

Liberté vs protection : quel équilibre ?

Elie JARMACHE*

*Membre de la commission juridique et technique de l'AIFM
et du conseil scientifique de l'INDEMER*

* Les vues exprimées sont celles de l'auteur et n'engagent que lui.

De quoi la liberté est-elle le nom dans l'histoire longue du droit de la mer? Comment expliquer qu'elle ait été, et soit restée, la notion centrale autour de laquelle s'est construit (ou déconstruit) le rapport des hommes, aussi bien que des États, au milieu marin? Pourquoi éprouve-t-on, en 2018, le besoin de s'interroger sur le rapport liberté/protection, surtout en se demandant quel équilibre est possible entre ces deux notions comme si, implicitement, une telle approche révélait un défi?

Le souci de l'équilibre est pourtant bien connu pour qui s'intéresse à la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (CNUDM) de 1982. C'est même devenu un rappel constant dans la résolution annuelle de l'Assemblée générale des Nations unies consacrée au droit de la mer : équilibre des droits et des devoirs entre États, préoccupation de l'intégrité de la Convention. Il a fallu la conjonction du développement de la coutume internationale, de presque dix ans de conférences (1973-1982), du caractère quasi universel de la Convention (168 parties) pour que le sentiment se répande que ce résultat devait être préservé au prix d'adaptations qui ne le modifieraient pas. Le consensus s'est établi au sein de la communauté internationale puisque l'absent le plus célèbre, celui que l'on cite toujours, les États-Unis, est attaché à cet équilibre. La raison? La liberté en mer ou de la haute mer. L'équilibre ainsi conçu a préservé la liberté.

Des raisons multiples pourraient éclairer la réflexion et contribuer à l'explication, mais s'il fallait en retenir une ou deux, alors il convient de citer le besoin du mouvement d'une part, et la certitude que la mer est nourricière d'autre part. Dans un cas comme dans l'autre est posée l'exigence de la liberté. Le mouvement est ce qui caractérise la navigation, donc les transports maritimes; on y voit à l'œuvre un objectif de puissance navale et économique qui ne s'exprime bien que parce que la mer est libre : maîtrise des mers et projection vers des marchés qui sont autant de territoires nouveaux. La liberté a porté en elle la certitude d'atteindre de nouvelles frontières, d'en maîtriser certaines, connues. La conviction est alors (est-ce encore le cas?) que cela n'est possible que parce que la liberté existe et qu'elle est garantie par le comportement des acteurs, fussent-ils concurrents. Il n'est point besoin d'évoquer Grotius et sa descendance.

La mer, source de nourriture, a pu relever de la même logique; l'océan est un réservoir de ressources biologiques d'autant plus libres d'accès qu'elles sont renouvelables, réputées inépuisables, même si l'on sait aujourd'hui combien cette idée n'est pas fondée. Il paraît alors difficile de prétendre contraindre cette liberté et d'évoquer une protection. Le principe même de la liberté est de n'exclure personne

de l'accès aux ressources biologiques. Il faut juste avoir les moyens de cet accès. En d'autres termes, qui sont ceux de Gilbert Gidel, et pour nos deux exemples, ce dont il s'agit c'est de « la libre jouissance des utilités » que la haute mer permet, de leur « égale jouissance » ; l'interdiction de la « jouissance exclusive » en est la conclusion logique¹. L'équilibre s'installe sur l'idée d'une régulation que les États opèrent eux-mêmes dans leur comportement, présumé rationnel, et qui n'exclut pas une forme et des mesures de protection.

