

La sentence arbitrale relative au différend en mer de Chine méridionale et l'obligation de protection du milieu marin

Pascale Ricard

► **To cite this version:**

Pascale Ricard. La sentence arbitrale relative au différend en mer de Chine méridionale et l'obligation de protection du milieu marin. Annuaire du droit de la mer, Paris: A. Pedone, 2016, pp. 147-159. hal-02514619

HAL Id: hal-02514619

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02514619>

Submitted on 7 May 2021

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

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

**LA SENTENCE ARBITRALE RELATIVE
AU DIFFÉREND EN MER DE CHINE MÉRIDIONALE ET
L'OBLIGATION DE PROTECTION DU MILIEU MARIN**

Pascale RICARD
Doctorante en droit public à l'École de droit de la Sorbonne

Résumé

La sentence arbitrale rendue le 12 juillet 2016 dans l'affaire opposant la Chine aux Philippines est intéressante à de nombreux égards. En plus de se prononcer sur les revendications de souveraineté de la Chine, notamment sur les îles artificielles qu'elle a construites, le Tribunal arbitral constate et condamne les dommages à l'environnement causés non seulement dans le cadre de ses opérations de poldérisation, mais aussi par les pêcheurs chinois qui ont exploité à grande échelle des espèces menacées. Il s'agit dans cet article de se concentrer uniquement sur ce second aspect, à savoir la dimension environnementale de la sentence. Le Tribunal arbitral interprète en effet l'obligation générale de préservation du milieu marin prévue à l'Article 192 de la CNUDM comme une obligation de diligence requise de l'État en matière de protection du milieu marin et de la biodiversité. C'est la première fois que l'Article 192, disposition générale de la CNUDM, est interprété de manière aussi détaillée. Le Tribunal lui confère ainsi une véritable dimension « pratique », en l'interprétant à la lumière d'autres dispositions plus précises de la Convention et d'autres accords internationaux, mais aussi en déterminant ses modalités concrètes de mise en œuvre et de sanction, malgré un raisonnement parfois lacunaire, du fait de l'appréciation de cette obligation exclusivement en fonction des circonstances de fait de l'espèce.

Abstract

The South China Sea arbitration, before an arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 UNCLOS, presents an important environmental dimension. Indeed, the Tribunal not only states that China's pretensions on artificial islands are baseless, but also condemns the large damages caused by China and Chinese fishermen to the marine environment and to the marine resources endangered species. To that end, the Tribunal interprets Article 192 of the UNCLOS, the general obligation to protect and preserve the marine environment, as a due diligence obligation, in the light of more precise dispositions of the Convention and of other instruments. The Tribunal, then, details the content of this due diligence obligation, giving for the first time a real "practical dimension" to Article 192 of UNCLOS.

Resumen

La sentencia arbitral de 12 de julio del 2016 en el asunto que enfrenta a China con Filipinas es interesante por numerosos aspectos. Además de pronunciarse sobre las

reivindicaciones de soberanía de China, especialmente sobre las islas artificiales por ella construidas, el Tribunal arbitral constata y condena los daños al medioambiente causados no solamente en el marco de sus operaciones de polderización, sino también por los pescadores chinos que han explotado a gran escala especies amenazadas. Este artículo se centrará únicamente en el segundo aspecto, a saber la dimensión medioambiental de la sentencia. En efecto, el tribunal arbitral interpreta la obligación general de conservación del medio marino prevista en el Artículo 192 de la CNUDM como una obligación de diligencia requerida al Estado en materia de protección del medio marino y de la biodiversidad. Es la primera vez que el Artículo 192, disposición general de la CNUDM, ha sido interpretado de manera tan detallada. El Tribunal le confiere de este modo una verdadera dimensión “práctica”, interpretándolo a la luz de otras disposiciones más precisas de la Convención y de otros acuerdos internacionales, pero también determinando sus modalidades concretas de aplicación y de sanción, a pesar de un razonamiento a veces insuficiente, del hecho de la apreciación de esta obligación exclusivamente en función de situaciones de hecho.

La sentence arbitrale sur le fond, relative au *Différend en mer de Chine méridionale (Philippines c. Chine)*, a été rendue le 12 juillet 2016, à l’unanimité¹. Le Tribunal avait été constitué le 21 juin 2013, selon la procédure prévue à l’Annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après CNUDM), à la suite de la requête introduite par les Philippines. Cependant, la Chine n’a pas participé à la procédure, et rejette l’issue de cet arbitrage², considérant que le Tribunal arbitral n’avait pas compétence pour trancher les questions dont il était saisi, et témoignant ainsi de la persistance de ce différend de longue date entre les États.

Le Tribunal arbitral, dans sa sentence, a observé que la Chine ne pouvait revendiquer de « droits historiques » sur les ressources de la mer de Chine méridionale, ni de zones maritimes autour des éléments revendiqués, dont les îles Spratleys ainsi que des différents récifs coralliens qu’elle avait tenté d’aménager, afin qu’ils restent découverts à marée haute et lui assurent potentiellement le droit à une mer territoriale. Ces éléments revendiqués sont, d’après le Tribunal, uniquement des « rochers »³, qui ne peuvent dans leur état naturel soutenir une communauté stable de personnes et générer

¹ PCA Case n° 2013-19, *In the matter of the South China Sea arbitration, before an arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the law of the sea, between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China*, Award, Permanent Court of Arbitration, 12 July 2016.

