

LA COUR DE BABEL : ENTRE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE ET L'INSTABILITE JURIDIQUE – UN CAS D'ANALYSE : L'AFFAIRE MOX

Normand Halde

Numéro hors-série, avril 2007

Hommage à Katia Boustany

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1069049ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1069049ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Halde, N. (2007). LA COUR DE BABEL : ENTRE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE ET L'INSTABILITE JURIDIQUE – UN CAS D'ANALYSE : L'AFFAIRE MOX. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 199–221.
<https://doi.org/10.7202/1069049ar>

Résumé de l'article

La gestion des déchets radioactifs, comme le reste de la normativité nucléaire, fait l'objet d'un cadre juridique international et national et est composée de normes conventionnelles et de *soft law*. Le cas de Sellafield, site d'une usine MOX, en Angleterre, est analysé dans un contexte national et international. En effet, un parcours interne démontre des différences de perception par les tribunaux britanniques des différents points en litige et notamment de la perception du risque technologique et l'information nécessaire afin de faire un choix sociétal d'une technologique comportant des risques. Dans un cadre international qui comporte des facettes du droit de la mer ainsi que du droit international de l'environnement, les décisions rendues nous portent à arriver à la même conclusion. On constate que les questions fondamentales rattachées au risque technologique et les conclusions apportées par les différentes instances judiciaires au niveaux interne et international nous portent à croire qu'il existe une véritable Cour de Babel où plusieurs langages juridiques sont parlés mais sans toutefois pouvoir définir un langage commun et compréhensible.

LA COUR DE BABEL : ENTRE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE ET L'INSTABILITE JURIDIQUE – UN CAS D'ANALYSE : L'AFFAIRE MOX

*Par Normand Halde**

La gestion des déchets radioactifs, comme le reste de la normativité nucléaire, fait l'objet d'un cadre juridique international et national et est composée de normes conventionnelles et de *soft law*. Le cas de Sellafield, site d'une usine MOX, en Angleterre, est analysé dans un contexte national et international. En effet, un parcours interne démontre des différences de perception par les tribunaux britanniques des différents points en litige et notamment de la perception du risque technologique et l'information nécessaire afin de faire un choix sociétal d'une technologie comportant des risques. Dans un cadre international qui comporte des facettes du droit de la mer ainsi que du droit international de l'environnement, les décisions rendues nous portent à arriver à la même conclusion. On constate que les questions fondamentales rattachées au risque technologique et les conclusions apportées par les différentes instances judiciaires au niveaux interne et international nous portent à croire qu'il existe une véritable Cour de Babel où plusieurs langages juridiques sont parlés mais sans toutefois pouvoir définir un langage commun et compréhensible.

Radioactive waste management, as with the rest of nuclear law, is composed of an hybrid corpus of international norms – both conventional and *soft law* – and of national legislation. The Sellafield case, site of an MOX plant in England, is analysed both in a national and international context. The review of national case-law highlights the differences of interpretation of British courts on the perception and analysis of technological risk and the relevant information which permits to make an informed societal choice with regard to these risks. In an international context made up of *Droit de la mer* and international environmental law, decisions have given point to the same conclusion. We can observe that the fundamental questions connected to technological risk and the various conclusions brought about by national and international courts of justice suggest that there really exists a Babel Court in which many legal languages are spoken without being able to identify one as common and comprehensible.

* L'auteur est consultant-juriste à la Division juridique du Secrétariat technique provisoire de l'OTICE (Organisation du Traité d'Interdiction complet des Essais nucléaires). Les faits et commentaires proposés sont uniquement sous la responsabilité de l'auteur et n'impliquent aucunement l'OTICE. Quant au choix du titre, l'allusion à la référence biblique de la Tour de Babel a été choisie du fait que Katia Boustany prenait toujours une période de temps, le matin avant de débiter sa journée de travail, pour lire un passage de la Bible et y réfléchir durant sa journée. De plus, le sujet de l'article avait déjà été inscrit dans son plan de travail avant son départ prématuré. L'auteur peut être joint à l'adresse suivante : <Norman-halde@aon.at>.

Depuis le début de mes études en droit, j'ai été assistant de recherche, co-auteur, co-rechercheur et complice de réflexion juridique – mais avant tout, un ami – de la professeure Katia Boustany. L'influence de cette dernière sur mon travail demeure toujours extrêmement forte et je considère qu'il n'est nullement nécessaire d'exprimer davantage ma gratitude envers une personne dont je garde une grande estime, mais dont je constate aussi une extrême absence. La grandeur humaine et la profondeur spirituelle de Katia demeurent toujours présentes.

* * *

La question des aspects juridiques reliés aux rejets de déchets radioactifs n'est pas nouvelle. Elle a longtemps suscité l'intérêt de la professeure Boustany, notamment dans son aspect de rejet et contrôle de pollution transfrontalière causée par ces déchets². Elle y a vu un terrain privilégié pour l'analyse du phénomène de *soft law*, processus dont elle a très tôt perçu qu'il transformait en profondeur la « normativité nucléaire »³ et le droit international public en général.

Cette contribution, disons-le d'emblée, n'a pas la prétention d'embrasser la question de façon exhaustive, ni bien sûr d'offrir le même niveau de sophistication intellectuelle que celui de la professeure Boustany. On se contentera plus modestement d'exposer la modernité de sa pensée à la lumière de l'affaire MOX⁴.

Cette affaire, par la complexité des enjeux qu'elle soulève et par son croisement de différents espaces normatifs juxtaposés, dénote une sorte de cacophonie juridique, une Cour de Babel juridique. Malgré certains débats scientifiques limitant les effets nocifs des déchets radioactifs à faible niveau dans l'environnement marin, on ne peut ignorer ces derniers notamment dans un contexte de pollution transfrontalière⁵. Dans le cas de Sellafield, site de l'usine MOX, les

² Sans toutefois avoir l'ampleur médiatique de Tchernobyl, il faut tout de même préciser que le site de Sellafield a été le théâtre d'un accident sévère le 10 octobre 1957 suivi par un autre en septembre 1973. Greenpeace rapporte presque 1000 accidents à Sellafield depuis son établissement. Bref, une atmosphère de crainte et de désinformation recouvre l'activité de ce site depuis sa création.

³ Katia Boustany, « Le développement de la normativité nucléaire ou l'art de l'évasion juridique » (1989) 61 *Bulletin de Droit Nucléaire* 39 à la p. 43.

⁴ *Affaire de l'« Usine MOX » (Irlande c. Royaume-Uni)*, (2001), en ligne : TIDM <http://www.itlos.org/start2_fr.html>. L'affaire concerne la gestion des déchets radioactifs à Sellafield en Grande-Bretagne. Sellafield (antérieurement appelé Windscale dans les années 50) est l'un des plus anciens et plus grands complexes nucléaires britanniques. Le retraitement de combustible usé ayant débuté dès les années cinquante, pendant plus de quarante ans, des déchets liquides et gazeux sont rejetés dans la mer et dans l'atmosphère. Ces déchets liquides sont à faible niveau radioactif. Dans les années quatre-vingt-dix, l'opérateur des installations décide de construire une installation de retraitement THORP et la mise en essai d'une centrale MOX. Ces deux nouvelles installations diffèrent totalement des centrales et installations antérieures de par la technique et le combustible utilisés. MOX est le mélange d'oxyde de plutonium et d'oxyde d'uranium.

⁵ Voir à cet effet: Robert Bernard Clark, *The Waters around the British Isles : their Conflicting Uses*, Oxford Clarendon Press, 1987 aux pp. 237-241 ainsi que Terry Hall, « Carried by the Wind Out to

antécédents accidentels et la pollution volontaire effectuée par BNFL⁶ nous portent à nous questionner sur le niveau de risque auquel on veut être exposé? Il s'agit également de vérifier si l'information fournie est suffisante et prend en considération tous les enjeux sanitaires et environnementaux afin que la population puisse prendre une décision raisonnée, le tout dans une perspective de protection de l'environnement et de développement durable? Ces points prendront toute leur importance lorsque nous exposerons plus loin les conclusions apportées par les différents tribunaux.

I. Un parcours complexe

A. Les éléments factuels

Suite à une enquête publique controversée, le gouvernement britannique émet, en 1978, un permis pour une usine de retraitement thermique d'oxyde⁷ et une usine de retrait d'actinide augmenté permettant une réduction des déchets (centrale THORP). En 1992, BNFL⁸, l'opérateur du site Sellafield, présente une demande de révision de permis ayant pour but la construction et l'opération de l'usine MOX⁹. Ce combustible – MOX – est utilisé pour un type particulier de réacteurs nucléaires qui n'existait pas à l'époque en Grande-Bretagne¹⁰. Ce combustible requiert donc un transport international de matières radioactives. La première étape du processus de révision, la demande de permis de construction, nécessite une évaluation d'impact environnemental. En attente des conclusions sur ses demandes principales de révision, BNFL présente donc, en novembre 1992, une demande de permis d'essai pour l'usine MOX¹¹. L'évaluation d'impact environnemental conclut que les rejets radioactifs liés à l'opération de l'usine MOX sont insignifiants. Les autorités émettent donc le permis de construction en 1994.

