

SUR LE PASSAGE DU NORD-OUEST

PAR

Jean-Paul PANCRACIO

Face à l'évolution climatique en cours, qui suscite une certaine agitation dans le Grand Nord, le Canada se préoccupe à juste titre de l'affirmation de ses droits sur deux plans : d'une part, son droit à la souveraineté sur l'archipel arctique qui prolonge son territoire et qui a longtemps été rassemblé, en grande partie, sous l'appellation de Territoire du Nord-Ouest ; d'autre part, son droit à organiser, voire à interdire dans certains cas, la navigation maritime dans le réseau de détroits polaires qui constitue le Passage du Nord-Ouest. De la part des gouvernements canadiens, les deux choses sont présentées comme liées, alors qu'elles ne le sont pas de façon aussi évidente en droit. Si le Canada a des prétentions légitimes à faire valoir en ces deux domaines, leurs fondements juridiques méritent d'être revisités et, au moins en forme d'hypothèses, considérés sous des angles quelque peu différents de ceux par lesquels ils ont été généralement abordés jusqu'à présent.

Du reste, le Grand Nord appelle si souvent à la modestie ceux qui le fréquentent, que nous ne saurions nous en départir, même en pensée. Car, à l'heure actuelle, il faut bien admettre que rien ne permet de dire avec certitude quel intérêt revêtira réellement, dans les années et décennies à venir, pour la navigation maritime internationale, l'archipel arctique du Canada. Il n'est pas si sûr qu'il intéressera les armateurs au point de devenir une voie maritime d'importance. Il faut donc se prémunir, comme nous y incite le géographe canadien Frédéric Lasserre, contre une vision trop idéelle de l'Arctique, pourvoyeuse de mythes¹. Tant qu'il existera dans l'ensemble du Passage du Nord-Ouest ne serait-ce qu'un risque de variabilité climatique engendrant l'éventualité d'y rencontrer fortuitement de la glace, des navires comme les porte-conteneurs qui assurent aujourd'hui l'essentiel du transport maritime de marchandises seront peu enclins à le fréquenter. L'hypothèse du transit des marines de guerre étrangères pourrait en revanche revêtir un caractère plus aigu pour le Canada, au regard de sa sécurité et de sa souveraineté.

Ce dont on peut être sûr en revanche, c'est de la fragilité écologique de ces détroits et de l'intérêt prééminent que peut faire valoir le Canada sur la globalité de ce vaste ensemble insulaire. De plus, compte tenu de ce que le changement climatique – qui, en l'occurrence, est un réchauffement – est davantage prononcé en Arctique que partout ailleurs dans le monde, le scénario d'une disparition totale de la glace de mer sur la zone à moyen terme n'est pas à écarter. Tout cela, ajouté aux positions juridiques affichées par le Canada, suffit amplement à ce qu'on s'intéresse aux problématiques qu'une telle situation engendre en la matière.

· Professeur de Droit, directeur d'études à l'Institut de recherches stratégiques de l'École militaire (France) et conseiller pour l'enseignement supérieur auprès du recteur-chancelier de l'Académie de Paris (France).

¹ Frédéric LASSERRE, lors d'une table ronde « Rencontre arctiques : les enjeux politiques de l'Arctique canadien », ambassade du Canada à Paris, 25 nov. 2010. En 2010, 26 transits ont été recensés dans le passage du Nord-Ouest, sans nécessairement concerner l'intégralité du Passage : 8 navires de tourisme et 13 de plaisance, 1 remorqueur, 2 brise-glaces, 2 dessertes locales.

LA QUESTION DE LA SOUVERAINETE CANADIENNE SUR L'ARCHIPEL NORDIQUE

La souveraineté territoriale du Canada sur son archipel du Nord n'est pas contestée globalement de nos jours, mais l'est encore par les Etats-Unis, au moins pour la partie septentrionale de l'archipel, la plus proche du pôle géographique. En contrepoint, le Canada veille à l'affirmation constante de cette souveraineté, à laquelle il attache des conséquences sur les délimitations maritimes qu'il opère et sur sa conception juridique du Passage du Nord-Ouest.

En janvier 2009, juste avant qu'il ne quitte la Maison-Blanche, le président George W. Bush a édicté les *combined directives* de sécurité nationale et de *homeland security*, destinées à orienter la politique des Etats-Unis dans la région Arctique². Or le Canada ne peut qu'être interpellé par le fait que les Etats-Unis se proposent de mener « *une plus vigoureuse présence militaire et navale américaine dans l'Arctique* »³, réaffirmant leur conception d'un Passage du Nord-Ouest comme détroit international assujéti au régime du libre passage en transit. Sur la base du constat que le réchauffement climatique va accroître les activités humaines en Arctique, la rubrique « Background » énonce que : « *cela impose aux Etats-Unis d'assumer une présence nationale plus active et influente en vue de protéger leurs intérêts et d'être à même de projeter une puissance maritime dans la région* »⁴.