L'équilibre consolidé

Cette vision, assise sur la conviction que la liberté est l'*alpha* et l'*omega* de toute activité en mer, a vécu, si tant est qu'elle ait revêtu ce caractère absolu dont certains nostalgiques voudraient la parer. Il est intéressant de noter que, pour certains auteurs, « en fait de commerce, la liberté des mers est un leurre »². Dans les faits, avant de s'interroger sur l'équilibre à trouver entre liberté et protection, on relèvera que la liberté, dans son principe même, connaît le phénomène de la protection : elle constitue elle-même une protection des États navigants et de leur souveraineté, synonyme de puissance, loin de leur territoire. Au nom de la liberté s'est installé le règne de la règle du pavillon. Le navire ne connaît d'autre loi que celle de son pavillon, avec les adaptations introduites par nécessité : il est donné librement, il se déploie en mer librement, souverainement devrait-on dire. La liberté et la souveraineté font bon ménage et la liberté est protectrice de son exercice en mer. Quelles que soient les évolutions, et elles sont nombreuses et justifiées, ce couple exerce encore son influence comme principe central du droit de la mer³. La mesure de la liberté est dans son rapport à la souveraineté.

Les conférences internationales de codification du droit de la mer, bien avant celle qualifiée de 1^{ère} en 1958, ont mené leurs travaux à partir de l'idée que la liberté est le concept-clé dont il fallait s'assurer qu'il allait se développer dans l'espace maritime le plus large et le plus ouvert qui soit. De la conférence de 1930 à la convention de Genève de 1958 sur la haute mer, la liberté s'est installée au-delà des limites de la juridiction nationale, c'est-à-dire au-delà de la mer territoriale. Résultat d'autant plus remarquable que sa largeur, à l'époque, n'est pas définie et ne le sera pas avant longtemps.

1. Gilbert Gidel, *Le Droit international public de la mer*, Tome I, « Introduction-La haute mer », éditions Sirey, Paris, 1932, p. 485.

2. Gaël Piette, *Droit maritime*, éditions Pedone, Paris, 2017, p. 423.

3. Il suffira de prendre connaissance du programme des autorités américaines « *Freedom of Navigation* » (FON).

Des auteurs⁴ ont relevé, pour le regretter, s'agissant de la convention de 1958, combien la définition de la haute mer est déjà faite par défaut comme l'espace qui se déploie au-delà de la mer territoriale. Ceci pour souligner qu'est à l'œuvre comme une réduction géographique de la haute mer entraînant quasi mécaniquement « une limitation des droits afférents à la liberté ». Cette tendance s'accroît avec la CNUDM qui va amplifier la réduction géographique tout en conservant la même liste des libertés. Mais ce qui est à souligner, c'est combien « le régime de la haute mer est résumé dans le principe de liberté »⁵ autour duquel l'équilibre va se construire.

Un tel paradoxe tient à la fonctionnalité de la haute mer, aux services que rend le principe de liberté aux États; leur souveraineté n'est pas affectée et, en retour, on retiendra qu'« *aucun État ne peut légitimement prétendre soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté* »⁶. Devrait-on dire que cela ne concerne que les puissances maritimes, les anciennes comme les émergentes qui entendent bien conserver à la liberté sa durabilité?

Si la liberté est protectrice des souverainetés au large, elle est fragilisée par ces dernières quand les États vont entreprendre de projeter leur territorialité, d'étendre leur emprise en surface et en profondeur, sans même qu'il soit toujours besoin d'évoquer le phénomène dit de la juridiction rampante. On rappellera aussi que la liberté est à l'origine d'une dérogation au sein de la souveraineté maritime, avec le droit de passage inoffensif en mer territoriale. D'aucuns diront que cette liberté n'est pas totale eu égard aux dispositions nombreuses qui l'encadrent, d'autres y verront une contrainte, une menace, un risque pour la souveraineté si près des côtes. Dans cet entre-deux, l'équilibre trouve sa place et tout incident relatif au droit de passage le renforce, le consolide.

Situations complexes que celles qui naissent donc de l'examen de la liberté en mer: une même notion, la liberté, mais dont le sens, l'ampleur, l'interprétation changent en raison de l'évolution profonde du cadre juridique international né de la convention de 1982. Il est devenu habituel de dire que ce texte a consacré les États côtiers, et pour le dire plus directement encore, les États océaniques, quel que soit leur niveau de développement économique.