² Voir la « *Note de position du Gouvernement de la République populaire de Chine sur la question de compétence dans l’arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale initié par la République des Philippines* » du 7 décembre 2014. Le Tribunal, conformément aux Articles 288 de la CNUDM et 9 de l’Annexe VII, a dû s’assurer qu’il était bien compétent pour résoudre le différend, dans ce contexte. Voir la sentence rendue sur la compétence et la recevabilité, le 29 octobre 2015 : PCA Case n° 2013-19, *in the matter of an arbitration before an Arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the law of the sea, between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China : Award on Jurisdiction and Admissibility*.

³ Article 121 de la CNUDM : « 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 ». La Convention établit un régime distinct pour les îles artificielles, installations et structures.

des droits souverains, et font partie de la ZEE des Philippines⁴. La Chine aurait donc violé les droits souverains de cet État, notamment en entravant ses activités de pêche et d'exploitation pétrolière⁵.

En outre, le Tribunal arbitral, après avoir examiné les effets sur le milieu marin des activités de réclamation de terre à grande échelle et de construction d'îles artificielles par la Chine, a observé que cet État avait causé des dommages graves et irréparables au milieu marin, et plus particulièrement aux récifs coralliens, manquant ainsi à ses obligations, en vertu des Articles 192 et 194 de la CNUDM, de préserver les écosystèmes fragiles et délicats ainsi que les habitats des espèces menacées ou en voie d'extinction⁶, mais aussi à l'obligation des États de conduire des études d'impact sur l'environnement (Article 206 de la CNUDM)⁷. En effet, les pêcheurs chinois ont continué à exploiter, à grande échelle et avec des méthodes destructrices pour le milieu marin, des coraux, tortues de mer et palourdes géantes, espèces en danger d'extinction en mer de Chine méridionale. La Chine a donc manqué à son obligation de diligence requise, qui aurait exigé qu'elle fasse en sorte que les pêcheurs mettent fin à ces activités et soient sanctionnés pour celles-ci, étant donné que les autorités chinoises avaient connaissance de ces éléments⁸.

Enfin, sur la dernière demande formulée par les Philippines, le Tribunal a conclu que la Chine avait violé son obligation de s'abstenir d'aggraver ou d'étendre un différend, au cours du processus de règlement de celui-ci, en causant des dommages graves et irréversibles à l'environnement. La Chine a notamment méconnu l'Article 300 de la CNUDM relatif à l'abus de droit et la bonne foi⁹.

La sentence arbitrale étant particulièrement riche, de même que le contexte du différend, il n'est pas question ici de la commenter dans son ensemble. Certains commentaires sont par ailleurs particulièrement intéressants en la matière, en explicitant le contexte du différend, la substance des revendications de souveraineté de la Chine, ou encore en commentant plus précisément les sentences arbitrales rendues par le Tribunal¹⁰. Il paraît cependant intéressant de se pencher sur l'un de ses apports les

⁴ Sur ces éléments voir la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 (ci-après : « sentence »), §§85-118, 131-174 et 204-260.

⁵ Sentence, §§277-286, 291-298, ou encore 310-318.

⁶ Voir notamment §944 : « *Articles 192 and 194 set forth obligations not only in relation to activities directly taken by States and their organs, but also in relation to ensuring activities within their jurisdiction and control do not harm the marine environment* ».

⁷ Sur l'obligation de réaliser des études d'impact, voir Sentence, §948. Le Tribunal reconnaît également la violation des Articles 197 et 123 relatifs à l'obligation de coopération de la Chine. Sur l'ensemble de ces éléments, voir Sentence, §§369-398.

⁸ Voir §757 : « *the Tribunal finds that China has, through the operation of its marine surveillance vessels in tolerating and failing to exercise due diligence to prevent fishing by Chinese flagged vessels at Mischief Reef and Second Thomas Shoal in May 2013, failed to exhibit due regard for the Philippines' sovereign rights with respect to fisheries in its exclusive economic zone. Accordingly, China has breached its obligations under Article 58(3) of the Convention* ».

⁹ Sentence, §1203 notamment.

¹⁰ Sur la sentence relative à la compétence et la recevabilité, G. Bastid Burdeau, « *Le puzzle de la situation dans la mer de Chine méridionale : un défi pour la sécurité régionale et mondiale ?* » in AFDI, CNRS Ed., 2015 pp.75-91 ; J.L. Iten « *Sentence arbitrale sur la compétence et la recevabilité du 29 octobre 2015 (République des Philippines c. République Populaire de Chine)* », in AFDI, CNRS Ed., 2015, pp. 291-309. ou encore D. Schaeffer, « *Mers de Chine du sud : des 'bras de fer' de plus en plus durs* », pp. 303-360, A.D.Mer 2015, Tome XX. Sur la sentence rendue en 2016 sur le fond ; G. Poissonnier, « *Des clarifications importantes pour les litiges en mer de Chine méridionale* », JDI, avril-mai-juin 2017, pp. 543-564.

moins étudiés pour l'instant : celui de l'utilisation, par le Tribunal arbitral, de la notion de diligence requise pour qualifier le manquement de la Chine à ses obligations environnementales, et les modalités de cette dernière, donnant effet à l'une des dispositions les plus générales de la CNUDM, l'Article 192, qui prévoit que « *les États ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin* ».