En novembre 1996, BNFL fait sa demande de permis d'opération, deuxième étape du processus. Il était nécessaire pour cette deuxième étape de démontrer, d'une part, que les rejets dans l'environnement marin sont à des niveaux acceptables et, d'autre part, que l'exploitation de l'usine est justifiée par les bénéfices envisagés, le

Sea : Ireland and the Isle of Man v. Sellafield: Anatomy of a Transboundary Pollution Dispute » (1993-94) 6 Geo. Int'l Env'tl. L. Rev. 639.

⁶ British Nuclear Fuel Limited étant à l'époque l'entité responsable des différentes installations du site Sellafield. Le transfert à une entité quasi-indépendante de la part du gouvernement britannique s'explique notamment dans le cadre des obligations contenues à l'article 1 du *Traité de non-prolifération : Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, 1^{er} juillet 1968, 729 R.T.N.U. 161 (entrée en vigueur^o: 5 mars 1970).

⁷ Usine davantage connue sous son acronyme anglais THORP (High technology thermal oxide reprocessing plant). En 1977, le juge Parker, dans son rapport d'enquête Windscale, avait fait la recommandation d'autoriser la construction de la centrale THORP.

⁸ Voir *supra* note 6.

⁹ Un premier permis pour la construction suivi d'un deuxième pour l'opération.

¹⁰ À l'époque, le Japon est l'un des principaux clients potentiels de l'installation de retraitement. Il y aurait donc obligatoirement transport international de déchets radioactifs. Il faut préciser que le coût en capitaux du projet, soit presque 2 billions de livres sterling, devait provenir, en autres, des revenus générés par les entreprises japonaises. Ça n'a pas été le cas.

¹¹ Produisant de faibles quantités de combustible MOX.

tout en application du principe d'optimisation en droit nucléaire. Les Secrétaires d'État responsables concluent que les rejets sont acceptables et n'excèdent pas les niveaux des autorisations préexistantes. Il n'est donc pas nécessaire d'émettre un nouveau permis.

Selon l'article 37 du *Traité Euratom*¹² qui requiert qu'un État membre informe la Commission de tout plan relié à la gestion des déchets radioactifs, la Commission, en 1997, émet une opinion à l'effet que l'opération de l'usine MOX ne risque pas de donner lieu à une contamination radioactive significative sur le territoire d'un autre État membre¹³. Pour ce qui est de la justification, l'article 6(1) de la *Directive 96/29* requiert que toute exposition soit justifiée, en application du principe *As Low As Reasonably Achievable* (ALARA)¹⁴. Au regard de cette directive, les autorités réglementaires britanniques tiennent des consultations entre 1997 et 2001 pour en arriver à la conclusion, en octobre 2001, que la centrale est justifiée. Le permis d'opération est donc émis en 2001¹⁵. Rappelons que le principe de justification découle du système de protection radiologique internationale impliquant d'une part des normes de *soft law* et des normes obligatoires et que ces normes sont reconnues par les tribunaux britanniques¹⁶.

Nonobstant les poursuites internes intentées par différents intervenants d'intérêt public sur diverses matières, l'Irlande s'objecte à l'opération de l'usine MOX. Elle participe aux consultations publiques quant à la justification de la centrale et soutient qu'elle n'est pas justifiée. L'Irlande est préoccupée par le transport international des déchets radioactifs. Mentionnons que les consultations publiques et l'évaluation d'impact environnemental n'ont pas tenu compte de ce point¹⁷.

Précisons également qu'en juillet 1998, les États parties à la *Convention OSPAR*¹⁸ avaient aussi adopté une stratégie ayant pour objectif d'atteindre un niveau presque nul de concentrations radioactives dans l'environnement marin pour l'année

¹² *Traité instituant la Communauté européenne de l'Énergie Atomique*, 25 mars 1957, 294 R.T.N.U. 259 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1958) [*Traité Euratom*].

¹³ CE, *Avis de la Commission, du 11 février 1997, concernant le projet de rejet d'effluents radioactifs de l'usine MOX de Sellafield implantée sur le site de British Nuclear Fuels plc à Sellafield en Cumbria, Royaume-Uni, conformément à l'article 37 du traité Euratom*, [1997] J.O. C 68/4.

¹⁴ Ces principes sont également présents dans la directive communautaire : CE, *Directive 96/29/Euratom du Conseil, du 13 mai 1996, fixant les normes de base relatives à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultant des rayons ionisants qui remplace la directive 80/26/Euratom*, [1996] J.O.L. 159/1.

¹⁵ Comme nous le verrons plus loin, entre le début de la demande de construction et l'obtention finale du permis d'opération, plusieurs poursuites judiciaires internes viendront parsemer le cheminement réglementaire.

¹⁶ Dans « *Re Ionizing Radiation Protection* » (1993) 2 C.M.L.R. 513 reconnaissant que le système de protection radiologique est basé sur la publication 60 de la CIPR et que l'article 6 de la *Directive des Communautés européennes* reconnaît également ce principe.

¹⁷ Ces consultations ont fait abstention du fait que seul le Japon utilisait, durant cette période, ce genre de combustible et qu'un transport international de déchets radioactifs est donc obligatoire.

¹⁸ *Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est*, 22 septembre 1992, 32 I.L.M. 1069 (entrée en vigueur : 25 mars 1998) adoptée lors de la réunion ministérielle des Commissions d'Oslo et de Paris, 21-22 septembre 1992 [*Convention OSPAR*].

2020¹⁹. Certains États scandinaves demandaient même l'arrêt de l'opération de l'usine MOX. L'Irlande n'était donc pas seule à être préoccupée par l'opération de la centrale MOX.

Dans le cadre des consultations publiques, différents rapports sont présentés²⁰. Certains passages sont hachurés sur la base du fait qu'ils contiennent des données commerciales confidentielles. Ces rapports feront l'objet de différentes poursuites judiciaires internes en 2001. Ils seront également mis en question dans le cadre de l'application de l'article 9 de la *Convention OSPAR* quant à la demande d'accès à l'information formulée par l'Irlande en juin 2001. Sur ce point, l'Irlande soutient que le Royaume-Uni contrevient à ses obligations conventionnelles en ayant refusé l'accès à la totalité du contenu des rapports présentés dans le cadre des consultations lors de l'émission du permis d'opération²¹.

En octobre 2001, peu après que le gouvernement britannique ait conclu à la justification de la centrale, l'Irlande intente une procédure devant le Tribunal arbitral selon l'Annexe VII de la *Convention sur le droit de la mer* de 1982²² ainsi qu'une requête en mesures conservatoires en attente de la constitution du tribunal arbitral. L'Irlande soumet que le permis d'opération est contraire aux obligations contenues dans la *Convention*, dont notamment la partie XII relative à la prévention de la pollution marine, la coopération pour la protection de l'environnement marin et l'obligation d'évaluation d'impact environnemental préalable²³.

Enfin, en 2006, la Cour européenne de justice rend une décision contre l'Irlande pour ne pas s'être conformée aux normes communautaires en concluant que seules les Communautés européennes ont compétence pour décider des différentes questions soumises²⁴.

¹⁹ *Déclaration de Sintra*, 23 juillet 1998, en ligne : OSPAR <http://www.ospar.org/fr/html/md/sintra_french.htm>. Il s'agit d'un acte concerté non conventionnel donc non obligatoire (*soft law*). Cette déclaration a été adoptée lors de la réunion ministérielle de la Commission OSPAR tenue à Sintra les 22 et 23 juillet 1998.

²⁰ Rapport PA Consulting en décembre 1997. Ce rapport sera révisé en 1999 et redistribué. Cependant, l'Irlande considère que l'information fournie en 1999 ne peut permettre de conclure que le site MOX répond aux exigences de la directive 80/836 (CE, *Directive 80/836/Euratom du Conseil, du 15 juillet 1980, portant modification des normes de base relatives à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultant des rayonnements ionisants*, [1980] J.O.L. 246/1). L'Irlande soulève également des questions quant à la directive 90/313/EEC sur la liberté d'accès à l'information environnementale (CE, *Directive 90/313 du Conseil, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement*, [1990] J.O.L. 158/56) et fait un lien avec les obligations contenues dans la *Convention OSPAR*. Un autre rapport, ADL, est également soumis en 2001. Tous deux contiendront des parties hachurées lors de leur distribution publique.

²¹ Requête en constitution d'un Tribunal arbitral par l'Irlande le 15 juin 2001 sur la base de l'article 32 de la *Convention OSPAR*.

²² *Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1834 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994) [*Convention de Montego Bay* ou CMB].

²³ *Ibid*; *Affaire de l'« Usine MOX »*, *supra* note 4.

²⁴ *Commission c. Irlande*, C459/03, [2006] E.C.R. I-04635.

B. Un parcours interne en premier lieu

Faute d'espace, nous ne pouvons faire l'analyse approfondie de toutes les poursuites judiciaires intentées à l'encontre du site Sellafield²⁵. Nous nous limiterons aux plus pertinentes.

Une première décision devant la Cour du Banc de la Reine par le juge Ottons attire notre attention²⁶. La poursuite intentée par Greenpeace questionnait la validité de la décision des ministres responsables d'émettre un permis d'essai à BNFL sans attendre la conclusion des consultations principales. Greenpeace incitait la Cour à déclarer que l'autorisation était illégale puisque la nouvelle activité n'était pas justifiée dans un cadre d'analyse coûts-bénéfices conformément au principe de justification en droit nucléaire. Greenpeace soumettait également qu'une évaluation d'impact environnemental aurait dû être effectuée avant l'émission du permis d'essai et faisait état de certains manquements aux normes communautaires applicables²⁷.

