *Le juge international et l'aménagement de l'espace : la spécificité du contentieux territorial*, Paris, Pedone, Coll. « Contentieux international », 1998, 229 p.

Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

ANDRASSY J., « Les relations internationales de voisinage », *RCADI*, vol. 79, La Haye, Martinus Nijhoff 1951-II, pp. 73-182.

BERNAD Y ALVAREZ DE EULATE M., « La coopération transfrontalière régionale et locale », *RCADI*, vol. 243, La Haye, Martinus Nijhoff, 1993-VI, pp. 293-418.

Articles

BALMOND L., « La coopération transfrontalière entre la France et la Principauté de Monaco », *Revue de droit monégasque*, 2002, n° 4, pp. 7-25.

BARBERIS J. A., « Quelques considérations sur le condominium en droit international public », in KOHEN M. (Dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 673-684.

BLUMANN C., « Frontières et limites », in SFDI, *La frontière. Actes du colloque de Poitiers*, Paris : Pedone, 1980, pp. 3-33.

BOTTEGHI R., « Politiques d'aménagement d'un euro-territoire franco-italien. Menton – Vintimille : enjeux, pratiques et méthodes », in JACQUOT H., MARCOU G., *L'urbanisme transfrontalier. Droit et pratiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1998, pp. 189-207

BOUCHEZ L. J., « The fixing of boundaries in international boundary rivers », *International and Comparative Law Quarterly*, 1963, p. 817 et s.

BOUYSSOU F., « Droit de l'urbanisme et droit international », in *Recherche et réalisations. Mélanges Pierre VELLAS*, 1995, pp. 109-124.

DECAUX E., « La convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités locales et des autorités locales », *RGDIP*, 1984, pp. 557-620.

DIPLA H., « Les règles de droit international en matière de délimitation fluviale : remise en question », *RGDIP*, 1985, pp. 589-624.

DOLEZ B., « Le Protocole additionnel à la convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales », *RGDIP*, 1996, p. 1005 et s.

DOLEZ B., « Le protocole additionnel à la convention de Madrid et l'urbanisme transfrontalier », in JACQUOT H., MARCOU G., *L'urbanisme transfrontalier. Droit et pratiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1998, pp. 323-336.

DUPUY P.-M., « La coopération régionale transfrontière et le droit international », *AFDI*, 1977, pp. 837-860.

FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI C., « Le traité de Bayonne et l'accord de Bruxelles sur la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales », in LEJEUNE Y. (dir.), *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts : les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 17-37.

FROMAGEAU J., « Du droit transfrontalier à la protection de la biosphère », in *Les hommes et l'environnement : quels droits pour le XXI^e siècle ? Etudes en hommage à Alexandre KISS*, 1998, pp. 283-296.

GAWTOWICZ I., LASKI P., « Russian-German North Gas Pipeline in View of Public International Law », *Polish yearbook of international law*, vol. 28, 2006-2008, pp. 149-162.

GUILLEMIN J.-F., « Le Tunnel sous la Manche : confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 47, n° 2, 1995, pp. 403-412.

GUINCHARD M., « La collaboration franco-helvétique en matière d'aéroports (Bâle-Mulhouse et Genève) », *AFDI*, 1957, p. 668 et s.

HERDEGEN M., « River Bridges », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, non paginé.

JACQUOT H., JEGOUZO Y., « L'urbanisme transfrontalier : problèmes et principes de solution », in JACQUOT H., MARCOU G., *L'urbanisme transfrontalier. Droit et pratiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1998, pp. 15-42.

JOUANNEAU D., « Le traité sur le tunnel de la Manche », *AFDI*, 1973, pp. 875-889.

JUCHS G., « Le bon voisinage en droit international public : un mauvais concept pour un principe juridique ? », *Revue belge de droit international*, vol. 44, n° 1-2, 2011, pp. 197-237.

KAISER J.-H., « Statut juridique des ouvrages communs au fleuve Sénégal » in *Im Dienste Deutschlands und des Rechts. Festschrift für Wilhelm GREWE*, 1981, pp. 493-506.

KISS A.-CH., « La frontière-coopération », in SFDI, *La frontière. Actes du colloque de Poitiers*, Paris, Pedone, 1980, pp. 183-223.

KMENT M., « Cross-Border Development Plans : an Outline of a Useful Planning Instrument for European Border Regions », *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 6, n° 2, 2009, pp. 233-253.

LACHAUME J.-F., « La frontière-séparation », in SFDI, *La frontière. Actes du colloque de Poitiers*, Paris, Pedone, 1980, pp. 77-94.

L'HUILLIER J., « Les conventions conclues par la France sur l'utilisation de la force motrice des cours d'eau internationaux », *AFDI*, 1958, pp. 692-711.

LAPORTE P., « Le tunnel du Mont-blanc », *AFDI*, 1963, pp. 259-277.

LEJEUNE Y., « Le projet d'accord franco-belge sur la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales et organismes publics locaux », *Chroniques de droit public*, 2002, pp. 396-408.

LEVRAT N., « L'émergence des instruments juridiques de la coopération transfrontière au sein du Conseil de l'Europe », in LEJEUNE Y. (dir.), *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts : les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 17-36.

LIENARDY P., « Contribution à l'étude des solutions des problèmes transfrontaliers : le cas des travaux publics transfrontaliers, en particulier celui des infrastructures hydrauliques frontalières, en Europe occidentale », in *National and international boundaries*, Thessaloniki : Institute of Public International Law and International Relations of Thessaloniki, 1985, vol. 14, pp. 711-740.

LISSANDRO G., « Les relations entre la France et la Principauté de Monaco en matière d'urbanisme », in JACQUOT H., MARCOU G., *L'urbanisme transfrontalier. Droit et pratiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1998, pp. 239-287.

LOPEZ RAMON F., « Les instruments d'urbanisme transfrontalier pyrénéen », in JACQUOT H., MARCOU G., *L'urbanisme transfrontalier. Droit et pratiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1998, pp. 209-224.

LUCHAIRE Y., « Urbanisme transfrontalier et droit constitutionnel », in JACQUOT H., MARCOU G., *L'urbanisme transfrontalier. Droit et pratiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1998, pp. 337-344.

MARCOU G., « Les traités relatifs à la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales et l'urbanisme », in JACQUOT H., MARCOU G., *L'urbanisme transfrontalier. Droit et pratiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1998, pp. 301-321.

MARCOU G., « La sentence arbitrale relative à la Convention d'utilisation du tunnel sous la Manche par la SNCF et British Railways », *AFDI*, 1997, pp. 810-842.

MARCOU G., « L'entrée en service du tunnel sous la Manche et la frontière franco-britannique », *AFDI*, 1993, pp. 833-849.

MBENGUE M., SAMBOLY BA A., « Le régime juridique du fleuve Sénégal : aspects du droit des cours d'eau dans un contexte régional », *Annuaire africain de droit international*, 2006, pp. 309-347

MORAND-DEVILLER J., « Eurotunnel : les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche », *LPA*, 20 septembre 1995, n°113, pp. 4-12.

NDIAYE E. H. M., « Le fleuve Sénégal et les barrages de l'OMVS : quels enseignements pour la mise en œuvre du NEPAD ? », *VertigO – La revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. 4, n° 3, décembre 2003.

POORTER (DE) S., « La frontière de 1947 et le partage des biens communaux frontaliers. 1947-1963 », in BIDEGARAY CH., CARLIN M. (dirs.), *Les Alpes maritimes et la frontière : 1860 à nos jours*, Actes du colloque de Nice, Université de Nice Sophia Antipolis, Centre d'histoire du droit, Nice, Ed. Serre, 1992, pp. 95-126.

ROMI R., « L'impact du droit communautaire de l'environnement sur l'urbanisme transfrontalier », in JACQUOT H., MARCOU G., *L'urbanisme transfrontalier. Droit et pratiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1998, pp. 345-358.

RUBINSON A., « Regional Projects Require Regional Planning : Human Rights Impacts Arising from Infrastructure Projects », *Michigan Journal of International Law*, vol. 28, n° 1, 2007, pp. 175-205.

SCHNEIDER C., « La souveraineté de l'Etat au carrefour du droit international et du droit administratif. Réflexions sur les développements récents du droit transnational de l'action extérieure des collectivités infraétatiques », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave PEISER*, 1995, pp. 423-449.

SCHROETER F., « Les systèmes de délimitation dans les fleuves internationaux », *AFDI*, 1982, pp. 948-982.

SOUBEYROL J., « La condition juridique des pipelines en droit international », *AFDI*, 1958, pp. 166-185.

TAMBOU O., « Le traité de Bayonne : un succès relatif pour le développement de la coopération transfrontalière à l'échelle de la frontière franco-espagnole », *RBDI*, 1998, p. 538 et s.

TORRELLI M., « La frontière et le droit international », in BIDEGARAY CH., CARLIN M. (dirs.), *Les Alpes maritimes et la frontière : 1860 à nos jours*, Actes du colloque de Nice, Université de Nice Sophia Antipolis, Centre d'histoire du droit, Nice, Ed. Serre, 1992, pp. 11-23.

VALLEE C., « L'affaire d'Aragnouet-Bielsa : impasse pour un tunnel », *AFDI*, 1974, pp. 354-374.

VAN DER MENSBRUGGHE Y., « Le tunnel sous la Manche », *RGDIP*, 1967, pp. 325 s.

PATRIMOINE CULTUREL ET PAYSAGER (PROTECTION DES EFFETS DE L'OUVRAGE PUBLIC)

Ouvrages spécialisés

AYGEN Z., *International heritage and historic building conservation : saving the world's past*, Routledge, 2013, 321 p.

BORELLI S., LENZERINI F. (Dirs.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity : New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff, 2012, 440 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Paysage et développement durable : les enjeux de la Convention européenne du paysage*, Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, 2006, 227 p.

DROMGOOLE S., *The Protection of the Underwater Cultural Heritage : National Perspectives in Light of the UNESCO Convention 2001 - Second Edition*, Martinus Nijhoff, 2006, 246 p.

FRANCIONI F., LENZERINI F. (Dirs.), *The 1972 World Heritage Convention : a commentary*,

Oxford : Oxford University Press, Coll. « Oxford commentaries on international law », 2008, 576 p.

GOLDBERG D., « World Bank Policy on Projects on International Waterways in the Context of Emerging International Law and the Work of the International Law Commission », in BLAKE G. (Dir.), *The Peaceful Management of Transboundary Resources*, London : Graham & Trotman, 1995, pp. 153-167.

GOODLAND R., WEBB RECORDS M., *The management of cultural property in World Bank-assisted projects : archaeological, historical, religious, and natural unique sites*, Washington, D.C. : The World Bank, 1987, 102 p.

MESSINGER P. M., SMITH G. S. (Dir.), *Cultural Heritage Management : a Global Perspective*, University Press of Florida, 2010, 319 p.

Articles

ARDOLINO R., « Due cancellazioni della Lista del patrimonio mondiale UNESCO », *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. 26, n° 3, 2011, pp. 561-565.

BORIES C., « La convention du patrimoine mondial, à l'aube de son 40^e anniversaire : un colosse aux pieds d'argile ? », *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 139-165.

CHECHI A., « Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court », *Art, Antiquity and Law*, vol. 18, n° 1, 2013, pp. 31-57.

DI LEVA Ch. E., « The World Bank's Policy on Physical Cultural Resources », in HOFFMAN B. T. (Dir.), *Art and cultural heritage : law, policy, and practice*, New-York : Cambridge University Press, 2006, pp. 245-248.

FERCHICHI W., « La Convention de l'Unesco concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel », in NAFZIGER J. A. R., SCOVAZZI T. (Dir.), *Le patrimoine culturel de l'humanité*, Académie de droit international de La Haye, Travaux du Centre d'études et de recherches en droit international et relations internationales, 2008, pp. 455-486.

FLEMING A. K., CAMPBELL I. L., « Cultural Heritage and the Development Process : Policies and Performance Standards of the World Bank Group », in MESSINGER P. M., SMITH G. S. (Dir.), *Cultural*

Heritage Management : a Global Perspective, University Press of Florida, 2010, pp. 243-250.

GALIS A., « UNESCO Documents and Procedure : the Need to Account For Political Conflict When Designating World Heritage Sites », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 38, n° 1, 2009, pp. 205-235.

KOMURCU M., « Cultural Heritage Endangered by Large Dams and it's Protection under International Law », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 20, n° 2, 2001, pp. 233-296.

LITTON S., « The World Heritage "in Danger" Listing as a Taking », *New York University journal of international law and politics*, vol. 44, n° 1, 2011, pp. 219-267.

O'KEEFE P., « Foreign investment and the World Heritage Convention », *International journal of cultural property*, vol. 3, n° 2, 1994, pp. 259-265.

O'KEEFE P. J., « International Laws, Treaties, and Organizations », in MESSINGER P. M., SMITH G. S. (Dir.), *Cultural Heritage Management : a Global Perspective*, University Press of Florida, 2010, pp. 251-260.

PRIEUR M., « Les conséquences juridiques de l'inscription d'un site sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco », *Revue juridique de l'environnement*, 2007, pp. 101-112.

PRIEUR M., DUROUSSEAU S., « Paysage et participation du public », in CONSEIL DE L'EUROPE, *Paysage et développement durable : les enjeux de la Convention européenne du paysage*, Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, 2006, pp. 177-227.

QUIRICO O., « Key Issues in the Relationship between the World Heritage Convention and Climate Change Regulation », in BORELLI S., LENZERINI F. (Dir.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity : New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 391-412.

RÖNNER J., « Bridges over Troubled Water : on the Evaluation of Values by the Unesco Convention, notably in Relation to the New Category of Cultural Landscapes : the Cases of the Dresden Elbe Valley and the Middle Rhine Valley », in ALAMI-

HAMEDANE A. (Dir.), *International protection of cultural property and national legal systems*, Roma : Aracne, 2009, pp. 141-149.

SCHORLEMER S., « Compliance with the UNESCO World Heritage Convention : Reflections on the Elbe Valley and the Dresden Waldschlösschen Bridge », *German Yearbook of International Law*, vol. 51, 2008, pp. 321-390.