Le Tribunal précise en effet qu'il n'a pas de doute sur le fait que « *China's artificial island-building activities on the seven reefs in the Spratly Islands have caused devastating and long-lasting damage to the marine environment. The Tribunal accordingly finds that through its construction activities, China has breached its obligation under Article 192 to protect and preserve the marine environment, has conducted dredging in such a way as to pollute the marine environment with sediment in breach of Article 194(1), and has violated its duty under Article 194(5) to take measures necessary to protect and preserve rare or fragile ecosystems as well as the habitat of depleted, threatened or endangered species and other forms of marine life* »¹¹.

L'interprétation effectuée de la Partie XII de la CNUDM, et plus particulièrement de l'Article 192 relatif à l'obligation générale de protéger le milieu marin, confirme ainsi l'affirmation de P. Gautier selon laquelle « *les obligations générales contenues dans la Convention ont bien une utilité pratique* », et « *offrent un matériau susceptible d'être utilisé par les États* »¹². En effet, l'Article 192 était jusqu'alors considéré, de par son caractère général, comme une disposition « chapeau » de la Partie XII de la Convention, difficile à invoquer en elle-même dans le cadre d'un différend entre États car elle ne fait pas référence à des obligations précises ou des modalités spécifiques de mise en œuvre, contrairement aux autres dispositions de cette Partie. L'Article 192 était plutôt considéré comme un guide pour l'interprétation de la Convention, et à ce titre, lorsqu'il a été mentionné par des juridictions internationales dans certaines décisions, c'était en général uniquement pour en rappeler la substance générale, mais rarement pour en faire découler des effets précis et concrets¹³.

Or, ici, le Tribunal arbitral prend pour la première fois le temps d'interpréter cet article et de lui donner un effet « pratique », notamment en l'interprétant à la lumière d'autres obligations environnementales plus précises opposables aux États. Il sera ainsi intéressant de constater que le Tribunal se rapporte systématiquement à des obligations plus précises auxquelles les États ont souscrit, par exemple celles contenues dans la Convention sur le commerce international d'espèces menacées d'extinction (CITES).

¹¹ Sentence, §983.

¹² P. Gautier., *Les vertus pratiques des obligations générales relatives à l'environnement dans la CNUDM*, pp. 365-382, in N. Boschiero, T. Scovazzi., C. Pitea, C. Ragni (Eds.), *International Courts and the Development of International Law : Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser Press, Springer, 2013, p. 377 et 182. Ainsi, pour N. Oral « *the broad language of Art. 192, coupled with the inclusion of Part. XII in the compulsory dispute provisions of the Convention, gives international tribunals the legal foundation to clarify and develop legal obligations and principles related to activities which are harmful to the marine environment that are either not expressly covered under the Convention or need further elaboration. [...]* ». N. Oral., « *Implementing Part XII of the 1982 UN Law of the sea Convention and the role of international court* », pp. 403-423 in N. Boschiero, T. Scovazzi., T. Pitea, C. Ragni. (Eds.), *International courts and the development... Eod. Loc.*, p. 420.

¹³ L'avis consultatif du TIDM rendu en 2015 comportait cependant déjà plus de précisions quant à l'application de cet article. *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP) (Demande d'avis consultatif soumise au Tribunal)*, Avis consultatif rendu le 2 avril 2015, rôle des affaires n° 21.

Il convient ainsi de s'interroger sur l'interprétation de la nature de l'obligation de préservation du milieu marin et de la biodiversité marine par le Tribunal arbitral, en tant qu'obligation de diligence requise (I), avant de s'intéresser au contenu plus précis de cette obligation, permettant la constatation de sa violation (II). Ces éléments permettent par ailleurs de mettre en lumière les fonctions de l'obligation générale de diligence requise désormais consacrée, en matière de conservation de la biodiversité et de l'environnement marin.

I. L'INTERPRÉTATION DE LA NATURE DE L'OBLIGATION RELATIVE À LA PRÉSERVATION DU MILIEU MARIN

Le Tribunal arbitral, assisté de trois experts indépendants spécialistes en biologie marine des récifs corallien¹⁴, constate dans sa sentence les dommages environnementaux résultant de la construction d'îles artificielles par la Chine, utilisant pour fondations ces récifs. En effet, il reconnaît que les structures, au départ peu imposantes, ont eu pour effet de diminuer la taille des récifs coralliens et de déplacer les espèces associées, augmentant ainsi la vulnérabilité de l'écosystème, notamment face aux tempêtes, de manière étendue et durable. En outre, le Tribunal observe également l'exploitation à grande échelle par les pêcheurs chinois de tortues de mers, coraux et palourdes géantes, espèces en voie d'extinction.

Le Tribunal déduit de ces éléments la violation de l'Article 192 de la CNUDM, qui prévoit que « *les États ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin* ». Il interprète cette disposition comme une obligation de comportement pour les États, soit de diligence requise (I.1.), s'inscrivant ainsi dans la continuité de la jurisprudence internationale récente en la matière (I.2.).

I.1. L'interprétation de l'Article 192 de la CNUDM comme une obligation générale de diligence requise

Le Tribunal arbitral, pour interpréter l'Article 192 de la CNUDM, réalise dans sa sentence une lecture combinée de cette disposition avec d'autres dispositions plus précises de la CNUDM, voire des dispositions résultant d'autres conventions internationales relatives à la protection de la biodiversité, comme par exemple la CITES. Il remarque en effet que cette Convention possède, elle aussi, une dimension quasi-universelle, et peut être invoquée à ce titre comme une composante de l'obligation générale de conservation de l'Article 192 de la CNUDM : « *the Tribunal considers that the general obligation to 'protect and preserve the marine environment' in Article 192 includes a due diligence obligation to prevent the harvesting of species that are recognised internationally as being at risk of extinction and requiring international protection* »¹⁵.