4. Laurent Lucchini, Michel Voelckel, *Les États et la mer, le nationalisme maritime*, NED, n°4451-4452, La documentation française, 1978.

5. *Id.*, p. 410-411.

6. Article 89 de la CNUDM; l'article 2 de la convention de 1958 exprime la même idée, quoique différemment, en disposant que la haute mer est « ouverte à toutes les nations » et il s'ensuit que la liberté en est le principe.

Les institutions nouvelles qui s'installent, la ZEE ou le plateau continental, dont la définition est modifiée et qui peut s'étendre au-delà de la limite de 200 milles marins, illustrent le changement qui vient derrière la continuité de façade. L'équilibre est concerné et il suffit de lire attentivement la liste des droits de l'article 87 pour prendre la mesure de la relativité des choses : hors la liberté de navigation (et de survol), l'énoncé des autres libertés comprend systématiquement la formule « sous réserve de la partie VI », ou « de la partie XIII » pour la recherche scientifique marine (RSM) ; la liberté de la pêche en haute mer est réaffirmée, certes, mais les conditions de son exercice sont posées à la section 2 de cette partie VII concernant la haute mer. Et il est frappant d'y relever une référence explicite à des dispositions dont l'origine se trouve dans la ZEE (article 63, articles 64 à 67). On est loin de l'article 2 de la convention de Genève de 1958 sur le même sujet et le même espace.

On peut voir cette évolution comme exprimant une différence de degré dans la définition de l'équilibre. La protection, dans ce contexte, est celle née de la Partie XII de la CNUDM, son fameux article 192 et l'équilibre qui s'établit aussitôt à l'article 193⁷. Par l'institution de la ZEE, les États prennent en charge la perspective environnementale puisqu'ils obtiennent la juridiction pour la protection et la préservation du milieu marin.

Réduction géographique, restriction du champ des compétences « libres », mais aussi une modification de la nature de cet espace qui n'est plus que la mer, la « pleine mer » comme disait un auteur de l'avant-guerre⁸ soulignant qu'« *il y a des choses sur lesquelles il ne saurait être question de domaine éminent de l'État ; c'est le cas de la pleine mer* ». Dans un autre contexte, l'article 257 de la CNUDM qui parle de la « colonne d'eau » quand il s'agit de caractériser le droit de faire de la recherche scientifique marine au-delà de la juridiction nationale est aussi éclairant. Nous sommes toujours dans l'affirmation d'activités libres. Est-ce une situation où il serait d'usage de dire que tout change pour que rien ne change ?

À la lumière de ce qui précède, on doit constater que la liberté a souffert de la tension qui a existé lors de cette longue séquence historique, et qui vaut jusqu'à ce jour. Il a fallu l'adapter pour maintenir son domaine face au dynamisme de l'emprise des États : emprise sur des espaces, droits souverains sur des ressources

7. Article 192 : « *Les États ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin* » ; article 193 : « *Les États ont le droit souverain d'exploiter leurs ressources naturelles selon leur politique en matière d'environnement et conformément à leur obligation de protéger et de préserver le milieu marin* ».

8. Louis Le Fur, *Précis de droit international public*, Dalloz, Paris, 1939, p.170.

naturelles avec l'exclusivité de leur exploration et leur exploitation. L'équilibre peut être qualifié de consolidé par l'effet de ces adaptations. L'accord dit de New York de 1995 sur les stocks chevauchants participe de cette logique adaptative. L'adjacence qu'énonce la convention de Genève sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, en 1958, crée l'intérêt spécial de l'État riverain au-delà de sa mer territoriale, donc au-delà de la juridiction nationale⁹. Il est vrai aussi que certaines des libertés de la haute mer retrouvent un quasi-statut originel, lorsqu'au sein de la ZEE, il est admis qu'elles pourraient s'exercer sous certaines conditions. L'article 58 de la CNUDM le prévoit ; le renvoi qu'il opère aux articles 88 à 115 de la Partie VII sur la haute mer confirme que le souci de l'équilibre n'a pas totalement disparu de la surface des océans.