STRECKER A., « The Human Dimension to Landscape Protection in International Law », in BORELLI S., LENZERINI F. (Dirs.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity : New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 327-347.

THAPA B., « Funding Strategies for World Heritage Sites in Least Developed Countries », in MESSENGER P. M., SMITH G. S. (Dirs.), *Cultural Heritage Management : a Global Perspective*, University Press of Florida, 2010, pp. 278-294.

VADI V., « Culture Clash ? World Heritage and Investors' Rights in International investment Law and Arbitration », *ICSID Review : Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, n° 1, 2013, pp. 123-143.

VADI V., « Culture, Development and International Law : the Linkage between Investment Rules and the Protection of Cultural Heritage », in BORELLI S., LENZERINI F. (Dirs.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity : New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 413-434.

VADI V., « Cultural Diversity Disputes and the Judicial Function in International Investment Law », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 39, n° 1, 2011, pp. 89-136.

ZOIDO NARANJO F., « Paysage et aménagement du territoire », in CONSEIL DE L'EUROPE, *Paysage et développement durable : les enjeux de la Convention européenne du paysage*, Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, 2006, pp. 57-87.

PARTICIPATION DU PUBLIC

Ouvrages spécialisés

ANDRUSEVYCH A., ALGE T., KONRAD C. (Dirs.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, 2^e éd., RACSE, Lviv, 2011, 212 p.

BRUCH C. (Dir.), *Public Participation in the Governance of International Freshwater Resources*, United Tokyo : Nations University Press, 2005, 505 p.

CREIGHTON J. L., *The Public Participation Handbook. Making Better Decisions Through Citizen Involvement*, Jossey-Bass Inc., 2005, 288 p.

TIGNINO M., SANGBANA K. (dirs.), *Public Participation and Water Resources Management. Where Do We Stand in International Law ?*, Paris, UNESCO, 2015, 153 p.

UNECE, *Guidance document on the Aarhus Convention Compliance Mechanism*, United Nations, Non daté, 43 p.

UNECE, *The Aarhus Convention. An Implementation Guide*, 2^e éd., United Nations, 297 p.

ZILLMAN D. M., LUCAS A., PRING G. R., *Human Rights in Natural Resource Development : Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources*, Oxford University Press, 2002, 724 p.

Articles

BETAILLE J., « Accès à la justice de l'Union européenne, le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus s'immisce dans le dialogue des juges européens : à propos de la décision n° ACCC/C/2008/32 du 14 avril 2011 », *Revue juridique de l'environnement*, n° 4, 2011, pp. 547-562.

BETAILLE J., « Chronique des décisions du Comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus », *Revue juridique de l'environnement*, n° 1, 2011, pp. 99-113.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « The World Bank Inspection Panel : About Public Participation and

Dispute Settlement », in TREVES T., FRIGESSI DI RATTALMA M., TANZI A., FODELLA A., PITEA C., RAGNI C. (Dirs.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, The Hague : T.M.C. Asser Press, 2005, pp. 187-203.

DI LEVA Ch. E., « Access to Information, Public Participation and Conflict Resolution at the World Bank », in BRUCH C. (Dir.), *Public Participation in the Governance of International Freshwater Resources*, United Tokyo : Nations University Press, 2005, pp. 199-215.

ETEMIRE U., SINDICO F., « Public Participation and the Guarani Aquifer Agreement », in TIGNINO M., SANGBANA K. (dirs.), *Public Participation and Water Resources Management. Where Do We Stand in International Law ?*, Paris, UNESCO, 2015, pp. 55-61.

HUNTER B. D., « International Law and Public Participation in Policy-Making at the International Financial Institutions », in BRADLOW D. D., HUNTER D. B. (Dirs.), *International Financial Institutions and International Law*, Kluwer Law International, 2010, pp. 199-238.

JENDROSKA J., « Aarhus Convention Compliance Committee : origins, Status and Activities », *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 8, n° 4, 2011, pp. 301-314.

JENDROSKA J., « Public Participation in Environmental Decision-Making : Interactions between the Convention and EU Law and Other Key Legal Issues in its Implementation in the Light of the Opinions of the Aarhus Convention Compliance Committee », in PALLEMAERTS M., *The Aarhus Convention at ten : interactions and tensions between conventional international law and EU environmental law*, Groningen : Europa Law Publishing, Coll. « The Avosetta series », 2011, pp. 91-147.

KOESTER V., « The Compliance Committee of the Aarhus Convention : An Overview of Procedures and Jurisprudence », *Environmental Policy and Law*, vol. 37, n° 2-3, 2007, pp. 83-96.

MARSHALL F., « Two Years in the Life : The Pioneering Aarhus Convention Compliance

Committee 2004-2006 », *International Community Law Review*, vol. 8, n° 1, 2006, pp. 123-154.

MARSDEN S., « Direct Public Access to EU Courts : Upholding Public International Law via the Aarhus Convention Compliance Committee », *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, n° 2, 2012, pp. 175-204.

RENN O., KLINKE A., « Public participation across borders », in LINNEROOTH-BAYER J., LÖFSTEDT R. E. (Dirs.), *Transboundary risk management*, London : Earthscan, Coll. « Risk, society, and policy series », 2001, pp. 245-278.

SANGBANA K., « La participation du public dans le cadre de l'Organisation de Mise en Valeur du Fleuve Sénégal », in TIGNINO M., SANGBANA K. (dirs.), *Public Participation and Water Resources Management. Where Do We Stand in International Law ?*, Paris, UNESCO, 2015, pp. 77-83.

TANZI A., CONTARTESE C., « The Implementation Committee of the Helsinki Convention. A New Tool of Public Participation for the Management of Transboundary Water Resources », in TIGNINO M., SANGBANA K. (dirs.), *Public Participation and Water Resources Management. Where Do We Stand in International Law ?*, Paris, UNESCO, 2015, pp. 100-110.

TAYLOR C. R., « The right of participation in development projects », *Dickinson journal of international law*, vol. 13, n° 1, 1994, pp. 69-102.

TIGNINO M., « L'eau, les individus et le communautés locales », in TIGNINO M., SANGBANA K. (dirs.), *Public Participation and Water Resources Management. Where Do We Stand in International Law ?*, Paris, UNESCO, 2015, pp. 12-16.

TIGNINO M., « Le principe de la participation du public et la Commission Mixte Internationale », in TIGNINO M., SANGBANA K. (dirs.), *Public Participation and Water Resources Management. Where Do We Stand in International Law ?*, Paris, UNESCO, 2015, pp. 84-90.

TIGNINO M., « Les contours du principe de la participation publique et la protection des ressources en eau transfrontières », *Vertigo - la revue*

électronique en sciences de l'environnement [En ligne], Hors série 7, juin 2010.

VERSCHUUREN J., « Public Participation Regarding the Elaboration and Approval of Projects in the EU After the Aarhus Convention », *Yearbook of European Environmental Law*, vol. 4, 2005, pp. 29-48.

WATES J., « NGOs and the Aarhus Convention », in TREVES T., FRIGESSI DI RATTALMA M., TANZI A., FODELLA A., PITEA C., RAGNI C. (Dirs.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, The Hague : T.M.C. Asser Press, 2005, pp. 167-186.

WOODHOUSE M., « Is public participation a rule of the law of international watercourses ? », *Natural Resources Journal*, vol. 43, 2003, pp. 137-183.

PEUPLES AUTOCHTONES

Ouvrages spécialisés

ANAYA S. J., *Indigenous Peoples in International Law*, OUP USA, 2000, 408 p.

THORNBERRY P., *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press Melland Schill Studies, Coll. « Melland Schill Studies in International Law », 2003, 288 p.

Articles

ANAYA J., « Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction : The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, n° 1, 2005, pp. 7-18.

ANAYA J., « Divergent Discourses about International Law, Indigenous Peoples, and Rights over Lands and Natural Resources : toward a Realist Trend », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 16, n° 2, 2005, pp. 237-258 ;

ANAYA J., WILLIAMS R. A., « The Protection of Indigenous People' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 14, 2001, pp. 33-86.

BAKER S. A., « Why the IFC's Free, Prior, and Informed Consent Policy does not matter (yet) to Indigenous Communities affected by Development Projects », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 30, n° 3, 2012, pp. 668-705.

BANKES N., « The Protection of the Rights of Indigenous Peoples to Territory through the Property Rights Provisions of International Regional Human Rights Instruments », *The Yearbook of Polar Law*, vol. 3, 2011, pp. 57-112.

CARINO J., « Indigenous Peoples' Right to Free, Prior, Informed Consent : Reflections on Concepts and Practice », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, n° 1, 2005, pp. 19-40.

CITRONI G., QUINTANA Osune K., « Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights », in LENZERI F. (dir.), *Reparations for Indigenous Peoples : International and Comparative Perspectives*, Oxford : Oxford University Press, 2008, pp. 317-344.

CLAVERO B., « The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, n° 1, 2005, pp. 41-52.

COURTEMANCHE O. L., « Conséquences juridiques et sociales des revendications foncières autochtones : regards sur le droit interaméricain », *Droit et société*, vol. 88, n° 3, 2014, pp. 667-688.

CUNEO I. M., « The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, n° 1, 2005, pp. 53-64.

DUSEPULCHRE G., « L'activité du panel d'inspection a-t-elle conduit la Banque mondiale à modifier ses standards opérationnels ? La réforme de la directive relative à la protection des populations autochtones pour cas d'étude », *Revue belge de droit international*, vol. 43, n° 2, 2010, pp. 423-475.

DUSSIAS A. M., « Protecting Pocahontas's World : the Mattaponi Tribe's Struggle Against Virginia's King William Reservoir Project », *American Indian Law Review*, vol. 36, n° 1, 2012, pp. 1-123.

GROTE R., « On the Fringe of Europe. Europe's largely Forgotten Indigenous People », *American Indian Law Review*, 2006-2007, pp. 425-443.

KIMERLING J., « Oil, Contact, and Conservation in the Amazon : Indigenous Huaorani, Chevron, and Yasuni », *Colorado journal of international environmental law and policy*, vol. 24, n° 1, 2013, pp. 43-115.

LARRALDE J.-M., « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », *RTDH*, 2003, pp. 1247-1259.

MACKAY F., « Indigenous Peoples and International Financial Institutions », in BRADLOW D. D., HUNTER D. B. (Dir.), *International Financial Institutions and International Law*, Kluwer Law International, 2010, pp. 287-321.

MACKAY F., « The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples : progress or more of the same ? », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, n° 1, 2005, pp. 65-98.

MACKAY F., « Universal rights or a universe into itself ? Indigenous People's human rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples », *American University International Law Review*, vol. 17, n° 3, 2002, pp. 527-624.

MALWE C., « La protection du droit de propriété par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (obs/s. Cour interam. dr. h., Salvador Chiriboga c. Equateur, 6 mai 2008), *RTDH*, vol. 78, 2009, pp. 569-606.

NEUMAN G. L., « Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights », *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 1, 2008, pp. 101-123.

ORELLANA M. A., « Indigenous Peoples, Energy and Environmental Justice : the Panguel/Ralco Hydroelectric Project in Chile's Alto BioBio », *Journal of energy & natural resources law*, vol. 23, n° 4 2005, pp. 511-528.

OTIS G., LAURENT A. « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de

la propriété ? », *RTDH*, vol. 23, n° 89, 2012, pp. 43-70.

OTIS G. « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXXIX, n° 1-2, 2009, pp. 99-105.

PASQUALUCCI J. M., « The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System », *Human Rights Law Review*, vol. 39, n° 1-2, pp. 281-322.

PRIESKAT M. J., « Preventing a Pipeline to Nowhere : the Alaska Native Claims Settlement Act as a Model for Resolving the Unsettled Land Claims of the First Nations of Canada », *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 19, n° 3, 2011, pp. 977-1008.

RINALDI K., « Cour IADH, Peuples autochtones Kuna de Madungandí et Emberá de Bayano et leurs membres c. Panama », *Sentinelle*, n° 418, 18 janvier 2015.

SATTERTHWAITE M., HURWITZ D., « The Right of Indigenous Peoples to Meaningful Consent in Extractive Industry Projects : Symposium Introduction », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, n° 1, 2005, pp. 1-5.

SARFATY G. A., « The World Bank and the Internalization of Indigenous Rights Norms », *Yale Law Journal*, vol. 114, n° 7, 2005, pp. 1791-1818.

VADI V., « The Protection of Cultural Landscapes and Indigenous Heritage in International Investment Law », WESTRA L., SOSKOLNE C. L., SPADY D. W. K (Dir.), *Human Health and Ecological Integrity : Ethics, Law and Human Rights*, London : Routledge, 2012, pp. 250-261.

VADI V., « When Cultures Collide : Foreign Direct Investment, Natural Resources, and Indigenous Heritage in International Investment Law », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, n° 3, 2011, pp. 797-889.

Ouvrages spécialisés

CERNEA M. M., *Involuntary resettlement in development projects. Policy guidelines in World Bank-financed projects*, World Bank Publications, Coll. « World Bank technical paper », 1988, 88 p.

COOK C. C., *Involuntary Resettlement in Africa : Selected Papers from a Conference on Environment and Settlement Issues in Africa*, World Bank Publications, Coll. « World Bank technical paper », 1994, 220 p.

LOW S., ALTMAN I., *Place Attachment*, New York, N.Y. Plenum Press, 1992, 336 p.

MAHAPATRA L. K., *Resettlement, Impoverishment and Reconstruction in India : Development for the Deprived*, New Delhi, Vikas Publishing House, 1999, 184 p.

MATHUR H. M., CERNEA M. (dirs.), *Development, Displacement and Resettlement. Focus on Asian experiences*, Delhi, Vikas Publishing House, 1995, 260 p.

PAYNE G. (dir.), *Land, Rights and Innovation: Improving Tenure Security for the Urban Poor*, ITDG Publishing, London, 2002, 352 p.