Le Tribunal observe, pour justifier son interprétation de l'Article 192 à la lumière de la CITES, que cette Convention « *is the subject of nearly universal adherence, including by the Philippines and China, and in the Tribunal's view forms part of the general corpus of international law that informs the content of Article 192 and 194(5)* ». Cette observation n'était pourtant pas nécessaire, puisque les deux États ont

¹⁴ Le Tribunal s'appuie notamment sur le Rapport Ferse, décrivant les études écologiques réalisées par des chercheurs chinois, qui appuyait la nécessité de conserver les sept récifs en question. Sentence, §977.

¹⁵ Sentence, §956.

ratifié chacune des conventions évoquées. Elle aurait alors vocation à mettre en avant des critères d'interprétation, relativement objectifs, de l'Article 192, compris comme une obligation de diligence requise.

Combiné, cette fois-ci, à l'Article 194(5) de la CNUDM, le Tribunal arbitral interprète ensuite l'Article 192 comme s'étendant à « *the prevention of harms that would affect depleted, threatened, or endangered species indirectly through the destruction of their habitats* ». Il conclut, après cette interprétation de l'Article 192 à la lumière de dispositions spécifiquement consacrées à la nécessité de préservation par les États des écosystèmes rares ou délicats, que : « *the harvesting of corals and giant clams from the waters surrounding Scarborough Shoal and features in the Spratly Islands, on the scale that appears in the record before it, has a harmful impact on the fragile marine environment. The Tribunal therefore considers that a failure to take measures to prevent these practices would constitute a breach of Articles 192 and 194(5) of the Convention, and turns now to consider China's responsibility for such breaches* »¹⁶.

Pour interpréter l'Article 194(5) de la CNUDM de manière large, le Tribunal se réfère par ailleurs à l'arbitrage rendu dans le cadre du *différend relatif à l'aire marine protégée des îles Chagos*, qui précise que cette disposition ne doit pas se limiter à l'adoption de mesures strictement dédiées à la lutte contre la pollution, cet aspect étant « *certainly an important aspect of environmental protection* », mais « *by no means the only one* »¹⁷. Il semble donc que la Partie XII de la CNUDM doit être interprétée non seulement comme un tout, mais aussi de manière évolutive¹⁸, c'est-à-dire à la lumière du droit international de l'environnement actuel.

Cette technique ou méthode peut paraître un peu superficielle, puisqu'elle ne semble pas reposer sur des critères suffisamment précis et objectifs d'interprétation, et constitue de plus une somme d'obligations relativement souples. Elle n'est donc pas un facteur de prévisibilité juridique pour les États. De plus, elle serait potentiellement susceptible d'affaiblir d'autres obligations, qui pourraient être comprises comme des obligations de résultat ; c'est notamment le cas des obligations prévues par la CITES. Cependant, comme le remarque S. Maljean-Dubois, la reconnaissance d'une obligation de diligence requise apparaît, dans le même temps, comme un moyen « *d'affermir le droit de l'environnement* »¹⁹. L'interprétation de cette obligation par le Tribunal apporte ainsi selon nous un éclaircissement bénéfique au droit international relatif à la protection de l'environnement marin, dont la souplesse des obligations le constituant est souvent un prétexte à leur non mise en œuvre, du fait des difficultés caractérisant leur sanction.

¹⁶ Sentence, §960.

¹⁷ CPA, *In the matter of the Chagos marine protected area arbitration, before an Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea, between The Republic of Mauritius and The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, sentence du 18 March 2015, §320 et 538.

¹⁸ « [L']interprétation évolutive consiste à interpréter un texte en fonction des principes juridiques en vigueur au moment de l'interprétation », et non pas uniquement en fonction de l'intention des Parties au moment de son adoption. B. Bollecker, *L'avis consultatif du 21 juin 1971 dans l'affaire de la Namibie (Sud-Ouest africain)*, pp. 288-290, in AFDI, CNRS Ed., 1971, p. 290.

¹⁹ S. Maljean-Dubois, *Protection de l'environnement*, in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Actes de la journée d'études SFDI – SIDI du 24 février 2017, à paraître.

L'obligation de protéger et de préserver le milieu marin et la biodiversité marine²⁰ se déclinerait ainsi en différentes obligations plus précises qui découlent d'accords quasi-universels, renforçant l'existence d'une obligation générale de diligence requise en la matière. Cette obligation de comportement, qui consiste à mettre en œuvre tous les moyens dont dispose l'État afin de prévenir les atteintes potentielles aux écosystèmes marins, avait déjà été affirmée par le juge international dans certains contextes.

1.2. Une jurisprudence internationale convergente en matière de diligence requise environnementale

L'obligation de comportement peut être définie comme une « *obligation exigeant du débiteur d'apporter ses soins et ses capacités dans un domaine particulier* », aux fins de parvenir à un résultat²¹. Ce qui compte pour la mise en œuvre d'une telle obligation, c'est le comportement adopté par son destinataire, qui ne sera pas évalué selon le résultat atteint, et le dommage potentiel, mais par les moyens mis en œuvre par ces derniers dans un but de conservation de la biodiversité marine, ces moyens n'étant pas forcément préalablement déterminés par ailleurs²². L'obligation de comportement se traduit ainsi par une obligation de « *due diligence* »²³.