Ayant un intérêt majeur à faire admettre par les autres puissances que l'archipel est un ensemble indissociable et sur lequel il a son emprise, le Canada défend sa souveraineté sur un plan global – ce qui se comprend aisément –, d'autant qu'il revendique le statut d'eaux historiques, donc d'espace maritime de pleine souveraineté sur l'ensemble des passages et chenaux reliant toutes les îles de ce vaste archipel. Il renforce cette prétention juridique en procédant à un tracé englobant de sa mer territoriale et de sa zone économique exclusive, comme s'il était un Etat archipel au sens que confère la Convention de Montego Bay à cette notion.

La succession d'Etats sur l'archipel arctique opérée au profit du Canada

La Compagnie anglaise de la Baie d'Hudson, compagnie à charte, avait été créée en 1670 pour administrer et mettre en valeur les immenses possessions anglaises du Canada. Outre les territoires du Sud ou Bas Canada, qui formeront les quatre premières provinces confédérées (Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Ecosse, Québec, Ontario), la compagnie avait la charge de ce qui était déjà appelé Territoire du Nord-Ouest⁵: il s'agissait de tout l'espace constituant le grand Nord canadien, au Nord-Ouest jusqu'à l'océan Glacial arctique et à l'Ouest jusqu'à l'océan Pacifique, à partir de la ligne du 60° parallèle Nord. Une seconde cession, celle des îles arctiques les plus septentrionales de ce territoire, fut réalisée au profit du dominion en 1880.

² Cf. « Comprehensive new statement of US Arctic policy », *AJIL*, avr. 2009, *Contemporary Practice Of the United States*, pp. 342-349.

³ *Ibid.*, p. 342.

⁴ *Ibid.*, p. 343 : « *Human activity in the Arctic region is increasing and is projected to increase further in coming years. This requires the United States to assert a more active and influential national presence to protect its Arctic interests able to project sea power throughout the region.* »

⁵ Jouant la fonction d'une réserve territoriale, le Territoire du Nord-Ouest subsiste de nos jours, même amputé de la plus grande partie de son espace continental et insulaire par la création du Nunavut, à l'ouest de celui-ci, avec une façade maritime sur la mer de Beaufort. Après son acquisition par le Canada, le Territoire du Nord-Ouest a été régulièrement amputé pour former les provinces fédérées du Manitoba (1870), de la Saskatchewan (1905), de l'Alberta (1905) et, enfin, du Nunavut (1999). Le territoire du Yukon à l'extrême nord-ouest du continent, limitrophe de l'Alaska, lui en a également été retranché en 1898. Cf. *L'Encyclopédie canadienne*, rubrique TNO.

S'agissant de ce vaste ensemble essentiellement insulaire, il n'y a pas eu de solution de continuité entre la possession anglaise, sa transmission au dominion canadien institué par l'Acte de confédération de 1867, par lequel le Canada est devenu un Etat souverain, et le Canada fédéral contemporain. De possession britannique qu'il était depuis le Traité de Paris de 1763, l'archipel est devenu canadien en 1869, lorsque le Royaume-Uni le céda au jeune Etat, en contrepartie d'une compensation financière versée à la Compagnie de la Baie d'Hudson.

Les autres puissances peuvent-elles raisonnablement arguer de ce que le Canada n'a pas exercé de souveraineté effective sur ce vaste territoire au climat polaire ? Il ne le semble pas, tant au regard de la jurisprudence internationale applicable à ce type de territoire qu'au regard du comportement desdites puissances au cours des derniers siècles.

Il est clair que, depuis l'entrée en possession de l'Angleterre sur les territoires considérés, aucune autre puissance n'a tenté réellement d'y faire valoir des droits contraires, même quand cela aurait pu être le moment propice, à l'occasion de la dévolution au dominion en 1869. Il est vrai qu'une compagnie à charte – il y en eut de nombreuses créées entre le XVI^e et le XVIII^e siècles –, bénéficiant d'une concession territoriale et d'un monopole d'exploitation, n'était pas une puissance souveraine. Précisément parce qu'elle était concessionnaire, elle était par elle-même la manifestation de souveraineté d'un Etat qui avait en propre l'*imperium*, la possession souveraine du territoire concédé.

La jurisprudence des attributions de souveraineté sur les territoires difficiles d'accès

Que nous dit la jurisprudence internationale – juridictionnelle et arbitrale – sur les attributions de souveraineté relatives à des territoires aux climats extrêmes, rendant l'habitat permanent difficile ou pour le moins éparé ?

De source jurisprudentielle, en la matière, le droit international public admet tout d'abord pour ce type de territoire, une relativisation importante du principe d'occupation effective. Dès lors qu'il y aura une contestation s'élevant entre deux Etats, relative à la possession et donc à l'exercice de la souveraineté, le critère d'attribution résidera dans la recherche de l'expression des volontés d'acquisition qui se seront exprimées de part et d'autres, de l'antériorité et de la continuité dont elles auront pu être l'objet et qui se seront manifestées par des actes considérés comme des marques de souveraineté. C'est dès lors en considération des manifestations les plus crédibles et les plus continues de souveraineté faites par l'un des Etats en cause que l'attribution sera faite. L'occupation permanente ne sera pas exigée, mais au moins une certaine continuité de manifestations de souveraineté sur une longue période : un exercice de la souveraineté « *continu et pacifique assez longtemps* »⁶.