Le juge Ottons, considérant que BNFL détenait déjà un permis pour rejets solides et gazeux à caractère général et non rattachés à des installations spécifiques, conclut que le permis antérieur incluait les nouvelles activités de l'usine MOX. Il conclut donc que les ministères ont agi dans le cadre de leurs compétences. Pour ce qui est de l'obligation de consultation, le juge précise la large discrétion des ministères. Quant à la justification, puisqu'elle avait déjà été présentée lors de la demande principale, une nouvelle évaluation ne s'avérait donc pas nécessaire.

Notre intérêt se porte également sur une deuxième décision, en première instance, rendue par le juge Potts²⁸. Cette affaire concerne la décision des ministères responsables d'émettre en 1993 un permis d'opération sans avoir au préalable tenu une enquête publique puisqu'une enquête avait déjà été tenue lors de la demande de permis d'essai²⁹. Greenpeace et d'autres intervenants demandaient une révision administrative de la décision.

²⁵ Notamment : *R. v. Inspectorate of Pollution Ex parte Greenpeace* (n° 2), [1994] 4 All E.R. 329, [1994] 2 C.M.L.R. 548 (R.-U., Q.B.D.); *R. v. Inspectorate of Pollution Ex parte Greenpeace Ltd.* (n° 1), [1994] 1 W.L.R. 570, [1994] 4 All E.R. 321 (R.-U., Q.B.D.); *R. (on the application of Friends of the Earth Ltd.) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*, [2001] EWHC Civ. 1847, [2002] 1 C.M.L.R. 21, (R.-U., Environment Dept.); *R. (on the application of Friends of the Earth Ltd.) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*, [2001] EWHC Admin. 94, [2002] J.P.L. 1113, [2001] 47 E.G.C.S. 148.

²⁶ *R. v. H.M. Inspectorate of Pollution and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Greenpeace, juge Ottons, 29 septembre 1993* [1994] 4 All E.R. 329, [1994] 2 C.M.L.R. 548, (R.-U., Q.B.D.).

²⁷ Sur ce dernier point, le juge considère que le projet ayant débuté avant l'adoption de la directive en question, cette dernière ne trouve pas application.

²⁸ *R. v. Secretary of State for the Environment and others ex parte Greenpeace Ltd.*, [1994] 4 All E.R. 352, [1994] 3 C.M.L.R. 737, (R.-U., Q.B.D.). Il s'agit d'une demande en révision d'une décision du Secrétaire d'État pour l'environnement rendu le 15 décembre 1993 refusant d'exercer ses pouvoirs discrétionnaires selon l'article 12(b) de la *Loi de 1960 sur les substances radioactives* quant à une enquête publique et à l'application du principe de justification pour ces nouvelles pratiques.

²⁹ Décision du Secrétaire d'État pour l'environnement du 15 décembre 1993 refusant d'exercer ses pouvoirs discrétionnaires selon la loi britannique applicable à l'époque.

Le juge Potts avait considéré que la loi britannique ne requérait point que les rejets soient justifiés en terme de bénéfice net. Mentionnons cependant que l'article 6 de la directive communautaire en vigueur à l'époque demandait qu'un tel processus soit justifié avant l'émission d'un permis. Le juge conclut donc que les ministères ont erré en concluant qu'il n'était pas nécessaire de justifier l'activité planifiée. Cependant, puisque le ministre avait effectué antérieurement une analyse coûts bénéfiques et était arrivé à la conclusion que la nouvelle pratique était justifiée, il n'y a donc pas eu erreur de droit.

Pour le juge, la construction et l'opération de l'usine sont un seul et même processus³⁰. Puisque le projet a été amorcé avant l'adoption de la *Directive 85/337*, cette directive ne trouve donc pas application³¹. De plus, dans l'éventualité où cette directive s'appliquerait, l'information fournie était suffisante afin de conclure que la nouvelle pratique envisagée était conforme aux normes communautaires.

Le processus consultatif s'étant avéré adéquat, le juge considère que la décision d'émettre les permis sans une nouvelle consultation publique n'est donc pas irrationnelle quoiqu'une consultation additionnelle aurait peut-être apaisé l'opinion publique. Faute d'une obligation légale de procéder à une consultation publique additionnelle, il n'y donc pas eu erreur en droit.

Selon Greenpeace, la politique gouvernementale reconnaissait l'application des recommandations de la CIPR³² et elle trouvait application dans le processus d'autorisation. Le juge précise que la législation primaire n'est pas construite en référence à des énoncés politiques généraux ou guidée par des décisions départementales et que la loi ne doit pas être influencée par des énoncés politiques ou des directions stratégiques! Cependant, il considère que la directive communautaire, allant dans la même direction que la Publication 60 de la CIPR, requiert l'application du principe de justification dans l'émission de permis. Rappelons qu'en droit nucléaire, déjà dans les années soixante-dix, la CIPR, entre autres, affirmait par l'entremise du principe ALARA et par l'optimisation des sources, une approche de précaution fortement similaire au principe de précaution en droit international de l'environnement³³.

³⁰ Les normes fondamentales de droit nucléaire vont cependant dans un sens contraire.

³¹ CE, *Directive 85/337 du Conseil, du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement*, [1991] J.O.L. 216/40.

³² Commission Internationale de Protection Radiologique. Il s'agit d'une organisation non gouvernementale qui émet des recommandations non obligatoires. Cependant, on doit prendre note que plusieurs États ont inclus ces mêmes normes et recommandations dans leur droit interne et donnent ainsi une force obligatoire à celles-ci. Plus spécifiquement, les Publications 26 et 60 de la CIPR sont d'importance puisqu'elles discutent des principes fondamentaux applicables quant à l'optimisation de la protection. Le principe ALARA, discuté par la professeure Boustany, prend toute son importance. Voir à cet effet : *Recommandations de la Commission Internationale de Protection Radiologique, CIPR, Publication 26*, Oxford, Pergamon Press, 1977 et *Recommandations de la Commission Internationale de Protection Radiologique, CIPR, Publication 60*, Oxford, Pergamon Press, 1991.

³³ Voir à cet effet les propos de Jacques Lochard et Marie-Claude Grenery-Boehler, « Les bases éthiques et juridiques du principe d'optimisation de la radioprotection » (1993) 52 *Bulletin de Droit Nucléaire* 9 à la p. 15 répétant des propos antérieurs (voir Jacques Lochard et Graham Webb, *L'application du principe ALARA un premier bilan*, Radioprotection, no. 4, vol. 19, 1984, pp. 275-294):

Sur ce point, il est intéressant de rappeler les réflexions de la professeure Boustany lorsqu'elle affirmait que

si ces Codes comprennent les standards minimaux essentiels pour assurer, à travers une sûreté adéquate, une protection nationale et transnationale de l'environnement en empêchant l'émission d'une radioactivité nocive et préjudiciable, on voit mal comment ils pourraient être totalement dépourvus d'un effet contraignant.³⁴

Greenpeace avait également présenté l'argument voulant que les directives d'*Euratom* auraient dû être prises en considération dans la mise en œuvre du principe de justification³⁵. Le juge précise que si le Parlement avait eu l'intention d'inclure ce principe dans sa législation interne, il avait eu à deux reprises la possibilité de le faire³⁶. Il est difficile de comprendre la conclusion de l'Honorable juge lorsqu'on pense qu'une directive communautaire doit automatiquement trouver application dans le droit interne. Finalement, pour ce qui est des directives communautaires et notamment de l'application des standards fondamentaux de la CIPR, le juge considère qu'il revenait à la Cour européenne de justice de se pencher sur ce point. Puisqu'aucune des parties n'a demandé que le litige soit référé à la Cour européenne, il a donc dû régler le litige au meilleur de sa connaissance, tel qu'il le précise!

On ne peut expliquer les conclusions du juge Potts que par le fait qu'il s'agissait d'une révision administrative et non d'une décision quant aux normes de droit nucléaire. Incidemment, les arguments de Greenpeace étaient voués à l'échec considérant la large discrétion laissée aux ministères quant à la mise en œuvre des normes applicables.

D'autres décisions sont intentées en 2001³⁷. *Friends of the Earth* et d'autres intervenants soutiennent que la décision des secrétaires d'État du 3 octobre 2001,

« L'optimisation de la radioprotection doit être comprise comme la recherche d'un arbitrage entre les coûts de protection et les niveaux d'exposition résiduels qui s'appuie sur une utilisation efficace des ressources de protection et qui préserve l'équité dans la distribution des risques individuels. Il s'agit là en fait d'une réponse éthique à ceux qui prônent l'argument du risque nul. Si l'on veut éviter que les mouvements irréversibles vers une protection toujours accrue de certaines populations n'aboutissent à une dilapidation des ressources disponibles et la création de risques pour d'autres populations, il faut alors reconnaître le principe d'optimisation comme le moyen de rechercher pour le bien commun le meilleur compromis entre le souci de protéger aux mieux les populations et celui d'utiliser avec le plus d'efficacité possible les ressources sociales de protection disponibles ».

³⁴ Katia Boustany, « Le développement de la normativité nucléaire ou l'art de l'évasion juridique », (1998) 61 *Bulletin de Droit Nucléaire* 43 à la p. 48. Cette affirmation a été faite dans un contexte de Codes émis par l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) reflétant les normes suggérées par la CIPR.