Ce n'est plus la même histoire qui se raconte aujourd'hui. Il a existé des esprits suffisamment aigus pour continuer d'investir la liberté d'agir en haute mer de toutes les difficultés qui sont celles du milieu marin, au point d'ouvrir un vaste chantier qui pourrait modifier le visage de la CNUDM à travers la fin du statut de la haute mer¹⁰. Il est vrai que la liberté n'est pas perçue comme l'expression d'un régime juridique : la haute mer serait un espace de non-droit. Cette conviction est largement répandue au sein d'un milieu assez particulier, celui des ONG sachant faire un usage pertinent de l'apport des études de scientifiques, associant ces derniers à leurs activités, disposant ainsi de bons arguments pour s'inviter dans le débat et emporter la conviction.

L'équilibre improbable

Les Nations unies, en particulier l'Assemblée générale, donnent le *tempo* de l'évolution du monde, souvent en écho de préoccupations portées par la société civile. Le monde de la mer n'y échappe pas. Rarement l'enceinte onusienne aura autant retenti des échos d'acteurs qui ont renouvelé la quête de la protection, bousculant les habitudes les mieux ancrées, les schémas les mieux établis. D'ateliers de travail en événements dits parallèles, de séminaires en groupes *ad hoc*, la protection a occupé l'espace social et diplomatique au point que cette parole et cette pensée allaient devenir dominantes. Ce mouvement vient de loin.

9. L'adjacence fait un retour remarqué, et très discuté, en droit de la mer dans le cadre des travaux dits « BBNJ ».

10. Lors d'un entretien accordé au *Marin*, en juin 2006, l'auteur, interrogé sur les évolutions à l'horizon 2020, a indiqué : « nous assisterons à un phénomène, normatif et physique à la fois, la fin de la haute mer et des libertés déjà résiduelles qui s'y exercent ».

Au rythme lent, interétatique de la première ne correspond pas nécessairement l'agitation ou le dynamisme des forces sociales de la seconde. Toujours est-il que les années 1990 et 2000 ont vu coexister les deux tendances. Les rendez-vous que furent la conférence de Rio en 1992, le sommet de Johannesburg en 2002 et RIO+20 en 2012 ont permis d'inscrire sur l'agenda international l'idée que, décidément, il fallait entreprendre une action décisive de protection, fort justifiée. La biodiversité marine, au-delà de la juridiction nationale, devient un quasi-sujet de droit. L'outil de sa promotion est un nouvel instrument international pris en application de la CNUDM.

On relèvera que l'expression « instrument juridiquement contraignant » devenue si familière n'est pas formellement utilisée avant quelques années, alors que le mouvement de soutien à la protection a existé depuis près d'une décennie. L'accord recherché est qualifié, pour la première fois, d'accord « juridiquement contraignant » par la résolution de l'AGNU de juin 2015¹¹. Certes, il n'était pas besoin de qualifier ainsi le résultat recherché pour savoir ce vers quoi tous ces travaux devaient aboutir. Cette étape est donc franchie à l'occasion de la mise en place des phases ultimes précédant le passage en conférence intergouvernementale (CIG), ce que vient confirmer une résolution adoptée par l'AGNU en décembre 2017¹².

La conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale¹³ deviennent ainsi la nouvelle « frontière normative » au sein de la famille du droit de la mer. Derrière l'apparence du maintien de la Convention, de son intégrité, on peut légitimement penser que le droit de la mer entre dans une phase nouvelle à l'épreuve de la biodiversité et de l'urgence de sa protection. Mais la protection à mettre en place n'est pas chose aisée à développer.

Quelle partie de ce droit ? Il ne peut s'agir que du régime de liberté et de son espace naturel, la haute mer. Les espaces appropriés, sous juridiction nationale, ont déjà leur régime de protection : pour ne citer que les plus connues des conventions, celle sur la diversité biologique (CDB) et le protocole de Nagoya pris pour son application, ainsi que les législations nationales adoptées. Dans ces trois cas, le champ d'application n'est pas la haute mer¹⁴.