En ce qui concerne les territoires lointains ou soumis à des climats extrêmes ou très faiblement peuplés, plusieurs affaires contentieuses livrent des éléments intéressants à cet égard. Dans l'affaire de l'île de Clipperton, objet d'une sentence arbitrale rendue le 28 janvier 1931, il s'agissait d'apprécier si la France avait, au-delà de sa proclamation de souveraineté du 17 novembre 1858 sur ce qui était alors une *terra nullius*, procédé ensuite à une occupation effective de ce petit territoire insulaire⁷ : l'arbitre considéra que, s'agissant d'un territoire inhabité et éloigné de la métropole, la rareté, l'espacement des manifestations concrètes de

⁶ Affaire de l'île Palmas ou île des Palmes (Pays-Bas / Etats-Unis d'Amérique) traitée par l'arbitre Max Huber et objet de la sentence arbitrale du 4 avril 1928, *RS.A*, vol. II, p. 867.

⁷ *RS.A*, vol. II. L'île de Clipperton est située dans l'Océan Pacifique à 1 120 km de la côte mexicaine. Annexée par la France en 1858, elle a cependant été occupée par le Mexique en 1897. Le 28 janvier 1931, la sentence arbitrale rendue par le roi d'Italie, Victor-Emmanuel III, en reconnaît la possession à la France.

possession faites par la France et même la parenthèse d'une possession mexicaine durant quelques décennies, n'invalidaient pas en elles-mêmes son acte de prise de possession de 1858, en l'absence d'*animus derelictio*, d'une volonté claire de sa part d'un abandon de ses prétentions premières : « *c'est ainsi que, si un territoire, par le fait qu'il était complètement inhabité, est, dès le premier moment où l'Etat occupant y fait son apparition, à la disposition absolue et incontestée de cet Etat, la prise de possession doit être considérée, à partir de ce moment, comme accomplie et l'occupation est achevée par cela même.* » Dans l'affaire de l'île de Palmas, l'arbitre a considéré comme constitutif d'un titre juridique à la possession du territoire « *a continuous and peaceful display of territorial sovereignty* »⁸.

On peut ainsi relever, pour ce type de territoire, l'importance essentielle que revêt le titre juridique et, dès lors, l'antériorité de la possession, que de faibles marques effectives de souveraineté ne peuvent suffire à contrecarrer, s'il n'émerge pas du débat et des éléments de preuve fournis par les parties une volonté manifeste d'abandon de son titre territorial par l'Etat le plus anciennement possessionné. Il faut voir là le rejet de l'application en droit international public de la théorie de la prescription acquisitive, rejet consacré bien plus récemment, en 2002, par la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria : en l'absence d'une volonté claire de l'Etat qui avait le premier établi son titre juridique à exercer la souveraineté sur le territoire en cause, des manifestations ultérieures de souveraineté venues d'un autre Etat n'annihilent pas le titre originel et doivent donc s'effacer devant celui-ci⁹.

A cet égard, la succession d'Etats intervenue entre le Royaume-Uni et le Canada sur l'archipel arctique revêt toute son importance. Elle opère transmission d'un titre juridique originel sur le territoire concerné, titre qui n'était pas lui-même contesté antérieurement par des puissances tierces.

Quant à la permanence du titre juridique au profit de l'Etat et donc de la manifestation de son intention de le conserver sur le territoire en cause, la preuve doit résulter de manifestations concrètes de souveraineté, sur la quantité et la qualité desquelles le juge ou l'arbitre international statue au cas par cas, en fonction de la nature même dudit territoire. Le titre juridique doit vivre en quelque sorte, être activé, rendu visible aussi régulièrement que possible par l'Etat qui le détient. L'exigence d'effectivité de l'occupation et de l'exercice de la souveraineté ne saurait évidemment être limitée à la période de constitution du titre. Elle est aussi nécessaire pour en assurer la persistance dans le temps¹⁰. A partir de là, le pragmatisme prévaut en la matière, sachant que le droit international est assez peu exigeant s'agissant de territoires aux climats hostiles, désertiques ou très faiblement peuplés. Dans l'affaire du Groenland oriental, en 1933, la Cour permanente de justice internationale, prédécesseur de l'actuelle CIJ, en a énoncé le principe, en l'appliquant précisément à un territoire arctique : « *dans beaucoup de cas, le tribunal n'a pas exigé de nombreuses manifestations d'un exercice de droits souverains pourvu que l'autre Etat en cause ne pût faire valoir une prétention supérieure. Ceci est particulièrement vrai des revendications de souveraineté sur des territoires situés dans des pays faiblement peuplés ou non occupés par des habitants à demeure* »¹¹. Toutefois, de tels critères sont susceptibles d'évoluer en fonction de l'époque, afin de prendre en compte les moyens de communication

⁸ Affaire de l'île de Palmas, précitée, RSA, vol. II, p. 837 : « *une manifestation continue et paisible de souveraineté territoriale* ».