En effet, le résultat recherché à travers l'adoption et la mise en œuvre de mesures de conservation par l'État, en termes écologique, est difficilement évaluable et n'est pas toujours garanti. Le fait de se concentrer sur le comportement de celui-ci permet donc, en partie, de contourner ces difficultés.

La mise en évidence d'une obligation de diligence requise vise, en outre, à pallier le fait que les entités qui réalisent concrètement des activités en mer ne sont pas les États, mais généralement des opérateurs privés, et ne sont ainsi pas directement soumis aux règles de droit international contractées par les États, comme c'est le cas des opérateurs

²⁰ Qui peut être considérée comme faisant partie intégrante de celui-ci, comme l'a rappelé le TIDM dans l'affaire du thon à nageoire bleue : « *Considérant que la conservation des ressources biologiques de la mer constitue un élément essentiel de la protection et de la préservation du milieu marin [...]* », *Affaire du thon à nageoire bleue, Australie c. Japon et Nouvelle Zélande c. Japon*, TIDM, ordonnance en adoption de mesures conservatoires du 27 août 1999, §60.

²¹ J. Salmon (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, pp. 765-766 et 769. Cette définition est différente de celle qui avait été retenue au départ dans le cadre du Projet d'articles de la CDI relatif à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui s'était avérée controversée. Voir notamment C.P. Economides, *Content of the obligation : obligations of means and obligations of result* in J. Crawford, A. Pellet, Olleson (Eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford commentaries on international law, 2010, », p. 375. Voir aussi C. Laly-Chevalier, *La violation du traité*, Coll. de droit international, Bruylant, 2005, p. 94. Ou encore, H. Raspail *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, thèse de droit, 2011, Université Paris 2, p. 36 : « *[a]lors que la distinction bien connue du droit français entre obligations de moyens et obligations de résultat, distinguant l'obligation du médecin de s'efforcer de guérir son patient sans l'obliger à parvenir effectivement à cette guérison, de celle du vendeur obligé de livrer la chose, permettait le classement de l'ensemble des obligations, qu'elles soient légales ou contractuelles, il en va tout autrement de ladite distinction adaptée au droit international* » et P.M. Dupuy, *Reviewing the Difficulties of Codification : On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility*, EJIL, vol. 10, n° 2, 1999, p. 374.

²² L'intérêt de la distinction s'illustre ici donc notamment en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité. Voir C.P. Economides., « *Content of the obligation... op. cit.*, p. 377.

²³ P.M. Dupuy, *Reviewing the Difficulties of Codification...* Eod. loc., p. 379. Comme le souligne J. Combacau, le terme « comportement » apporte beaucoup plus de clarté au concept, que le terme d'obligation de « moyens » qui possède une dualité de sens. Voir J. Combacau *Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse*, pp. 181-204 in *Le droit international : unité et diversité*, Mélanges en l'honneur de P. Reuter, 1981, pp. 196-197.

privés dans la Zone. Il s'agit ainsi de se demander ce qui peut raisonnablement être attendu de l'État dans ce contexte, compte tenu du fait que ce n'est pas celui-ci qui met directement en œuvre ses obligations en mer. Malgré la réalisation d'un dommage au milieu marin, le destinataire de l'obligation de diligence requise ne sera ainsi pas responsable s'il a mis en œuvre tous les moyens en son pouvoir pour l'éviter, et le sanctionner dans le cas où il n'a pu être évité.

Le lien entre obligation de diligence requise et obligation de comportement a été dessiné dans l'affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay : « [l']obligation d'adopter des mesures réglementaires ou administratives [...] et de les mettre en œuvre constitue une obligation de comportement. Les deux Parties doivent donc [...] faire preuve de la diligence requise ('due diligence') [...] pour prendre les mesures nécessaires à la préservation de l'équilibre écologique du fleuve »²⁴. Dans l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide²⁵, il s'agissait pour l'État, selon la CIJ, de « mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à [sa] disposition », ou encore les mesures qui se trouvent « à sa portée »²⁶. La Cour considérait notamment que « [p]lusieurs paramètres entrent en ligne de compte quand il s'agit d'apprécier si un État s'est correctement acquitté de l'obligation en cause. Le premier d'entre eux est évidemment la capacité, qui varie grandement d'un État à l'autre, à influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide »²⁷.

Plus que d'un résultat particulier, il s'agit donc bien d'une démarche, d'un processus orienté dans une certaine direction. Dans l'affaire relative à des « usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay », il s'agissait en effet pour la Cour de déterminer ce que l'on pouvait raisonnablement attendre, en fonction des circonstances de faits, de l'État²⁸.

L'obligation de diligence requise doit donc s'apprécier *in concreto*. Son caractère évolutif a été rappelé par la chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du TIDM dans son avis consultatif de 2011 : « [i]l est difficile de décrire en des termes précis le contenu des obligations de diligence requise ». Celle-ci possède en effet « un caractère variable », en fonction, notamment, des risques encourus, ou « des nouvelles connaissances scientifiques ou technologiques »²⁹. Pour déterminer le standard de comportement auquel l'on pouvait s'attendre de la part de l'État et les « mesures raisonnablement appropriées »³⁰ que celui-ci aurait dû adopter, il convient

²⁴ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Recueil 2010*, p.14, §187.

²⁵ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *CIJ Recueil 2007*, p.43.

²⁶ *Eod. Loc.*, §430.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Comme a pu le montrer Y. Kerbrat, *Le standard de due diligence, catalyseur d'obligations conventionnelles et coutumières*, in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Actes de la journée d'études SFDI – SIDI du 24 février 2017, à paraître.