³⁵ *Traité Euratom*, supra note 12.

³⁶ Par les amendements de la loi britannique en 1960, 1990 et 1993.

³⁷ *R. v. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs and the Secretary of State for Health*, [2001] EWCH Admin. 914 (R.-U., Q.B.D.), (Juge Collins) (première instance) ainsi que *R. v. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs and the Secretary of State for Health* [2001] EWCA Civ. 1847 (R.U., Q.B.D.), (Brown, Waller and Dyson) (décision d'appel). Pour un commentaire, voir: Ben Jaffrey, « Just the one: Sunk costs and justifying the manufacture of MOX fuel under EU law » (2002) 4 *Environmental Law Review* 252.

concluant que la fabrication de combustible MOX est justifiée conformément au droit communautaire, est illégale. Ils considèrent que les coûts de construction auraient dû être pris en considération dans l'analyse économique, ce qui n'a pas été le cas. Deux analyses indépendantes sont effectuées avant d'évaluer les aspects économiques de la fabrication du combustible³⁸. Contrairement aux arrêts de 1994, l'obligation de justifier la nouvelle pratique est basée sur la directive communautaire 96/29/EURATOM³⁹ qui varie quelque peu dans son langage.

Contrairement au juge Potts qui avait considéré qu'un déchet est toujours un déchet, le juge Collins reconnaît que la fabrication du combustible MOX est une nouvelle pratique et donc couverte par l'article 6(1) de la directive communautaire; lequel prévoit que

[I]es États membres veillent à ce que toute nouvelle catégorie ou tout nouveau type de pratique entraînant une exposition à des rayonnements ionisants soient, avant leur première adoption ou leur première approbation, justifiés par leurs avantages économiques, sociaux ou autres par rapport au détriment sanitaire qu'ils sont susceptibles de provoquer.

Ainsi, le juge considère que les secrétaires d'État n'ont pas erré en droit en concluant que les bénéfices économiques significatifs – faisant abstention des coûts de construction – dépassent largement le détriment sanitaire possible.

En Cour d'appel⁴⁰, les juges considèrent que les coûts de construction auraient dû être pris en considération dans l'analyse économique. Pour ces derniers, ces coûts, puisqu'ils avaient déjà été encourus, faisaient partie de l'équation et non du calcul de coûts probables d'une éventuelle construction.

C. Considérations quant aux décisions du droit interne

Les décisions internes mentionnées précédemment reflètent le débat quant à l'incertitude juridique et la crainte du système judiciaire relié à la connaissance et l'application de normes purement scientifiques qui dépassent les connaissances d'un juriste. Les juges remarquent la complexité de l'analyse et tiennent compte du fait qu'ils ne sont pas familiers avec les principes et données scientifiques mis en œuvre⁴¹.

³⁸ Soit A.D. Little qui conclut que l'opération serait justifiée par les revenus possibles versus le coût en perte dans l'éventualité d'une non-autorisation d'opérer.

³⁹ *Supra* note 14. Entrée en vigueur le 13 mai 2000. Rappelons que la directive antérieure requérait que la pratique d'un site spécifique soit justifiée, contrairement à la directive actuelle qui demande justification d'un type de pratique de façon générale.

⁴⁰ *R. (On the Application of Friends of the Earth Ltd.) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*, [2001] EWCA Civ. 1847, [2001] N.P.C. 181, [2002] Env. L. R. 24, [2002] 1 C.M.L.R. 21, (R.-U., Cour d'Appel, division civile) (Juges Brown, Waller & Dyson), 7 décembre 2001.

⁴¹ Il est également important de souligner que les tribunaux se limitent généralement à rejeter les décisions sur une autre base que sur des questions de juridiction. Ces décisions s'ajoutent donc à

Rappelons que Lochard et Grenery, dans les années quatre-vingt-dix, affirmaient que « la protection radiologique est aussi une question de prudence, d'efficacité économique ou bien encore une question d'éthique, illustrée par la recherche de l'équité »⁴². Ils ajoutent également que

le système de prévention fondé sur la notion de seuil a cédé la place au système de gestion du risque radiologique fondé sur le principe de précaution lié à la reconnaissance des effets stochastiques dès 1950 et l'adoption ultérieure de l'hypothèse d'une relation linéaire et sans seuil considérée comme prudente au niveau des faibles doses.

Ils constatent de plus que :

le principe d'optimisation est devenu au fil des publications de la CIPR un principe fondamental de son système de protection radiologique. Il est le prétexte pour lequel la science en appelle au droit, pour l'idée d'un compromis entre les intérêts économiques et sociaux qu'il suppose et pour l'éthique qui le fonde, afin d'inventer ensemble une maîtrise du risque radiologique rationnelle et pondérée, qui pense vrai en même temps qu'elle juge prudemment.⁴³

Ces intérêts économiques, sociaux et éthiques prennent toute leur importance dans les décisions faisant partie de notre analyse.

D. Un parcours international

La demande intentée par l'Irlande en l'application de la *Convention sur la protection de l'environnement marin de l'Atlantique nord-est*⁴⁴ incite à déclarer la Grande-Bretagne contrevenante de ses obligations conventionnelles demandant de rendre disponibles certaines informations pertinentes lors du processus de participation du public précédant l'autorisation d'opération du site Sellafield⁴⁵.

Quatre mois plus tard, contemporain à l'émission du permis de construction, l'Irlande intente des procédures devant le Tribunal du droit de la Mer dans le cadre de la *Convention sur le droit de la mer* quant à une responsabilité de la part de la Grande-Bretagne face à son obligation de ne pas polluer l'environnement marin. En

l'analyse déjà effectuée par la professeure Boustany relativement à l'intégration et à l'interprétation de normes technologiques dans un cadre juridique.

⁴² Lochard et Grenery, *supra* note 33 à la p. 10.

⁴³ *Ibid.* à la p. 11.

⁴⁴ *Supra* note 18. L'Irlande et la Grande-Bretagne sont parties à cette convention. L'article 32 touche particulièrement le mode de règlement des différends. Pour un commentaire détaillé sur la *Convention*, voir Ellen Hey, Ton Ijlstra et André Nollkaemper, « The 1992 Paris Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic: A critical Analysis » (1993) 8 *Int'l. J. Mar. & Coast L.* 1; Louise de la Fayette, « The Oskar Convention Comes into Force: Continuity and Progress » (1990) 14 *Int'l. J. Mar. & Coast L.* 247.

⁴⁵ La requête est présentée en juin 2001. La décision sera rendue par la Cour permanente d'arbitrage le 2 juillet 2003.

attente de la constitution d'un tribunal arbitral selon l'Annexe VII de la *Convention*, une requête pour mesures conservatoires est présentée. Une décision sera rendue quant aux mesures conservatoires et le Tribunal arbitral, comme nous le verrons, suspendra les procédures.

Enfin, le 26 novembre 2001, la Commission des Communautés européennes demandera à l'Irlande le retrait des actions selon l'Annexe VII et sur la base de la *Convention OSPAR*. La Cour européenne rendra sa décision le 30 mai 2006⁴⁶.

E. La décision *OSPAR*⁴⁷

L'arbitrage arbitral *OSPAR* attire notre attention puisqu'il met en lumière plusieurs questions juridiques touchant le droit international de l'environnement, l'accès à l'information environnementale, sans oublier l'admissibilité de principes généraux du droit international de l'environnement dans l'interprétation d'un traité. En plus des dispositifs quant à la prévention et la réduction de la pollution de l'environnement marin⁴⁸, la *Convention* touche également l'accès à l'information⁴⁹. Entre autres, les États membres doivent respecter le principe de précaution et le principe pollueur-payeur et prendre en considération les derniers développements technologiques dans l'élaboration de leurs programmes respectifs.

L'article 9(1) de la *Convention* requiert qu'un État membre s'assure que ses autorités compétentes fournissent l'information décrite au paragraphe 2 du même article⁵⁰. Selon le paragraphe 3, ces demandes d'accès peuvent être refusées en raison, entre autres, de considérations de confidentialité commerciale et de sécurité nationale. Selon l'article 32, toute dispute relative à l'interprétation et l'application de la *Convention*, ne pouvant être résolue amicalement, sera référée à un tribunal arbitral.

⁴⁶ *Commission c. Irlande*, supra note 24.

⁴⁷ *Dispute concernant l'accès à l'information selon l'article 9 de la Convention OSPAR*, (Irlande c. Royaume Uni), (2003) (tribunal arbitral constitué selon la *Convention de 1992 sur la protection de l'environnement marin de l'Atlantique nord-est (OSPAR)*). *Irlande c. Royaume-Uni* (2003), en ligne : Cour permanente d'arbitrage <<http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%20Award.pdf>>. Les procédures avaient débuté en 2001. Il faut noter que plusieurs décisions intérimaires seront rendues sur différentes questions procédurales et autres mais ne feront pas l'objet d'analyse dans le cadre du présent article. (Voir Ted L. McDorman, « Comment » (2004) 98 A.J.I.L. 330 et Malgosia Fitzmaurice, « Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom and Northern Ireland) » (2003) 18 Int'l. J. Mar. & Coast. L. 541).

⁴⁸ Dont notamment ses articles 3 et 4.