⁹ CIJ, arrêt du 10 octobre 2002, Rec. 2002, par. 64-70.

¹⁰ Affaire de l'île de Palmas, précitée, p. 837 : « *the growing insistence with which international law, ever since the middle of the 18th century, has demanded that the occupation shall be effective would be inconceivable, if effectiveness were required only for the act of acquisition and not equally for the maintenance of the right.* »

¹¹ CPJI, Affaire du statut juridique du Groenland oriental (Danemark c. Norvège), arrêt du 5 avril 1933, Rec. CPJI, A/B 53, par. 45.

et les technologies nouvelles qu'elle offre et qui permettent à l'Etat d'affirmer une présence plus continue et effective sur ce type de territoire, comme on le voit aujourd'hui. En ce domaine, la jurisprudence internationale sera sans doute plus exigeante à l'avenir.

Nous pouvons déduire de ce qui précède que le titre juridique du Canada sur l'ensemble de l'archipel arctique, essentiellement constitué désormais du nouvel Etat fédéré du Nunavut, ne paraît pas devoir être sérieusement contesté. L'absence de solution de continuité entre le titre autrefois détenu sur cet espace par le Royaume-Uni et sa transmission au dominion du Canada, le fait que la seule nationalité des populations habitant en ces lieux ici ait été et soit aujourd'hui exclusivement canadienne, l'application exclusive des lois et règlements du Canada, les patrouilles effectuées sont, parmi d'autres, les plus puissants éléments probatoires du titre du Canada. On pourra également prendre en compte l'énumération et la délimitation officielle de ces territoires opérées par ce pays en 1897, sous la dénomination provisoire de « District de Franklin »¹². Tout cela n'est pas sans importance pour l'appréciation de la licéité internationale de la délimitation maritime à laquelle ce pays a procédé autour de cet archipel, qui sera l'objet des développements qui suivent.

LES DROITS DU CANADA SUR LE PASSAGE DU NORD-OUEST

Plusieurs questions s'enchaînent ici pour apprécier la portée des droits dont peut disposer le Canada sur les détroits formant le Passage du Nord-Ouest. Celles qu'il convient d'affronter d'emblée ont trait au régime juridique des eaux de l'archipel arctique, en d'autres termes le problème de la licéité des lignes de base d'une mer territoriale englobante autour de l'archipel et celle de la nature d'« eaux historiques » des espaces maritimes ainsi enserrés ; ensuite survient la question de la portée de ces qualifications sur le régime juridique du Passage du Nord-Ouest en tant que détroit ou réseaux de détroits. Ce n'est qu'à l'issue de ces préalables que pourra être appréciée la portée des droits dont peut disposer le Canada sur ce fameux Passage.

La question de la licéité des lignes de base de la mer territoriale tracées par le Canada autour de son archipel arctique

Le Canada a rendu officiel un tracé extérieur des lignes de base de sa mer territoriale tout autour de son archipel arctique par la voie d'un décret en Conseil du 10 septembre 1985.

Le fait de tracer des lignes de base de la mer territoriale englobantes de l'ensemble de l'archipel nordique pour faire des eaux ainsi enserrées des eaux intérieures canadiennes ne résout cependant en rien par elle-même la question du statut ainsi que du régime juridiques susceptibles de s'appliquer au Passage du Nord-Ouest, s'il devait se confirmer que ses eaux deviennent libres de glace au moins une partie de l'année.

La technique du tracé englobant pour fixer des lignes de base d'une mer territoriale est autorisée aux Etats archipels. La méthode à laquelle ces derniers recourent est alors celle des lignes de base archipelagiques droites, comme le leur reconnaît la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (10 décembre 1982). Toutefois, un Etat archipel est un Etat entièrement constitué d'îles ou de parties d'îles : il n'a donc pas de territoire continental, au

¹² Décret du 18 décembre 1897, *Gazette du Canada*, 14 mai 1898, p. 2613. Ce district incluait « notamment toutes les terres insulaires situées au-delà du Parry Channel jusqu'aux caps les plus septentrionaux de l'île d'Ellesmere, qui sont les caps les plus proches du pôle et les plus éloignés du territoire continental canadien ».

contraire du Canada. La possession d'une mer territoriale englobante, en ce qu'elle entoure l'ensemble de l'archipel, a été un acquis essentiel que cette catégorie d'Etats a obtenu lors des négociations au sein de la III^e conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, dont est issue la Convention. C'était la condition pour que les eaux comprises à l'intérieur de ces lignes englobantes tracées en appui sur les caps les plus saillants des îles les plus excentrées de l'archipel puissent constituer, sans être assimilées à des eaux intérieures, une zone de souveraineté maritime, appelée « eaux archipélagiques ».

La question est de savoir si le Canada, qui n'est pas un Etat archipel, mais possède un vaste archipel situé en contiguïté immédiate de son territoire continental, pouvait recourir à cette méthode des lignes de base englobantes et revendiquer de la sorte le statut d'eaux intérieures, mais non d'eaux archipélagiques, pour l'espace ainsi délimité, en deçà de celles-là.