²⁹ Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du TIDM, Avis consultatif du 1er février 2001 sur les *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, §117. Voir aussi P. Birnie et A. Boyle, *International law and the environment*, 2nd ed, Oxford Univ. Press, p. 148.

³⁰ *Eod. Loc.*, §120.

donc de se référer aux concepts de « *meilleures pratiques environnementales* », ou de « *meilleures technologies disponibles* », en fonction du contexte technique, juridique ou encore scientifique.

L'Avis consultatif rendu par le TIDM en 2015 concernant la *Commission sous régionale des pêches*, se fonde sur ces éléments pour définir les obligations de l'État du pavillon dans la ZEE d'autres États en matière de pêche, et précise ainsi « *qu'en l'espèce, la Convention est le principal instrument donnant des indications concernant la teneur des mesures devant être prises par l'Etat du pavillon pour s'acquitter de l'obligation de 'diligence due' et empêcher que des navires battant son pavillon ne pratiquent la pêche INN dans les zones économiques exclusives des États membres de la CSRP* »³¹.

La sentence arbitrale de 2016 relative au différend en mer de Chine méridionale s'inscrit donc directement dans la lignée de la jurisprudence internationale en la matière. Celle-ci consacre et précise progressivement une véritable obligation générale, pour les États, d'agir avec la diligence requise, y compris dans le domaine de la conservation de la biodiversité marine, permettant de rendre effectives les dispositions de la CNUDM pertinentes et de les interpréter de manière évolutive.

II. LE CONTENU DE L'OBLIGATION DE DILIGENCE REQUISE DE L'ÉTAT ET L'ADAPTATION AUX CIRCONSTANCES DE FAIT

Le contenu de l'obligation et les critères de la violation d'une obligation de diligence requise appréciés par le Tribunal révèlent que celui-ci prend en compte, de manière classique, non seulement l'adoption de normes visant à prévenir et sanctionner les pratiques illicites, mais aussi le contrôle effectué par l'État, évalué à travers la connaissance des activités destructrices. L'obligation de diligence requise apparaît donc composée du triptyque prévention (II.1.), contrôle, et répression (II.2.), la violation de ces différentes composantes s'appréciant toujours *in concreto*, en fonction des circonstances de l'espèce.

II.1. La prévention du comportement illicite

Le Tribunal arbitral rappelle, dans un premier temps, la dimension préventive de l'obligation de diligence requise découlant de l'Article 192 de la CNUDM, selon laquelle l'État doit tout d'abord prendre dans son ordre interne toutes les mesures « nécessaires » à la protection et à la préservation du milieu marin : « *[t]he Tribunal therefore has no hesitation in finding that China breached its obligations under Articles 192 and 194(5) of the Convention, to take necessary measures to protect and preserve the marine environment, with respect to the harvesting of endangered species from the fragile ecosystems at Scarborough Shoal and Second Thomas Shoal* »³².

³¹ Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP), *op. cit.*, §133. Le TIDM précise notamment que « *Chaque Etat du pavillon est libre de déterminer, conformément à son système juridique, la nature des lois, règlements et mesures qu'il doit adopter. Toutefois, il a l'obligation d'y inclure des mécanismes de mise en œuvre afin d'assurer la surveillance et le respect de ces lois et règlements. Les sanctions applicables en cas d'activités de pêche INN doivent être suffisantes pour dissuader les violations et priver les auteurs des infractions des avantages qu'ils retirent de leurs activités de pêche INN* ». Eod. Loc., §138.

³² Sentence, §964.

De même, sur la question de la pêche aux explosifs réalisée par les pêcheurs chinois, le Tribunal considère que le gouvernement chinois aurait dû prendre des mesures visant à interdire cette pratique destructrice, l'absence de telles mesures constituant une violation des dispositions de la CNUDM : « [b]ecause explosives shatter coral and cyanide can kill or injure non-target species, the Tribunal considers the use of both dynamite and cyanide to be 'pollution' of the marine environment within the meaning of the Convention—they are substances introduced by man that 'result in such deleterious effects as to harm living resources and marine life'. They also threaten the fragile ecosystem of the coral reefs and the habitats of endangered species at Scarborough Shoal. The Tribunal therefore considers that failure to take measures against the use of dynamite and cyanide would constitute breach of Articles 192, 194(2) and 194(5) of the Convention »³³.

Par ailleurs, il est intéressant de remarquer que pour le Tribunal, la notion de prévention implique le respect d'autres obligations, de nature procédurale, conformément à la distinction traditionnellement opérée par la Cour internationale de justice³⁴. Tout d'abord, l'obligation de diligence requise aurait nécessité, pour la Chine, de coopérer et de communiquer avec ses voisins, notamment pour adopter des mesures de conservation. Le Tribunal rappelle ainsi l'obligation de coopération des États en matière de protection de l'environnement marin contenue dans les Articles 197 et 123, consacrée notamment dans l'affaire de l'usine MOX devant le TIDM³⁵. Étant données les protestations persistantes des Philippines ainsi que d'autres États voisins, il semble ainsi que la Chine n'aurait pas suffisamment coopéré et communiqué avec eux³⁶.