SHI G., HU W., *Comprehensive Evaluation and Monitoring of Displaced Persons Standards of Living and Productions*, Nanjing, Chine, NRCR, Hohai University, 1994, 145 p.

TADDELE MARU M., *The Kampala Convention and its contributions to international law : legal analyses and interpretations of the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons*, The Hague, Eleven, 2014, 398 p.

WORLD BANK, *Involuntary Resettlement Sourcebook. Planning and Implementation in Development Projects*, Washington D.C. : The World Bank, 2004, 433 p.

Articles

AGNIHOTRI A., « The Orissa Resettlement and Rehabilitation of Project-Affected-Persons Policy

1994 : an Analysis of its Robustness with Reference to the Impoverishment Risks Model », in OTA A. B., AGNIHOTRI A. (dirs.), *Involuntary Resettlement in Dam Projects*, New Dehli, Prachi Prakashan, 1996, pp. 19-42.

ALBERT S., « La mise en œuvre de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 3, 1997, pp. 61-82.

ASSOGBA G., « L'obsession d'habiter sa propre maison à Lomé : quel impact sur la dynamique spatiale ? », *Les Cahiers d'Outre-Mer*, en ligne, 2011, n° 256, pp. 565-590.

CERNEA M. M., « La sociologie des déplacements forcés : un modèle théorique », *Autre part*, 1998, vol. 5, pp. 17-18.

CERNEA M. M., « The risks and reconstruction model for resettling displaced populations » *World Development*, octobre 1997, pp. 1569-1587.

CERNEA M. M., « Pour une nouvelle économie de la réinstallation : critique sociologique du principe de compensation », *Revue internationale des sciences sociales*, 2003/1 n° 175, pp. 39-48.

CHAUDHRY S., « Development-Induced Displacement and Forced Evictions », in KÄLIN W., WILLIAMS R. C., KOSER K., SOLOMON A. (Dirs.), *Incorporating the Guiding Principles on Internal Displacement into Domestic Law : Issues and Challenges*, American Society of International Law, Brookings-Bern Project on Internal Displacement, Coll. « Studies in Transnational Legal Policy », 2010, pp. 591-645.

CULLET Ph., « Human rights and displacement : the Indian Supreme Court decision on Sardar Sarovar in international perspective », *The international and comparative law quarterly*, vol. 50, n° 4, 2001, pp. 973-987.

DUCHATELLIER M., PHUONG C., « The African Contribution to the Protection of Internally Displaced Persons: a Commentary on the 2009 Kampala Convention », in CHETAIL V., BAULOZ C. (dirs.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Elgar, 2014, pp. 650-667.

- DOWNING T. E., « Creating poverty : the flawed economic logic of the World Bank's revised involuntary resettlement policy », *Forced Migration Review*, vol. 12, n° spécial : « Dilemmas of development induced displacement », 2002, pp. 13-14.
- GROSS T. L., « Improvement with Impunity : Development-Induced Displacement and the Guiding Principle 6(2)(c) Proportionality Test Applied to the Merowe Dam Project in Sudan », *American University International Law Review*, vol. 24, n° 2, 2008, pp. 377-406.
- HIDALGO C., HERNANDEZ B., « Place Attachment. Conceptual and Empirical Questions », *Journal of Environmental Psychology*, 2001, vol. 21, pp. 273-281
- KANBUR R., « Économie du développement et principe de compensation », *Revue internationale des sciences sociales*, 2003/1, n° 175, pp. 549-552.
- KOENIG D., « Women and Resettlement », in GALLINS R., FERGUSON A. (dirs.), *The Women and International Development*, Boulder, CO, Westview Press, 1995.
- LECKIE S., « Towards a right to security of place », *Forced Migration Review*, vol. 12, n° spécial : « Dilemmas of development induced displacement », 2002, pp. 20-21.
- MEFFRE A., « La Convention sur la Protection et l'Assistance des Personnes Déplacées en Afrique du 23 octobre 2009 (Convention de Kampala) : une pierre de plus dans l'édification d'un droit international des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ? », in DELAS O. (dir.), *Liber amicorum Peter Leuprecht*, Bruxelles, Bruylant, pp. 483-505.
- MEHTA P., « Internally Displaced Persons and the Sardar Sarovar Project : a Case for Rehabilitative Reform in Rural India », *American University International Law Review*, vol. 20, n° 3, 2004, pp. 613-647.
- PADOVANI F., « Involuntary Resettlement in the Three Gorges Dam Area in the Perspective of Forced Migration due to Hydraulic Planning in China », in CREPEAU F. (Dir.), *Forced migrations and global processes. A view from forced migrations studies*, Lanham, MD : Lexington Books, Coll. « Program in migration and refugee studies », 2006, pp. 91-123.
- PEARCE D., « Methodological issues in the economic analysis for involuntary resettlement operations » in CERNEA M. M. (dir.), *The Economics of Involuntary Resettlement : Questions and Challenges*, Washington DC : Banque mondiale, 1999, pp. 50-82
- PENZ P., « Development, displacement and ethics », *Forced Migration Review*, vol. 12, n° spécial : « Dilemmas of development induced displacement », 2002, pp. 4-5.
- PETTERSSON B., « Development-induced displacement : internal affair or international human rights issue ? », *Forced Migration Review*, vol. 12, n° spécial : « Dilemmas of development induced displacement », 2002, pp. 16-19.
- SCUDDER T., « Development-induced relocation and refugee studies : 37 years of change and continuity among Zambia's Gwembe Tonga », *Journal of Refugee Studies*, 1997, vol. 6, n° 3, pp. 123-152
- STEIL S., « Policies and practice in Three Gorges resettlement : a field account », *Forced Migration Review*, vol. 12, n° spécial : « Dilemmas of development induced displacement », 2002, pp. 10-12.
- TERMINSKI B., « Public International Law and Development-Induced Displacement : A Socio-Legal Analysis », *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, vol. 30, 2013, 19 p.
- VANDERGEEST P., « Affectation des terres et déplacements de population induits par le développement au Laos », *Revue internationale des sciences sociales*, 2003/1, n° 175, pp. 49-59.
- ZAMAN M. Q., « Land Acquisition and Compensation in Involuntary Resettlement », *Cultural Survival Quarterly*, 1990, vol. 14, n° 7, pp. 63-66.

Rapports

BANQUE MONDIALE, « Involuntary Resettlement The Large Dam Experience », *Précis. World Bank Operations Evaluation Department*, n° 194, 2000, 7 p.

CERNEA M. M., *Involuntary Resettlement in Bank-Assisted Projects. A Review of the Application of Bank Policies and Procedures in FY79-85 Projects*, Agriculture and Rural Development Department, Washington, DC, The World Bank, 1986, 57 p.

FEENEY P., *Displacement and the Rights of Women*, Oxford, Oxfam, Policy Department, 1995, non paginé.

DEININGER K., « Une politique foncière pour la croissance et la lutte contre la pauvreté », Rapport d'étude de la Banque mondiale, Éditions ESKA, Paris, 2005, 288 p.

PANDEY B., *Development, Displacement and Rehabilitation in Orissa 1950-1990*, Canada, International Development Research Centre, Bhubaneswar, Institute for Socio-Economic Development, non paginé.

RESPONSABILITE ET RESPONSABILISATION DES BANQUES MULTILATERALES DE DEVELOPPEMENT

Ouvrages spécialisés

ALFREDSSON G., RING R. (Dirs.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, 282 p.

BRONKHORST S.A. (Dir.), *Liability for environmental damage and the World Bank's Chad-Cameroon oil and pipeline project*, Amsterdam : Netherlands Committee for IUCN, 2000, 128 p.

CLARK D., FOX J., TREACLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, 311 p.

FOX J. A., BROWN L. D. (Dirs.), *The Struggle for Accountability The World Bank, NGOs, and Grassroots Movements*, MIT Press, Coll. « Global Environmental Accord: Strategies for Sustainability and Institutional Innovation », 1998, 548 p.

REINISCH A., *Challenging acts of international organizations before national courts*, Oxford : Oxford University Press, 2010, 302 p.

RUIZ-FABRI H., SICILIANOS L. A., SOREL J.-M. (Dirs.), *L'effectivité des organisations internationales : mécanismes de suivi et de contrôle*, Paris : Pedone, 2000, 338 p.

VAN GENUGTEN, HUNT P., MATHEWS S. (Dir.), *World Bank, IMF and Human Rights. Including the Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and human rights*, Nijmegen : Wolf, 2003, 255 p.

WOUTERS J., BREMS E., SMIS S., SCHMITT P. (Dirs.), *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*, Intersentia, 2010, 625 p.

Articles

BAIMU E., PANOU A., « Responsibility of International Organizations and the World Bank Inspection Panel : Parallel Tracks Unlikely to Converge ? », *The World Bank Legal Review*, vol. 3, 2012, pp. 147-172.

BEKHECHI M., « The Chad-Cameroon Pipeline Project : some Thoughts about the Legal Challenges and Lessons Learned from a World Bank-financed Large Infrastructure Project », in ROGGENKAMP M. (Dir.), *Energy Networks and the Law : Innovative Solutions in Changing Markets*, Oxford University Press, 2012, pp. 78-101.

BERGER Th. R., « The World Bank's independent review of India's Sardar Sarovar projects », *The American University Journal of International Law and Policy*, vol. 9, n° 1, 1993, pp. 33-48.

BISSEL R. E., « The Arun III Hydroelectric Project, Nepal », in CLARK D., FOX J., TREACLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 25-44.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Immunités, responsabilisation des organisations internationaliste protection des droits individuels », in PETERS A., LAGRANGE E., OETER S., TOMUSCHAT CH. (dirs.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill, 2015, pp. 285-300.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Technical and financial assistance and compliance : the interplay », in BEYERLIN U., STOLL P.-T., WOLFRUM R. (Dirs.), *Ensuring compliance with multilateral agreements. Dialogue between practitioners and academia*, Coll. « Studies on the law of treaties », Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 273-300.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « The World Bank Inspection Panel : About Public Participation and Dispute Settlement », in TREVES T., FRIGESSI DI RATTALMA M., TANZI A., FODELLA A., PITEA C., RAGNI C. (Dirs.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, The Hague : T.M.C. Asser Press, 2005, pp. 187-203.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Le Panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international », *RGDIP*, vol. 105, n° 1, 2001, pp. 145-162.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Compliance with Operational Standards – the Contribution of the World Bank Inspection Panel », in ALFREDSSON G., RING R. (Dirs.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, pp. 67-85.

BRADLOW D. D., « International Law and the Operations of the International Financial Institutions », in BRADLOW D. D., HUNTER D. B. (Dirs.), *International Financial Institutions and International Law*, Kluwer Law International, 2010, pp. 1-30.

BRADLOW D. D., HUNTER D. B., « Conclusion : The Future of International Law and International Financial Institutions », in BRADLOW D. D., HUNTER D. B. (Dirs.), *International Financial Institutions and International Law*, Kluwer Law International, 2010, pp. 387-398.

BRADLOW D., « Lessons from the NGO campaign against the second review of the World Bank Inspection Panel : a participant's perspective », *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 7, n° 2, 2001, pp. 247-257.

CARRASCO E. R., GUERNSEY A. K., « The World Bank's Inspection Panel : Promoting True Accountability Through Arbitration », *Cornell*

International Law Journal, vol. 41, n° 3, 2008, pp. 577-630.

CASTEIGTS M., « Cadre juridique et enjeux politiques du financement de la coopération transfrontalière en Europe », in LEJEUNE Y. (dir.), *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts : les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 165-182.

CLARK D., « Singrauli : An Unfulfilled Struggle for Justice », in CLARK D., FOX J., TREAKLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 167-190.

CLARK D., FOX J., TREAKLE K., « Lessons Learned », in CLARK D., FOX J., TREAKLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 247-277.

CLARK D., HUNTER D., « The World Bank Inspection Panel : amplifying citizen voices for sustainable development », in ALFREDSSON G., RING R. (Dirs.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, pp. 167-189.

DE SCHUTTER O., « Human Rights and the Rise of International Organisations : the Logic of Sliding Scales in the Law of International Responsibility », in CLARK D., FOX J., TREAKLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 51-128.

DE SENA P., « International Monetary Fund, World bank and Respect for Human Rights : a Critical Point of View », *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 20, 2010, pp. 247-274.

DUSEPULCHRE G., « L'activité du panel d'inspection a-t-elle conduit la Banque mondiale à modifier ses standards opérationnels ? La réforme de la directive relative à la protection des populations autochtones pour cas d'étude », *Revue belge de droit international*, vol. 43, n° 2, 2010, pp. 423-475.

FOURIE A. N., « The World Bank Inspection Panel's Normative Potential : a Critical Assessment, and a

Restatement », *Netherlands International Law Review*, vol. 59, n° 2, 2012, pp. 199-234.

FORGET L., « Le Panel d'Inspection de la Banque Mondiale », *AFDI*, vol. 42, 1997, pp. 645-661.

FREESTONE D., « The Environmental and Social Safeguard Policies of the World Bank and the Evolving Role of the Inspection Panel », in KISS A., SHELTON D., ISHIBASHI K. (Dirs.), *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, Kluwer Law International, 2003, pp. 139-156.

FRENCH D., KIRKHAM R., « Complaint and Grievance Mechanisms in International Law : One Piece of the Accountability Jigsaw ? », *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 7, 2009, pp. 179-206.

GELLERT R., « L'accountability, un concept adapté aux organisations internationales ? », *Revue belge de droit international*, vol. 43, n° 2, 2010, pp. 476-497.

GOWLLAND GUALTIERI A., « The environmental accountability of the World Bank to non-state actors : insights from the inspection panel », *British yearbook of international law*, vol. 72, 2002, pp. 213-253.

GUADALUPE MOOG RODRIGUES M., « The Panafloro Inspection Panel Claim : Opportunities and Challenges for Civil Society in Rondônia, Brazil », in CLARK D., FOX J., TREAKLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 45-68.