A priori, le droit international ne s'y oppose pas expressément. Au regard des Etats côtiers qui ne sont pas des Etats archipels, mais qui ont à proximité de leur littoral continental des îles dites côtières – situées dans les limites des 12 Nq de la mer territoriale –, il les autorise à y établir des points d'appui pour le tracé des lignes de base de la mer territoriale. Les îles et petits archipels côtiers peuvent donc servir de points d'appui pour projeter vers le large la mer territoriale de l'Etat côtier et agrandir ainsi la superficie de ses eaux intérieures. Le seul cas quelque peu similaire auquel il est possible de se référer est celui des archipels grecs de la mer Egée (Sporades du Nord, Sporades du Sud, Cyclades), constitués de plus de 2 000 îles. Sans avoir tracé véritablement de lignes de bases droites et continues de cap en cap pour définir une mer territoriale englobante, la Grèce parvient pratiquement au même résultat du fait de la proximité des îles entre elles : ce pays obtient en effet une mer territoriale continue tant ses îles sont nombreuses et proches les unes des autres, l'ensemble maritime se fondant en une seule unité. La Grèce a d'ailleurs soutenu fermement l'idée d'une continuité territoriale totale entre son espace continental et ses archipels égéens. Cependant, parce qu'il n'y a pas en l'espèce de lignes de base droites englobantes, l'espace créé est un espace de mer territoriale et non d'eaux intérieures.

L'archipel arctique canadien est d'une tout autre dimension. De même y a-t-il entre certaines îles servant de points d'appui aux lignes de base englobantes des distances qui sont sans commune mesure avec celles qui séparent les îles des trois principaux archipels égéens de la Grèce. C'est une ligne de plus de 200 Nq qui sépare à l'Ouest, près de l'Alaska, le cap Dalhousie du cap Kellet sur l'île de Banks, de même qu'entre le cap Prince Alfred sur cette même île et le cap Manning sur l'île du Prince Patrick qui est son opposée. Le principe d'une mer territoriale englobante comme en ont les Etats archipels ne peut dès lors que générer par endroits des lignes de bases droites de portée excessive au regard des prescriptions de la Convention de Montego Bay qui s'appliquent aux Etats côtiers continentaux¹³. Ce sont celles-là précisément que contestent les Etats-Unis. Et en ces endroits (golfe d'Amundsen, détroit de McClure, mer du Prince Gustave-Adolf), il est vrai que le Canada, dans ces grandes baies largement ouvertes sur l'océan Pacifique, aurait pu suivre le trait de côte pour délimiter sa mer territoriale, y créant par le fait même, au-delà de celle-là, une zone économique exclusive, de libre navigation internationale, l'une et l'autre non englobantes.

Pour le reste, les îles de l'archipel du Nord, de toutes dimensions, sont suffisamment rapprochées pour que leurs caps extérieurs les plus avancés vers le large fournissent de bons

¹³ La Convention de Montego Bay recommande aux Etats qui recourent, sur une côte accore, à la méthode des lignes de base droites pour établir la ligne de référence à partir de laquelle sera calculée la largeur de 12 milles nautiques de mer territoriale, de tracer des segments de droite raisonnables ne s'écartant pas sensiblement du tracé général de la côte.

points d'appui pour des lignes de base droites qui ne présentent pas de portée excessive et suivent le tracé général des littoraux extérieurs de l'archipel.

Au total, si le Canada aurait pu opter pour une formule mixte en pleine conformité avec le droit international, il est aussi possible de reconnaître ici la configuration géographique particulière du territoire canadien, dont l'unité entre sa partie continentale et sa partie insulaire doit être préservée, cela, en définitive, au bénéfice de tous. Un Etat qui a dans la continuité immédiate de son territoire continental un vaste archipel constitué de centaines d'îles, longtemps soudées par la glace de mer, ne peut que vouloir préserver l'unité de cette mixité terrestre et maritime. On n'est pas en présence d'un Etat archipel certes, mais d'un territoire mixte, continento-insulaire, présentant une spécificité marquée. Il convient de préciser enfin que le fait de reconnaître au profit du Canada cette unité territoriale entre le continent et les îles de son archipel arctique ne revient en aucune façon à raviver l'ancienne théorie des secteurs par laquelle il revendiqua jadis, au nom d'un principe de contiguïté par trop déraisonnable, la souveraineté sur un immense secteur ayant la forme d'un triangle sphérique allant de toute la largeur de son territoire au niveau du cercle polaire arctique, jusqu'au Pôle Nord. Il a renoncé à cette prétention excessive tendant à s'approprier des espaces de haute mer (banquise de mer entourant le Pôle Nord géographique) en 1973. Au regard du procédé de délimitation englobante qu'il a retenu, le Canada a pris la précaution, lorsqu'il a ratifié la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, d'assortir cet acte d'une déclaration par laquelle il exclut l'application des procédures obligatoires de règlement des différends concernant « *l'application des articles 15, 74 et 83 relatifs à la délimitation de zones maritimes ou les différends qui portent sur des baies ou titres historiques* ».

