

Opérations navales dans l'eau Arctic



Les difficultés juridiques que présentent les opérations navales dans l'Arctique Canadien

Série de documents juridiques stratégiques
du cabinet du juge-avocat général
Fascicule 3



Office of the Judge Advocate General

Cabinet du Juge-avocat général



National
Defence

Défense
nationale

Canada





National Défense
Defence nationale

A-LG-007-SLA/AF-003

OPÉRATIONS NAVALES DANS L'EAU ARCTIC

LES DIFFICULTÉS JURIDIQUES QUE PRÉSENTENT LES OPÉRATIONS NAVALES DANS L'ARCTIQUE CANADIEN

**SÉRIE DE DOCUMENTS JURIDIQUES STRATÉGIQUES
DU CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL
FASCICULE 3**

(BILINGUE)

Publication autorisée par le Chef d'état-major de la Défense

BPR : JAG-DAJS

2008-06-18

Canada

ÉTAT DES PAGES EN VIGUEUR

Insérer les pages le plus récemment modifiées et se défaire de celles qu'elles remplacent conformément aux instructions pertinentes.

NOTA

La partie du texte touchée par le plus récent modificatif est indiquée par une ligne verticale noire dans la marge de la page. Les modifications aux illustrations sont indiquées par des mains miniatures à l'index pointé ou des lignes verticales noires.

Les dates de publication des pages originales et modifiées sont :

Original	0	2008-06-18	Mod	3
Mod	1		Mod	4
Mod	2		Mod	5

Un zéro dans la colonne Numéro de modificatif indique une page originale. La présente publication comprend 47 pages réparties de la façon suivante :

Numéro de page	Numéro de modificatif	Numéro de page	Numéro de modificatif
Couverture	0	i/ii	0
Titre	0	1 à 42	0
A	0		

Personne responsable : JAG-DAJS

© 2008 DND/MDN Canada

TABLE DES MATIÈRES

	PAGE
I – INTRODUCTION.....	1
II – L’ARCTIQUE CANADIEN	4
III – LES EAUX ARCTIQUES CANADIENNES : DE LA THÉORIE DES SECTEURS À CELLE DES EAUX HISTORIQUES.....	10
IV – LES EAUX ARCTIQUES CANADIENNES : ÉVOLUTION DU DROIT CANADIEN DE LA MER DEPUIS 1985	18
V – LES EAUX DE L’ARCTIQUE CANADIEN ET L’UNCLOS	23
VI – DROITS DE NAVIGATION MARITIME ET EAUX ARCTIQUES CANADIENNES.....	25
VII – EXERCICE DE LA SOUVERAINETÉ ET APPUI À LA MISE EN APPLICATION DE LA LOI : REPOUSSER LES LIMITES.....	33
VIII – CONCLUSION.....	42

L'auteur, Capc Guy Killaby, CD, LL.B., LL.M., est un membre du Cabinet du Juge-avocat général. Il a agi à titre de conseiller juridique lors des missions en Croatie et en Bosnie en 1995, dans le golfe Persique en 1998, au Kosovo en 1999 et dans la mer d'Oman et le golfe d'Aden en 2008. Les vues exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du ministère de la Défense nationale, des Forces canadiennes ou celles d'un organisme gouvernemental.

I – INTRODUCTION

Le 28 mai 2008, à Ilulissat, au Groenland, les cinq États bordant l'océan Arctique – le Canada, le Danemark, la Norvège, la Fédération de Russie et les États-Unis – ont adopté une déclaration concernant le recours à la voie diplomatique pour assurer le règlement méthodique des recoupements possibles des revendications concurrentes dans l'Arctique¹. Les participants à la Conférence ont affirmé leur volonté de continuer à respecter le cadre international global que constitue le droit de la mer², en ce qu'il permet la reconnaissance d'importants droits et obligations concernant la délimitation des plateaux continentaux, la protection de l'environnement marin dont les zones recouvertes de glace, la liberté de navigation, la recherche scientifique en milieux marins et autres utilisations de la mer³. Il résulte de cet engagement envers le traité déjà existant que les cinq États côtiers de l'océan Arctique n'ont pas jugé nécessaire d'établir un régime juridique particulier pour l'Arctique. Ils proposent d'approfondir leur coopération par des ententes bilatérales ou multilatérales entre les États intéressés.

La Déclaration d'Ilulissat a été saluée par certains participants comme l'événement marquant la fin de « la course au Pôle Nord », étant donné que le plateau continental des États serait désormais défini en conformité avec l'article 76 de la Convention, et non considéré comme faisant partie d'une fiducie internationale ou du patrimoine commun de l'humanité, comme semblaient l'espérer certains États européens et d'autres observateurs de l'Arctique. L'importance de la Déclaration pour les Canadiens réside dans le fait que les cinq États côtiers de l'Arctique ont rejeté l'idée d'instaurer un régime juridique radicalement nouveau pour gouverner l'Arctique, comme on l'avait fait pour l'Antarctique⁴. Nos droits sur les eaux et le fond de l'océan Arctique et des îles de l'Arctique seront donc déterminés en fonction des dispositions de la Convention.

Ces droits juridiques internationaux croîtront en importance au fur et à mesure que le gouvernement du Canada se heurte à de nouveaux conflits politiques et juridiques dus aux changements climatiques, économiques et géopolitiques. Pour le Canada, la fonte accélérée des glaciers dans l'Arctique représente un énorme défi en matière de sécurité. La perspective de voir se développer le transport commercial dans l'Arctique et se renforcer

¹ Déclaration d'Ilulissat, Conférence sur l'océan Arctique, Ilulissat, Groenland, du 27 au 29 mai 2008, <http://arctic-council.org/filearchive/Ilulissat-declaration.pdf>.

² La Déclaration ne renvoie pas expressément à la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* de 1982 [la *Convention* ou UNCLOS]. Cela peut être attribué au fait que les États-Unis n'ont pas encore ratifié la Convention.

³ *Supra* note 1.

⁴ La Déclaration a reçu un accueil mitigé au Canada. Mises à part les critiques concernant le choix du ministre des Ressources naturelles, Gary Lunn, comme représentant national, plutôt que le ministre des Affaires étrangères, la majorité des commentaires canadiens portaient sur l'opportunité de la politique d'accommodement pratiquée par le Conseil de l'Arctique. Ce Conseil est une coalition de 8 nations des États Nordiques – Canada, Danemark (Groenland, Îles Féroé), Finlande, Islande, Norvège, Suède, Fédération de Russie, États-Unis – et comprend des États non arctiques, des associations autochtones ainsi que des organisations non gouvernementales ayant statut d'observateurs. Comme il est souligné dans « Conference could mark start of Arctic power struggle », Randy Boswell, *Canwest News Service* (28 mai 2008), en ligne : <http://www.dose.ca/news/story.html?id=d0135cd8-c15a-48a3-9579-0df5f8e185c1>, les opinions étaient divisées quant à l'effet de la Déclaration sur le Canada :

[TRADUCTION] Le politologue Rob Huebert de l'Université de Calgary a dit que le plan des cinq pays pour gérer les affaires océaniques signifie que les questions liées à l'Arctique seront traitées sur une base bilatérale ad hoc, au cas par cas. Or l'Arctique est bien trop compliqué pour être géré de cette façon de nos jours. Selon lui, les problèmes imminents requièrent un Conseil de l'Arctique musclé, faute de quoi la situation ne pourra que se dégrader.

[TRADUCTION] Le politologue Michael Byers de l'Université de Colombie-Britannique loue quant à lui l'orientation du groupe qu'il a baptisé « le club des 5 de l'Arctique ». Le sommet des cinq nations était la tribune idéale pour discuter des questions du droit de la mer en ce qu'elles sont liées au fond océanique. Les pays qui ne bordent pas l'océan Arctique n'ont pas les mêmes intérêts et ne risquent pas de connaître les mêmes conflits concernant ces régions et les ressources qu'elles abritent.

l'intérêt pour l'exploitation des ressources énergétiques qu'il recèle amène le public à s'interroger sur la capacité du Canada à y faire appliquer ses mesures de contrôle de la pollution et sa réglementation de la pêche. De plus, cet essor des activités commerciales se produira dans des eaux qui servent depuis des décennies de théâtre couvert à des opérations stratégiques sous-marines. Paradoxalement peut-être, la réduction du couvert de glace pourrait rendre l'océan Arctique et les eaux de l'archipel Arctique encore plus attrayants pour les opérations stratégiques nucléaires sous-marines : vaste et dur, l'océan Arctique est creux dans les bassins océaniques et peu profond sur le plateau continental et ses glaciers en mouvement constant sont parfois solides comme le roc et fondent d'autres fois rapidement. Bien que ces caractéristiques physiques et hydrographiques affectent évidemment le mouvement des sous-marins, ce sont précisément les changements de profondeur, de salinité et de caractéristiques acoustiques provoqués par le mouvement, la fragmentation et la fonte des glaces qui procurent une couverture naturelle pour le maintien des moyens de dissuasion stratégique sous-marins.

Par ailleurs, les intérêts territoriaux du Canada dans les îles et les eaux arctiques se trouvent déjà au cœur de certains différends au sujet des limites maritimes et terrestres, notamment les conflits avec le Danemark au sujet de la souveraineté sur l'île Hans dans le détroit de Nares⁵ et de la délimitation des eaux et des plateaux continentaux de la mer de Lincoln, ainsi qu'un différend similaire avec les États-Unis à propos de la mer de Beaufort⁶. Cependant, les différends les plus importants et les plus connus résultent de l'établissement par le gouvernement canadien en 1985 des lignes de base droites autour des eaux des îles de l'Arctique ainsi que leurs désignations comme étant « des eaux intérieures en vertu d'un titre historique ». Cette assertion de « souveraineté dans l'Arctique » se voulait aussi une riposte aux revendications d'autres pays – prématurées d'après le Canada – selon lesquelles le passage du Nord-Ouest à travers les eaux de l'archipel Arctique constitue un « détroit international » par lequel les navires étrangers peuvent licitement exercer leur droit de passage en transit conformément aux dispositions de l'UNCLOS et au droit international coutumier. Dans le passé, il y avait peu d'intérêt à régler ce conflit, puisque le passage du Nord-Ouest tenait depuis longtemps plus de la fable que d'une voie maritime de communication pratique. Le coût prohibitif de l'exploitation du pétrole et du gaz de l'Arctique ainsi que l'inaccessibilité commerciale des eaux arctiques freinaient l'enthousiasme que pouvaient avoir les pays côtiers de cet océan à régulariser leurs revendications de juridiction respectives. Aussi, bien que les deux superpuissances de la guerre froide aient persisté à mener de fréquentes opérations sous-marines secrètes sous les glaces de l'océan Arctique et des îles de l'Arctique, l'effondrement de l'Union soviétique a fini par reléguer cette question au second plan.