HACHEZ N., WOUTERS J., « The Role of Development Banks : the European Investment Bank's Substantive and Procedural Accountability Principles with Regard to Human Rights, Social and Environmental Concerns », in DE SCHUTTER O., SWINNEN J., WOUTERS J. (Dirs.), *Foreign Direct Investment and Human Development : the Law and Economics of International Investment Agreements*, Routledge, 2013, pp. 292-339.

HERZ S., « Rethinking International Financial Institution Immunity », in BRADLOW D. D., HUNTER D. B. (Dirs.), *International Financial Institutions*

and International Law, Kluwer Law International, 2010, pp. 137-166.

HUTCHINS T., « Using the International Court of Justice to check human rights abuses in World Bank projects », *Columbia human rights law review*, vol. 23, n° 2, 1992, pp. 487-524.

HUNTER B. D., OPASO C., ORELLANA M. A., « The Biobio's Legacy : Institutional Reforms and Unfulfilled Promises at the International Finance Corporation », in CLARK D., FOX J., TREAKLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 115-144.

HUQ DULU M., « The Experience of Jamuna Bridge : Issues and Perspectives », in CLARK D., FOX J., TREAKLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 93-114.

KIRUNDA R., « Political Prohibition and the World Bank's Role in the Protection of Human Rights in the Saga of the Chad-Cameroon Pipeline », *East African Journal of Peace and Human Rights*, vol. 14, n° 2, 2008, pp. 266-309.

KLEIN P., « Les institutions financières et les droits de la personne », *Revue belge de droit international*, vol. 32, n° 1, 1999, pp. 97-114.

LAGERWALL A., « Le Panel d'inspection jouit-il de l'indépendance nécessaire pour contrôler les agissements de la Banque mondiale ? », *Revue belge de droit international*, vol. 43, n° 2, 2010, pp. 389-422.

LEIBOLD A., « Aligning Incentives for Development : the World Bank and the Chad-Cameroon Oil Pipeline », *Yale Journal of International Law*, vol. 36, n° 1, 2011, pp. 167-205.

MCGILL E., « The inspection policy of the Asian Development Bank », in ALFREDSSON G., RING R. (Dirs.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, pp. 191-207.

MCINERNEY-LANKFORD S., « International Financial Institutions and Human Rights : Select Perspectives on Legal Obligations », in BRADLOW D. D., HUNTER D. B. (Dirs.), *International Financial*

Institutions and International Law, Kluwer Law International, 2010, pp. 239-286.

MILLER G. D., « The independent investigation mechanism of the Inter-American Development Bank », in ALFREDSSON G., RING R. (Dirs.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, pp. 209-218.

MÖLLER, J. Th., « The Independent Inspection Panel of the World Bank – Comparison with other International Complaints Procedures », in ALFREDSSON G., RING R. (Dirs.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, pp. 219-248.

OLESCHAK-PILLAI R., « Accountability of International Organisations : an Analysis of the World Bank's Inspection Panel », in WOUTERS J., BREMS E., SMIS S., SCHMITT P. (Dirs.), *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*, Intersentia, 2010, pp. 401-429.

RAMACHANDRA K., « Sardar Sarovar : an Experience Retained ? », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 19, 2006, pp. 275-281.

REINISCH A., WURM J., « International Financial Institutions before National Courts », in BRADLOW D. D., HUNTER D. B. (Dirs.), *International Financial Institutions and International Law*, Kluwer Law International, 2010, pp. 103-135.

RICHARD V., « Justice By Other Name ? The Grievance Mechanisms of Multilateral Development Banks », in TIGNINO M., SANGBANA K. (dirs.), *Public Participation and Water Resources Management. Where Do We Stand in International Law ?*, Paris, UNESCO, 2015, pp. 129-138.

RICHARD V., « La participation des acteurs non-étatiques dans le système institutionnel de la Banque Mondiale : le rôle du Panel d'Inspection et du médiateur-conseiller en observance », in BOISSON DE CHAZOURNES L., MEHDI R. (Dirs.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruxelles : Bruylant, 2005, 391 pp. 141-158.

SAPER M. B., « The International Finance Corporations' Compliance Advisor/Ombudsman (CAO) : an Examination of Accountability and Effectiveness from a Global Administrative Law Perspective », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 44, n° 4, 2012, pp. 1279-1329.

SCHLEMMER-SCHULTE, « The Inspection Panel's Case Law », in ALFREDSSON G., RING R. (Dirs.), *The Inspection Panel of the World Bank : a different complaints procedure*, Nijhoff, 2001, pp. 87-106.

SHAH S., « On the Road to Apartheid : The Bypass Road Network in the West Bank », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 29, 1997-1998, pp. 221-290.

SHIHATA I. F. I., « La Banque mondiale et les droits de l'homme », *Revue belge de droit international*, vol. 32, n° 1, 1999, pp. 86-96.

SKOGLY S. I., « The Human Rights Obligations of the World Bank and the IMF », in VAN GENUGTEN, HUNT P., MATHEWS S. (Dir.), *World Bank, IMF and Human Rights. Including the Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and human rights*, Nijmegen : Wolf, 2003, pp. 45-78.

SOREL J.-M., « La puissance normative des mesures de suivi au sein du FMI et de la Banque Mondiale », in RUIZ-FABRI H., SICILIANOS L. A., SOREL J.-M. (Dirs.), *L'effectivité des organisations internationales : mécanismes de suivi et de contrôle*, Paris : Pedone, 2000, pp. 197-212.

SPANOUDIS J., « L'accès des individus au panel d'inspection : faux-semblant ou réalité ? », *Revue belge de droit international*, vol. 43, n° 2, 2010, pp. 356-388.

SUZUKI E., NANWANI S., « Responsibility of International Organizations : the Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks », *Michigan journal of international law*, vol. 27, n° 1, 2005, pp. 177-225.

TAN C., « Mandating Rights and Limiting Mission Creep : Holding the World Bank and the International Monetary Fund Accountable for Human Rights Violations », *Human Rights &*

International Legal Discourse, vol. 2, n° 1, 2008, pp. 79-116.

THALLINGER G., « Piercing Jurisdictional Immunity : the Possible Role of Domestic Courts in Enhancing World Bank Accountability », *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, vol. 2, n° 1, 2008, pp. 4-35.

TREACKLE K., DIAZ PEÑA E., « Accountability at the World Bank : what does it take ? Lessons from the Yacyretá Hydroelectric Project, Argentina/Paraguay », in CLARK D., FOX J., TREACKLE K. (Dirs.), *Demanding Accountability : Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield, 2003, pp. 69-91.

Rapports

BANQUE MONDIALE, *Responsabilisation et transparence à la Banque mondiale – Panel d'inspection : 10 ans sur la brèche*, World Bank Publications, 2003, 193 p.

CLARK D. L., *Guide du citoyen sur le Panel d'inspection de la Banque mondiale*, 2^e éd. (traduction en français), travaux du Center for International Environment Law, 1999, 37 p.

DANIÑO R., « The Legal Aspects of the World Bank's Work on Human Rights », Discours prononcé lors d'une conférence intitulée *Human Rights and Development : Towards Mutual Reinforcement*, New York, 1 mars 2004, <http://tinyurl.com/qzx3zam>, consulté le 2 juillet 2015.

STANDARDS OPERATIONNELS DES BAILLEURS DE FONDS

Ouvrages spécialisés

SHELTON D. (Dir.), *Commitment and compliance : the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford university Press, New York, 2000, 560 p.

Articles

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Standards and Guidelines : Some Interfaces with Private Investments », in TREVES T., SEATZU F.,

TREVISANUT S. (Dirs.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, London : Routledge, 2013, pp. 100-114.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Partnerships, Emulation, and Coordination. Toward the Emergence of a Droit Commun in the Field of Development Finance », *The World Bank Legal Review*, vol. 3, 2012, pp. 173-187.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions », in BOISSON DE CHAZOURNES L., KOHEN M. (Dirs.), *Le droit international et la quête de sa mise en œuvre. Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden : Brill, 2010, pp. 351-376.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Normes, standards et règles en droit international », in DUPUY P.-M. et al. (Dirs.), *Common values in international law. Essays in honour of Christian Tomuschat*, Kehl : NP Engel, 2006, pp. 479-492.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Policy guidance and compliance : the World bank operational standards », in SHELTON D. (Dir.), *Commitment and compliance : the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford university Press, New York, 2000, pp. 282-303.

DI LEVA Ch. E., « Transboundary Management of Natural Resources : a Brief Overview of World Bank Policies and and Projects », in HART Sh. (Dir.), *Shared Resources : Issues of Governance*, Gland : IUCN, 2008, pp. 33-55

DI LEVA Ch. E., « The World Bank's Policy on Physical Cultural Resources », in HOFFMAN B. T. (Dir.), *Art and cultural heritage : law, policy, and practice*, New-York : Cambridge University Press, 2006, pp. 245-248.

DOWNING T. E., « Creating poverty : the flawed economic logic of the World Bank's revised involuntary resettlement policy », *Forced Migration Review*, vol. 12, n° spécial : « Dilemmas of development induced displacement », 2002, pp. 13-14.

KRISHNA R., « The Evolution and Context of the Bank Policy for Projects on International

Waterways », in BOISSON DE CHAZOURNES L., SALMAN M. A., *International Watercourses – Enhancing Cooperation and Managing Conflicts*, WB Technical Paper, n° 414, pp. 31-43.

KRISHNA R., SALMAN S. M. A., « International groundwater law and the World Bank policy for projects on transboundary groundwater », in SALMAN S. M. A. (Dir.), *Groundwater : legal and policy perspectives*, Washington, DC : World Bank, 1999, pp. 163-189.

LOUWETTE A., « Entre discours et pratique : les politiques opérationnelles de la Banque mondiale comme facteurs de protection des droits de l'homme », in SFDI, *Droit international et développement*, Acte du colloque de Lyon, 2015, pp. 347-374.

MOORE L., HARWOOD J., BUTTANSHAW J., O'CONNOR K., « International standards, guidelines and conventions », in MOORE L. (Dir.), *Environmental risks for major projects : jurisdictional comparisons*, London : Sweet & Maxwell, Thomson Reuter, Coll. « European lawyer reference series », 2012, 388 p.

MORGERA E., « Significant Trends in Corporate Environmental Accountabilitty – the New Performance Standards of the International Finance Corporation », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 18, n° 1, 2007, pp. 151-188.

NELSON R. M., WEISS M. A., « Multilateral Development Banks : How the United States Makes and Implements Policy », *Congressional Research Service*, n° R41537, 7 mars 2013, p. 4.

SHELTON D., « Introduction. Law, Non-Law and the problem of Soft-Law », in SHELTON D. (Dir.), *Commitment and compliance : the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford university Press, New York, 2000, pp. 1-18.

TLADI D., « Sustainable Development, Integration and International Law and Policy : Sombre Reflections on World Bank Efforts », *South African Yearbook of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 164-192.

Général

ALLAND D., « Les représentations de l'espace en droit international public », *APD*, Tome 32, « Le droit international », 1987, pp. 163-178.

ALLOTT P., « State Responsibility and the Unmaking of International Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 29, 1988, pp. 3-26.

ASSIER-ANDRIEU L., « Le concept d'usage dans la culture juridique. Essai d'interprétation », in ASSIER-ANDRIEU L. (dir.), *Une France coutumière. Enquête sur les « usages locaux » et leur codification (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, CNRS, 1990, pp. 187-207.

BARBERIS J., « Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *AFDI*, 1999, pp. 132-147.

CLAM J., « Qu'est-ce qu'un bien public ? Une enquête sur le sens et l'ampleur de la socialisation de l'utilité dans les sociétés complexes », *APD*, vol. 41, 1997, pp. 215-261.

DEMBINSKI L., « Le territoire et le développement du droit international », *Annuaire suisse de droit international*, vol. 31, 1975, pp. 121-152.

GEORGE P., « Géographie et urbanisme », *Annales de géographie*, 1965, tome 74, n° 406, pp. 641-659.

GIRAUD E., « La notion d'espace dans les relations internationales », *Fest. A. N. MAKAROV*, n°2, 1958, pp. 102-130.

KOLB R., « Le domaine matériel du droit international : esquisses sur les matières régies par le droit international public à travers l'histoire », in KOHEN M., KOLB R., TEHINDRAZANARIVELO D. L. (Dirs.), *Perspectives of International Law in the 21st Century : liber amicorum Professor Christian Dominicé in Honour of his 80th Birthday*, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 47-67.

MAJINGE C. R., « The Progressive Development of the Laws of the African Union: Examining the Potential Contribution of the African Union Commission on International Law », *South African Yearbook of International Law*, vol. 35, 2010, pp. 1-35.

MONNIER J., « La Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat », *AFDI*, 1984, pp. 221-229.

NEUMEYER K., « Le droit administratif international », *RGDIP*, 1911, pp. 492 et s.

NSEKELA H. R., « The Performance of the East African Court of Justice in Respect of Achieving Regional Integration », in GASTORN K. (dir.), *Processes of Legal Integration in the East African Community*, Dar es Salaam University Press, 2011, pp. 129-143.

OJIENDA T. O., « The East African Court of Justice in the Restablished East African Community : Institutional Structure and Function in the Integration Process », *East African Journal of Peace & Human Rights*, vol. 11, n° 2, 2005, pp. 220-240.

RUHANGISA J. E., « Procedures and Functions of the East African Court of Justice », in GASTORN K. (dir.), *Processes of Legal Integration in the East African Community*, Dar es Salaam University Press, 2011, pp. 145-172.

SCELLE G., « Obsession du territoire. Essai d'étude réaliste du droit international », in *Symbolae*,

Mélanges offerts au Professeur Verzijl J. H. W., 1958, pp. 347-361.

SHELTON D., « The Legal Status of Normative Pronouncements of Human Rights Treaty Bodies », in HESTERMEYER H. P. et al. (Dirs.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. 1, 2011, pp. 553-575.

USUELS

CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2005, 718 p.

HAQUANI Z., SAUNIER PH., *Droit international de l'économie*, Paris, Ellipses, Coll. « Manuel Universités Droit », 2^e éd., 2007, 322 p.