L'inutile recours du Canada à la notion d'eaux historiques

La position du Canada en ce sens a notamment été exposée à la Chambre des Communes, le 10 septembre 1985, par le secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères Joe Clark, qui a repris un argument utilisé jadis par les Etats archipels pour se voir reconnaître un statut spécifique : « *ces îles sont réunies et non pas divisées par les eaux qui les entourent. La majeure partie de l'année, elles sont reliées par la glace. De tout temps, les Inuits du Canada ont utilisé et occupé la glace de la même façon qu'ils ont utilisé et occupé la terre ferme* »¹⁴. Depuis l'Acte de transfert de l'archipel arctique qui fut opéré en 1880 par le Royaume-Uni au profit du Canada, ses voies navigables ont constitué, dans la conception de ce pays, des eaux intérieures, qualification fondée sur une présence millénaire, permanente et exclusive des Inuits, peuple aujourd'hui canadien, dans cet espace où se mêlent les terres, les bras de mers et les glaces.

Il paraît cependant inutile pour le Canada de prétendre renforcer ses prétentions sur les eaux de l'archipel en faisant référence à l'appellation d'eaux historiques. Ne peuvent être qualifiées comme telles que les eaux appartenant à des baies, dites précisément « baies historiques », d'une ouverture et d'une superficie telles qu'elles auraient appartenu sans cela à l'espace juridique international qu'est la haute mer. Jamais par le passé la qualité de baie historique n'a été revendiquée pour les anfractuosités marines les plus larges de l'archipel, ne serait-ce que parce qu'elles étaient couvertes de glace pendant la plus grande partie, si ce n'est l'intégralité, de l'année. Cela ne présentait pas d'intérêt. Et il ne paraît pas y en avoir aujourd'hui.

A l'intérieur de l'archipel, là où les chenaux intérieurs s'évasent pour constituer des espaces autres que des détroits, on se trouve en présence d'eaux qui, dans un polygone

¹⁴ Cité par Rob HUEBERT, « Impact du changement climatique sur le Passage du Nord-Ouest », *Isuma*, vol. II, n° 4, hiv. 2001.

archipélagique, seraient tout simplement qualifiées d'eaux archipélagiques, c'est-à-dire des eaux de souveraineté qui ne sont ni des eaux intérieures ni des eaux relevant de la mer territoriale. En l'occurrence, ce sont, pour le Canada, au mieux des eaux intérieures, au pire des eaux territoriales. Seules deux baies historiques sont reconnues de façon séculaire au Canada : le Golfe du Saint-Laurent et la Baie d'Hudson. Pour le reste, outre des manifestations de souveraineté séculaires, la qualité de baie historique que revendiquerait le Canada sous l'appellation d'eaux historiques supposerait l'absence de contestation, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

L'autonomie juridique du Passage du Nord-Ouest en tant que détroit international par rapport à la notion d'eaux intérieures ou d'« eaux historiques »

L'acquisition de la qualité de détroit international résulte d'un processus exclusivement objectif et fonctionnel. Si, à un moment donné, un détroit devient une route utile à la navigation internationale pour relier de part et d'autre de ses deux débouchés des espaces maritimes de libre navigation, ce que sont la haute mer et les zones économiques exclusives, il entre de ce seul fait dans la catégorie des détroits internationaux. Sont internationaux les détroits qui « *servent à la navigation internationale entre une partie de la haute mer ou une zone économique exclusive et une autre partie de la haute mer ou une zone économique exclusive* » (Convention de Montego Bay, article 37).

Appliquée au Passage du Nord-Ouest, dès lors qu'il serait, même pour une partie de l'année seulement, libéré des glaces, il deviendrait un détroit international qui, à défaut d'une convention internationale spécifique le concernant, serait intégralement soumis aux dispositions de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer applicables aux détroits internationaux et dont la règle principale est celle d'un droit de libre transit des navires de tous pavillons (article 38 de la Convention)¹⁵. Le fait que les eaux du Passage soient intégralement des eaux intérieures, si on accepte par hypothèse la délimitation englobante de la mer territoriale de l'archipel arctique adoptée par le Canada, n'est donc d'aucun effet sur le statut juridique, ainsi que le régime juridique qui seraient alors applicables à ce réseau de détroits.

Pour autant, cela ne veut pas dire que l'Etat riverain, qui est en l'occurrence le même sur les deux rives du Passage, ne disposerait pas de garanties juridiques pour assurer sa sécurité et la qualité de l'environnement marin et côtier dans cette zone. Il est de même possible de permettre à ce pays d'en obtenir de nouvelles, parce que la finalité d'un ordre juridique n'est pas de s'auto-satisfaire, mais de protéger et de réguler.

L'appréciation des droits du Canada sur les détroits constituant le Passage du Nord-Ouest

Le constat préalable qu'il convient de faire avant de pousser l'analyse est celle de l'absence de traitement particulier des détroits polaires dans la Convention de Montego Bay.

La Convention sur le droit de la mer ne consacre pas de disposition spécifique aux détroits polaires et, *a fortiori*, aux détroits arctiques. Il faut sans doute le regretter compte tenu de la particularité que présentent ces espaces.