De même, l'obligation relative à l'évaluation de l'impact des activités sur l'environnement, obligation conventionnelle, considérée également comme coutumière³⁷, fait également partie intégrante, pour le Tribunal, de l'obligation générale de diligence requise découlant de l'Article 192. En effet, celui-ci étudie la mise en œuvre par la Chine des Articles 206 et 205 de la CNUDM, sur l'évaluation ainsi que la communication de celle-ci³⁸. Malgré les affirmations de la Chine selon lesquelles elle aurait pourtant réalisé de telles études, suivant un standard élevé de protection de l'environnement, l'absence de communication de ces évaluations ainsi que l'absence d'accès du Tribunal à ces documents qui auraient permis de prouver leur existence, n'ont pas permis au Tribunal de considérer que la Chine aurait rempli ses obligations conformément à la CNUDM. Par ailleurs, le Tribunal a pris en compte le caractère irréparable du dommage causé, pour se prononcer sur la question de l'aggravation du

³³ Sentence, §970.

³⁴ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, op. cit., §67 : « La Cour commencera par examiner la violation alléguée des obligations de nature procédurales ». Voir aussi *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région transfrontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt rendu le 16 décembre 2015, Rôle général n° 150 et 152, §217.

³⁵ *Affaire de l'Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, Demande en prescription de mesures conservatoires, ordonnance du TIDM rendue le 3 décembre 2001, rôle des affaires n° 10, §82 : « l'obligation de coopérer constitue, en vertu de la partie XII de la Convention 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 conformément à l'article 290 de la Convention ».

³⁶ Sentence, §984.

³⁷ *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre des activités menées dans la Zone*, op. cit., §145.

³⁸ Sentence, §987.

différend en matière écologique³⁹. Cette question de l'irréversibilité des dommages écologiques fait partie intégrante des considérations relatives aux obligations de prévention des États.

Le contrôle de la dimension préventive de l'obligation de diligence requise de l'État en matière environnementale s'effectue ainsi, pour le Tribunal, à la lumière de toute une série d'obligations relatives à la prévention, concernant non seulement l'adoption de normes dans l'ordre interne, en amont, mais aussi la mise en œuvre effective des principes coutumiers et conventionnels de coopération et d'évaluation des impacts sur l'environnement des activités conduites par l'État, ainsi que la communication de ces études aux États susceptibles d'être concernés par ces impacts. En cela, l'obligation de diligence requise est profondément liée au principe de prévention⁴⁰.

II.2. Le contrôle des navires et la sanction des activités destructrices

L'un des critères déterminants ayant permis au Tribunal de constater le manquement par la Chine à son obligation de diligence requise semble reposer sur le fait que « *China was aware of the harvesting of giant clams* ». En effet, il précise notamment que « *the photographic evidence of endangered species, including giant clams and sharks, on board the vessels in question indicates China must have known of, and deliberately tolerated, and protected the harmful acts* »⁴¹. Ainsi, l'obligation de diligence requise aurait-elle imposé à l'État, qui ne pouvait ignorer les pratiques destructrices réalisées, de prendre des mesures en vue de faire cesser ces activités. Le fait pour la Chine de « tolérer » de telles activités dans une zone située sous sa juridiction et son contrôle suffit à conclure à la violation de son obligation générale de protection et de préservation du milieu marin⁴².

Dans la lignée du TIDM, qui a consacré dans son avis consultatif de 2015 l'existence d'une obligation de diligence requise de l'État du pavillon en matière de pêche INN, le Tribunal arbitral précise ici explicitement que « *while Chinese fishing vessels are within China's jurisdiction and control as the flag State, the obligation to ensure that those fishing vessels do not take measures to pollute the marine environment is one of due diligence* »⁴³. De même, bien que la Chine ait adopté une loi interdisant l'utilisation d'explosifs, d'électricité, de poisons ou d'autres méthodes de pêche nocives, la Cour précise encore que « *States are also required to adopt a certain*

³⁹ Sentence, §1181.

⁴⁰ Voir notamment le §941 de la sentence.

⁴¹ Sentence, §964.

⁴² Voir la sentence, §§965-966 : « *[I]here remains the question of China's responsibility for the more recent and widespread environmental degradation caused by propeller chopping for giant clams across the Spratlys. From satellite imagery showing scarring from this practice, it appears the harvesting took place in areas under control of Chinese authorities, at a time and in locations where Chinese authorities were engaged in planning and implementing China's island-building activities. The Tribunal considers that the small propeller vessels involved in harvesting the giant clams were within China's jurisdiction and control. The Tribunal finds that China, despite its rules on the protection of giant clams, and on the preservation of the coral reef environment generally, was fully aware of the practice and has actively tolerated it as a means to exploit the living resources of the reefs in the months prior to those reefs succumbing to the near permanent destruction brought about by the island-building activities discussed in Section 4. Accordingly, the Tribunal finds that China has also breached its obligation to protect and preserve the marine environment in respect of its toleration and protection of the harvesting of giant clams by the propeller chopping method* ».

⁴³ Sentence, §971.

level of vigilance in the enforcement and control of the rules, but there is little in the record to suggest that China has failed to do so with respect to dynamite and cyanide fishing »⁴⁴. L'adoption de mesures préventives par l'État est donc insuffisante pour considérer que celui-ci a bien rempli son obligation de diligence requise : il doit, conformément à ses pouvoirs et compétences, en tant que principal sujet de droit international, s'assurer que ces mesures sont mises en œuvre effectivement, et ainsi, dans un dernier temps, sanctionner toute violation de ces dernières.