Toutefois, outre les changements climatiques, un certain nombre de facteurs ont simultanément suscité un intérêt mondial pour les eaux et le fond de l'océan Arctique : la volatilité des produits pétroliers et gaziers sur le marché mondial, les préoccupations touchant la vulnérabilité des infrastructures des fournisseurs, les nouvelles opportunités de transport commercial par le passage du Nord-Ouest et vers des destinations dans l'océan Arctique, l'émergence des économies en développement et des puissances maritimes régionales à la recherche de nouvelles ressources et d'accès aux infrastructures de transport, ainsi que le relâchement et le réalignement des alliances militaires traditionnelles du Canada.

Le Canada devra s'ajuster à ces circonstances changeantes tout en conciliant quelques-unes de ses déclarations et revendications avec la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* de 1982⁷. Le Canada a signé la *Convention* le 10 décembre 1982 et, bien que celle-ci soit entrée en vigueur après la 60^e ratification le 16 novembre 1994, le Canada ne l'a ratifiée que beaucoup plus tard, en 2003. La Convention a ajouté le concept de « zone économique exclusive » au régime des zones maritimes déjà en place, a étendu la compétence des

⁵ L'île Hans est une petite île inhabitée de moins d'un mille de long, située entre le Groenland et l'île d'Ellesmere dans le détroit de Nares, et que revendiquent le Canada et le Danemark. L'*Accord relatif à la délimitation du plateau continental entre le Danemark et le Canada*, signé le 17 décembre 1973, délimite les frontières des eaux et du plateau continental entre l'île d'Ellesmere et le Groenland. À cause de sa petite taille et de son absence de ressources, les deux États se sont entendus, à l'époque de l'Accord, pour mettre de côté la question de la souveraineté sur cette île.

⁶ Le 141^e méridien est considéré comme la frontière terrestre entre l'Alaska et le territoire du Yukon depuis 1825. Toutefois, à cause de l'expansion de l'exploration pétrolière et du forage dans la mer de Beaufort, la délimitation des eaux et du plateau continental est devenue problématique. Le Canada maintient que les traités pertinents et le droit international appuient le prolongement du 141^e méridien depuis la terre jusqu'en mer, alors que les É.-U. invoquent la règle de la ligne équidistante.

⁷ La *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* est disponible en ligne : http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_f.pdf.

pays côtiers sur une plus grande surface de leur plateau continental, et a confirmé les droits de navigation traditionnels comme le droit de passage inoffensif. Elle a également établi d'importants nouveaux droits de navigation tels le droit de passage en transit et le droit de passage archipélagique par les routes de navigation. Ces nouvelles zones côtières ainsi que les récentes formulations des droits de navigation ont modifié la structure juridique internationale sur laquelle le Canada faisait reposer sa souveraineté sur les eaux intérieures et la mer territoriale et l'exercice légal de ses droits sur sa zone économique exclusive et son plateau continental. Au cours des négociations ayant mené à la signature de la *Convention*, les intérêts du Canada en matière de réglementation et de contrôle d'application, tout comme ceux de nombreux autres pays côtiers, se sont régulièrement heurtés à la traditionnelle « liberté des mers » revendiquée par plusieurs pays maritimes⁸. L'équilibre instauré par la *Convention*, qui garantit notamment la souveraineté des États côtiers et leur droit de réglementer certaines matières, a servi à calmer les inquiétudes grandissantes des États maritimes devant le caractère rampant et l'alourdissement des réglementations, ainsi que les inquiétudes des États côtiers devant le pillage du patrimoine commun de l'humanité⁹.

Les termes « souveraineté dans l'Arctique » ont longtemps été entourés d'une aura romantique et nationaliste pour les Canadiens, mais ont rarement suscité des engagements actifs. L'établissement des lignes de base droites entourant les îles de l'Arctique en 1985 constitue une affirmation expresse de pleine souveraineté et compétence sur ces eaux hostiles et éloignées, à l'exacte image des droits exercés sur son territoire terrestre et maritime. Toutefois, le régime juridique qu'ont établi et maintenu les gouvernements canadiens successifs pour régir les eaux arctiques situées au-delà de la mer territoriale témoignait d'une volonté de limiter la compétence du Canada à la prévention de la pollution et au contrôle de la pêche. Parce qu'elles constituent la seule arme du gouvernement canadien ayant la capacité d'opérer efficacement et continûment dans ces eaux éloignées, c'est tout naturellement aux Forces canadiennes qu'il reviendra de mener des opérations navales pour assurer l'appui nécessaire au contrôle d'application de la loi. Nous examinerons dans le présent document la dissonance juridique qui existe entre le régime canadien régissant les eaux arctiques et les obligations juridiques qui découlent pour le Canada de la Convention, et nous nous appliquerons à démontrer en quoi cela influera sur la conduite des opérations navales.

Après un nécessaire examen des caractéristiques physiques et stratégiques de la région arctique, tant sur le plan commercial que militaire, nous dresserons une brève chronologie des revendications juridiques du Canada sur les eaux arctiques. Cet historique servira à mettre en contexte l'analyse de la revendication du Canada sur les eaux à l'intérieur des lignes de base droites entourant l'archipel arctique et le défi que pose l'affirmation des droits de navigation dans ces eaux. La solidité de la position canadienne ne sera pas ici mesurée, mais sa nature juridique fera l'objet d'une analyse. Les parties de la Convention qui établissent les droits et responsabilités des États côtiers sur les eaux adjacentes et qui définissent les droits de navigation relatifs au passage inoffensif et au passage en transit, seront particulièrement importantes dans le cadre de cette analyse.

Enfin, nous analyserons les répercussions juridiques de la prétention aux eaux intérieures historiques sur les activités de la Marine canadienne en appui au contrôle d'application des lois dans l'Arctique et sur sa mission

⁸ La *Convention sur la haute mer* de 1958, art. 2 : « La haute mer étant ouverte à toutes les nations, aucun État ne peut légitimement prétendre en soumettre une partie quelconque à sa souveraineté... ». Le professeur Donat Pharand a fait remarquer qu'aucune voix ne s'était fait entendre à l'encontre de cette consécration de la liberté des mers à la Convention de Genève : Donat Pharand, « Freedom of the Seas in the Arctic Ocean » (1969) 19 U.T.L.J. 210 à la p. 210. Elliot L. Richardson, qui présidait la délégation américaine lors de la Troisième Conférence, a dans une formule concise souligné l'élément militaire dominant de la doctrine de la liberté des mers : [TRADUCTION] « Les navires de guerre et les aéronefs pouvaient circuler librement à l'extérieur de la mer territoriale. À l'intérieur des mers territoriales, le mouvement des navires de guerre et des aéronefs étrangers était régi par le droit de passage inoffensif. Alors que les navires de guerre de surface avaient le droit de transiter sans avertissement préalable, le droit de passage inoffensif requérait que le transit ne porte pas atteinte à la paix, au bon ordre et à la sécurité de l'État côtier. Les sous-marins et les aéronefs ne jouissaient pas de cette liberté : le passage inoffensif ne s'appliquait pas au transit des aéronefs ou des sous-marins en plongée. » Elliot L. Richardson, « Power, Mobility, and the Law of the Sea » (1979-1980) 58 Foreign Affairs 902 à la p. 905.

⁹ Wayne S. Ball, « The Old Grey Mare, National Enclosure for the Ocean » (1996) 27 Ocean Development and International Law 103. Pour Ball, le caractère rampant des compétences correspond à l'expansion physique de la compétence réglementaire, alors que l'alourdissement de la réglementation renvoie à l'élargissement de la gamme d'activités visées dans les zones prescrites.

militaire de protéger la souveraineté du Canada. Nous examinerons l'incidence de la position juridique du Canada et du droit international de la mer — le gouvernement canadien ayant maintenant pris la décision de faire reposer ses revendications sur l'UNCLOS — sur les fondements juridiques distincts de ces missions. Nous évoquerons la complexité de la planification et de l'exécution simultanée de ces tâches ainsi que les contraintes légales qui en découlent.

II – L'ARCTIQUE CANADIEN

L'élément dominant de la région arctique canadienne est l'océan Arctique. Il s'agit de la partie de l'océan mondial située dans le cercle polaire arctique (66° 32 2/3 ' N). Sa surface totale est d'environ 14 millions de kilomètres carrés et il est bordé par la Russie, le Canada, les États-Unis et le Groenland. La surface du plateau continental équivalait à un peu plus de la moitié de la surface de l'océan¹⁰.

Les points d'entrée et de sortie de l'océan Arctique se limitent au détroit de Béring, aux eaux archipélagiques du Canada et au détroit de Davis, au passage Groenland – Islande – Royaume-Uni, et aux détroits du Danemark et de la Baltique. Bien qu'il soit entouré de nombreuses îles, l'océan Arctique est considéré comme un bassin parce que ses eaux centrales sont dépourvues d'îles et sont profondes¹¹. L'archipel arctique canadien est composé de 73 îles majeures de plus de 50 milles carrés, et d'environ 18 114 îles plus petites. L'archipel s'étend sur près de 1000 milles au nord de la côte continentale.

L'océan Arctique est recouvert de glace sur une surface d'environ 5,2 millions de kilomètres carrés en été, et 11,7 millions de kilomètres carrés en hiver. Il y a deux catégories de couvert glaciaire : les banquises, c'est-à-dire la glace qui s'est accumulée sur un grand nombre d'années, et les glaces annuelles qui se forment durant une seule saison. Les banquises ont une épaisseur moyenne de 3 à 3,5 mètres et leur surface tend à être plus accidentée que la glace annuelle. L'épaisseur de cette surface peut varier de quelques pouces à près de 200 pieds¹². Un chenal ou une polynie se forme lorsqu'une entaille ou une fissure dans la banquise laisse surgir de l'eau libre¹³. D'autres entailles ou fissures peuvent provoquer le déplacement vertical de la glace à la surface de l'eau, et des crêtes de pression sous glace dans l'eau. La glace se déplace normalement dans le sens des aiguilles d'une montre dans l'océan Arctique et son mouvement est influencé par le vent et les courants qui vont et viennent dans les détroits¹⁴.

¹⁰ L'océan Arctique comprend les mers de Norvège, de Barents, de Beaufort, de Tchoukotka, de Sibérie orientale, de Laptev, de Groenland et de Kara, la baie de Baffin ainsi que les eaux de l'archipel arctique canadien (îles de la Reine-Élizabeth et îles Sverdrup). La proportion du plateau continental par rapport à la surface de l'océan est beaucoup plus importante que dans les autres océans.