⁴⁹ Prenant pour modèle la Directive communautaire 90/313 sur la liberté d'accès à l'information environnementale. (OJ (1990) L158/56 remplacée par Directive 2003/4 (OJ (2003) L41/26) que les États membres doivent mettre en application avant le 15 février 2005 (CE, *Directive 2003/4 du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement abrogeant la directive 90/313 CEE du Conseil*, [2003] J.O.L. 41/26.). De plus, notons également que les annexes et appendices, selon l'article 14(2) de la *Convention*, font partie intégrante de la *Convention*. Les obligations principales sont contenues à l'article 2 (prévenir la pollution et prendre les mesures nécessaires de protection).

⁵⁰ L'information en question inclut toute information relative à l'état de l'environnement marin et aux activités ou mesures pouvant affecter cet environnement d'une manière néfaste.

Sur cette base, un tribunal arbitral est constitué en octobre 2001 et rend sa décision le 2 juillet 2003.

L'Irlande soumettait que le refus d'accès aux parties hachurées des différents rapports publiés dans le cadre des consultations publiques allait à l'encontre de l'article 9 de la *Convention*. La Grande-Bretagne soutenait que l'article 9(1) ne nécessitait que la mise en place d'un cadre normatif pour permettre la diffusion de l'information, ce qu'elle avait fait. Elle soumettait également que dans l'éventualité où le tribunal considérerait qu'il s'agissait d'information dans le cadre du paragraphe 2, cette information ferait partie des exceptions permises au paragraphe 3 par leur nature commerciale.

Le Tribunal rejette l'argument britannique quant au paragraphe 1⁵¹. Selon la majorité, le paragraphe 1 contient une obligation de résultat à l'effet que l'information du type décrite au paragraphe 2 doit être rendue disponible. Cependant, la majorité⁵² considère que l'information requise par l'Irlande n'entre pas dans le cadre de l'information décrite au paragraphe 2 puisqu'elle n'est pas directement reliée à une activité pouvant affecter ou risquant d'affecter l'environnement marin. Il s'agit plutôt d'une information relative à la justification économique de la centrale MOX. Le tribunal conclut donc que la Grande-Bretagne n'a pas failli à ses obligations selon l'article 9 de la *Convention*. Notons que les deux rapports touchaient particulièrement la question économique quant à la justification de la nouvelle centrale et quant à savoir si les bénéfices dépassent les détriments causés. Considérant que les coûts de construction auraient dû être pris en considération dans le calcul économique – ce que la Cour d'appel au niveau interne avait justement rappelé – il est difficile de comprendre que les bénéfices puissent dépasser les détriments sanitaires lorsque l'on constate qu'à ce jour, le complexe de Sellafield n'a pas atteint un bilan positif suite aux opérations de l'usine MOX.

Selon l'article 32(6) de la *Convention*, le Tribunal devait rendre sa décision en conformité avec les normes du droit international et les dispositifs de la *Convention*. Le Tribunal pouvait également appliquer les normes du droit coutumier et les principes généraux du droit international sauf si les parties avaient créé une *lex specialis*. Les deux États étaient parties au *Traité Euratom* qui inclut une obligation de mise en œuvre d'un système réglementaire relatif à la gestion des déchets radioactifs⁵³.

La Grande-Bretagne avait proposé une interprétation limitative appliquant uniquement la directive communautaire 90/313⁵⁴. L'Irlande, pour sa part, avait fondé

⁵¹ À l'exception du professeur Reisman.

⁵² À l'exception du Dr. Griffith.

⁵³ *Traité Euratom*, *supra* note 12 à l'art. 37.

⁵⁴ Il faut également rappeler, tel que la Grande-Bretagne l'a fait dans son mémoire, qu'une directive n'est une mesure obligatoire que dans ses résultats et non en soi et que les autorités réglementaires nationales ont le choix quant à la forme et les méthodes d'application utilisées pour la mise en œuvre de la directive.

son argument sur la *Déclaration de Sintra*⁵⁵, le Principe 10 de la *Déclaration de Rio*⁵⁶ (touchant l'accès à l'information) et la *Convention Aarhus*⁵⁷ en se basant sur l'interprétation de l'article 2 de la *Convention OSPAR* voulant que le principe de précaution soit applicable malgré l'absence de preuve conclusive du lien causal entre l'activité et ses effets. Selon la Grande-Bretagne, cette interprétation était impossible puisqu'elle élargissait drastiquement l'étendue normative conventionnelle.

Le Tribunal fait abstention des arguments irlandais et applique une approche très conservatrice du droit international. Il cite l'affaire des *Essais nucléaires* de la Cour internationale de justice à l'effet qu'une déclaration unilatérale accompagnée d'une intention de se lier puisse créer des obligations juridiques⁵⁸, mais considère que la déclaration n'a rien à voir avec l'accès à l'information et est donc inadmissible. Le Tribunal estime que la *Convention* est autosuffisante et qu'il n'est point nécessaire d'aller chercher des interprétations externes. En se référant à l'article 31 de la *Convention de Vienne* dans sa décision⁵⁹, il rejette l'application de la *Convention Aarhus* et les projets de directives communautaires⁶⁰ puisque pour la majorité, ces instruments non ratifiés sont un niveau peu contraignant, voire même une absence normative⁶¹.

La majorité rejette également l'idée que la *Déclaration de Rio*, et en particulier le principe 10, soit un principe général du droit international de l'environnement. Nonobstant le fait que les décisions de la Cour internationale de justice n'ont pas valeur de précédents, il est difficile de faire un lien entre les conclusions de la majorité et l'affirmation de la Cour internationale qui indiquait dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* :

Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives

⁵⁵ *Supra* note 19. Elle voulait une élimination totale de concentrations radioactives dans l'environnement marin. Cette déclaration avait également mentionné la récente augmentation des rejets du site Sellafield. À cet égard, les autorités britanniques avaient répondu que ces problèmes seraient pris en considération lors de l'émission des permis d'exploitation, la *Déclaration* voulant qu'aucun contrat n'augmente le niveau de rejets.

⁵⁶ « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement » dans *Rapport de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement*, 3-14 juin 1992, à l'annexe I (A/CONF. 151/26 (Vol. I)).

⁵⁷ *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, 25 juin 1998, 2161 R.T.N.U. 447 (entrée en vigueur : 30 octobre 2001) [*Convention Aarhus*]. Les deux pays n'avaient pas ratifié cette convention à l'époque. Précisons cependant que la majorité des États signataires ont ratifié la *Convention*. Il est donc difficile de comprendre la logique du Tribunal lorsqu'il précise qu'il ne s'agit pas de droit.

⁵⁸ *Essais Nucléaires (Australie c. France)*, [1974] C.I.J. rec. 253 à la p. 266 au para. 43.

⁵⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980). Cet article porte sur l'interprétation des traités.

⁶⁰ Para. 104 de la décision arbitrale.

⁶¹ Le Tribunal a ainsi complètement ignoré le *dictum* de la CIJ dans l'*Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, [2001] CIJ rec. 40 au para. 89 qui accepte le principe que des traités non ratifiés puissent être considérés comme preuve afin de démontrer l'intention des parties lors de la signature.

qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité — qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures —, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des États envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement.⁶²

Enfin, malgré le fait que l'article 2(a) de la *Convention* indique que le principe de précaution est applicable lorsqu'il n'y a pas de preuve concluante quant à la causalité et qu'en général le fardeau de preuve retombe sur celui qui entrevoit l'activité, la majorité considère qu'il est du ressort de l'Irlande de démontrer cette causalité.

Le cadre restreint du litige touchant l'accès ou non à un type d'information a-t-il joué un rôle dans les conclusions du Tribunal? N'aurait-il pas été plus pertinent de questionner les activités de la centrale MOX dans le cadre d'un manquement à la *Convention OSPAR*, plus particulièrement de l'obligation de s'assurer que l'activité proposée ne cause pas un risque de pollution de l'environnement marin? Allez savoir!

F. Le Tribunal international du droit de la mer (TIDM)

Selon la partie XV de la *Convention de Montego Bay (CMB)* touchant le règlement des différends relatifs à l'interprétation et l'application de la *Convention*, les États d'un tel différend doivent, en premier lieu, arriver à une entente consensuelle sur la méthode utilisée afin d'arriver à un règlement⁶³. Faute d'entente, un État peut unilatéralement invoquer la procédure d'arbitrage définie à la section 2 de la partie XV. Dans ce cadre, un tribunal arbitral sera constitué selon l'Annexe VII, sauf dans l'éventualité où les parties exercent leur droit d'utiliser la Cour internationale de justice, le TIDM ou un autre tribunal arbitral constitué selon l'Annexe VIII, selon leur choix commun⁶⁴. En l'espèce, puisque la Grande-Bretagne avait choisi la Cour internationale de justice et que l'Irlande n'avait pas fait de choix, un tribunal arbitral selon l'Annexe VII fut donc constitué⁶⁵.

⁶² *Affaire au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, [1997] C.I.J. rec. 7 au para. 140.

⁶³ *Supra* note 22 à la Section 1 de la Partie XV.

⁶⁴ *Ibid.* à l'art. 287.

⁶⁵ Pour de plus amples détails quant aux procédures de règlement de différends, voir E.D. Brown, « Dispute Settlement and the Law of the Sea: the UN Convention Regime » (1997) 21 *Marine Policy* 17 ; J. Collier et Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford, Oxford University Press, 1999 au chapitre 4.