PELLET A., DAILLIER, P. FORTEAU M., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 5^e éd., 2002, 1510 p.

SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.

SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 1^{ère} Ed., 2005, 580 p.

INDEX ALPHABETIQUE

Abus de droit,
227-229, 235, 250, 252, 267, 269, 772

Accord de cofinancement
12, 557, **574-578**, 583, 641, 659, 728, 789

Accountability
613, 624, 628, 635, 639, 642, 643, 648, 649,
651, 652, 657, 662, 747

Agences de crédit à l'exportation
25, 347, 448, 529, 540, 569, **584-614**, 653,
656, 659, 728, 789, 790

Aquifère transfrontière
144-145, 154, 204, 766

**Association internationale de
développement (AID)**
13, 44, 47, 150, 157, 193, 195, 199, 533,
561, 570, 630, 646

Banque africaine de développement (BafD)
332, 577, 597, 632, 633, 634

**Banque asiatique de développement
(BAsD)**, 566, 567, 580, 583, 612, 632, 635,
639, 643, 648, 649, 685, 686, 690, 691

**Banque européenne pour la reconstruction
et le développement (BERD)**
536, 538, 561, 564, 566, 567, 580, 583, 597,
601, 630, 634, 636, 637, 641, 643, 647, 649

**Banque interaméricaine de développement
(BID)**, 580, 583, 597, 626, 630, 635, 636,
639, 646, 647, 689

**Banque internationale pour la
reconstruction et le développement
(BIRD)**, 13, 39, 43, 44, 140, 141, 145, 146,
147, 149, 150, 153, 157, 158, 159, 162, 164,
179, 180, **182-185**, 192, 200, **201-203**, 208,
215, 218, 224, 335, 341, 369, 430, 439, 534,
536, 537, 538, **542-549**, 551, 552, 555, 561,
564, **565-570**, 572, **574-578**, 580, 586, 588,
591, 598, 611, 619, 623, 630, **645-647**, 653,
655, 656, 659, 690, 699, 760, 766, 767, 769,
770, 781, 786

Barrage d'Ilisu
448, **585-590**, 593, 594, 717, 789

Barrage de Bardera
192-198, 770

Barrage de Gabickovo-Nagymaros
84, 103, 176, 219

Barrage des Trois Gorges (Chine)
359, 433, 585, 587, 594, 718, 744

Câble sous-marin
298-338, 775, 776

**Chaussée (liaisons fixe commune à
Singapour et la Malaisie)**
55, 56, 286

Commission du droit international
19, 143, 144, **232-234**, 254, 278, 304, 391,
392, 615, **620-622**

**Commission économique pour l'Europe
(UNECE)**
37, 414, 415, 588

Commission mondiale des barrages
4, 5, 398, 432, 434, 610

Conseil de l'Europe
21, 49, 67, 71, 72, 73, 74, 76, 79, 80, 83, 137,
343, 393, 395, 403, 412, 422, 477, 514, 515,
518, 536, 538, 566, 579, 661, 716, 734, 736,
737, 738

Convention d'Aarhus
22, 37, 374, 383, 392, 397, 499, 717, 738,
739

**Convention d'Espoo sur l'évaluation de
l'impact sur l'environnement dans un
contexte transfrontière**
36, 37, 209, 717, 721, 725

**Convention pour la protection du milieu
marin de l'Atlantique du Nord-Est
(OSPAR)**
241-243, **247-249**, 774

Coopération transfrontalière entre communautés infraétatiques
29, 49, 67, 68, **69-83**, 137, 732, 733, 734, 735, 746, 762

Démantèlement des ouvrages abandonnés ou désaffectés (en mer)
228, 236, **243-250**, 295

Détroit du Grand-Belt (construction d'un pont sur le)
1, 10, 20, 83, 103, 105, 108, 113, 115, 131, 280, 291, **293-297**, 333, 338, 775

Eaux archipélagiques
258, **309-311**, 316, 776

Edification d'un mur en territoire palestinien occupé, 4, 5, 6, **85-88**, 289, 674, 682, 687, 688, 697

Effectivité (ouvrage public comme), 8, 28, 29, 31, **39-42**, 48, 82, 136, 342, 660, 760

Elévation du niveau de la mer
2, 251, 269, **271-275**, 277, 297, 333, 337, 341, 775

Expertise
74, 84, 97, 103, 128, 129, 130, 131, 134, 138, 149, 164, 171, 181, **196-198**, 217, 218, 259, 289, 290, 294, 373, 390, 397, 451, 455, 479, 483, 542, 550, 592, 593, 630, 635, 650, 666, 683, 684, 701, 772

Expropriation
2, 3, 54, 142, 352, 400, 401, 403, 404, 406, **409-421**, 428, 430, 431, 473, 474, **504-506**, 516, 517, 636, 716, 726, 727, 780, 781

Fait accompli, 1, 18, 19, 28, 39, 42, 87, **103-108**, 113, 115, 119, 122, 124, 127, 133, 137, 139, 175, 182, 193, 227, 228, 250, 288, 335, 340, 342, 411, 660, 764, 772

Fleuve international
8, 12, 16, 51, 56, 128, 142, 147, 148, 164, 165, 174, 180, 185, 190, 224, 336, 766
Notification de l'ouvrage public, 16, 44, 148, 151, 154, 155, 159, 162, 165, 166, **181-189**, **198-220**, 225, 257, 289, 293,

315, 336, 337, 341, 556, 567, 595, 602, 768, 769, 770, 771

Île(s) artificielle(s)
228, 230, 231, 233, 235, 258, 270, 275, 276, 277, 291, 298, 312, 318, 708, 773

Immunités
97, 173, 323, 327, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 791

Installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire
252-253

Jouissance des biens privés
8, 22, 54, 105, 346, 348, 349, 352, 381, 401, 402, 405, 408, 413, 414, 418, 425, 426, 438, 453, 456, 457, 458, 464, 466, 468, 470, 474, 475, 477, 480, 498, 516, 527, 654

Lune (régime des ouvrages publics)
16, 17

Mer territoriale
1, 131, 231, 232, 233, 234, 235, 247, 248, 252, 253, 254, 255, 257, 259, 261, 263, 264, 266, 270, 273, **274-280**, 289, **303-312**, 317, 322, 326, 330, 711, 776

Mesures conservatoires
1, 20, 71, **103-125**, 127, 133, 138, 222, 276, 288-290, 294, 295, 663, 763, 764, 765

Objectif militaire
90-94, 100

Okinotorishima (travaux d'artificialisation)
260, 268, 713, 714

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)
13, 485, 565, 570-572, **580-584**, 591, 593, **594-608**, 631, 730, 790

Organisation Maritime Internationale (OMI)
244, 245, 246, 247, 248, 249, 283, 284, 285, 301, 773

Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal (OMVS)
53-55, 189, 551, 725, 735

Organisation(s) non gouvernementale(s) (ONG)
13, 14, 359, 364, 372, 493, 507, 508, 510, 540-543, 571-573, 629, 631, 641, 645, 648, 684, 700

Ouvrage(s) public(s) transfrontalier(s)
29, 49, 50, 56, 58, 63, 67, 74, 75, 83, 128, 136, 169, 286, 396, 397, 670, 724, 731, 732, 734, 761, 762

Ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses
84, 89, 96-102, 133, 137, 763

Participation du public
25, 37, 349, 352, 365, 366, 367, 369, 371-375, 380, 381, 383, 392, 395, 397, 480, 499, 527, 654, 737, 739, 778, 779

Patrimoine mondial
5, 12, 16, 155, 262, 353, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 393-397, 413, 438, 448, 468, 475, 518, 588, 591, 593, 601, 612, 613, 665-706, 736, 737, 779

Paysage
350, 383, 386-397, 424, 519, 610, 700-702, 736-738, 779

Peuples autochtones
5, 22, 38, 105, 155, 346, 348, 349, 357, 359, 361, 362, 363, 369, 401, 402, 430, 432, 433, 445, 448-478, 481, 527, 550-552, 598-601, 606, 608, 654, 694, 740, 741, 742, 747, 782, 783

Pipelines
160, 248, 249, 269, 286, 298, 304, 309-313, 317, 318, 331, 698, 709

Plateau continental
58, 117, 119-124, 126, 230, 231, 233, 235, 236, 244-249, 253, 259, 261, 263, 264, 273, 274, 303, 304, 305, 307-319, 321, 323, 325, 331, 332, 776

Points de base (ouvrage public comme)
227, 251, 252-256, 268, 276, 296, 332, 337, 774

Politique opérationnelle 7.50 de la BIRD sur le projets sur les voies d'eau internationales
44, 46, 140, 141, 153-164, 179-187, 196, 199-218, 224, 335, 341, 598, 617, 621, 766, 767, 769, 770

Politiques opérationnelle 7.60 de la BIRD sur les projets situés dans les zones disputées
43-48, 82, 83, 136, 155, 598, 617, 760

Pont franco-espagnol sur la Bidassoa
52, 57, 60

Pont suspendu du Jamuna
160, 748

Pont(s) sur le Rhin
54-57, 143, 175, 352, 716, 732

Préjudice anormal et spécial
3, 414-418, 420-422, 429

Prévention des dommages environnementaux
19, 25, 31-38, 47, 82, 135, 166, 197, 238, 239, 241, 247, 249, 250, 283, 312, 330, 331, 375, 379, 397, 399, 435, 495, 526, 528, 566, 599, 655, 662, 681, 760, 773, 784

Principes d'Equateur
304, 451, 461, 583, 604-611, 645, 653, 656

Programme des Nations Unies sur l'environnement (PNUE)
35-37, 321

Propriété privée
17, 21, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 67, 88, 246, 286, 302, 319, 343, 377, 400-422, 428, 429, 433, 434, 438, 439, 445, 449, 453-458, 463, 465-469, 472-478, 506, 514, 515, 560, 598, 661, 674, 726, 741, 761, 780, 782

Réinstallation involontaire
147, 155, 162, 359, 429, 432, 434, 437-447, 463, 464, 472, 549, 551, 552, 578, 588, 589,

591, 592, 598, 602, 632, 636, 647, 681, 743, 781, 782

Rochers ne se prêtant pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre
252, **258-268**, 273, 274, 711, 712, 774, 775

Travaux de poldérisation dans le détroit de Johor
84, 103, 108, 109, 112, 114, 200, 260, 271, 275, 276, 280, **286-290**, 297, 333, 338, 663, 775

Tunnel franco-italien de Fréjus
52, 53, 58, 63, 64, 65, 66, 506

Tunnel sous la Manche
10, 49, 50, 51, 52, 58, 59, **63-68**, 291, 732, 733, 734, 735

Tunnel sous le Mont Blanc
49, 50

UNESCO, 5, 12, 353, 385, 386, 387, 388, 397, 588, 593, 601, 612, 665, 666, 667, 670, 679, 680, 682, 685, 687, 693, 696, 697, 698, 700, 704, 721, 736, 737, 738, 739, 749, 779

Union européenne

1, 11, 49, 67, 71, 79, 80, 83, 137, 200, 426, 497, 502, 518, 595, 603, 658, 700, 701, 702, 738

Union internationale pour la conservation de la nature (UICN)

4, 240, 612, 667, 669, 670, 673, 677, 690, 691, 692, 695, 697, 698, 700, 701, 703, 704, 705

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay

19, 33, 36, 115, 128, 129, 130, 131, 176, 179, 202, 220, 238, 240, 392, 610, 668

Veto (absence de droit de veto sur les projets)

19, 28, 29, 103, 107, 127, 133, 137, 148, 165, 180, 215, 216, 224, 336, 342, 459, 462, 543, 767, 771

Zone contigüe

1, 234, 235, 252, 253, 259, 261, 266, 273, 274, 278, 279

Zone économique exclusive (ZEE)

230, 235, 244, 245, 246, 253, 260, 261, 263, 264, 273, 274, 280, 286, 325

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale	1
§1. L'objet de l'étude	4
A. L'étude porte sur l'ouvrage public	4
1. L'exclusion d'une approche sectorielle portant sur un ouvrage public	4
2. Le choix d'une conception unitaire portant sur l'ouvrage public	6
B. L'étude porte sur l'ouvrage public et le droit international	8
1. L'étude n'a pas pour objet d'identifier une notion autonome d'ouvrage public en droit international	9
2. L'étude n'est pas limitée à l'analyse du régime juridique de l'ouvrage public international	9
3. L'étude a pour objet d'analyser les rapports dialectiques entre l'ouvrage public et le droit international	10
a. L'identification du cadre conceptuel de l'étude	10
b. La présentation du cadre méthodologique de l'étude	15
§2. La problématique de l'étude	17
A. La clarification des limites imposées au droit de l'Etat d'entreprendre unilatéralement la construction de l'ouvrage public au nom de la préservation des droits et intérêts des Etats tiers	18
B. La clarification des obligations internationales de l'Etat concourant à l'atténuation de l'impact environnemental et social de l'ouvrage public	21
Partie I. La structuration de l'ouvrage public par le droit international	27

Titre 1. Le droit de l'Etat d'entreprendre unilatéralement la construction de l'ouvrage public 29