¹¹ L'accident géographique sous-marin dominant dans l'océan Arctique est la dorsale Lomonosov, qui mesure 1700 km des îles de la Nouvelle-Sibérie jusqu'à l'île d'Ellesmere. Du côté pacifique de la dorsale se trouvent deux bassins profonds, le bassin de Markarov et le bassin canadien, et du côté atlantique, deux autres bassins, le bassin eurasiatique et le bassin de Fram.

¹² Capv T.M. Le Marchand, « Under Ice Operations » (mai-juin 1985) *U.S. Naval War College Review*, 19 à la p. 21 : [TRADUCTION] « Son épaisseur inégale est causée par les fissures, la fragmentation et la compression continues de la banquise qui réagit selon les courants océaniques et les mouvements de la masse terrestre ».

¹³ Robert M. Bone, *The Geography of the Canadian North: Issues and Challenges*, 2^{ème} éd., (Oxford University Press, 2003) à la p. 41; Marchand, *supra* note 12 à la p.21 : Les chenaux et les polynies peuvent mesurer plusieurs milles de long et plusieurs centaines de verges de large. Ces phénomènes se produisent tout au long de l'année et occupent environ 10 % de la surface de la banquise. Une large polynie, communément appelée « North water » existe depuis des décennies au nord de la baie de Baffin, dans le détroit de Smith.

¹⁴ Peter Hayden, « The Strategic Importance of the Arctic: Understanding the Military Issues » (mars 1987) *DND Strategic Issues Paper* No. 1/87 à la p.5 : Puisque aucun facteur influençant la dérive, le mouvement, l'étendue et l'épaisseur des glaciers n'est constant, les activités sous la glace sont basées sur les conditions dominantes plutôt que sur des prédictions.

La navigation de surface est possible le long des limites méridionales de l'Arctique. La route maritime du Nord (ou passage du Nord-Ouest) passe au nord de la Russie, par les détroits entre les grandes îles côtières et le continent sibérien. Ce passage au nord du Canada mesure environ 2 850 milles marins de long et comprend au moins cinq routes reconnues dont deux sont navigables par des navires de surface ayant un tirant d'eau jusqu'à 20 mètres¹⁵ et trois le sont par des sous-marins¹⁶.

Les voies d'approche à l'est du passage du Nord-Ouest sont marquées par la présence d'icebergs qui se sont détachés des glaciers situés dans le nord-ouest du Groenland, de l'île d'Ellesmere et de l'île Devon, et qui ont dérivé au sud vers les côtes canadiennes¹⁷. Le courant du Labrador les transporte vers les eaux de Terre-Neuve-et-Labrador. Dans les voies d'approche à l'ouest du passage de la mer de Beaufort, s'est formée une zone de glace annuelle, zone de transition de 50 à 100 milles de largeur, entre les glaciers et la banquise côtière. Cette voie a toujours été navigable par les navires de surface de la fin juin jusqu'en octobre.

Les caractéristiques physiques uniques de l'océan Arctique, soit l'important couvert de glace, la grande quantité d'eau fraîche provenant des bassins hydrologiques de l'Eurasie et de l'Amérique du Nord, ainsi que les points de passage obligés restreints, peuvent non seulement rendre l'océan Arctique très vulnérable aux perturbations hydrographiques, mais également déclencher des changements d'une envergure encore plus grande dans la circulation et le climat océaniques. Par exemple, les eaux froides de l'Arctique qui se déversent dans le nord de l'océan Atlantique contribuent à faire fonctionner le « convoyeur Atlantique ». Cette pompe thermique océanique envoie de l'eau froide profonde vers le sud. Cette eau revient ensuite des tropiques sous la forme d'eau de surface chaude. C'est ce qu'on appelle le Gulf Stream, lequel sert à son tour à tempérer le climat de la région Nord Atlantique ainsi que le climat global de la terre¹⁸.

Les processus physiques assurant le bon fonctionnement de la pompe thermique océanique, aussi connue sous le nom de « circulation thermohaline », n'étant pas encore entièrement compris, les récentes données portant sur la réduction du volume de glace dans la région arctique ont conduit à la formulation de différentes prédictions à propos de son effet sur le couvert de glace dans l'Arctique canadien. Les dernières données portent à croire que la calotte glaciaire de l'océan Arctique diminue de 10 % par décennie, plutôt que de 3 % comme on l'avait auparavant estimé. L'analyse linéaire de ces données a permis à la U.S. Arctic Research Commission et au International Arctic Science Committee, en 2004, de prédire que l'Arctique canadien pourrait connaître des saisons estivales quasi totalement dépourvues de glace dès 2050, mais que cela ne se produirait probablement pas avant 2100¹⁹.

¹⁵ Donat Pharand, *Canada's Arctic Waters in International Law* (Cambridge University Press, 1988) aux p. 189-193. La première des deux routes principales passe dans le détroit du Prince-de-Galle, le chenal Parry, le détroit de Lancaster, la baie de Baffin et le détroit de Davis; la deuxième route passe par le détroit de McClure jusqu'au chenal, au nord du détroit du Prince-de-Galle.

¹⁶ Le détroit de Nares entre le Groenland et l'île d'Ellesmere, qui est la route la plus courte, le chenal Parry au sud des îles de la Reine-Élisabeth, et enfin, le détroit de Jones par le détroit de Cardigan et les chenaux dans les îles Sverdrup, sont tous navigables par des sous-marins nucléaires immergés.

¹⁷ Hayden, *supra* note 14 à la p. 6. On trouve jusqu'à 50 000 icebergs individuels au large de la côte canadienne chaque saison. Leur tirant peut être de 100 m et ils constituent d'importants dangers autant pour les sous-marins que pour les navires de surface.

¹⁸ Richard F. Pittenger et Robert B. Gagosian, « Global Warming Could Have a Chilling Effect on the Military » (octobre 2003) 33 *Defense Horizons* à la p. 2. La relation complexe entre les océans et la météo continue de faire l'objet d'un grand nombre de recherches scientifiques.

¹⁹ Rapport du Arctic Marine Workshop à la p. 5, qui a eu lieu au Scott Polar Research Institute, Cambridge University, au Royaume-Uni du 28-30 septembre 2004. Disponible en ligne : <http://www.institutnorth.org/servlet/content/report.html>.

Deux autres études récentes prévoient des changements beaucoup plus abrupts dans les prochaines décennies une fois atteints certains points critiques. L'une prédit que la glace annuelle connaîtra un retrait rapide d'ici 30 à 50 ans, tandis que l'autre prévoit que cette même glace disparaîtra rapidement d'ici les 10 prochaines années si un point critique est atteint²⁰.

Bien que le rythme des changements soit controversé, les scientifiques s'entendent pour dire que l'océan Arctique connaîtra une importante déglaciation au cours des prochaines décennies. Dans le contexte plus large des changements climatiques à l'échelle mondiale, une pression accrue s'exercera sur l'approvisionnement en énergie à cause des conditions climatiques incertaines et des ajustements que requerront les systèmes de distribution et de transport d'énergies. Toutefois, le changement le plus significatif résidera dans les nouvelles possibilités de transport qui risquent de se développer dans l'océan Arctique. Si les perspectives immédiates d'un accroissement de la liberté de navigation dans le passage du Nord-Ouest²¹ suscitent certaines réserves, il ne fait pas de doute que les possibilités d'utilisation commerciale et d'opérations militaires dans les eaux arctiques, y compris les eaux canadiennes de la mer de Beaufort et de l'archipel arctique, seront de plus en plus grandes²².

La récente instabilité des marchés mondiaux du pétrole et du gaz a fait renaître l'intérêt pour l'exploration et le forage dans l'océan Arctique²³. De plus, les questions liées au transport du pétrole et du gaz vers les marchés

²⁰ Selon Marika M. Holland, Cecelia M. Bitz et Bruno Tremblay (décembre 2006) « Future abrupt reductions in summer Arctic sea ice » 33 *Geophysical Research Letters* 1, la réduction de la calotte glaciaire est causée par l'interrelation entre les changements d'épaisseur de glace et de salinité dans le convoyeur arctique vers l'océan Arctique. Si un point culminant dans l'une de ces relations est atteint, la glace annuelle risque de se retirer rapidement au cours des 30 à 50 prochaines années. Par ailleurs, selon Pittenger et Gagosian, *supra* note 18 aux p. 4-5, les changements de salinité dans les eaux nordiques, causés par une brèche dans l'halocline de l'Arctique – la mince couche de glace et d'eau fraîche qui empêche l'eau salée plus chaude qui remonte de faire fondre la surface inférieure de la glace – peuvent dérégler le convoyeur océanique et occasionner, en quelques années seulement, des températures instables plus froides dans la région nordique de l'océan Atlantique pendant des décennies. Ce refroidissement causerait un abaissement des températures dans le nord-est de l'Amérique et dans l'ouest de l'Europe, des températures plus orageuses dans le nord de l'Atlantique et la réduction de la calotte glaciaire dans l'océan Arctique.

²¹ Franklyn Griffiths, « The Shipping News, Canada's Arctic Sovereignty Not On Thinning Ice » 58 *Int'l J.* 257 à la p. 263, a affirmé que la théorie appelée « sovereignty-on-thinning-ice » est basée sur des hypothèses intenables sur la réduction relativement rapide de toute la calotte glaciaire dans l'archipel comme dans toute la région arctique. Cette théorie minimise les variations et est fondée sur des hypothèses d'uniformité destinées à étayer la contestation internationale de la compétence du Canada. » Rob Huebert note quant à lui, dans « The Shipping News, Part II :How Canada's Arctic Sovereignty is on Thinning Ice » 58 *Int'l J.* 295, que les plus longues saisons de navigation sans glace renforcerait l'intérêt international pour les deux passages, car les possibilités d'économies sont très attirantes, et pour des destinations comme le port de Churchill. Comme l'a fait remarquer le ministre canadien des Affaires étrangères, Lawrence Cannon, au Centre for Strategic and International Studies : [TRADUCTION] « Certains experts prédisent que toute la région arctique serait dépourvue de glace d'ici 2013 alors que d'autres affirment que cela se fera d'ici 2050 [...] Toutefois, le Service canadien des glaces estime que les diverses voies navigables intérieures communément appelées "passage du Nord-Ouest" ne constitueront probablement pas une voie de transport commercial fiable pendant quelques décennies en raison de la variabilité extrême des glaces ». Oliver Moore et Paul Koring, « Arctic losing thick sea ice, U.S. data show » *Globe and Mail* (7 avril 2009) A8.