Il existe bien dans la Convention un article 234 afférent aux « zones recouvertes de glaces ». Cette disposition, dénommée familièrement « clause arctique » en raison du fait que c'est le Canada lui-même qui en fut le promoteur lors des négociations sur la Convention de

¹⁵ Le Canada a ratifié la Convention de Montego Bay en 2003.

Montego Bay, stipule : « *les Etats côtiers ont le droit d'adopter et de faire appliquer des lois et règlements non discriminatoires afin de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires dans les zones recouvertes de glaces et comprises dans les limites de la zone économique exclusive, lorsque les conditions climatiques particulièrement rigoureuses et le fait que ces zones sont recouvertes par les glaces pendant la majeure partie de l'année font obstacle à la navigation ou la rendent exceptionnellement dangereuse, et que la pollution du milieu marin risque de porter gravement atteinte à l'équilibre écologique ou de le perturber gravement. Ces lois et règlements tiennent dûment compte de la navigation et de la préservation du milieu marin sur la base des données scientifiques les plus sûres dont on puisse disposer.* » Cependant, outre qu'elle ne concerne pas en propre les détroits susceptibles d'être recouverts par des glaces et qu'elle est destinée, dans l'esprit même de ses promoteurs, à protéger les zones économiques exclusives arctiques, cette disposition, interprétée dans un sens extensif n'autoriserait pas l'Etat côtier à fermer un passage à la navigation. Elle exigerait en outre que des lois et règlements restrictifs afférents à celui-là soient fondés sur des données objectives démontrant la dangerosité exceptionnelle que représenterait une ouverture à la navigation internationale et que des données scientifiques viennent démontrer le caractère écologiquement fragile et susceptible d'être atteint de façon irréversible du milieu marin dans l'espace visé.

Une hypothèse ouverte au Canada : le recours à une qualification juridique spécifique, les détroits de l'article 45 de la Convention de Montego Bay

Le Passage du Nord-Ouest, dans sa trajectoire « méridionale », n'est pas linéaire. Ce n'est pas un détroit, mais un réseau de plusieurs détroits. En allant d'Est en Ouest, relier l'Atlantique et le Pacifique par cette voie nécessite d'emprunter tour à tour la partie orientale du Parry Channel, constituée par le Lancaster Sound, et le Barrow Strait, puis virant franchement au Sud, le M'Clintock Channel et le Victoria Strait, qui débouche dans le Queen Maud Gulf, avant d'embouquer en virant plein Ouest le Dease Strait, qui mènera dans le Coronation Gulf, puis le Dolphin and Union Strait, pour déboucher enfin dans l'antichambre de l'océan Pacifique qu'est le golfe d'Admunsen. Tous ces détroits et deux baies « intermédiaires » auxquels ils donnent accès sont de largeurs, de longueurs et d'orientations très diverses. Ils forment un réseau pour le moins complexe de voies maritimes, succession serpentine de détroits donnant accès à une succession d'espaces maritimes plus larges cartographiés sous l'appellation de golfes, qui ont la qualité soient d'eaux intérieures – sans être des baies historiques *stricto sensu* –, soit d'eaux territoriales, selon qu'on accepte ou pas la délimitation englobante mise en œuvre par le Canada.

Face à une telle configuration géographique, unique au monde, et dans l'hypothèse d'une ouverture naturelle de ces détroits à la navigation internationale, le Canada pourrait avoir intérêt à ce que ce qu'ils soient considérés individuellement et non plus comme s'il s'agissait d'un détroit unique, comme le sous-entend le terme de « passage ». En l'occurrence, le Canada ne doit pas se laisser inhiber par l'appellation traditionnelle mais non juridique de « Passage du Nord-Ouest » donnée depuis des lustres par les explorateurs européens. Il n'existe pas une catégorie « passage » en droit de la mer qui s'appliquerait à une succession, linéaire ou tortueuse, de détroits. Ces détroits canadiens, qui constituent le trajet le plus au Sud – par nature le plus précocement dégagé des glaces à la sortie de l'hiver – et, par conséquent, celui qui est considéré le plus fréquemment quand on parle de Passage du Nord-Ouest, devraient pouvoir être considérés individuellement.

Toutefois, pris séparément, ils ne pourraient plus être considérés comme mettant en communication des parties de mers libres en ce sens qu'ils cesseraient de mettre en communication des espaces de zone économique exclusive et de haute mer. Ils relèveraient

d'une catégorie spécifique de détroits, dite « de l'article 45 »¹⁶ de la Convention de Montego Bay – détroits auxquels s'applique le régime du libre passage inoffensif – et non plus de ceux de l'article 38 de la même Convention – détroits auxquels s'applique le régime du libre transit, plus libéral. Le Canada pourrait alors faire valoir sur ces espaces des capacités accrues de gestion de la navigation internationale, car c'est ni plus ni moins le droit de libre passage inoffensif tel qu'il s'applique dans la mer territoriale d'un Etat côtier qui viendrait s'appliquer, en laissant au Canada des droits importants dans la gestion de la navigation.