En attente de la constitution du tribunal et de la nomination des arbitres, l'article 290(5) de la CMB permet que le TIDM décide de mesures conservatoires si l'un des États au différend en fait la demande en raison de l'urgence de la situation. L'Irlande fit une telle demande le 9 novembre 2001.

Le TIDM rend sa décision quant aux mesures conservatoires le 3 décembre 2001⁶⁶. Rappelons que pour prescrire les mesures conservatoires selon l'article 290(5), le tribunal doit conclure que 1) le tribunal arbitral constitué selon l'Annexe VII a juridiction et 2) que l'urgence de la situation requiert effectivement que le tribunal prescrive des mesures conservatoires. Sur le premier point, le TIDM conclut qu'effectivement le Tribunal selon l'Annexe VII a juridiction. Quant à l'urgence de la situation, il répond succinctement. Le TIDM note le fait que la Grande-Bretagne a indiqué qu'aucune importation ou exportation du matériel nucléaire provenant ou se dirigeant en direction de la centrale MOX ne serait effectuée avant octobre 2002. Dans ces circonstances, le Tribunal considère qu'il n'y a pas d'urgence dans la courte période entre la requête en mesures conservatoires et la constitution du tribunal arbitral selon l'Annexe VII. Plutôt que d'ordonner la suspension de l'exploitation de l'usine MOX tel que le demandait l'Irlande, le Tribunal prescrit une obligation générale de coopération entre les deux parties.

Constatant que l'obligation de coopération est un principe fondamental dans la prévention de la pollution l'environnement marin selon la partie XII de la CMB et du droit international général, le Tribunal déclare que la prudence et la précaution exigent de l'Irlande et de la Grande-Bretagne qu'ils coopèrent relativement à l'échange d'information concernant les risques et effets nocifs pouvant être causés par l'opération de la centrale MOX. Ils doivent aussi trouver une solution quant à la gestion d'un tel risque. Dans ce cadre, les deux États sont enjoins à présenter un rapport des différentes démarches entreprises à cet effet le 17 décembre 2001.

Il est également intéressant de noter que l'Irlande, dans sa demande, avait prétendu que la Grande-Bretagne avait failli à ses obligations en omettant de mettre en œuvre des systèmes de sécurité et des plans d'urgence, de même qu'en ne tenant aucunement compte des risques d'attaques terroristes. Constatant que le tout est contemporain aux attentats de septembre 2001, une attention particulière aurait dû être portée à cet égard. Faute d'espace, malgré qu'il pourrait s'avérer intéressant d'en faire une analyse, nous ne pouvons discuter de ce point.

Ajoutons également qu'en général, dans le cadre de mesures conservatoires, le fardeau de preuve est peu élevé⁶⁷. On constate cependant qu'en l'espèce, le

⁶⁶ *Affaire de l'« Usine MOX » (Irlande c. Royaume-Uni)*, supra note 4. Demande en prescription de mesures conservatoires au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la *Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, Affaire No. 10, Ordre du 3 décembre 2001. Voir également, C. Brown, « International Tribunal for the Law of the Sea: Provisional Measures before the ITLOS: The MOX Plant Case » (2002) 17 *Int'l J. Mar. & Coast. L.* 267; Barbara Kwiatkowska, « The Ireland v. United Kingdom (MOX Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism » (2003) 18 *Int'l J. Mar. & Coast. L.* 1.

⁶⁷ Voir à cet effet la décision de la CIJ dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Ordonnance du 8 décembre 2000, [2000] C.I.J. rec.

Tribunal a considérablement élevé la barre. Il va même dans une toute autre direction qu'une décision antérieure⁶⁸.

Le Tribunal arbitral selon l'Annexe VII est constitué deux mois après l'ordre relatif aux mesures conservatoires. L'Irlande avait soumis que la Grande-Bretagne avait contrevenu à ses obligations contenues à l'article 206 de la CMB puisqu'une évaluation d'impact environnemental des centrales MOX et THORP n'avait pas été effectuée. L'Irlande argumentait également que les déchets seraient entreposés à Sellafield, augmentant ainsi la quantité de déchets dans un même site, sans oublier qu'un transport international de déchets radioactifs serait requis puisqu'à l'époque, seul le Japon était utilisateur de ce combustible. L'Irlande avait également soumis que la Grande-Bretagne contrevenait à ses obligations contenues aux articles 123 et 197 de la *Convention* par son manque de coopération pour la protection de l'environnement marin en question et qu'elle avait failli à ses obligations selon les articles 192-4, 207, 211 et 213 en ne prenant pas les mesures nécessaires afin de protéger et préserver l'environnement marin.

Malgré des représentations de la part des deux parties en 2002 et en 2003, le Tribunal annonce, le 27 juin 2003, la suspension des procédures jusqu'en décembre 2003 afin d'éviter qu'il y ait litispendance⁶⁹. Plus tard, constatant qu'une procédure a effectivement été engagée devant la Cour européenne de justice, le Tribunal suspend la procédure *sine die*.

Il est intéressant de préciser que le Tribunal avait toutefois mentionné la possibilité de mesures conservatoires – malgré la suspension des procédures – dans l'éventualité où l'une des parties en ferait la demande. C'est ce que fait l'Irlande, demandant que le Tribunal ordonne la Grande-Bretagne 1) de s'assurer qu'il n'y aurait pas de rejets radioactifs provenant de la centrale MOX et THORP; 2) d'informer l'Irlande de tout retraitement à la centrale THORP et manufacture à la centrale MOX, de tout mouvement de déchets et rejets radioactifs et, 3) de ne pas agir à l'encontre des résultats de l'évaluation d'impact environnementale que le Tribunal pourrait ordonner.

Le 24 juin 2003, le TIDM émet un ordre quant aux mesures conservatoires tel que le permet l'article 290(1) de la *Convention*. Prenant en considération le fait que les questions de droit communautaire pourraient fortement influencer la compétence du tribunal, il est difficile de comprendre comment le Tribunal considère néanmoins qu'il a compétence pour décider de la question. On ne peut qu'imaginer qu'à l'époque, considérant qu'aucune des parties au litige n'avaient soulevé

179 au para. 67. « Considérant qu'en présence d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant de décider d'indiquer ou non de telles mesures, de s'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne peut cependant indiquer ces mesures que si les dispositions invoquées semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée ».

⁶⁸ *Affaire du thon à nageoire bleue (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande c. Japon)* (1999), en ligne : TIDM <http://www.itlos.org/start2_fr.html> (mesures conservatoires, Ordonnance du 27 août 1999).

⁶⁹ En effet, le Tribunal note la possibilité de juridiction mixte puisque les Communautés européennes et ses États membres, individuellement, ont ratifié la *Convention sur le droit de la mer*.

d'exception à la compétence exclusive des Communautés européennes, le tribunal arbitral devrait probablement décider du litige. Cela n'a pas été le cas puisque les Communautés européennes elles-mêmes ont soulevé cette question devant la Cour européenne. Quant à l'urgence, le Tribunal considère que l'Irlande n'a pas démontré le risque de sérieux dommages à l'environnement marin pouvant être causés par l'opération de la centrale MOX.

G. Le contexte communautaire

Le 30 octobre 2003, la Commission des Communautés européennes intente une procédure en manquement contre l'Irlande devant la Cour européenne pour infraction au droit communautaire⁷⁰. La Cour rend sa décision le 30 juin 2006. Les Communautés européennes sont parties à la CMB⁷¹, laquelle est également ratifiée par les États membres de l'Union européenne⁷². La Cour conclut qu'en instituant des procédures d'arbitrage dans le cadre de la CMB, l'Irlande a contrevenu à ses obligations selon les articles 10, 296 EC, 192 et 193 EA. Elle conclut aussi que les conventions mixtes ont le même statut juridique que les ententes communautaires. La Cour considère qu'en assurant le respect des obligations découlant d'une entente conclue par une institution communautaire, un État membre doit répondre de ses obligations communautaires. Il s'agissait de savoir si les obligations de la CMB entraînent dans le cadre de la compétence européenne. La majorité des matières couvertes par la *Convention* est largement régie par le droit communautaire⁷³. S'agissait-il d'une compétence exclusive? La Cour répond par l'affirmative. Elle conclut que l'Irlande a contrevenu à ses obligations de coopération et de consultation.

La Cour constate que la CMB est un accord mixte, c'est-à-dire un traité adopté en vertu de compétences communautaires partagées. Puisque les compétences sont partagées, certaines parties de la *Convention* relèvent exclusivement de la compétence communautaire tandis que d'autres demeurent de la compétence des États membres.

Prenant note de l'interprétation présentée par la Communauté au moment de l'adoption de la *Convention* quant à sa compétence, où elle précise quelles parties de la *Convention* s'appliquent à la Communauté et quelles parties seront adoptées au

⁷⁰ CE, *Recours introduit le 30 octobre 2003 contre l'Irlande par la Commission des Communautés européennes dans l'affaire C-459/03*, [2004] J.O. C.7/24.

⁷¹ CE, *Directive 98/392/CE du Conseil, du 23 mars 1998, concernant la conclusion par la Communauté européenne de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et de l'accord du 28 juillet 1994 relatif à l'application de la partie XI de la dite convention*, [1998] J.O.L. 179 /1.