11. A/RES/69/292 du 19 juin 2015.

12. A/RES/72/249. Sans préjuger de la durée de la CIG, il convient de relever que du début de toute cette initiative, en 2004, à son avènement, il se sera écoulé au moins autant, sinon plus de temps que pour les travaux qui ont permis l'adoption de la CNUDM.

13. BBNJ pour en donner l'acronyme en anglais, adopté en français et dans les autres langues des NU.

14. Malgré des tentatives d'interprétation extensive de l'article 4 de la CDB.

Une double démarche s'emploie donc à désigner l'espace maritime d'une part, et à imaginer d'autre part un encadrement par le droit des activités qui s'y déploient et qui sont toutes présentées, peu ou prou, comme attentatoires à la conservation de la biodiversité marine. Pour faire bonne mesure, parce que dans les enceintes onusiennes tout est une affaire de compromis (une autre forme d'équilibre?), la conservation ne doit pas faire obstacle à l'utilisation durable.

Que couvre donc la protection à mettre en place là où le seul régime connu est celui des libertés, même relatives, de la haute mer? La protection porte en elle, si elle doit faire sens, l'idée que des normes doivent être définies, se déployer et être mises en œuvre dans un espace déterminé et qu'un mécanisme de surveillance doit être imaginé pour s'assurer de la conformité de l'action à ces normes. En outre, pour donner de la légitimité à ce qui va être entrepris, là où le droit ne désigne aucune autorité à cet effet, l'idée est tentante, sinon fondée, de mettre en place un conseil (ou comité, peu importe) dont la science est l'invitée permanente. Là où l'on cherche une réponse institutionnelle apparaît aussitôt l'équilibre: composition, pouvoirs, rattachement, vocation régionale ou globale?

Vaste chantier, dès lors que l'opération ne se fait pas dans un espace vierge de règles, confortées largement par la pratique des États. Vaste chantier aussi en raison du contexte, car l'exercice prend place là où l'équilibre résulte de la primauté du principe de liberté, tenant compte des autres usages et usagers légitimes de la haute mer. Il est envisagé, dans la recherche du nouvel équilibre, d'inverser ce dispositif de sorte que la protection devienne le principe dominant et la liberté subsidiaire, accessoire. L'impératif écologique imposerait ainsi un changement assez profond de paradigme. Le régime de liberté est présenté comme un *statu quo* inacceptable, indéfendable, parce qu'il est négateur de la protection du milieu marin et de ses ressources. Il y a certainement des raisons à ce constat. Mais on peut aussi imaginer ce qu'il y a de difficile voire d'improbable à l'avènement d'un équilibre satisfaisant.

Cette analyse est entendue et partagée, toute la difficulté étant la mesure des modifications. Entre-t-on dans un nouveau cycle de réduction des libertés en mer, et surtout comment l'organiser? Verra-t-on s'écrire un nouvel article 87 dans lequel serait indiqué que la liberté de navigation est garantie sous réserve que ne soient pas empruntées, par les navires, des lignes de circulation préemptées pour des aires marines protégées, établies (par qui?) en coordination avec l'organisation compétente (OMI)? Accordera-t-on aux marines d'État l'exemption que leur vaut leur statut tout en les invitant à se conformer à ces nouvelles dispositions

de manière volontaire¹⁵? La RSM, libre, verra-t-elle apparaître de nouvelles conditionnalités dues à sa proximité avec la bio-prospection, qui est loin de faire l'objet d'un consensus quant à sa définition ou même au fait de savoir si elle doit être définie? La RSM sera-t-elle soumise, en haute mer, à l'obligation de mener des études d'impact quant à l'objet de sa recherche que les chercheurs ont défini librement, même vis-à-vis de leur État? Sera-t-elle soumise à l'agrément d'une instance scientifique supranationale qui verrait le jour?