²² Lee Berthiaume, « Northwest Passage Closer to Reality » *Embassy*, (17 janvier 2007) 1. Les gouvernements de la Russie et du Manitoba travaillent ensemble pour développer des routes de transport aériennes et maritimes à travers l'océan Arctique.

²³ Oran R. Young, « The Age of the Arctic » (hiver 1985-86) 61 *Foreign Policy* 169, aussi dans David Larson, *Security Issues and the Law of the Sea* (University Press of America, 1994) à la p. 171 : On estime que la région arctique contient entre 100 et 200 milliards de barils d'huile récupérable et environ 2000 billions de pieds cube de gaz naturel. De ce total, on estime qu'il y a près de 50 milliards de barils d'huile dans l'Arctique nord-américain. Todd Wilkinson, « Alaskan oil battle may shift offshore: Environmentalists warn of oil exploration in Beaufort Sea », *The Christian Science Monitor*, 6 mai 2003 : Le potentiel en huile récupérable et en gaz naturel dans la mer de Beaufort a été évalué à entre 4 et 12 milliards de barils et à entre 13 et 63 billions de pieds cubes, respectivement. Andy Hoffman, « Nautilus set to make ocean mining a reality », *Globe and Mail*, vendredi, 8 décembre 2006, B14. Mis à part l'intérêt pour les combustibles fossiles, il y a aussi eu des investissements considérables, au cours des dernières années, dans des activités d'extraction de diamants et de minéraux, notamment les minerais sulfurés plombo-zincifères et poly-métalliques, gisant sur le fond arctique.

existants et émergents ont conduit les entreprises et les gouvernements à investir dans l'établissement d'un réseau de pipelines arctiques²⁴ et à examiner l'idée d'utiliser le passage du Nord-Ouest comme voie internationale pour la navigation des pétroliers.

Ces développements auront davantage de chance de se produire si la demande mondiale de gaz et de pétrole continue d'augmenter à mesure qu'émergent de nouvelles économies de consommation²⁵. Il n'existe actuellement aucune capacité excédentaire dans les infrastructures de raffinement et de transport déjà en place. C'est pourquoi le système d'approvisionnement en pétrole est extrêmement sensible à toute restriction soudaine et que les prix du pétrole varient aussi facilement²⁶. Ce manque de capacité excédentaire expose également l'infrastructure complexe et coûteuse du transport gazier et pétrolier à une vulnérabilité stratégique critique dont peuvent profiter les États et les terroristes. La destruction de l'infrastructure pourrait nuire gravement aux intérêts économiques canadiens et mondiaux²⁷.

Alors que le *New York Times* prédit que les eaux et le fond arctiques seront le théâtre du prochain « grand jeu » entre les puissances mondiales cherchant à se procurer des avantages commerciaux et économiques²⁸, il ne faut pas perdre de vue que sous la surface de ces mêmes eaux s'est déroulée, pendant la Guerre froide, une compétition intensive de sous-marins dans ce qui était généralement considéré comme un théâtre central d'opérations navales²⁹. La compétition inhérente à un ordre mondial multipolaire peut permettre de raviver les débats politiques autour du maintien d'une menace sous-marine stratégique crédible.

²⁴ Claudia Cattaneo et Jon Harding, « Pipeline Plugged: Frustrated firms halt Mackenzie gas project » *National Post* (29 avril 2005). John Ibbitson, « Alaska Pipeline Next On Agenda » *Globe and Mail* (25 février 2005).

²⁵ Robert Samuelson, « A New Era for Oil » *Washington Post* (30 mars 2005). Sur une consommation mondiale totale de 84 millions de barils par jour, l'Amérique arrive au premier rang avec une consommation de 21 millions de barils quotidiens, et la Chine occupe la seconde place avec 6,4 millions de barils. On prévoit que la consommation de la Chine pourrait doubler d'ici 2020. Cette prédiction est fondée sur l'étude du CSIS effectuée par Anthony Cordesman, *The Changing Balance of US and Global Dependence on Middle Eastern Energy Exports* (Center for Strategic and International Studies, révisée le 20 mars 2005).

²⁶ Dan Ackman, « The Coming Oil Crisis », Forbes.com (13 janvier 2005) au http://www.forbes.com/2005/01/10/cx_da_0110doomoil_print.html. Comme le souligne Stephen Leeb, il n'y a pas de marge d'erreur parce qu'à l'heure actuelle le monde ne possède quasi aucune réserve excédentaire. La planète fonctionne quelque part entre 95 % et 99 % de sa capacité et la seule façon de continuer à faire fonctionner le système est d'augmenter le prix du pétrole. Selon Cordesman, *supra* note 25 à la p. 29, on a calculé que pour chaque million de barils de pétrole vendus par jour, le prix du baril sur le marché mondial pourrait augmenter de 3 à 5 \$.

²⁷ Gail Luft et Anne Korin, « Terror's Next Target » (hiver 2004) *Journal of International Security Affairs* 95 à la p. 97. Le pétrole constitue non seulement une cible intéressante, mais aussi une cible vulnérable. Les cibles pétrolières sont si vulnérables qu'en 2002 et 2003, malgré des mesures antiterroristes intensives, le terrorisme pétrolier est devenu monnaie courante. Paul Parfomak, *Pipeline Security: An Overview of Federal Activities and Current Policy Issues*, Congressional Research Service Report for Congress, mis à jour le 5 février 2004, RL3 1990. Les pipelines servent de cibles stratégiques uniques, car 40 % de la production pétrolière y circule. Voir aussi Ian MacLeod, « Canadian Oil: Target of Terror: Al-Qaeda group calls for attacks as way to disrupt U.S. supply » *Ottawa Citizen* (14 février 2007) A1.

²⁸ Clifford Krauss, Steven Lee Myers, Andrew C. Revkin et Simon Romero, « As Polar Ice Turns To Water » *New York Times* (10 octobre 2005).

²⁹ Jon Bowermaster, « The Last Front of the Cold War » (novembre 1993) *Atlantic Monthly* 36. Gary Weir, « Virtual War in the Ice Jungle: 'We don't know how to do this' » 28 *The Journal of Strategic Studies* 411. Comme le souligne Weir, la nature de la guerre maritime sous la glace était unique dans le sens où elle était définie en termes de surveillance, de détection, de capacité d'immersion et de potentiel de destruction. Comme il le fait remarquer, le contrôle sur l'adversaire est devenu l'objectif opérationnel et la connaissance approfondie de cet adversaire, le moyen d'atteindre cet objectif.

Les facteurs géopolitiques ayant conduit au déploiement de sous-marins nucléaires dans l'océan Arctique et dans les eaux de l'archipel arctique sont les suivants : les qualités uniques des eaux recouvertes de glace et des eaux semées de glaciers ainsi que leurs effets sur la guerre anti-sous-marine (GASM)³⁰; son emplacement central dans l'hémisphère Nord; ses passages d'accès et de sortie obligés qui font de cet océan un bastion de défense idéal³¹; l'amélioration de la technologie des missiles balistiques et des missiles de croisière³²; et, dans les eaux de l'archipel canadien, à tout le moins, le fait qu'il n'y a aucune menace indigène défensive à éviter.

En fait, trois types d'opérations sous-marines sont susceptibles d'être menées dans les eaux de l'archipel arctique canadien : le passage entre les bassins de l'océan Arctique et de l'océan Atlantique Nord; le lancement de missiles de croisière et la surveillance ou la patrouille GASM³³. Un bon exemple de la valeur du passage du Nord-Ouest en tant que voie de passage pour sous-marins nucléaires s'est produit à l'été 1962 lorsque le *USS Skate* a franchi le chenal Parry mesurant 1000 milles marins en 2 jours et demi³⁴. En outre, le développement des systèmes de défense antibalistique a mis en péril l'efficacité des missiles balistiques intercontinentaux ou à lanceurs sous-marins. À la place, les missiles de croisière se déplaçant tout près du sol, déjouant ainsi les systèmes de défense électroniques, sont une arme stratégique davantage appréciée. Toutefois, leur portée réduite forcerait tout sous-marin nucléaire lanceur de missiles de croisière désireux d'atteindre le sud du Canada ou

³⁰ Tom Stefanick, *Strategic Antisubmarine Warfare and Naval Strategy*, Lexington Books, 1987 aux p. 8-32; Le Marchand, *supra* note 12 aux p. 22-25. Les caractéristiques acoustiques des eaux arctiques sont le premier facteur pris en considération par tout État qui souhaite opérer dans cet environnement marin rigoureux. L'acoustique englobe les caractéristiques de l'eau (changements de salinité et de température), la tension de la glace et les bruits de fracture dans la zone de la marge glacière, soit la zone située à l'intérieur des 50 km du bord des banquises dans les deux directions, entre les zones d'eaux recouvertes de glace et les zones d'eaux libres, les eaux dominantes adverses, et les bruits biologiques limités sous le couvert de glace. Tous ces facteurs influent sur les capacités de transmission et d'atténuation des sons ainsi que sur les sons ambiants, qui varient beaucoup dans les eaux arctiques et diffèrent grandement des eaux libres.

³¹ George Lindsey, « Strategic Stability in the Arctic » 241 *Adelphi Papers* 7. La marine soviétique a été la première à adopter le concept de bastion de défense arctique. Mike Perry, « Rights of Passage: Canadian Sovereignty and International Law in the Arctic » 74 *U. Det. Mercy L. Rev.* 657 à la p. 658, cite le Canadian Forces Northern Area Command Briefing, ministère de la Défense nationale, 1996 : cet intérêt stratégique pour les opérations dans les eaux arctiques a survécu aux gouvernements successifs de la Russie. Le 25 août 1995, les Russes ont lancé deux ICBM depuis un sous-marin de classe Typhon à partir des eaux situées entre le pôle Nord et la SCF Alert. Le contre-amiral R.A. Golosov (ret.) a donné le point de vue d'un officier supérieur de la marine russe dans « Opening Up the Arctic Region and Russia's Submarine Fleet » (avril 2006) *Military Thought* à la p. 179 : [TRADUCTION] « [e]n général, certains milieux cherchent à profiter de la faiblesse économique et militaire temporaire de la Russie dans le but de restreindre sa présence dans la région arctique. Nos « amis » ont deux objectifs stratégiques : premièrement, miner davantage l'économie de la Russie et deuxièmement, permettre l'accès à l'océan Arctique dans le but de s'en servir comme base de lancement d'attaques contre le territoire russe avec des sous-marins nucléaires transportant des missiles de croisière et des missiles balistiques en cas de conflit militaire. Il faut également se rappeler qu'en vertu du traité START II ratifié par la Russie, ce pays a le droit de déployer 50 % de son potentiel nucléaire stratégique à l'intérieur des sous-marins nucléaires lanceurs d'engins. La plupart de ces sous-marins représentent la flotte du Nord et leurs opérations prennent place dans la région arctique. En cas de guerre, une des principales tâches de la marine américaine et de l'OTAN consiste à détruire ces sous-marins en priorité ».