L'exercice du droit de libre passage inoffensif ne peut être suspendu dans ces détroits parce qu'il garantit leur caractère international et y protège la liberté de navigation. Néanmoins, en précisant que c'est le régime du passage inoffensif tel qu'il est prévu dans la partie de la Convention de Montego Bay consacrée à la mer territoriale qui s'y applique, c'est un esprit de souveraineté et donc de droits étendus de l'Etat riverain qui s'y imposera. Le passage devra y être notamment continu et rapide – ce qui n'est d'ailleurs pas acquis en de tels lieux –, soumis aux lois et règlements de l'Etat riverain, dépourvu de toute atteinte ou de tout risque d'atteinte à son ordre public, à sa sécurité, à son environnement. De même le riverain pourrait-il instituer des dispositifs contraignants pour le passage des navires : dispositifs de séparation de trafic, passage en convois escortés, etc. Voilà qui laisserait assez de latitude au Canada pour gérer l'exercice de sa souveraineté sur ces eaux et sa sécurité nationale, à tous égards, y compris sous son aspect environnemental, essentiel. L'article 21 de la Convention de Montego Bay, sous l'intitulé « Lois et règlements de l'Etat côtier relatifs au passage inoffensif » détaille tout l'arsenal juridique à la disposition de l'Etat dans les eaux correspondantes, notamment l'application de sa législation en matière de conservation des ressources biologiques de la mer, de préservation de l'environnement, de sécurité de la navigation et de régulation du trafic maritime.

En complément du droit : des arguments politiques d'attente favorables au Canada

L'incomplète ouverture climatique des détroits au cours de l'année

D'abord, l'espace maritime considéré n'est pas un espace ouvert, mais resserré, étroit même par endroits. Ensuite, sa libération totale par les glaces n'est pas encore un fait acquis. Enfin, il ne s'agit pas de n'importe quel passage : les détroits qui le composent sont situés dans une zone extrêmement fragile sur le plan écologique et d'autant plus fragile que son éloignement septentrional y rendrait très délicat, voire impossible, en tout cas très destructeur, l'accident qui toucherait un pétrolier ou un navire chimiquier en livrant à la mer leur cargaison. Ces voies maritimes sont empruntées par la mégafaune marine, en particulier les baleines qui viennent s'y nourrir.

L'incapacité de contrôler la navigation et d'assurer la sécurité ainsi que celle des zones côtières dans une zone de souveraineté

L'ouverture d'un détroit, quel qu'il soit, à la navigation internationale, ne fait pas disparaître la souveraineté du ou des Etats riverains sur ses eaux. Bien au contraire, celui-ci y exerce des droits et s'y trouve soumis à des obligations substantielles, comme celle d'assurer et de garantir, selon le type de détroit, le libre transit ou le libre passage inoffensif de la navigation internationale, ce qui implique d'en assurer la sécurité. Dans l'Arctique, spécialement l'Arctique canadien, cette considération revêt une importance majeure : les centres urbains et portuaires actifs disposant de moyens maritimes et aériens de lutte contre

¹⁶ Cf. l'analyse la plus complète et détaillée sur cette catégorie de détroits, l'article de Siméon KARAGIANNIS, « Les détroits internationaux reliant la mer territoriale d'un Etat à la haute mer ou à la zone économique exclusive d'un autre Etat », *Annuaire du droit de la mer*, tome XII, 2007, pp. 141-226.

une pollution grave sont très éloignés des détroits formant le Passage du Nord-Ouest ; de plus, le Canada ne dispose pas encore sur place des stations de contrôle et de suivi de la navigation qui seraient en mesure de prévenir les accidents de mer dans une zone qui restera encore dangereuse.

Un manque du droit international de la mer au regard des détroits polaires

Les dispositions des articles 38, 39 et 41 de la Convention de Montego Bay qui précisent les droits des Etats riverains sur les détroits internationaux, ainsi que les obligations des navires usant de leur droit de libre transit dans ces mêmes détroits ne sont pas spécialement adaptées aux détroits des régions polaires. De même, l'article 234 de la Convention revêt un caractère trop général, s'appliquant comme on l'a vu à toutes les espaces marins recouverts de glaces.

Comme nous avons eu l'occasion de l'évoquer en d'autres lieux¹⁷, à notre sens mérite d'être posée la question de savoir s'il ne conviendrait pas pour les parties prenantes, voire l'ensemble des Etats, d'affronter avec vigueur une alternative : soit de conférer par la voie d'une convention spécifique un régime juridique particulier et adapté aux détroits constituant le Passage du Nord-Ouest, dont l'objet essentiel serait d'instaurer une protection spécifique de ces derniers en conférant au Canada des compétences particulières pour y réguler la navigation ; soit d'introduire dans le droit international public universel une nouvelle catégorie de détroits, ceux des espaces polaires situés au-delà des cercles polaires arctique et antarctique (aux latitudes 60° N et 60° S).

Toutefois, il ne faut pas pour autant éluder les difficultés qui se dressent encore devant de telles perspectives.

¹⁷ Cf. Jean-Paul PANCRACIO, *Droit de la mer*, Dalloz, Paris, 2010, 520 p.