⁷² Rappelons que les communautés détiennent une personnalité juridique distincte des États membres. Les Directives sont obligatoires quant aux résultats envisagés mais laissent toutefois aux autorités étatiques le choix quant à la forme et les méthodes utilisées pour la mise en œuvre des directives communautaires. Les États membres ont l'obligation d'incorporer les directives dans leur droit interne.

⁷³ CE, *Directive 85/337/CEE du Conseil, du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement*, [1985] J.O.L. 175/40 et CE, *Directive 90/313/EC du Conseil, du 7 Juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement*, [1990] J.O.L. 158/56 entre autres.

nom des États membres, la Cour européenne estime que la partie du droit de la mer en question relève de la compétence exclusive des institutions communautaires, fermant ainsi toutes les autres avenues initiées par l'Irlande.

II. La véritable Cour de Babel

L'affaire MOX démontre particulièrement le débat existant quant à la prolifération des différents tribunaux internationaux et la fragmentation possible du droit international en raison de l'interprétation divergente par ces derniers des différents principes du droit international. Malgré que nous ne puissions affirmer qu'il y ait à l'heure actuelle une véritable fragmentation, il existe toutefois une juxtaposition de juridictions.

Contrairement aux autres différends tranchés par le TIDM, la question de juxtaposition des compétences prend toute son ampleur dans l'affaire MOX⁷⁴. Dans sa demande de prescription en mesures conservatoires, la Grande-Bretagne avait invoqué l'article 282 de la *Convention*. La Grande-Bretagne argumentait que les principales soumissions présentées par l'Irlande devant le tribunal selon l'Annexe VII étaient régies par les procédures de règlement des différends obligatoires de la *Convention OSPAR* et des traités communautaires. De plus, puisque l'Irlande avait eu l'intention d'intenter, à l'époque, des poursuites dans cette perspective, l'article 282 trouvait application et ainsi, le tribunal selon l'Annexe VII n'aurait pas juridiction. Le TIDM avait rejeté cet argument. Rappelons que le Tribunal avait précisé que les procédures, selon *OSPAR* et le droit communautaire, sont applicables dans le cadre de différends concernant l'interprétation ou l'application de ces traités et non des différends découlant de la CMB. Même si les autres traités contiennent des dispositifs similaires, les droits et obligations ont une existence distincte de ceux découlant de la CMB. Ces dispositifs similaires mais distincts démontrent bien la juxtaposition possible de compétences.

Puisque le différend devant le Tribunal de l'Annexe VII touchait l'interprétation et l'application de la CMB et non d'autres dispositifs, seules les procédures de règlement de différends selon la *Convention* trouvaient application.

Devant le tribunal constitué selon l'Annexe VII, la Grande-Bretagne avait systématiquement indiqué que l'article 282 trouve application et que le Tribunal n'avait donc pas juridiction. En raison du sursis des procédures, il n'y a pas eu de réponse sur ce point. Cependant, dans le cadre des mesures conservatoires, le Tribunal avait considéré que la *Convention OSPAR* ne couvrait pas totalement le champ d'application du différend et que les articles 281 et 282 de la *Convention* ne s'appliquaient pas.

⁷⁴ *Affaire du thon à nageoire bleue, supra* note 68 et l'*Affaire relative à la conservation et l'exploitation de développement durable de l'espadon du sud-est (Chili c. Communautés Européennes)* (2000), en ligne : TIDM <http://www.itlos.org/start2_fr.html> (Ordre du 15 mars 2001).

On constate que les différents mécanismes judiciaires utilisés, de par le cadre normatif restreint suggéré (pollution de l'environnement marin, accès à l'information, etc.), font abstention du problème dans sa globalité. Cela est compréhensible dans le cadre de différends. Il est particulièrement difficile de conjuguer les conclusions judiciaires avec l'approche et la volonté politiques, notamment dans le cadre de la *Convention OSPAR*, lorsqu'on pense aux mesures adoptées par la Commission de la *Convention* et particulièrement la *Déclaration de Sintra*. Le cadre normatif limité des décisions judiciaires va dans un sens contraire à la volonté politique. Est-ce que le fait d'exclure le transport international de déchets radioactifs de l'application de la *Convention OSPAR* n'a pas rendu le tribunal arbitral l'otage d'un cadre normatif très restreint touchant uniquement l'accès à l'information? Allez savoir!

La Cour européenne n'a certainement pas aidé à éclaircir le problème lorsqu'elle a décidé d'une compétence exclusive. On ne peut savoir ce que le Tribunal arbitral selon l'Annexe VII aurait répondu en conjuguant l'article 282 de la CMB et son lien avec la *Convention OSPAR*.

On ne peut qu'extrapoler également quant aux conclusions possibles des deux tribunaux (Annexe VII et OSPAR) au sujet de l'application du principe de précaution en droit international de l'environnement puisque les litiges n'ont pas été présentés dans ce sens bien que, rappelons-le, l'article 2(2)(a) de la *Convention OSPAR* réfère explicitement à ce principe. Cette abstention de la part des deux tribunaux ne peut s'expliquer que par le cadre limitatif des questions en litige. Avoir présenté le litige sous un angle de précaution et de développement durable aurait requis que le défendeur – le Royaume-Uni – prouve que les activités proposées ne sont pas dommageables à l'environnement et/ou à la santé publique. Cependant, puisque les questions posées ne le furent pas dans ce sens et que chaque partie doit généralement prouver la véracité de ses prétentions, on ne peut que conclure que les arguments de l'Irlande étaient voués à l'échec dès le départ. La démonstration du manquement de l'obligation de donner accès à l'information selon la *Convention OSPAR* reposait également sur l'Irlande.

Ajoutons également, tout comme les juges internes l'avaient précisé lors des poursuites intentées par Greenpeace, qu'il existe une difficulté pour les tribunaux confrontés à des questions technologiques à rendre une décision. En ce sens, le juge Treves, dissident lors des mesures conservatoires, constate que la preuve scientifique n'a pas été, selon lui, suffisante afin d'établir s'il y avait risque⁷⁵. Encore ici, on ne

⁷⁵ *Affaire de l' « Usine MOX » (Irlande c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, *supra* note 4, opinion individuelle du Juge Treves : « Le recours à des considérations tenant au principe de précaution n'est pas mentionné dans l'ordonnance en ce qui concerne la préservation des droits liés au fond. Toutefois, en soulignant l'absence d'urgence pendant la courte période qui précédera la constitution du tribunal prévu à l'annexe VII, l'ordonnance peut être lue, même si l'on pourrait souhaiter qu'elle eût été plus explicite, comme indiquant que des arguments scientifiques avancés par les parties n'étaient pas assez précisément axés sur la question de savoir si la mise en service de l'usine MOX risquait de provoquer une augmentation importante, ou un risque d'augmentation importante, de la radioactivité dans la mer d'Irlande. Durant les quelques mois qui s'écouleraient avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII puisse être saisi d'une demande de mesures conservatoires. Les éléments de preuve scientifiques liant spécifiquement les risques au milieu marin à la mise en service de l'usine MOX durant la période

peut qu'extrapoler et supposer que l'Irlande a probablement laissé de côté cette possibilité en raison du fardeau de la preuve et de la difficulté de prouver qu'un tel risque puisse causer un dommage dans un contexte d'urgence entre la date de la requête en mesures conservatoires et la constitution du tribunal arbitral selon l'Annexe VII. Rappelons que cette période n'était que de quelques mois.

Le manque de précision procédurale, le champ d'application limitatif des différents instruments juridiques internationaux de même que la diversité des mécanismes de règlement des différends ne réduisent pas cette difficulté. En effet, les dispositifs actuels ne précisent nullement les critères ou méthodes disponibles pour déterminer les seuils acceptables de pollution. Ils ne font sauf d'énoncer qu'il s'agit de standards internationaux. La question demeure toujours à savoir pour qui est-ce acceptable : la population ou le secteur économique en question?

Le principe de précaution semble devenir de plus en plus une excuse procédurale afin de repousser l'inévitable plutôt que d'appliquer un principe de prévention en amont. Le simple fait que la question de ce principe n'ait peu ou pas été abordé dans les affaires précédentes porte l'auteur à penser que l'application du droit international de l'environnement semble être appliqué en parallèle sans toutefois influencer les autres secteurs du droit international public, dont le droit nucléaire. Cependant, le principe de justification n'était-il pas précurseur du principe de précaution? S'ajoute à cela l'insuffisance de connaissances scientifiques des tribunaux confrontés à ces litiges.

Bref, on se retrouve vraiment devant une Cour de Babel où plusieurs acteurs crient à pleine voix, en différents langages juridiques, sans reconnaître les attentes et les besoins de chacun. Peut-on considérer la suspension de procédures d'un tribunal dans l'attente d'une décision d'une autre juridiction comme un dialogue? S'agit-il d'un dialogue interjuridictionnel naissant ou d'une tentative d'évasion, laissant à d'autres le soin de prendre une décision?

Puisque le Tribunal arbitral selon la *Convention OSPAR* avait la possibilité d'appliquer le droit coutumier, il aurait peut-être été opportun d'appliquer certains principes fondamentaux du droit international de l'environnement. Rappelons l'affaire du *Détroit de Corfou*⁷⁶ qui avait énoncé qu'un État a une obligation de ne pas permettre que son territoire soit utilisé pour des actes pouvant affecter le droit d'autres États. S'ajoute également la décision de l'affaire de la *Fonderie du Trail* qui avait reconnu le Canada responsable de pollution transfrontalière. Y était affirmé qu'un État n'avait pas le droit d'utiliser ou de permettre l'utilisation de son territoire de manière à causer un dommage sur le territoire d'un autre État⁷⁷. Malgré que ces

pertinente n'étaient pas assez substantiels ni pertinents pour qu'il soit possible d'examiner s'ils étaient ou non concluants quant à la relation de cause à effet entre l'activité envisagée et le risque de dommages au milieu marin ». (Paragraphe 8).