³² Lindsey, *supra* note 31 à la p. 22 : Les missiles balistiques lancés par des sous-marins modernes, comme le *Russian SS-N-20* et -23, ont une portée de 8300 km. Les zones couvertes par ces portées, si les missiles sont lancés depuis la côte arctique russe, comprennent tout le nord de l'Amérique, l'Ouest de l'Europe et la Chine.

³³ Peter Hayden, *The Strategic Importance of the Arctic: Understanding the Military Issues*, DND Strategic Issues Paper n° 1/87 (mars 1987) 14.

³⁴ Waldo K. Lyon, « The Navigation of Arctic Polar Submarines », 37 *Journal of Navigation* 155 à la p. 156, et comme le souligne le contre-amiral F.W. Crickard dans « An Anti-Submarine Warfare Capability in the Arctic a National Requirement » (avril 1987) *Canadian Defence Quarterly* 24 à la p. 27. En mars 1977, le *Manchester Guardian* a rapporté que les sous-marins soviétiques avaient réussi à naviguer dans le chenal de Robeson entre l'île d'Ellesmere et le Groenland.

le Nord des États-Unis à opérer tout près du continent³⁵. Enfin, les exigences relatives aux commandes et au contrôle des sous-marins stratégiques limitent les possibilités de patrouiller les zones où des antennes de communications peuvent être levées. Ces zones comprennent les détroits de Lancaster, de Smith et de Davis, les golfes d'Amundsen et de Boothia pendant l'été, et le sud du détroit de Davis jusqu'à la baie d'Hudson le reste de l'année³⁶.

Les défis que présentent les opérations sous-marines dans l'Arctique limitent les avantages technologiques dont jouissent les marines de premier rang s'agissant de la GASM dans les eaux du sud, et pourraient inciter des combattants - autre que la Russie et les marines de l'OTAN - à mener des opérations polaires. Toutefois, il ne faut pas sous-estimer les difficultés que posent les opérations sous la glace dans les eaux arctiques. Le pilotage de gros sous-marins munis de gouvernails relativement cassants et dotés d'un appareil de propulsion à tirant d'eau réduit, à proximité de glaciers à forts tirants d'eau qui se déplacent constamment, dans des eaux dont la température varie continuellement et dont le taux de salinité affecte la flottabilité, requiert des connaissances et un savoir-faire complexes. Outre les difficultés normales que présentent les opérations sous-marines, les marines qui désirent mener des opérations polaires doivent se doter de systèmes de radar de surveillance avant capable de détecter les crêtes de pression sous la glace et les polynies, de mesure des profondeurs exactes, de guidage par inertie précis et de communications polaires fiables³⁷. Par ailleurs, un climat plus instable et une large zone où pullulent les glaciers (plutôt qu'une zone recouverte de glace) dans l'Arctique auront probablement pour effet de créer un environnement où il est beaucoup plus difficile de conduire des opérations de GASM et d'inciter d'autres marines à mener des opérations dans l'Arctique³⁸.

En résumé, les eaux arctiques, les eaux de l'archipel arctique y compris, seront de plus en plus attrayantes et accessibles aux yeux des entités commerciales voulant tirer avantage des voies de transport polaires ou transportant simplement des produits pétroliers en provenance de sites de forage arctiques vers les marchés plus au sud. Toutefois, affirmer que les problèmes du Canada dans l'Arctique peuvent être résolus seulement par l'application de la loi témoigne d'une mauvaise compréhension du dilemme stratégique canadien à ce propos. En effet, il ne faut pas oublier que ces mêmes eaux possèdent toujours les qualités physiques qui les rendent si attirantes pour les marines qui veulent effectuer des patrouilles nucléaires stratégiques. C'est cette attraction qui forcera d'autres États à répondre en menant à leur tour des opérations défensives stratégiques de GASM sous les glaces³⁹.

Ces deux défis font en sorte que le Canada doit évoluer dans un environnement opérationnel complexe pour exercer ses droits souverains dans ses eaux intérieures historiques. Le caractère de cette position juridique jouera un rôle direct dans le choix des opérations de sécurité, navales ou maritimes, requises pour relever ces défis.

³⁵ Haydon, *Strategic Importance*, Strategic Issues Paper, 12. Le Tomahawk de la marine américaine et le Russian SS-NX21 (3000 km de portée) sont deux exemples de missile de croisière lancé à partir de sous-marins. Bernard Cole, *The Great Wall at Sea: China's Navy Enters the Twenty-First Century*, U.S. Naval Institute Press, 2001, à la p. 106. La marine de l'armée de libération populaire de Chine est en train de mettre au point un missile de croisière à longue portée - plus de 200 km - qui pourra être lancé à partir de sous-marins immergés.

³⁶ Voir Haydon, *supra* note 35 aux p. 16-17, pour une étude sur le nombre limité de « points de passage obligés » où des patrouilles sous-marines pourraient réalistement être établies. Ceux-ci comprendraient les extrémités nord et sud des chenaux de l'Archipel qui mènent au bassin arctique. Ou bien, il serait possible de contrôler toutes les routes en positionnant des sous-marins dans les détroits de Lancaster et de Smith ou encore dans le détroit de Davis.

³⁷ Alfred S. McLaren, *Unknown Waters: A First-Hand Account of the Historic Under-Ice Survey of the Siberian Continental Shelf By USS Queenfish (SSN-651)* (University of Alabama Press, 2008). Le rapport du capitaine de vaisseau McLaren sur le voyage en Arctique de 1970 d'un sous-marin d'attaque nucléaire de classe Sturgeon présente en détail une myriade de difficultés auxquelles il faut faire face dans la conduite d'opérations sous la glace.

³⁸ Weir, *supra* note 29 à la p. 425, souligne que la fonte des glaces changera dramatiquement les équations de détection acoustique et rendra encore plus difficile le problème de surveillance de la GASM. [TRADUCTION] « À mesure, dit-il, qu'augmentera la complexité du problème de la surveillance, les forces hostiles éventuelles augmenteront à cause de l'attractivité de la région en tant que route et centre de ressources naturelles virtuellement inexploitées ».

³⁹ Cole, *supra* note 35 à la p. 34 : [TRADUCTION] « Les unités de la marine de l'armée de libération populaire ont mené leur première expédition dans l'Arctique au cours de l'été 1999, entamant des études océanographiques et des recherches sur le fond marin, deux activités liées aux capacités opérationnelles de cette marine en matière de GASM ».

III – LES EAUX ARCTIQUES CANADIENNES : DE LA THÉORIE DES SECTEURS À CELLE DES EAUX HISTORIQUES

Au milieu du 20^e siècle, la revendication du Canada à l'égard des terres et îles de l'Archipel arctique était généralement reconnue par les autres États côtiers⁴⁰. De plus, sa prétention selon laquelle les eaux de la baie d'Hudson et du détroit d'Hudson étaient des eaux canadiennes en vertu d'un titre historique, conformément à la doctrine de droit international universellement reconnue relative aux baies historiques, n'était guère contestée⁴¹.

Toutefois, la revendication du Canada à l'égard des eaux arctiques entre ces îles et sa prétention au droit de contrôler l'accès aux détroits – appelés collectivement passage du Nord-Ouest – n'a jamais atteint le même degré de reconnaissance internationale. Les concessions originales de titres par la Grande-Bretagne au Canada ne faisaient aucune mention des eaux arctiques dans leurs descriptions, s'attachant plutôt au territoire et aux îles⁴². La théorie des secteurs, voulant que le Canada puisse revendiquer la souveraineté entre deux méridiens au nord du pôle, aurait été avancée pour appuyer ces revendications de titres sur l'Arctique à partir de 1907⁴³, pour ensuite disparaître en douceur au début des années 80. Comme la théorie des secteurs n'a obtenu que très peu de soutien officiel au sein du gouvernement⁴⁴ et comptait peu d'appui au sein des autres États côtiers⁴⁵, le

⁴⁰ V. Kenneth Johnson, « Canada's Title to the Arctic Islands » (1933) 14 Canadian Historical Review 24. Robert Reid, « The Canadian Claim to Sovereignty over the Waters of the Arctic » (1974) 12 Can. Y.B. Int'l L. 111 à la p. 114; les décisions arbitrales dans l'*Affaire de l'île de Palmas* (1928) 22 Am. J. Int'l L. 867, et dans l'*Affaire de l'île de Clipperton* (1932) 26 Am. J. Int'l L. 390, ainsi que la décision de la Cour internationale de Justice *Eastern Greenland* (1933) Per. Cour internationale de Justice. Sér. A/B, n° 53, à la p. 22, ont toutes confirmé que les exigences d'une occupation effective dépendent des circonstances propres aux territoires et que l'établissement ou l'administration locale n'étaient pas nécessairement requis dans le cas de territoires inhabités.

⁴¹ Ivan Head, « Canadian Claims to Territorial Sovereignty in the Arctic Regions » (1963) 9 McGill L. J. 200 à la p. 219.

⁴² Le premier décret en conseil impérial, daté du 23 juin 1870, a été reproduit dans les *Statuts du Canada*, Première législature, 35th Vict., 1872, à la p. lxiii, lorsque la Grande-Bretagne a cédé « toutes terres et territoires dans la Terre de Rupert » qui avaient à l'origine été accordés à la Compagnie de la Baie d'Hudson. En réponse à l'opinion publique qui jugeait insuffisante cette concession originale, le Parlement du Canada a adopté, le 3 mai 1878, une adresse conjointe de la Chambre des communes et du Sénat au Parlement britannique demandant une description complète acceptable. Malgré cette demande, le gouvernement britannique s'est borné à déclarer, dans un décret en conseil daté du 31 juillet 1880, reproduit dans les *Statuts du Canada*, Quatrième législature, 44^e Vict., vol. I-II, 1880-81, ix-x, qu'« il importe de rattacher au dominion du Canada le reste des territoires et possessions britanniques, îles voisines comprises, d'Amérique du Nord, à l'exception de la colonie de Terre-Neuve et de ses dépendances... »

⁴³ En 1907, le sénateur Pascal Poirier a déposé au Sénat canadien une résolution déclarant officiellement que le Canada revendiquerait la possession des terres et des îles « qui se trouvent dans les eaux situées entre une ligne s'étendant depuis l'extrémité est du Nord et une ligne s'étendant depuis l'extrémité ouest du Nord » (*Débats du Sénat du Canada*, 20 février 1907, 271).