Chapitre I. La liberté d'aménager garantie par le droit international 31

Section 1. L'exercice unilatéral de la liberté d'aménager 31

§1. L'exigence d'un aménagement innocent 31

A. L'obligation de prévention et les études d'impact environnemental 32

1. Le caractère coutumier de l'obligation de prévention des dommages transfrontières à l'environnement et sa portée 32

2. L'évaluation de l'impact sur l'environnement 35

B. La consultation des populations concernées 37

§2. L'exigence d'un espace aménageable 39

A. L'aménagement des espaces disputés 39

1. Le sort des ouvrages publics dans l'analyse des effectivités territoriales 40

2. Exemple d'application. La construction d'ouvrages publics en mer de Chine 41

B. La politique opérationnelle de la BIRD sur les projets situés dans des espaces disputés 43

1. Fondements de la politique de la Banque sur les projets dans les zones contestées. 43

2. Contenu 44

a. Champ d'application de la politique opérationnelle 7.60 44

b. Obligations 45

b.1. L'obligation de refuser de financer un projet sur une zone contestée 46

b.2. Exceptions	46
Section 2. L'exercice conjoint de la liberté d'aménager	49
§1. Les ouvrages publics transfrontaliers communs à plusieurs Etats	49
A. Le cadre juridique international de l'opération transfrontalière	50
1. L'absence de présomption du caractère international de l'ouvrage : la nécessité de l'intervention des Etats concernés	50
2. Le contenu de l'accord interétatique	51
a. L'organe intergouvernemental	52
b. Le cadre juridique de l'opération	52
b.1. La détermination du régime de propriété de l'ouvrage public transfrontalier	52
b.1.1. Recours privilégié au régime juridique de la propriété commune	53
b.1.2. Conséquences juridiques attachée au régime juridique de la propriété commune	55
b.2. La fixation de la frontière internationale sur l'ouvrage public transfrontalier	56
3. Le règlement des différends	59
B. La réalisation de l'opération transfrontalière	60
1. Hypothèse 1. Le contrat de construction est passé par un Etat ou un organisme public commun	60
a. Sous-hypothèse 1. Passation du contrat directement par l'un des Etats	60
b. Sous-hypothèse 2. Passation du contrat par un organisme public commun	61
2. Hypothèse 2. Le contrat de construction est passé par l'entité concessionnaire	63
a. La mise en place d'une concession	63
b. Le contrat de construction	66

§2. Les ouvrages publics transfrontaliers communs à plusieurs collectivités publiques infraétatiques	68
A. L'affirmation de la coopération transfrontalière infraétatique en matière d'ouvrage public	68
1. L'établissement de rapports juridiques internationaux entre collectivités publiques infraétatiques	69
2. L'inadéquation du droit international à la coopération transfrontalière infraétatique	70
B. Les modalités juridiques de la coopération transfrontalière infraétatique en matière d'ouvrage public	72
1. Le recours à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités territoriales	72
2. Le recours au groupement européen de coopération transfrontalière institué par le Règlement 1082/2006	80
Conclusion du Chapitre I	82
Chapitre II. La liberté d'aménager protégée par le droit international	85
Section 1. La garantie substantielle de la liberté d'aménager	85
§1. La protection du choix d'aménagement. La question des ouvrages publics construits par la Puissance occupante sur le territoire de l'Etat occupé	86
A. La Puissance occupante doit s'abstenir de porter atteinte au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes	87
B. La Puissance occupante doit respecter le droit de l'occupation lorsqu'elle procède à la construction d'ouvrages publics sur le territoire occupé	89

1. Obligations découlant du Règlement de La Haye de 1907	89
2. Obligations découlant de la IV ^e Convention de Genève	89
§2. La protection du résultat de l'aménagement. Le régime juridique des attaques contre les ouvrages publics en situation de conflit armé	90
A. L'interdiction générale des attaques dirigées contre les ouvrages publics non affectés à un usage militaire	91
1. Le principe de distinction entre ouvrages publics civils et militaires	91
2. Les principes relatifs aux méthodes et moyens de combat	94
a. Le principe de précaution	94
b. Le principe de proportionnalité	96
B. L'interdiction spécifique d'attaquer les ouvrages publics renfermant des forces dangereuses	98
1. L'élaboration de la protection spéciale conférée aux ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses	98
2. Le contenu de la protection spéciale conférée aux ouvrages d'art ou installations renfermant des forces dangereuses	100
a. Les installations protégées et le concept de protection	100
b. Le problème de la cessation de la protection spéciale	102
Section 2. La garantie juridictionnelle de la liberté d'aménager	104
§1. Le contentieux conservatoire des ouvrages publics	105
A. L'utilité stratégique des mesures conservatoires dans le contentieux impliquant l'ouvrage public	105
1. Le but poursuivi par les mesures conservatoires	105
a. Le volet subjectif des mesures conservatoires : la préservation des droits des parties	106

b. Le volet « objectif » des mesures conservatoires : l'indication de mesures conservatoires en l'absence de demande préalable des parties	107
2. L'utilisation stratégique des mesures conservatoires dans le contentieux international de l'ouvrage public : de l'intangibilité de l'ouvrage public au fait accompli	109
B. Les conditions matérielles pour l'indication de mesures conservatoires	111
1. Les conditions procédurales	111
a. La juridiction internationale saisie doit être compétente <i>prima facie</i> pour connaître du différend	111
b. Les mesures conservatoires demandées par les parties doivent viser à préserver les droits invoqués dans l'instance de fond	114
2. Les conditions tenant aux travaux contestés	114
a. Les travaux contestés doivent porter un préjudice irréparable à la substance des droits invoqués par le demandeur	114
b. Le fait accompli résultant des travaux doit être imminent	116
C. Les effets des mesures conservatoires sur les travaux	117
1. L'obligation de suspendre les travaux jusqu'au règlement du différend au fond	117
2. L'obligation de ne pas modifier les caractéristiques physiques d'un espace maritime ou insulaire disputé jusqu'au règlement du différend : l'ordonnance rendue par le TIDM en l'affaire de la Frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire	118
a. Présentation du différend	118
b. Les dommages graves au milieu marin résultant des activités pétrolières menées par le Ghana	120
c. Les atteintes aux droits en litige de la Côte d'Ivoire résultant des activités pétrolières menées par le Ghana	122

c.1. Premier argument invoqué par la Côte d'Ivoire pour justifier la prescription de mesures conservatoires : les atteintes aux fonds marins et à son sous-sol sont multiples et bien établies	122
c.2. Les atteintes résultant de l'acquisition par le Ghana d'informations relatives aux ressources	126
§2. Le contentieux plénier des ouvrages publics	129
A. Aspects procéduraux des différends internationaux portant sur l'ouvrage public	129
1. La concurrence des titres de compétence	129
2. La question de la preuve dans les différends internationaux portant sur l'ouvrage public	130
a. Le principe de précaution et la charge de la preuve	131
b. Le rôle de l'expert	131
B. Le contrôle de proportionnalité du juge international	132
Conclusion de Chapitre II	134
Conclusion du Titre I	136
Titre II. L'obligation de concilier la construction de l'ouvrage public avec les droits et intérêts des Etats tiers	140
Chapitre III. L'aménagement des ressources en eau partagées	141
Section 1. Les obligations substantielles de l'Etat maître de l'ouvrage public	142
§1. L'étendue des obligations de l'Etat maître de l'ouvrage public	142
A. Sources des obligations	142

1. Présentation des principaux instruments conventionnels applicables à l'aménagement des ressources en eau partagées	142
a. Sources des obligations applicables à l'aménagement d'un fleuve international	143
b. Sources des obligations applicables à l'aménagement d'un aquifère transfrontière	145
2. Le rôle pionnier de la BIRD dans l'élaboration de règles applicables aux projets financés par les banques multilatérales de développement	146
a. L'approche originelle. Le traitement indifférencié accordé par la Banque aux projets financés sur les voies d'eau internationales	146
b. L'approche contemporaine. L'évolution du droit interne de la Banque relatif à l'utilisation des voies d'eau internationales	150
b.1. Le Mémoire opérationnel n°8 du 6 mars 1956 et ses modifications successives	150
b.2. La révision majeure du 10 avril 1985	152
b.2.1. Lacunes du Mémoire opérationnel 2.22 de 1965	152
b.2.2. Apports du Mémoire opérationnel 2.32 du 10 avril 1985	154
b.3. Révisions ultérieures du Mémoire opérationnel 2.32 du 10 avril 1985	155
B. Champ d'application des obligations substantielles	157
1. Le champ d'application spatial. Les espaces soumis à des règles spéciales d'aménagement	157
a. Les voies d'eau internationales expressément visées dans le texte de la politique opérationnelle 7.50	158
b. Application étendue de la politique opérationnelle 7.50 aux aquifères transfrontières, aux mers fermées et à leurs affluents	158
2. Le champ d'application matériel. Les projets d'aménagement concernés	159

a. Les « mesures projetées » dans la Convention des Nations Unies de 1997	159
b. Les projets visés par la politique opérationnelle 7.50 de la BIRD	160
b.1. Application de la politique opérationnelle 7.50 aux projets limitativement énoncés	160
b.2. Application étendue de la politique opérationnelle 7.50 à d'autres projets que ceux limitativement énoncés	161
b.2.1. Ponts sur les voies d'eau internationales	161
b.2.2. Projets impliquant une voie d'eau internationale au sens de la politique opérationnelle 7.50 mais financés par une autre institution que la Banque, cette dernière ne finançant que des ouvrages périphériques au projet principal	162
b.2.3. Projets connectés	162
§ 2. Le contenu des obligations substantielles de l'Etat maître de l'ouvrage public	163
A. Les obligations spécifiques de la BIRD lorsque l'ouvrage public doit être construit sur une voie d'eau internationale	163
1. La Banque est tenue par une obligation d'identification précoce des problèmes concernant les droits des Etats riverains sur les voies d'eau internationales faisant l'objet du projet	164
2. La Banque est tenue par l'obligation de refuser de financer un projet sur une voie d'internationale susceptible de causer un dommage appréciable à l'un quelconque des Etats riverains	164
B. Les obligations substantielles de l'Etat maître de l'ouvrage public	165
1. Les obligations substantielles relatives à la planification de l'ouvrage public	166
a. L'inexistence d'un droit de veto des Etats riverains consacré par le droit international coutumier	166
b. L'obligation de coopération entre Etats riverains	166

b.1. L'institutionnalisation de la coopération	167
b.2. Exemple d'application. L'activité de la Commission mixte internationale (Etats-Unis, Canada)	168
b.2.1. Les règles gouvernant l'approbation de la construction de de l'ouvrage public	169
b.2.1.1. L'obligation d'obtenir l'approbation préalable de la Commission en l'absence de convention spéciale applicable au cours d'eau considéré	169
b.2.1.2. Identification des autorités compétentes pour demander l'approbation de la construction d'un ouvrage public à la Commission	170
b.2.2. L'approbation de la construction de l'ouvrage public par la Commission	171
b.2.2.1. Règles gouvernant l'examen de la demande d'approbation par la Commission	171
b.2.2.2. Pouvoirs de la Commission en matière de suivi de la mise en oeuvre de l'ordonnance d'approbation de la construction de l'ouvrage public	174
2. Les obligations substantielles relatives à l'exécution et au fonctionnement de l'ouvrage public	175
a. Le principe de l'utilisation équitable et raisonnable des ressources en eau	175
b. L'obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres Etats riverains	178

Section 2. Les obligations procédurales de l'Etat maître de l'ouvrage public

181

Sous-section 1. L'obligation de notifier l'ouvrage public aux Etats riverains et organismes de gestion commune

181

§1. Le champ d'application personnel de l'obligation de notification

181

A. Identification des débiteurs de l'obligation de notification	182
1. L'obligation de notification s'impose à l'Etat	182
2. La pratique de la BIRD issue de la politique opérationnelle 7.50	183
a. Hypothèse 1. L'Etat emprunteur accepte de notifier les autres Etats riverains affectés par le projet.	184
b. Hypothèse 2. L'Etat emprunteur refuse de notifier les autres Etats riverains affectés par le projet.	184
c. Hypothèse 3. Délégation de la mission de notification à une tierce partie.	185
B. Identification des destinataire de la notification	186
1. Les Etats riverains sont les destinataires premiers de la notification	186
a. La prise en compte de l'ordre constitutionnel de l'Etat riverain devant être notifié	186
a.1. L'impact de la structure fédérale de l'Etat riverain sur la notification	186
a.2. L'impact des perturbations de l'ordre constitutionnel des Etats riverains sur la notification	187
b. L'indifférence de la situation géographique de l'Etat riverain quant à la notification.	188
b.1 Notification des Etats situés en aval par l'Etat d'amont.	188
b.2. Notification des Etats situés en amont par les Etats d'aval.	188
b.2.1. La construction d'un ouvrage par un Etat d'aval est susceptible de causer un dommage significatif à l'Etat d'amont et doit donc être notifiée	189
b.2.1. Mise en évidence de la pratique pertinente	192
b.2.1.1. La pratique indienne	192
b.2.1.2. La pratique éthiopienne	193
i. L'opposition au projet Toshka entrepris par l'Egypte	193

ii. L'opposition au projet de barrage de Bardera entrepris par la Somalie	194
c. La notification des Etats intégrés aux phases ultérieures du projet	199
2. La notification des organismes de gestion commune	200
a. Hypothèse 1. Tous les Etats riverains sont parties au traité instituant l'organisme de gestion commune.	200
b. Hypothèse 2. Certains Etats riverains ne sont pas parties au traité instituant l'organisme de gestion commune.	201
§2. Le champ d'application matériel de l'obligation de notification	201
A. La détermination du seuil minimal des impacts du projet déclenchant l'obligation de notification	201
1. L'absence de définition coutumière du seuil minimal	202
2. L'appréciation du seuil minimal par la politique opérationnelle 7.50 de la BIRD	202
a. Le principe de notification de l'ensemble des projets indépendamment de tout seuil minimal	203
b. L'atténuation du principe par la reconnaissance d'exceptions au principe de notification intégrale	204
b.1. Les exceptions justifiées au nom du principe de coopération	204
b.1.1. L'absence de notification des projets associant l'ensemble des Etats riverains	204
b.1.2. L'absence de notification des projets situés sur un affluent d'une voie d'eau internationale situé intégralement sur le territoire de l'Etat situé le plus en aval	205
b.2. Les exceptions justifiées par le caractère non-dommageable des opérations entreprises	206

b.2.1. L'absence de notification des enquêtes sur les ressources en eau et études de faisabilité sur ou à propos de voies d'eau internationales	206
b.2.2. L'absence de notification des additions et/ou modifications apportées à des projets en cours	206
B. L'identification des informations devant être notifiées	209
1. Les Etats riverains doivent disposer d'informations exhaustives leur permettant d'apprécier les effets du projet	209
a. Informations visées	209
b. Obligation d'exhaustivité	211
2. Les conséquences de la modification ultérieure du projet sur la notification	211
Sous-section 2. Les suites données par les Etats riverains et organismes de gestion commune à la notification de l'ouvrage public	213
§1. La réponse des Etats riverains et des organismes de gestion commune	213
A. Les modalités de la réponse	213
1. Le délai de réponse	214
2. Les demandes supplémentaires	214
a. Les demandes de délais supplémentaires	214
b. Les demandes d'informations supplémentaires	215
B. La typologie des réponses	215
1. Le consentement de(s) l'Etat(s) riverain(s)	215
2. L'objection de(s) l'Etat(s) riverain(s) sur la poursuite des travaux	216
b.1. Absence de droit de veto des Etats riverains	216

b.2. Procédure suivie par la Banque en cas d'objection lorsque l'ouvrage fait l'objet d'un financement multilatéral	217
b.2.1. Articulation de la politique de la Banque avec les dispositions des traités de gestion commune relatives au règlement des différends.	218
b.2.2. Recours à des experts indépendants	218
§2. Le règlement des différends	219
A. L'obligation de régler pacifiquement les différends liés à l'ouvrage public	220
B. Les modalités de règlement des différends liés à l'ouvrage public	221
1. Le règlement non-juridictionnel des différends liés à l'ouvrage public	221
a. Le règlement des différends par des organes conjoints relatifs à l'eau	221
b. Le recours à la commission d'enquête de la Convention des Nations Unies de 1997	222
2. Le règlement juridictionnel des différends liés à l'ouvrage public	222
a. Le recours à l'arbitrage	223
b. Le recours à une juridiction permanente	223
Conclusion du Chapitre III	225
Chapitre IV - L'aménagement de la mer	228
Section 1. Les obligations structurant la construction de l'ouvrage public en mer	228
§1. L'interdiction du fait accompli résultant de la construction de l'ouvrage public	229
A. L'interdiction de l'abus de droit comme principe général d'interprétation et d'application de la Convention de Montego Bay	229