⁷⁶ *Détroit de Corfou (Grande-Bretagne c. Albanie)*, [1949] C.I.J. rec. 4 (jugement du 4 avril). La Cour reconnaît l'Albanie responsable de l'explosion de mines en eaux territoriales où des vaisseaux britanniques, durant un passage inoffensif à travers le détroit, entrent en collision avec une mine, ce qui cause des dommages.

⁷⁷ *Fonderie du Trail (U.S. v. Canada)*, (1941) 3 R.I.A.A. 1905.

décisions datent du début du siècle, elles sont néanmoins les fondements mêmes du droit international de l'environnement, lesquels sont reflétés dans la *Déclaration de Rio*.

Le principe 21 de la *Déclaration de Rio* vient cristalliser l'énoncé voulant qu'un État s'assure que les activités sur son territoire ou sous son contrôle ne portent pas préjudice à l'environnement d'un autre État ou d'un territoire excédant les limites de son contrôle national⁷⁸. Encore ici, les propos du professeur Kiss sont pertinents⁷⁹. Il est difficile de conjuguer les différentes décisions avec l'application du principe 21 de la *Déclaration de Rio*. Est-ce rejeter *de facto* la reconnaissance, par plusieurs, que ce principe fait maintenant partie intégrante du droit coutumier international?

L'affaire MOX, parce qu'elle ne soulève la question de l'utilisation dommageable du territoire d'un État par un autre mais se penche uniquement sur la question de l'accès à l'information dans un cadre limitatif de protection du milieu marin ou d'application du principe de justification dans le cadre du droit nucléaire, démontre bien les difficultés à coordonner une telle approche. Avoir posé la question dans ce sens aurait-il changé les conclusions des différentes instances judiciaires? Serait-on arrivé à une approche similaire à l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* où on aurait voulu revoir le processus et l'obligation de négocier de bonne foi afin d'y trouver une solution tangible dans un but ultime de protection de l'environnement? Finalement, le TIDM, dans sa décision sur les mesures conservatoires suggérant une coordination et une coopération entre les deux parties, adopte une approche qui ressemble fort à celle la Cour internationale de justice.

On se retrouve devant la même situation qu'au niveau interne quant au fardeau de la preuve pour l'Irlande, qui doit démontrer la dangerosité imminente du projet Sellafield. Greenpeace avait également eu la même difficulté. Même un transfert du fardeau de la preuve, que pourrait causer l'application du principe de précaution, mènerait probablement à la conclusion que la Grande-Bretagne, par ses nouvelles activités, ne cause pas de dommages puisqu'elle se conforme aux normes et standards internationaux. Rappelons que la Commission européenne avait conclu qu'il n'y avait pas de risque à cet effet.

Devant le TIDM, l'Irlande avait soumis que le principe de précaution avait transféré le fardeau de preuve à la Grande-Bretagne et qu'il revenait à cette dernière de démontrer l'absence de dommages suite aux rejets et autres conséquences reliées à

⁷⁸ *Déclaration de Rio*, supra note 56, Principe 21.

⁷⁹ Le professeur Kiss indique : « Le principe 21 de la Déclaration de Stockholm, texte juridiquement non obligatoire, est aujourd'hui généralement reconnu comme étant devenu une règle de droit international coutumier. En effet, [cela] a été réaffirmé un certain nombre de fois dans des déclarations émanant des Nations unies elles-mêmes [...]et] par d'autres institutions internationales. [...] Il est donc permis de voir ainsi réunis les deux éléments constitutifs de la coutume internationale, d'une part dans la répétition des affirmations et la pratique internationale à laquelle elles correspondent dans l'ensemble, d'autre part dans cette conviction commune maintes fois exprimée qui constitue l'élément psychologique, l'*opinio juris* » (Alexandre Kiss, *Droit International de l'environnement*, Paris, A. Pedone, 1980 aux pp. 81-82).

l'opération de l'usine MOX⁸⁰. Rappelons que le TIDM n'avait pas directement abordé la question du principe de précaution mais s'était plutôt référé à l'obligation de prudence et de précaution dans ses mesures conservatoires. Les décisions individuelles et dissidentes sont éclairantes sur ce point. Le juge *ad hoc* Szekely avait indiqué, dans cette incertitude scientifique, que le Tribunal aurait dû être plus réceptif relativement à l'application du principe de précaution. Seul le juge Wolfrum a élaboré sur le principe. Il a cependant précisé que ce n'est pas dans le cadre des mesures conservatoires que ce sujet devra être étudié. L'exercice revient plutôt au tribunal de fond. Cette approche est très discutable⁸¹. Considérant que le tribunal sur le fond ne s'est jamais penché sur la question, on ne peut dire!

S'ajoute à ces diverses interprétations des différents tribunaux la complexité du droit applicable. En effet, qu'entend-on par règles du droit international applicable⁸². Tel que l'Irlande le considérait, doit-on prendre en considération la *Déclaration de Rio*, la *Déclaration ministérielle de Sintra* de 1998, la *Convention Aarhus* sur l'accès à l'information et d'autres instruments tel que le suggérait le professeur Sands?

Les différentes décisions touchant MOX démontrent la complexité d'appréciation et la nécessité d'une connaissance approfondie des éléments procéduraux touchant le règlement des différends. Elles ont testé l'application des procédures selon la CMB et des différends impliquant un parallélisme judiciaire avec d'autres traités, dont notamment *OSPAR* et le droit communautaire.

Dans le cas du MOX, le parallélisme faisait référence au fait qu'il s'agissait d'un seul différend, et que tous les éléments étaient reliés à la *Convention OSPAR* et le droit communautaire d'une part, et à la CMB d'autre part. Il aurait peut-être été plus approprié de la part du TIDM de prendre en considération l'*Affaire du thon à nageoire bleue* et particulièrement le passage précisant qu'il est nécessaire que les demandes juridictionnelles soient raisonnablement rattachées aux standards juridiques du traité en question, tel que déterminé par la cour ou le tribunal dont la juridiction est concernée. Le Tribunal arbitral dans l'*Affaire du thon à nageoire bleue* base cette affirmation sur l'affaire des *Pêcheries*⁸³ de la CIJ. Il semble improbable que les membres du TIDM aient considéré un tel argument. Cela les aurait amené à reconnaître que les éléments fondamentaux du litige concernaient la mise en œuvre d'une multitude d'obligations interconnectées d'évaluation d'impact environnemental, d'information et de consultation au préalable dans le cadre d'une

⁸⁰ Le principe requiert des études scientifiques afin de déterminer les effets des activités planifiées et de trouver des alternatives. Le principe requiert également que les risques et coûts soient internalisés afin d'avoir une analyse complète pour savoir si les activités doivent être permises. Dans l'incertitude, le principe énonce également qu'il est préférable d'être prudent et de procéder lentement à la mise en œuvre des nouvelles activités.

⁸¹ En effet, il est de la nature même des mesures provisoires que la protection soit donnée au requérant dans une situation où les allégations factuelles et juridiques n'ont pas été testées. C'est au tribunal de décider si la preuve démontre que, dans le cas où des mesures provisoires ne sont pas émises, un risque véritable et un préjudice irréparable seront présents.

⁸² Selon l'article 32(6)(a) de la *Convention OSPAR*, par exemple.

⁸³ *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, [1951] C.I.J. rec. 114.

autorisation d'un site, le tout dans une perspective plus large. Cette perspective aurait notamment inclus la pollution transfrontalière, le transport maritime international et les mesures anti-terroristes de sûreté et de sécurité. Il aurait alors fallu considérer que le litige (en parallèle avec la *Convention sur le droit de la mer*) reposait sur la *Convention OSPAR* d'une part, et le droit communautaire et le *Traité Euratom* d'autre part.

* * *

Aurait-il été plus prudent, par compromis, d'attribuer la compétence à la CIJ, arrivant probablement aux mêmes conclusions que l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* et incitant les parties à revoir le processus dans une optique de précaution, plutôt que de continuer à s'acharner sur un cadre juridique limitatif d'accès à l'information? Rappelons que la Grande-Bretagne, lors du différend sur le droit de la mer, avait suggéré la CIJ comme forum décisionnel mais malheureusement, faute d'accord avec l'Irlande, ce mode n'a pas été disponible dans le cadre des différents choix définis par la *Convention sur le droit de la mer*. Bien que les États aient une grande marge de manœuvre quant au forum adéquat pour entendre leurs différends, une fois le choix effectué, on ne peut revenir en arrière.

Au pire, nous nous serions retrouvés dans une situation de discussion et de coopération, ce qui, au bout du compte, correspond exactement à ce qui est arrivé dans les faits. Devrons-nous attendre un accident du type Tchernobyl dans un cadre de préjudices causés à l'environnement marin avant de revoir et d'ajuster les conclusions apportées par les différents mécanismes judiciaires s'étant penché sur l'affaire MOX?