⁴⁴ En 1926, le gouvernement du Canada a établi par décret en conseil (*Gazette du Canada*, 31 juillet 1926, 382) la Réserve des îles de l'Arctique, décrite comme étant la partie nord de la Réserve, suivant la terminologie de la théorie des secteurs. De plus, Lester Pearson, qui était l'ambassadeur du Canada à Washington à l'époque, écrivait en 1946 dans un article publié dans *Foreign Affairs* : [TRADUCTION] « Une large partie de tout le territoire arctique est canadienne. Il est important de savoir ce que cette partie comprend exactement. Elle inclut non seulement le territoire continental nordique canadien, mais aussi les îles et la mer englacée au nord du continent, entre les méridiens des frontières canadiennes est et ouest, jusqu'au pôle Nord. » Lester B. Pearson, « Canada Looks Down North » (juillet 1946) 24 *Foreign Affairs* 638.

⁴⁵ Reid, *supra* note 40 à la p. 116. Le Danemark, la Norvège et les États-Unis ont constamment nié l'application de la théorie des secteurs à la région arctique. L'Union soviétique a pris un décret en 1926 revendiquant tous les territoires découverts et à être découverts dans son secteur, mais elle n'a pas appliqué la théorie des secteurs aux zones glacées ou aux eaux au-delà des limites de 12 milles de son territoire.

gouvernement canadien hésitait à l'appliquer aux eaux et aux îles de l'archipel arctique⁴⁶, de sorte que cette théorie n'a acquis aucune reconnaissance internationale.

Dans l'intervalle, le long consensus international dont jouissait le droit de la mer a été confronté à la multiplication rapide des revendications nationales à l'égard des zones côtières adjacentes et des limites de la mer territoriale. Les Proclamations Truman de 1945⁴⁷ ont déclenché une avalanche de revendications de compétence très vaste à l'égard des eaux territoriales ou des pêches, suivie d'une augmentation constante du nombre d'États revendiquant la compétence sur leurs eaux territoriales ou les pêches jusqu'à la limite des 12 milles⁴⁸. Pour le Canada, les années d'après-guerre ont vu une rapide expansion de la pêche étrangère au large de ses côtes atlantique et pacifique. L'extension de la réglementation des pêches jusqu'à 12 milles était alors une priorité gouvernementale. De plus, la décision rendue par la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'*Affaire des Pêcheries anglo-norvégiennes*⁴⁹, en 1951, avait suscité l'intérêt pour l'établissement de lignes de base droites autour du littoral canadien⁵⁰.

Le fait que le premier objectif du gouvernement canadien était d'établir une plus grande autorité internationale sur la réglementation de la pêche au large de ses côtes s'est traduit dans ses négociations lors des deux premières conférences sur le droit de la mer. Lors de la Première Conférence en février 1958, le Canada avait cherché des appuis en faveur du prolongement de la compétence nationale sur les pêches jusqu'à une limite de 12 milles. Désireux de ne pas entraver le commerce international, le Canada était peu enthousiaste à l'idée d'établir une

⁴⁶ En 1956, le ministre du Nord canadien et des Ressources nationales, Jean Lesage, a déclaré ceci à la Chambre des communes (*Débats de la Chambre des communes*, 1956, Canada, vol. 7, p. 6955) :

Nous n'avons jamais souscrit à la théorie du secteur dans son application à la glace. Nous sommes satisfaits de ce que notre souveraineté existe à l'égard de toutes les îles de l'Arctique. Cela ne fait aucun doute et ne pose aucune difficulté [...] Nous n'avons jamais adhéré à la thèse générale du secteur. Pour nous, la mer, qu'elle soit gelée ou liquide, à son état naturel, reste la mer, et notre souveraineté existe sur les terres et sur nos eaux territoriales.

Le 10 mars 1969, le premier ministre Trudeau a répondu à une question posée par M. Diefenbaker à la Chambre de communes (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 1969, 6396) :

Je crois que la théorie des secteurs s'applique au lit de la mer et au plateau. Elle ne s'applique pas aux eaux. Le plateau continental relève bien entendu de la souveraineté canadienne c'est-à-dire le lit de la mer mais pas les eaux au-dessus du plateau.

Toutefois, plus tard dans la même session, le 15 mai 1969, le premier ministre a fait la déclaration suivante à propos de la souveraineté du Canada sur l'Arctique, en faisant référence à une déclaration antérieure faite en 1958 par le ministre des Affaires du Nord de l'époque :

La région au nord du Canada, y compris les îles et les eaux entre les îles et les régions au-delà sont considérées comme nôtres, et notre gouvernement actuel ne doute pas, pas plus, j'en suis sûr, que ceux qui l'ont précédé que c'est là un territoire national.

Le premier ministre a ajouté qu'on savait que tous les pays n'étaient pas disposés à reconnaître que les eaux baignant les îles de l'archipel sont des eaux intérieures sur lesquelles la souveraineté du Canada est absolue. Il a conclu que le droit de la mer était une matière complexe qui, cela se concevait, pouvait donner lieu à quelques divergences d'opinions.

⁴⁷ Documents officiels, 40 Am. J. Int'l L. Sup 45 (1946). Le 28 septembre 1945, le président américain Truman a émis la *Presidential Proclamation 2667 on the Continental shelf* et la *Presidential Proclamation 2668 on the Policy of the United States with Respect to Coastal Fisheries in Certain Areas of the High Seas*.

⁴⁸ A.E. Gottlieb, « The Canadian Contribution to the Concept of a Fishing Zone in International Law » (1964) 2 Can. Y.B. Int'l L. 55 à la p. 59.

⁴⁹ *Affaire des Pêcheries anglo-norvégiennes (Affaire des Pêcheries)*, [1951] C.I.J. Rec. 116.

⁵⁰ Gottlieb, *supra* note 48 à la p. 62 : La décision de la Cour et son application au Canada ont fait l'objet de fréquents débats au parlement, de sorte que le gouvernement a dû déclarer sa position à l'égard du statut d'étendues d'eau spécifiques au large de ses côtes.

mer territoriale de 12 milles, car il souhaitait éviter les conséquences indésirables que cela aurait sur la navigation aérienne et maritime. C'est pourquoi il cherchait à restreindre la compétence sur cette zone à la réglementation des pêches et au contrôle de cette réglementation⁵¹. En bout de ligne toutefois, la Première Conférence a abouti aux quatre Conventions de 1958 et à un Protocole facultatif qui n'imposaient aucune limite à l'égard de la mer territoriale ou de la zone contiguë⁵².

La Deuxième Conférence sur le droit de la mer, en 1960, devait approfondir les questions de la largeur de la mer territoriale et des limites de pêche⁵³. Les délégations canadienne et américaine ont conjointement proposé que la largeur de la mer territoriale soit fixée à 6 milles, zone au-delà de laquelle il y aurait une zone de pêche exclusive de 6 milles où seraient graduellement interdites, sur une période de 10 ans, les activités de pêche des pays ayant régulièrement pêché dans cette zone au cours des 5 années précédentes.

Aucun accord n'a pu toutefois être dégagé sur la largeur de la mer territoriale ou de la zone de pêche. Après avoir consulté ses alliés et les États qui partageaient son opinion, le gouvernement du Canada a agi unilatéralement en adoptant, en juillet 1964, la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche*⁵⁴ établissant une mer territoriale de 3 milles ainsi qu'une zone de pêche exclusive de 12 milles. Cette loi autorisait aussi, pour la première fois dans les eaux canadiennes, l'établissement d'un système de lignes de base droites : des règlements se sont plus tard ajoutés pour prévoir en 1967 l'établissement de lignes de base dans les zones de la côte de l'Atlantique, et en 1969 l'établissement des lignes de base sur la côte du Pacifique⁵⁵.

L'élection du gouvernement Trudeau en 1968 a imprimé une nouvelle direction à la politique étrangère canadienne en faisant primer la protection des intérêts nationaux canadiens sur les intérêts continentaux ou internationaux. Le terme « unilatéralisme » était d'ailleurs le mot d'ordre⁵⁶. Dans le même temps, l'échouement du

⁵¹ Pour un compte-rendu de la position canadienne durant les négociations, voir Gotlieb, *supra* note 48 à la p. 64. Pour le point de vue américain, voir Arthur H. Dean, « Freedom of the Seas » (1958-1959) 37 *Foreign Affairs*, 83 et Arthur H. Dean, « The Second Geneva Conference on the Law of the Sea: The Fight For Freedom of the Seas », (1960) 54 *Am. J. Int'l L.* 751.

⁵² *Convention sur le plateau continental*, entrée en vigueur le 10 juin 1964, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 499, p. 311; *Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer*, entrée en vigueur le 20 mars 1966, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 559, p. 285; *Convention sur la haute mer*, entrée en vigueur le 30 septembre 1962, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 450, p. 11, p. 82; *Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë*, entrée en vigueur le 10 septembre 1964, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 516, p. 205; *Protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends*, entrée en vigueur le 30 septembre 1962, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 450, p. 169.

⁵³ Compte-rendu officiel du 6^e Comité, 13^e session, à la p. 161. Comme le souligne Gotlieb, *supra* note 48 à la p. 64, la conférence de 1960 a été convoquée par la résolution 1307 (XIII) de l'Assemblée générale.

⁵⁴ L.C. (1964), ch. 22. L'article 3 prévoit la création d'une mer territoriale de 3 milles marins, et l'article 4, la création de zones de pêches.

⁵⁵ Le décret CP 1967-2025, 26 octobre 1967 a établi les lignes de base droites sur la côte atlantique, le décret CP 1969-1109, 29 mai 1969, a établi celles de la côte pacifique. J. Bruce McKinnon, « Arctic Baselines: A Litora Usque Ad Litus » (1987) 66 *Canadian Bar Review* 790 à la p. 797. Selon M. McKinnon, parce que les seules références aux lignes de base droites avant 1964 étaient des références aux lignes de bases « normales » suivant la laisse de basse mer sur la côte, l'application du paragraphe 5(3) de la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche* a laissé un corridor de haute mer dans le passage du Nord-Ouest jusqu'à ce que le Canada porte la largeur de sa mer territoriale à 12 milles en 1970.