Verra-t-on *in fine* une disposition, équivalente à celle qui existe pour régler le rapport entre la CNUDM et l'Accord de mise en application de la Partie XI: « *en cas d'incompatibilité entre le présent Accord et la Partie XI, les dispositions du présent Accord l'emportent* » (article 2)?¹⁶

Ce sont là quelques pistes, et certainement la liste n'est pas exhaustive, pour illustrer la difficulté du point d'équilibre entre liberté et protection. On retiendra que se pose ainsi avec acuité la question de la future légitimité des activités en haute mer. Établir cette protection se fera au prix d'un nouveau statut de la haute mer.

En effet, seul cet espace est directement concerné, les fonds marins au-delà de la juridiction nationale étant *a priori* dans le champ du libellé de la résolution qui vise les espaces au-delà de la juridiction nationale et qui ouvre la voie à la quête de protection. Mais les fonds marins ne sont pas au-delà de la juridiction nationale comme l'est la haute mer. La conclusion s'impose à la seule lecture de l'article 86 de la CNUDM qui ne les prend pas en compte dans la définition de la haute mer. Ils ont déjà une consécration institutionnelle¹⁷ et une nature juridique inédite, puisqu'ils contribuent à la mise en place du patrimoine commun de l'humanité. Où passerait la ligne d'équilibre pour la Zone définie par la CNUDM?¹⁸

Le dynamisme, voire l'activisme, mis en œuvre par certaines entités¹⁹ pour développer les contraintes contre la perspective de l'exploitation des ressources minérales de ces fonds marins au nom de la protection du milieu marin et de sa biodiversité dit assez bien la difficulté qu'il y aura à maintenir l'équilibre obtenu à ce jour, malgré les règles mises en place et celles envisagées pour l'avenir. L'idée simple de ces entités est celle du moratoire, sinon de bannir toute exploitation des ressources.

15. Sur le modèle de l'article 236 de la CNUDM.

16. Accord concernant l'application de la Partie XI de la CNUDM, juillet 1994. Pour mémoire, rappelons que c'est le « déséquilibre » de la Partie XI qui est à l'origine d'une requête des États-Unis de la voir réécrite.

17. Il s'agit de l'Autorité internationale des fonds marins.

18. Article 1^{er} et 136 de la CNUDM.

19. Certes des ONG, sans qu'il soit besoin d'en distinguer une, mais aussi par exemple, le Parlement de l'UE qui a adopté une résolution en janvier dernier dont certaines dispositions sont sans ambiguïté sur le but poursuivi.

À ce point, il n'est plus question d'un équilibre à trouver, ou alors le mot peut être le même sans recouvrir ce qui a été recherché et établi dans le droit et la pratique antérieurs. La sortie de « crise » est-elle dans le recours à la notion de gouvernance qui s'est développée dans le monde maritime, sans que l'on sache toujours quels en sont les tenants et les aboutissants ? Cette notion, dont il est fait grand usage quel que soit le niveau où il se fait, présente le caractère d'une grande mixité : les règles (juridiques) y deviennent des régulations, le droit mou (« infra-mou » ?) y prospère, point de prescriptions fortes mais plutôt des recommandations à agir dans tel sens.

Le recours à la notion de gouvernance serait un début de grille de lecture pour un nouvel équilibre entre la liberté et la protection. Ce premier pas visant à pallier le défaut d'un modèle pour les tenants de l'écologie et du principe de protection doit encore satisfaire le principe de réalité, celui où l'équilibre à trouver consacrerait les nouveaux acteurs, les ONG, et ceux qui sont assimilés à ces entités et qui ne sont pas régaliens. Le point d'équilibre à trouver est alors de savoir comment associer à la prise de décision ceux des acteurs qui sont, au mieux, associés à la concertation, à la délibération en amont²⁰. Eu égard à la structure de la communauté internationale, à la capacité de résilience des acteurs d'origine de l'ordre westphalien, l'équilibre paraît bien improbable, sauf à imaginer une révolution copernicienne.

20. Le débat sur la qualité d'observateur dans les enceintes internationales sur cette question de la protection des océans en dit long sur les enjeux en cours.