Cependant, l'on peut se demander ce que cette exigence implique réellement pour l'État, qui ne peut être au courant de toutes les activités menées en mer par des opérateurs privés. Est-ce le fait que la Chine avait réellement connaissance des violations en question, ou bien uniquement le fait que ces violations ont été commises dans une zone située sous sa juridiction ou son contrôle, qui est déterminant dans l'analyse de la violation de l'obligation ? Comment déterminer si l'État devait avoir connaissance, ou non, des activités illicites des acteurs privés ? Cela signifie-t-il, enfin, que seules les activités menées à grande échelle, comme, ici, la poldérisation ou la pêche à grande échelle d'espèces représentatives, pourront engendrer une violation de l'obligation de diligence requise de l'État, ne pouvant être ignorées par celui-ci ? Sur ce point, le Tribunal statue, certes, *in concreto*, mais laisse peser d'importantes incertitudes concernant l'objectivisation de critères permettant de constater une obligation de diligence requise.

La dimension répressive de l'obligation de diligence requise est la dernière composante de celle-ci mise en avant par le Tribunal dans sa sentence : « *adopting appropriate rules and measures to prohibit a harmful practice is only one component of the due diligence [...]. There is no evidence in the record that would indicate that China has taken any steps to enforce those rules and measures against fishermen engaged in poaching of endangered species* »⁴⁵. La sanction des manquements à l'obligation générale de protection et de préservation du milieu marin permet ainsi à l'État de réellement mettre en œuvre son obligation, et de s'assurer du respect de celle-ci par les navires.

Cette dimension répressive s'apprécie donc elle aussi *in concreto* par le juge, mais ne pose pas de réelles difficultés concernant l'appréciation du comportement de l'État, celui-ci possédant la plénitude des compétences en la matière. Comme le montre la situation ayant donné naissance à la *demande d'avis consultatif formulée par la Commission sous régionale des pêches*, il n'en est pas forcément de même concernant les organisations internationales et plus précisément l'Union européenne, qui dépend de ses États membres pour l'adoption, et la mise en œuvre concrète de ces mesures de sanction. En effet, le TIDM a précisé dans son avis consultatif de 2015 que son raisonnement, concernant l'obligation de diligence requise des États en matière de pêche INN, était tout à fait valable concernant les organisations internationales, en particulier l'Union européenne, en tant que Partie à certains accords bilatéraux de gestion des pêches⁴⁶. L'obligation de diligence requise nécessite ainsi, pour être mise en œuvre, de s'adapter aux compétences et pouvoirs propres à ses destinataires.

⁴⁴ Sentence, §974.

⁴⁵ Sentence, §964.

⁴⁶ « *Bien que la relation entre les États qui patronnent et les contractants ne soit pas entièrement comparable à celle qui existe entre l'État du pavillon et les navires battant son pavillon qui pêchent dans la zone économique exclusive de l'État côtier, le Tribunal est d'avis que les précisions apportées par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins en ce qui concerne l'expression 'obligation de*

En conclusion, la reconnaissance et la sanction par le juge international d'une obligation de diligence requise, en matière de protection et de préservation du milieu marin, donnent son effectivité à l'Article 192 de la CNUDM, en englobant toute une série d'exigences opposables à l'État en matière de conservation de l'environnement marin et de la biodiversité marine, ce qui permet *in fine* d'engager sa responsabilité. En effet, le fait que la Chine ait placé les autres États de la région devant le « fait accompli », concernant les opérations de poldérisations aux conséquences irréversibles, a été fortement critiqué, et a constitué selon le Tribunal un facteur évident d'aggravation du différend. Pour G. Poissonnier, finalement, « *la solution dégagée le 12 juillet 2016 est applicable à tous les États qui pratiquent ces modifications d'éléments en l'état naturel, que ce soit dans l'archipel des Spratleys, ailleurs en mer de Chine méridionale, et dans d'autres mers* »⁴⁷.

Bien que la sentence arbitrale relative au différend en mer de Chine méridionale ne permette pas de résoudre tous les problèmes qui émergent de la mise en évidence d'une obligation générale de diligence requise en matière de conservation du milieu marin, elle a en effet le mérite de participer à la consécration progressive d'une telle obligation et de contribuer à la détermination de son contenu. L'obligation, dessinée d'abord par le TIDM en matière d'activités effectuées dans la Zone, puis de pêche INN dans la ZEE, dans le cadre de la violation d'accords bilatéraux, et ici d'activités néfastes aux espèces et écosystèmes marins dans la ZEE d'un État, pourrait ainsi se voir élargie à toute activité conduite en mer. La diligence requise des États ne se limite pas, en effet, à la ZEE, l'Article 192 de la CNUDM englobant l'ensemble des espaces maritimes définis par la Convention, et s'adressant par ailleurs aux « États » en général. Sa sanction par le juge permet ainsi d'interpréter la CNUDM à la lumière de son objet et de son but, à savoir de prendre en compte le fait que « *les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble* », mais aussi que la Convention a pour objectif de créer un ordre juridique qui « *favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans, l'utilisation équitable et efficace de leurs ressources, la conservation de leurs ressources biologiques et l'étude, la protection et la préservation du milieu marin* »⁴⁸.

veiller à' et le lien entre les notions d'obligation de 'diligence due' et d'obligation 'de comportement', mentionnées au paragraphe 129, sont pleinement applicables en l'espèce ». Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP) (Demande d'avis consultatif soumise au Tribunal), op. cit., §125.

⁴⁷ G. Poissonnier, *Des clarifications importantes pour les litiges en mer de Chine méridionale*, op. cit., p. 564.

⁴⁸ Préambule de la CNUDM.