⁵⁶ Ivan L. Head, « Foreign Policy of the New Canada » (1971-1972) 50 *Foreign Affairs* 237. *La Politique étrangère au service des Canadiens*, ministère des Affaires extérieures, instaurée en 1969, a marqué le début de l'éloignement du rôle traditionnel de conciliateur du Canada. Les politiques devaient tenir compte de nos besoins et de nos ressources, ainsi que de notre capacité de s'acquitter des responsabilités légitimes du Canada dans les affaires mondiales.

pétrolier *Torrey Canyon* sur la côte de Cornouailles en 1967⁵⁷ ainsi que les passages en transit du *SS Manhattan* en 1969 et 1970 dans le passage du Nord-Ouest en guise de protestation, ont suscité l'inquiétude du public et du parlement canadiens au sujet des risques de pollution par le pétrole et, plus particulièrement, des risques de pollution par le pétrole dans les eaux de l'océan Arctique⁵⁸.

La réaction du gouvernement canadien à ces événements a marqué un changement majeur par rapport à sa politique océanique depuis longtemps établie. Sur le front diplomatique, le Canada a décidé de se soustraire à la compétence obligatoire de la CIJ sur les revendications canadiennes dans l'Arctique⁵⁹. Au Parlement, le gouvernement a modifié la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche*⁶⁰ pour prolonger la mer territoriale à 12 milles marins, et a édicté la *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques* (LPPEA)⁶¹, créant ainsi une zone de contrôle réglementaire de la pollution jusqu'à 100 milles marins de la laisse de basse mer adjacente aux îles de l'Arctique à l'est, et du 141^e méridien à l'ouest. Le gouvernement des États-Unis a immédiatement contesté le prolongement de la mer territoriale et la création de la zone de contrôle réglementaire en déclarant

⁵⁷ En mars 1967 le *Torrey Canyon* – un pétrolier battant pavillon libérien et transportant environ 120 000 tonnes d'huile brute en provenance du Koweït – s'est échoué sur le récif des Seven Stones entre Land's End et les îles Sorlingues. La RAF et la RN ont bombardé le « superpétrolier » dans une tentative infructueuse de brûler l'huile. La nappe de pétrole a contaminé 70 milles de la côte de Cornouailles et des milliers d'oiseaux de mer ont été tués par le pétrole et le détergent utilisé pour dissoudre la nappe.

⁵⁸ Au cours des étés 1969 et 1970, le *SS Manhattan* a effectué des passages de protestation entre les nouveaux champs de pétrole de la baie de Prudhoe en Alaska et la côte est des États-Unis. Lors du passage de 1969, un représentant du gouvernement canadien était à bord du *Manhattan* – le capitaine MRC T.C. Pullen – et le brise-glace de la Garde côtière canadienne *J.A. Macdonald* escortait le passage. À l'été 1970, le *Manhattan* a emprunté une route différente et était de nouveau escorté par le *J.A. Macdonald*. Kenneth C. Eyre, « Forty Years of Military Activity in the Canadian North, 1947-87 » 40:4 *Arctic* 292 à la p. 296, a déclaré que la réponse du public canadien face à ces passages frôlait l'hystérie.

⁵⁹ Déclaration du Canada relative à la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, reproduite dans 9 I.L.M. 598 (1970). Mitchell Sharp, qui était alors le ministre canadien des Affaires extérieures, a fait la déclaration suivante concernant le Canada : « ...nous ne sommes pas prêts à entrer en litige avec d'autres États sur des questions vitales pour lesquelles la loi est inadéquate, non existante ou ne s'applique pas dans le genre de situation à laquelle le Canada fait face comme dans le cas de l'Arctique. » *Débats de la Chambre des communes*, vol. 6, p. 5952 (16 avril 1970).

Voir aussi Allan Gotlieb et Charles Dalfen, « National Jurisdiction and International Responsibility » [1973] 67 *Amer. J. Int'l L.* 229 à la p. 235 : Les auteurs ont affirmé que la décision du Canada de se soustraire à la compétence obligatoire de la C.I.J. était, eu égard à la conception canadienne du droit international, l'acte le plus décisif de l'histoire du Canada des deux dernières décennies. Les auteurs estiment que ce retrait s'expliquait par le fait qu'il donnait au gouvernement canadien la possibilité d'éviter d'avoir à conclure des ententes ou des résolutions de compromis. Le gouvernement était désormais libre d'agir sans entente; il était devenu libre d'établir des normes de responsabilité internationale plus rigoureuses et absolues lorsque son propre intérêt national était en jeu et d'appliquer ces normes unilatéralement en l'absence d'entente.

⁶⁰ *Loi modifiant la Loi sur la mer territoriale et la zone de pêche*, ch. 68, 1969-70 S.C. 1243 (1970) (Can.).

⁶¹ *Loi sur la prévention de la pollution des zones des eaux arctiques contiguës au continent et aux îles de l'Arctique canadien* (*Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques* (LPPEA)), ch. 47, 1969-70 S.C. 653 (1970) (Can.) Cette loi a reçu la sanction royale le 26 juin 1970 et est entrée en vigueur le 12 août 1972. Elle interdisait le dépôt de déchets dans les eaux arctiques; autorisait le gouverneur en conseil à prescrire des zones de contrôle de la sécurité de la navigation dans toute région des eaux arctiques, à prendre des règlements relatifs à la navigation dans ces zones et à interdire l'entrée dans une zone en cas d'inobservation des règlements. Le règlement SOR/72-253 a été édicté en juillet 1972 et exigeait que tous les navires traversant la zone de contrôle de sécurité fournissent une preuve de leur responsabilité financière. Le règlement SOR 72-303 désignait 16 zones de contrôle de la sécurité de la navigation, qui étaient établies selon les conditions saisonnières des glaces dans l'archipel, à l'intérieur de 100 milles marins des lignes de côtes (lignes de base normales). Non seulement la LPPEA est encore en vigueur, mais des propositions sont à l'étude en vue d'en étendre l'application. En août 2007, le premier ministre Stephen Harper a annoncé l'introduction de nouvelles dispositions législatives, prolongeant ainsi la zone de prévention de la pollution de 100 à 200 milles marins et la zone d'application du NORDREG à 200 milles marins et introduisant un système de rapport de navires obligatoire. Le projet de loi C-3, *Loi modifiant la Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques* (L.C. (2009), ch. 11), a reçu la sanction royale le 11 juin 2009 mais celui-ci n'a pas encore entré en vigueur.

l'illégalité de ces mesures en regard du droit international⁶². Le Canada a répliqué que [TRADUCTION] « la loi unilatérale a été prise dans le but de protéger l'environnement jusqu'à ce que la communauté internationale accepte de coopérer et de mettre sur pied de nouvelles normes de conduites internationales nécessaires »⁶³.

En prenant ces mesures unilatérales, le gouvernement du Canada affirmait qu'il ne cherchait qu'à acquérir des pouvoirs fonctionnels de contrôle d'application de sa réglementation - ou une souveraineté limitée - nécessaires pour atteindre un objectif spécifique et vital comme la prévention de la pollution⁶⁴. D'aucuns au Canada y ont vu le rejet du droit de la mer « traditionnel » par le gouvernement au profit d'une approche plus moderne. J.A. Beesley, le conseiller juridique et directeur général des services juridiques et des affaires étrangères du ministère des Affaires extérieures a à l'époque exprimé cette opinion :

[TRADUCTION] Le droit de la mer traditionnel est en général axé sur le concept de liberté de navigation sans entraves en haute mer et favorise donc la compétence des États du pavillon tout en cherchant à limiter la compétence des États côtiers. Il en résulte un régime de laissez-faire dont les dispositions sont inadéquates en ce qui a trait à la prévention et au contrôle de la pollution marine. Ces dispositions, que l'on retrouve dans diverses conventions, ne reconnaissent pas convenablement la nécessité primordiale de préserver l'environnement et n'établissent pas un équilibre adéquat entre les intérêts des États du pavillon à jouir de la liberté de navigation sans entraves et les intérêts fondamentaux des États côtiers à assurer l'intégrité de leurs côtes. Par exemple, la compétence des États du pavillon n'emporte pas sa conséquence logique, à savoir la responsabilité de ces États pour les dommages causés à l'environnement. Le système entier est particulièrement inapproprié, car son principe de base est particulièrement dépourvu de pertinence en ce qui touche la situation unique de l'Arctique⁶⁵.

Cette approche fonctionnelle recueillait certes un certain appui juridique international, mais elle ne pouvait servir de substitut juridique ou politique à la souveraineté absolue. Ainsi qu'il appert d'un commentaire formulé par le service juridique du ministère des Affaires extérieures dans une lettre datée du 27 février 1973 :

[TRADUCTION] ...la législation en matière de pollution des eaux arctiques ne constitue pas et n'exige pas une déclaration de souveraineté. Elle s'intéresse uniquement au contrôle de la pollution dans les eaux arctiques. Elle représente une extension licite d'une forme limitée de compétence qui était nécessaire pour assurer la préservation

⁶² Department of State Statement on Government of Canada's Bills on Limits of the Territorial Sea, Fisheries and Pollution, U.S. Department of State Press Release n° 121, 15 avril 1970, reproduite dans 9 *I.L.M.* (1970) 605. Le 17 avril 1970, le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures canadien a présenté devant la Chambre des communes une réponse à la Déclaration américaine qui est aussi reproduite dans 9 *I.L.M.* (1970) 607.

⁶³ Head, *supra* note 56 à la p. 242. Voir aussi Michael M'Gonigle, « Unilateralism and International Law: The Arctic Waters Pollution Prevention Act » (1976) 34 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 180, pour une opinion canadienne contemporaine sur les bénéfices présumés de cette approche.

⁶⁴ *Débats de la Chambre des communes*, 16 avril 1970, 5951. La LPPEA a été introduite le 16 avril 1970 par le Secrétaire d'État des Affaires extérieures, l'honorable Mitchell Sharp, qui a décrit pour la Chambre ce qu'était l'approche fonctionnelle : [TRADUCTION] « Le projet de loi sur les eaux de l'Arctique représente une approche constructive et fonctionnelle à la préservation de l'environnement. Il fait valoir les compétences limitées requises pour atteindre un but spécifique et primordial. Il sépare la compétence limitée pour contrôler la pollution de l'ensemble des autres compétences, qui constitue la souveraineté. En cela il s'apparente, dans une certaine mesure, à l'approche que le Canada était l'un des premiers à adopter, relative à la compétence en matière d'exploitation et de conservation des ressources de la pêche. » J.A. Beesley a plus tard fait la distinction entre l'approche fonctionnelle et la souveraineté dans « The Law of the Sea conference: factors behind Canada's stance » (juillet/août 1972) *International Perspectives*, 28 à la p. 33 : [TRADUCTION] « ... des moyens utilisés par l'État pour revendiquer divers types de « zones contiguës », seuls la quantité et le type de compétence appropriée seront nécessaires pour résoudre le problème en question. Lorsque le Canada a agi unilatéralement, il a freiné autant que possible toute affirmation totale de souveraineté et a affirmé uniquement la souveraineté nécessaire pour remplir les fonctions particulières requises. La souveraineté comprend tout un tas de juridictions – c'est-à-dire qu'elle couvre toutes les matières, du droit criminel aux mesures de sécurité, en passant par les lois douanières, la réglementation sur la pêche et le contrôle de la pollution. »

⁶⁵ J.A. Beesley, « Rights and Responsibilities of Arctic Coastal States: The Canadian View » 3 *J. Mar. L. & Com.* 1 à la p. 7. L'initiative canadienne a presque immédiatement suscité des commentaires critiques chez les professeurs de droit américains intéressés. Voir Richard Bilder, « The Canadian Arctic Waters Pollution Prevention Act: New Stresses on the Law of the Sea » (1970-1971) 69 *Mich. L. Rev.* 1 et Louis Henkin, « Arctic Anti-Pollution: Does Canada Make – or Break – International Law » (1971) 65 *Am. J. Int'l L.* 131.

de l'environnement arctique, compte tenu de la nature unique et de la vulnérabilité particulière de cet environnement, des conséquences désastreuses susceptibles de résulter de sa pollution ou de sa dégradation, et des risques particulièrement graves que présente la navigation dans les eaux arctiques⁶⁶.