B. L'absence de définition des notions clés d'« île(s) artificielle(s) », d'« installation(s) » et « d'ouvrage(s) »	231
1. La distinction entre les îles artificielles et les installations et ouvrages	232
2. La distinction entre les installations affectées à des fins économiques et les autres types d'installations	236
§2. La conciliation de l'ouvrage public avec la protection du milieu marin et la sécurité de la navigation	237
A. L'obligation de protéger le milieu marin	238
1. L'obligation de prévenir les dommages causés par l'ouvrage public au milieu marin	238
a. L'obligation continue de protéger et de préserver le milieu marin	238
b. L'obligation d'évaluation continue de l'impact sur l'environnement	239
2. L'application du principe de précaution pour le développement de nouveaux ouvrages publics	240
a. L'obligation générale de « due diligence » des États développeurs	240
b. Les obligations régionales de surveillance des États développeurs	242
B. L'obligation de démanteler les installations et ouvrages abandonnés ou désaffectés	244
1. Le démantèlement des installations ou ouvrages pour cause de sécurité maritime	245
a. L'absence d'obligation de démantèlement intégral des installations ou ouvrages	245
b. La résolution de l'OMI n°A.672 (16) du 19 octobre 1989 portant « Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Structures on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone »	246
2. Le démantèlement des ouvrages en vue de la protection du milieu marin	247
a. La prévention de la pollution par immersion	248

b. Les lignes directrices de la Commission OSPAR	250
Section 2. Les conséquences juridiques attachées à l'ouvrage public construit en mer	251
Sous-section 1. L'aménagement de la surface des mers	251
§1. La revendication de zones maritimes grâce à l'ouvrage public. Le cas des travaux d'artificialisation de la mer	252
A. Une question actuelle : la prise en compte des ouvrages publics dans le contentieux de la délimitation maritime	252
1. La prise en compte des ouvrages publics côtiers comme points de base	253
a. La question des « installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire qui s'avancent le plus vers le large » au sens de l'article 11 de la CNUDM	254
b. Exemple d'application : la fixation du point de base sur la Digue de Sicula dans l'affaire de la Délimitation maritime en mer Noire	256
2. L'aménagement des petites formations maritimes en vue de leur conférer le statut d'île	259
a. L'élévation artificielle au-dessus du niveau de la mer par enrochement : la question de la transformation des formations maritimes en îles	260
b. La création artificielle des conditions permettant l'habitation humaine ou la vie économique propre : la question de la transformation des rochers visés à l'article 121, § 3, en îles	262
b.1. Le cadre interprétatif de l'article 121 § 3 de la CNUDM	263
b.2. L'interprétation de l'article 121, § 3, de la CNUDM	267
b.2.1. Un « rocher »	267
b.2.2. Un rocher « ne se prêtant pas à l'habitation humaine ou à une vie économique »	267

b.2.2. Un rocher ne se prêtant pas à l'habitation humaine ou à une vie économique « propre »	268
B. Une question en devenir : les effets juridiques attachés aux ouvrages publics de défense contre l'élévation du niveau de la mer	270
1. L'hypothèse de la construction d'un territoire artificiel de substitution au territoire submergé	270
2. L'hypothèse de la construction d'ouvrages public visant à préserver les lignes de base menacées par l'élévation du niveau de la mer	274
§2. L'entrave à la navigation causée par l'ouvrage public. Le cas de l'aménagement des détroits servant la navigation internationale	279
A. Le droit de passage en transit	279
B. L'interdiction d'entraver la navigation dans le détroit servant la navigation internationale	281
1. L'obligation de concilier la construction de l'ouvrage public avec le principe de passage en libre transit	282
2. Applications pratiques	286
a. Hypothèse de la suppression complète du passage en transit causée ou favorisée par la construction d'un ouvrage public	287
b. Hypothèse de la restriction du droit de passage en transit causée par la construction d'un ouvrage public	287
b.1. L'accentuation de l'étroitesse du détroit : l'affaire des Travaux de poldérisation dans le détroit de Johor	287
b.2. L'entrave matérielle à la navigation résultant de la construction de liaison(s) fixe(s) : l'affaire du Passage par le Grand-Belt	292
Sous-section 2. L'aménagement du fond des mers	299
§ 1. Le régime de la construction du câble sous-marin	300
A. La nécessité de poser des câbles sous-marins	300

1. L'existence d'une pratique soutenue	300
2. Un encadrement juridique « à géométrie variable »	304
B. La liberté de poser des câbles sous-marins	309
1. Liberté affirmée	309
a. L'affirmation de la liberté de pose dans le droit de Genève	310
b. L'affirmation de la liberté de pose dans le droit de « Montego-Bay »	310
b.1. Le droit de poser un câble dans les espaces sous juridiction nationale	310
b.1.1. Le droit de pose dans la mer territoriale	311
b.1.2. Le droit de pose dans les eaux archipélagiques	311
b.1.3. Le droit de pose dans la zone économique exclusive et sur le plateau continental	312
b.2. Le droit de poser un câble sous-marin dans les espaces situés hors de la juridiction nationale	313
b.2.1. Le droit de pose dans la haute mer	314
b.2.2. Le droit de pose dans la Zone	314
2. Liberté atténuée	315
a. Une liberté atténuée du fait de la nature technique du câble sous-marin	315
b. Une liberté atténuée du fait de l'emprise unilatérale des Etats côtiers	318
3. Liberté rationalisée	319
§2. Le régime de la protection du câble sous-marin	321
A. Les fondements de la protection du câble sous-marin	323
B. La mise en oeuvre de la protection du câble sous-marin	324
1. Les Etats ont l'obligation de réprimer les atteintes à l'intégrité du câble sous-marin	325

a. L'organisation de la répression	325
b. L'insuffisance de la répression	328
2. Les Etats ont la possibilité d'adopter des mesures de protection de l'environnement relatives aux câbles sous-marins	331
Conclusion du Chapitre IV	334
Conclusion du Titre II	336
Conclusion de la Partie I	340
Partie 2. La soumission de l'ouvrage public au droit international	344
Titre III. L'obligation de l'Etat de respecter les normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public	347
Chapitre VI. Le contenu des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public	348
Section 1. Les obligations concourant à l'acceptation de l'ouvrage par le public	348
§1. Le constat de la conflictualité des décisions d'aménagement du territoire	349
A. Permanence, universalité et radicalité de la contestation des décisions d'aménagement du territoire	349
B. L'obligation de garantir le droit du public de contester la décision d'aménagement	352

1. La « Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus » et la création d'un poste de Représentant spécial de l'ONU sur la question des défenseurs des droits de l'homme	352
2. La relation entre les projets de développement de grande ampleur et les activités des défenseurs des droits de l'homme	355
a. Constat - Les défenseurs des droits de l'homme opposés aux projets d'infrastructures sont particulièrement exposés aux atteintes à leurs libertés ou à leur intégrité physique	356
b) Réponses - Propositions de protection issue du Rapport sur la situation des défenseurs des droits de l'homme de 2013	359
§2. L'obligation de faire participer le public au processus décisionnel d'aménagement comme solution à la conflictualité	364
A. Les fondements sociologiques du principe de participation du public au processus décisionnel d'aménagement	364
1. Les finalités poursuivies par le principe de participation	364
2. Les critiques adressées au principe de participation	368
B. La réception juridique du principe de participation du public au processus décisionnel d'aménagement	373
1. La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement	373
2. La garantie jurisprudentielle par la Cour européenne des droits de l'homme	374
a. Le droit d'être informé et de communiquer sur les projets d'aménagement du territoire susceptibles d'entraîner des impacts environnementaux et sociaux négatifs	374
a.1. L'accès aux informations relatives aux questions environnementales	375
a.2. Le droit de recevoir ou de communiquer des informations en matière d'environnement	378

b. Le contrôle européen de la participation du public au processus décisionnel en matière d'environnement	379

Section 2 - Les obligations internationales concourant à l'atténuation des impacts environnementaux et sociaux de l'ouvrage public 383

Sous-section 1. L'atténuation de l'impact environnemental de l'ouvrage public 383

§1. La protection des sites culturels 383

A. Les défis de la protection du patrimoine culturel à l'aune de l'urbanisation et de la pression démographique 384

B. La protection du patrimoine culturel organisée par le droit international 384

1. La protection des sites exceptionnels au titre de la Convention de l'UNESCO du 16 novembre 1972 385

a. Les obligations internationales résultant de l'inscription du site sur la Liste du patrimoine mondial de l'UNESCO 385

b. Le retrait de la Liste comme sanction de la violation répétée des obligations de protection : le précédent de la construction du viaduc autoroutier de Dresde 387

2. Le développement de la protection internationale des sites ordinaires 390

a. La protection indirecte du paysage ordinaire par le droit international 390

b. La protection directe du paysage ordinaire par la Convention européenne du paysage du 20 octobre 2000. 392

b.1. Les finalités poursuivies par la Convention 392

b.2. L'effectivité de la protection accordée par la Convention 393

§2. La protection des espaces naturels 397

Sous-Section 2. L'atténuation de l'impact social de l'ouvrage public

399

§1. L'encadrement des ingérences publiques dans les biens privés 401

A. L'encadrement des atteintes publiques à la propriété privée 402

1. La compatibilité des procédures d'expropriation directe pour cause d'utilité publique avec la Convention européenne des droits de l'homme 402

a. L'étendue du droit protégé 402

b. L'étendue des atteintes autorisées 405

b.1. Une ingérence prévue par la loi, conduite dans l'intérêt général et nécessaire dans une société démocratique 405

b.2. Une ingérence non-discriminatoire 407

b.3. L'obligation de garantir l'accès à un tribunal indépendant chargé de vérifier la légalité et la proportionnalité de l'ingérence. 408

2. L'incompatibilité de l'expropriation indirecte avec la Convention européenne des droits de l'homme 410

a. L'affirmation de l'expropriation indirecte au nom du pragmatisme de l'action administrative 410

b. La remise en cause de la théorie de l'expropriation indirecte au nom du principe de prééminence du droit dans une société démocratique 411

B. Le contentieux des nuisances environnementales générées par l'ouvrage public 413

1. Le contentieux des nuisances environnementales affectant la valeur des biens 414

a. L'étendue du contrôle 414

b. La mise en oeuvre du contrôle 416

b.1. Hypothèse 1. Dépréciation de la valeur du bien suite à une expropriation partielle	416
b.2. Hypothèse 2. Dépréciation de la valeur du bien suite à la construction d'un ouvrage public sur le domaine public	419
2. Le contentieux des nuisances environnementales affectant le droit au domicile et/ou à la vie privée des personnes	421
a. L'exigence d'un domicile	422
b. L'exigence d'un domicile affecté par des nuisances environnementales suffisamment graves	424
b.1. Cadre général du contrôle exercé par la Cour en matière de nuisances environnementales	424
b.2. Exemple d'application : le contentieux des pollutions sonores occasionnées par l'ouvrage public	425
§2. La réinstallation involontaire des populations déplacées par l'ouvrage	429
A. Notion et effets du déplacement et de la réinstallation involontaire	429
B. Le cadre juridique international du déplacement et de la réinstallation involontaire	433
1. Diversité des instruments internationaux applicables au déplacement et à la réinstallation involontaire	434
a. L'appréhension indirecte par la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique	434
b. Les « Principes de base et directives concernant les expulsions et les déplacements liés au développement »	436
c. L'appréhension de la réinstallation involontaire par les bailleurs de fonds multilatéraux. L'exemple de la politique opérationnelle 4.12 de la BIRD sur la réinstallation involontaire.	438

2. Critiques adressées à l'encadrement juridique du déplacement et de la réinstallation involontaire	440
§3. La protection renforcée des populations particulièrement vulnérables	445
A. L'octroi d'une protection renforcée à raison du genre et de l'âge : la garantie des droits des femmes et des enfants affectés par l'ouvrage public	445
B. L'octroi d'une protection renforcée à raison de l'identité culturelle : la garantie des droits des peuples autochtones affectés par l'ouvrage public	448
1. L'obligation générale de protéger la spécificité des peuples autochtones	448
2. L'obligation particulière de garantir le droit de propriété des peuples autochtones	452
a. L'étendue du droit protégé	453
a.1. La protection conventionnelle du droit à la propriété des peuples autochtones	453
a.2. La protection jurisprudentielle du droit à la propriété des peuples autochtones	456
b. L'étendue des atteintes autorisées	458
b.1. L'encadrement du déplacement des peuples autochtones de leurs terres	458
b.1.1. L'obligation de consulter et de faire participer les peuples autochtones aux politiques ou projets susceptibles de les affecter	459
b.1.2. La question du consentement des peuples autochtones à leur déplacement	462
b.2. La réparation des atteintes aux droits de propriété des peuples autochtones	463

b.2.1. Orientations générales de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme	463
b.2.2. Adaptation des modalités de réparation à la spécificité du lien territorial	465
b.2.2.1. La restitution des terres traditionnelles, réparation privilégiée en l'absence d'ouvrage public	465
i. Hypothèse 1. Les terres traditionnelles sont restées dans le domaine public de l'Etat	466
ii. Hypothèse 2. Les terres traditionnelles ont été concédées par l'Etat à un ou des tiers non-autochtones	467
b.2.2.2. La compensation territoriale et/ou pécuniaire, réparation préférée en présence d'un ouvrage public	470
i. L'octroi de terres alternatives	471
ii. L'octroi d'une compensation pécuniaire : la réparation des dommages matériels et moraux	474
iii. L'octroi d'une compensation non-pécuniaire : la satisfaction équitable	476
3. Eléments pour une protection des peuples autochtones affectés par l'ouvrage public au-delà du système interaméricain	476
Conclusion du Chapitre V	480
Chapitre VI - L'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public	482
Section 1. Les obstacles à l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public	482

§1. Une prise en compte insuffisante des normes internationales environnementales et sociales dans la détermination de l'utilité publique de l'ouvrage	482
A. L'absence de conciliation entre l'efficacité économique de l'ouvrage et l'équité des populations devant les nuisances	483
§2. Un cadre juridique international déséquilibré au profit de l'investisseur	485
A. Un régime extrêmement protecteur des droits et intérêts de l'investisseur étranger	485
1. L'octroi de garanties substantielles aux investisseurs	486
2. L'octroi de garanties procédurales aux investisseurs	488
B. L'autorégulation des investisseurs comme garantie des exigences environnementales et sociales applicables à l'ouvrage	489
1. Le développement de l'autorégulation en réponse à la faible portée opératoire des normes internationales environnementales et sociales	490
2. Les incertitudes liées au développement de l'autorégulation en réponse à la faible portée opératoire des normes internationales environnementales et sociales	493
Section 2. Le rôle du juge dans le rétablissement de l'efficacité des normes internationales environnementales et sociales	495
§1. Le juge interne, juge de droit commun des violations des normes d'origine internationale et de la réparation de leurs conséquences	495
A. Le rôle du juge interne dans la prévention des violations des normes internationales environnementales et sociales	495
B. Les conditions du contrôle effectué par le juge interne	498
1. L'invocabilité de la norme d'origine internationale à l'encontre de la décision d'aménagement	498

2. L'opposabilité et d'applicabilité directe de la norme d'origine internationale à l'Etat	500
a. L'opposabilité de la norme internationale à l'Etat défendeur	500
b. L'applicabilité directe des normes internationales	501
§2. Le juge international, juge subsidiaire des violations des normes d'origine internationale et de la réparation de leurs conséquences	503
A. Un contrôle dont l'efficacité est conditionnée par le degré d'ouverture de l'accès des individus au juge international	504
1. L'accès à la Cour européenne des droits de l'homme	504
2. L'accès à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples	507
3. L'accès à la Cour interaméricaine des droit de l'homme	511
B. Un contrôle dont l'efficacité est limitée par le renvoi fréquent à la marge d'appréciation nationale d'appréciation des Etats en matière d'aménagement du territoire	512
1. Le renvoi à la marge d'appréciation des Etats en matière d'aménagement du territoire	512
2. Exemple d'application : le contentieux du barrage d'Itoiz devant la Cour européenne des droits de l'homme (Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne)	518
Conclusion du Chapitre V	526
Conclusion du Titre III	528
Titre IV - L'incitation de l'Etat à respecter les normes internationales environnementales et sociales applicables à l'ouvrage public	530

Chapitre VII. La subordination du financement de l'ouvrage public au respect de conditionnalités environnementales et sociales 531

Section 1. La surveillance exercée par la banque multilatérale de développement sur le projet d'ouvrage public 531

§1. La surveillance de la préparation et de l'évaluation du projet 533

A. Fondements juridiques de l'imposition de conditionnalités environnementales et sociales à l'Emprunteur 533

1. La rigidité institutionnelle : l'éviction des considérations environnementales et sociales au nom du principe de non-intervention dans les affaires politiques de l'Etat emprunteur 534

2. L'élasticité institutionnelle : la prise en compte des considérations environnementales et sociales comme facteur économique d'analyse de l'investissement 539

a. L'interprétation dynamique de l'acte constitutif 539

b. Les pressions exercées sur les banques multilatérales de développement en vue de l'intégration de considérations environnementales et sociales dans leurs projets 540

a.1. Les pressions extérieures aux banques : l'activité de la société civile 541

a.2. Les pressions internes aux banques : l'amendement Pelosi 543

B. Modalités de l'imposition de conditionnalités environnementales et sociales à l'Etat emprunteur : le test d'équivalence du droit interne de l'Etat emprunteur avec les standards du bailleur de fonds sollicité 545

1. Le référentiel servant de base au test d'équivalence : les standards opérationnels du bailleur de fonds sollicité par l'Etat emprunteur 545

a. L'identification des standards opérationnels 546

a.1. Rappel historique à la BIRD 546

a.2. L'élaboration et la modification des standards opérationnels	548
b. La nature juridique des standards opérationnels	549
2. Mise en oeuvre du test d'équivalence par le personnel de la Banque chargé du projet	550
a. L'obligation de la Banque de conduire une analyse exhaustive et sectorielle du droit interne de l'Etat emprunteur	551
a.1. L'étendue du contrôle exercé par la Banque	551
a.2. Exemple d'application	552
b. L'obligation de l'Etat emprunteur de maintenir un niveau d'équivalence suffisant au regard des exigences déterminées par la Banque	554
§2. La surveillance de l'exécution du projet	555
A. La conclusion de l'accord de prêt et des documents subséquents	555
1. L'internationalisation du droit de la banque. L'intégration dans le traité des standards opérationnels en cas d'insuffisance du droit interne de l'Etat emprunteur	556
2. Les sanctions de la banque en cas de violation d'une politique opérationnelle par l'Emprunteur	557
B. Les implications de la responsabilité fiduciaire de la banque sur la passation des contrats	558
1. L'obligation de suivre les politiques opérationnels de la banque relatives à la sélection des consultants	558
2. L'obligation de suivre les politiques opérationnelles relatives à la passation des marchés publics	559
a. Le principe de libre concurrence dans les marchés sous financements multilatéraux	559
a.1. L'appel public à concurrence	560
a.2. Les règles relatives à la candidature des entreprises	562

a.2.1. La question de l'éligibilité aux appels d'offres des pays emprunteurs	562
a.2.2. Les règles de préférence en faveur des entreprises des pays en développement	563
b. Le choix des offres les plus avantageuses	563
b.1. Les spécifications techniques des besoins des pays en développement	563
b.1.1. Interdiction des spécifications techniques équivalent à des restrictions de concurrence	563
b.1.2. Les marchés sur performance	564
b.2. Les critères de sélection des entreprises	564
3. Les mécanismes de sanction des banques multilatérales de développement contre la corruption dans les marchés publics	565
a. Le développement des mécanismes de sanction contre la corruption	565
b. Le fonctionnement des mécanismes de sanction contre la corruption	566
c. L'harmonisation des mécanismes de sanction contre la corruption	567

Section 2. L'émergence d'un droit commun du financement de l'ouvrage public **569**

§1. L'harmonisation des standards opérationnels des banques multilatérales de développement **570**

A. Fragmentation de l'aide au développement, diversité des standards environnementaux et sociaux et concurrence entre bailleurs de fonds multilatéraux **570**

1. La complexification du marché de l'aide au développement	570
2. L'absence d'efficacité et de cohérence de l'aide au développement	572

B. L'harmonisation des politiques et directives opérationnelles des bailleurs de fond multilatéraux 575

- 1. L'apparition de pratiques normatives communes 575
- 2. Les voies de l'harmonisation 575
 - a. L'harmonisation indirecte par l'entremise du co-financement 576
 - a.1. Le recours privilégié à la technique du co-financement en matière d'ouvrage public 576
 - a.2. Conséquences attachées à la pluralité de bailleurs de fonds sur la détermination des standards environnementaux et sociaux applicables 578
 - b. L'harmonisation directe par l'entremise de conférences internationales 580
 - b.1. La Conférence de Monterrey sur le financement du développement (2002) 580
 - b.2. La Déclaration de Rome sur l'harmonisation (2003) 581
 - b.3. La Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement (2005) 582
 - b.4. Le cadre commun du Groupe de travail des institutions financières multilatérales sur l'environnement (GTE-IFM) 584

§2. La diffusion des conditionnalités environnementales et sociales standardisées au-delà des banques multilatérales de développement 585

A. L'harmonisation des standards environnementaux et sociaux applicables aux agences de crédit à l'exportation 585

- 1. La mise en évidence de la nécessité d'élaborer des approches communes aux opérations des agences de crédit à l'exportation : l'exemple du barrage d'Ilisu 586
 - a. Le premier échec du projet (1954-1982 ; 1996) faute d'investisseurs 587
 - b. Le second échec du projet (1997-2002). Première intervention des agences de crédit à l'exportation et tentative avortée de rationalisation du projet. 587

c. Troisième échec du projet (2005-2009). Seconde intervention des agences de crédit à l'exportation et élaboration d'un plan élaboré de rationalisation du projet.	590
c.1. Les justifications du plan imposé par les agences de crédit à l'exportation	591
c.2. Le contenu du plan imposé par les agences de crédit à l'exportation	592
c.3. L'échec du plan imposé par les agences de crédit à l'exportation	594
2. L'élaboration d'approches communes applicables aux agences de crédit à l'exportation	594
a. L'Arrangement de l'OCDE sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public	594
b. La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur des approches communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de diligence environnementale et sociale	596
b.1. L'adoption de la Recommandation sous l'impulsion du Groupe de travail sur les crédits à l'exportation	597
b.2. Les bonnes pratiques promues par la Recommandation	600
b.2.1. L'incitation à conduire un examen préalable des demandes de crédits à l'exportation	601
b.2.2. L'incitation à classer les demandes de crédit à l'exportation en fonction des impacts environnementaux et sociaux du projet visé	601
b.2.3. L'incitation à évaluer les impacts environnementaux et sociaux du projet visé	603
b.3. La communautarisation des approches communes	604
B. La réception des standards environnementaux et sociaux par les banques commerciales privées	605

1. L'alignement des conditions de prêts des banques commerciales privées sur celles des bailleurs de fonds multilatéraux par l'adhésion volontaire aux « Principes d'Equateur »	605
a. L'élaboration des Principes d'Equateur	605
b. La nature et le contenu des Principes d'Equateur	607
2. L'efficacité attendue de l'alignement des banques commerciales sur les conditions de prêts des bailleurs de fonds multilatéraux	608
Conclusion du Chapitre VII	612
Chapitre VIII. La responsabilité des bailleurs de fonds à raison du financement de l'ouvrage public	613
Section 1. L'absence de responsabilité internationale générée par l'assistance financière	614
§1. L'absence de responsabilité internationale générée par l'assistance financière étatique	615
A. La diversité des modalités d'assistance financière apportées par l'Etat à l'ouvrage public entrepris par un Etat tiers	615
B. L'éviction du droit de la responsabilité internationale des modalités d'assistance financière apportées par l'Etat à l'ouvrage public entrepris par un Etat tiers	616
§2. L'absence de responsabilité internationale générée par l'assistance financière internationale	618
A. Les obstacles à l'engagement de la responsabilité internationale de la banque multilatérale de développement à raison du financement de l'ouvrage public	619
1. L'octroi d'immunités de juridiction et d'exécution	619

2. L'impossibilité de rattacher l'aide et la surveillance fournies par la banque aux catégories de la responsabilité internationale	621
a. L'action de la banque comme aide ou assistance à la commission d'un fait internationalement illicite	621
b. La surveillance exercée par le personnel de la banque sur le projet envisagée comme contrôle exercé dans la commission d'un fait internationalement illicite	623
B. Les substituts à l'engagement de la responsabilité internationale de la banque multilatérale de développement à raison du financement de l'ouvrage public	625
Section 2. La responsabilisation des banques multilatérales de développement	626
§1. La nature du contrôle	626
A. Un mécanisme non juridictionnel	626
1. La non-application du droit	627
a. L'absence de caractère obligatoire des rapports	627
b. L'absence de sanction et de réparation	629
2. Un mécanisme pragmatique	630
B. Un mécanisme de contrôle et de suivi	631
1. Un mécanisme répondant aux caractéristiques du contrôle et du suivi	631
2. L'objet du contrôle et du suivi	633
a. La fonction de contrôle	633
b. la fonction de suivi	634
§2. Les conditions de déclenchement du contrôle	635
A. L'entité privée en tant que partie affectée	635

1. La qualité de partie affectée	635
a. La notion de partie	636
b. La notion de communauté	638
2. La notion d'affectation ou de risque d'affectation	640
B. Les modalités et conditions de soumission des requêtes	643
1. Les pré-requis procéduraux	643
a. La soumission des requêtes	643
b. L'irrecevabilité des requêtes	645
2. Critère de territorialité et de représentation	646
a. Territorialité de l'affectation	646
b. Représentation des populations affectées	649
C. Le déclenchement de la fonction de résolution des problèmes	650
Conclusion du Chapitre VIII	653
Conclusion du Titre IV	655
Conclusion de la Partie II	656
Conclusion générale	660
Annexes	666
Bibliographie thématique	709