En plus de la nouvelle législation et du retrait de la compétence obligatoire de la CIJ, le gouvernement du Canada s'est préparé aux négociations en vue de la Troisième Conférence sur le droit de la mer qui devait débiter à l'été 1974. Même si un certain nombre de questions importantes intéressant beaucoup d'États côtiers et maritimes étaient à l'ordre du jour – dont la réglementation des espèces anadromes (saumon) et le régime du passage dans les détroits internationaux — les observateurs ont estimé qu'un des principaux objectifs du Canada relativement à l'UNCLOS était de faire accepter le régime des eaux arctiques⁶⁷. Cet objectif devait être atteint en poursuivant ouvertement l'« approche fonctionnelle⁶⁸ » en tentant de faire reconnaître internationalement le droit du Canada d'imposer sa réglementation nationale pour contrer la pollution des eaux arctiques et en s'abstenant de s'engager sur la question des détroits tant que n'était pas résolue la question des dispositions spéciales pour les eaux arctiques⁶⁹. En rétrospective, on peut penser que cette promotion diplomatique de l'approche fonctionnelle a empêché le Canada de défendre la question plus large de la souveraineté absolue, y compris la souveraineté sur l'Arctique.

L'ordre du jour et le cours des négociations ont finalement obligé le Canada, en 1976, à trouver un compromis avec les États-Unis. Si le Canada a pu obtenir une disposition autorisant l'application de normes nationales non préjudiciables dans les « zones recouvertes par les glaces », il a dû en retour accepter les propositions américaines sur le régime de passage en transit dans les détroits internationaux⁷⁰. Saluée au Canada comme un succès, « l'exception arctique » a survécu aux six années de négociations subséquentes et a été incluse à l'article 234 de la version finale de la Convention adoptée en décembre 1982. Voici cet article :

Article 234 – Zones recouvertes par les glaces

Les États 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 par les glaces et comprises dans les limites de la zone économique exclusive, lorsque des 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 de façon irréversible. Ces lois et règlements tiennent dûment compte de la navigation, ainsi que de la protection et de la préservation du milieu marin sur la base des données scientifiques les plus sûres dont on puisse disposer.

⁶⁶ « Canadian Practice in International Law during 1973 as Reflected Mainly in Public Correspondence and Statements of the Department of External Affairs » (1974) 12 Can. Y.B. Int'l L. 272 à 283. M. L.H.J. Legault, directeur, section du droit de la mer, Direction des opérations juridiques, Affaires extérieures, a fait une mise en garde semblable dans « The Freedom of the Seas: A License to Pollute? » (1971) 21 U.T.L.J. 211 211 à la p. 219 :

[TRADUCTION] Bien que le Canada ait toujours affirmé que les eaux de l'archipel arctique constituaient des eaux canadiennes, il faut souligner que la législation sur la pollution des eaux arctiques ne constitue aucunement une déclaration de souveraineté sur les eaux en question. Elle représente plutôt un exercice fonctionnel de compétence en réponse à une nécessité objective concrète, et elle est fondée sur des considérations scientifiques et écologiques et non sur des impératifs territoriaux. Ainsi, les questions soulevées par cette législation ne concernent pas la souveraineté, mais bien le droit d'un État côtier d'agir pour se protéger en cas de menace grave à son environnement.

⁶⁷ D.M. McRae, « Negotiation of Article 234 » dans Franklin Griffiths, dir., *Politics of the Northwest Passage*, McGill-Queen's University Press, 1987, à la p. 104; D.M. McRae et D.J. Goundrey, « Environmental Jurisdiction in Arctic Waters: The Extent of Article 234 » (1982) 16 U. Brit. Colum. L. Rev. 197 aux p. 210-215.

⁶⁸ Beesley, *supra* note 63 à la p. 33 : Quelle est la politique particulière poursuivie par le Canada à l'égard des nombreuses questions irrésolues concernant le droit de la mer? L'idée de base dans l'approche canadienne, qu'elle soit unilatérale, bilatérale ou multilatérale, à toutes les questions mentionnées est le « fonctionnalisme ».

⁶⁹ McRae, *supra* note 67 à la p. 106.

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 109.

Cette disposition ne figurait pas dans la partie de la Convention portant sur le régime des détroits internationaux, ce qui a fait dire à certains commentateurs au Canada qu'il s'ensuivait que le régime des détroits internationaux ne s'appliquait pas au passage du Nord-Ouest⁷¹». Toutefois, il est plus exact de dire simplement que, indépendamment du statut de détroit international ou non des eaux adjacentes, si ces dernières sont recouvertes de glaces pendant la majeure partie de l'année, l'État côtier peut adopter et faire appliquer des lois et règlements plus restrictifs afin de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin⁷².

En plus d'étendre son pouvoir de contrôle de la pollution dans les eaux arctiques, le gouvernement du Canada a, en 1978, désigné comme zone de pêche dans l'océan Arctique une région adjacente au littoral et aux îles de l'Arctique canadien et qui s'étend sur « une distance de 200 milles marins du point le plus proche de la ligne de base qui sert à mesurer la mer territoriale du Canada dans la mer de Beaufort, l'Océan Arctique et la mer de Lincoln » mais ne comprend aucune région des eaux intérieures ou de la mer territoriale du Canada⁷³.

Rappelons que les négociations de la Troisième Conférence ne portaient pas uniquement sur des questions relatives aux droits maritimes souverains du Canada et des États-Unis. Par exemple, en 1977, le gouvernement canadien a adopté une zone de pêche exclusive de 200 milles dans l'océan Atlantique fondée sur les lignes de base droites⁷⁴. De plus, en 1981, la CIJ a commencé à entendre l'*Affaire Golfe du Maine*⁷⁵ afin de résoudre la question de la délimitation des eaux et des plateaux continentaux entre les deux pays sur la côte atlantique. La CIJ a examiné une preuve substantielle et des arguments juridiques complexes pour choisir « les critères qui à son jugement apparaîtront comme les plus équitables par rapport à la tâche à remplir dans le présent procès, ainsi que la méthode ou la combinaison de méthodes pratiques dont l'application permettra le mieux de traduire ces critères dans le concret⁷⁶ ». La Cour a rejeté les critères équitables proposés par les deux parties et a plutôt reconnu la primauté de la géographie physique concrète⁷⁷. S'agissant de la délimitation du segment le plus litigieux, à proximité du banc de Georges, le Cour a retenu les arguments canadiens pour rejeter les prétentions américaines à des « droits historiques », et a plutôt adopté pour l'essentiel la règle « équidistance / circonstances

⁷¹ *Ibid.* à la p. 110.

⁷² McRae et Goundrey, *supra* note 67 à la p. 221, notent qu'il ne faudrait pas interpréter l'exigence que les lois et règlements « tiennent dûment compte de la navigation » dans la zone économique comme accordant aux États côtiers un pouvoir plus grand de réglementer et de contrôler la pollution marine dans leurs ZEE que dans leur mer territoriale : [TRADUCTION] « Par conséquent, il faut supposer qu'en édictant des lois et règlements pour la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution marine dans les zones recouvertes de glaces, l'État côtier ne pourra excéder le pouvoir qu'il détient d'édicter ces mêmes lois et règlements à l'égard de la mer territoriale. Ainsi, l'État côtier ne pourrait pas imposer aux navires étrangers des exigences ayant pour effet d'entraver ou de refuser le droit de passage inoffensif, ou encore de faire preuve de discrimination à l'égard de navires transportant des marchandises à destination ou en provenance de tout État. »

⁷³ *Décret sur les zones de pêche du Canada (zone 6)*, (1978) C.R.C. vol. XVIII, ch. 1549, 13747.

⁷⁴ DORS./77-173, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 111, n° 5, p. 652 (9 mars 1977).

⁷⁵ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Affaire du Golfe du Maine)* [1984] C.I.J. Rec. p. 246. Cette décision a établi le critère juridique permettant de tracer une seule frontière océanique délimitant à la fois la colonne d'eau et le fond marin du plateau continental. Ted McDorman, Phillip Saunder et David VanderZwaag, «The Gulf of Maine boundary: Dropping anchor or setting a course?? *Marine Policy*, avril 1985, 90-107.

⁷⁶ *Ibid.*, *Affaire du Golfe du Maine* à la p. 312, au para. 156.

⁷⁷ Arrêt de la majorité, au para. 194, tel que cité dans McDorman, *supra* note 75 à la p. 96.

spéciales », énoncée au paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale⁷⁸. Même si le Canada n'était ni lié par les arguments qu'il a présentés devant la CIJ ni tenu de reconnaître que la diminution de la force légale des « droits historiques » était déterminante dans le contexte de l'Arctique, c'était là une érosion évidente du principe général du droit international voulant qu'il faille respecter les « droits historiques » pour l'opération de délimitation des zones maritimes.

Au cours de l'été 1985, le Département d'État des États-Unis a informé les représentants du ministère des Affaires extérieures que le brise-glace *Polar Sea* de la Garde côtière américaine emprunterait le passage du Nord-Ouest en juillet et en août⁷⁹. Bien que le gouvernement canadien n'ait pas admis que le voyage du *Polar Sea* menaçait la « souveraineté » canadienne dans l'Arctique, le ministre des Affaires étrangères, Joe Clark, a fait, le 10 septembre 1985, ce qui deviendrait la dernière déclaration officielle significative du gouvernement du Canada relativement à la nature de ses revendications sur les eaux de l'archipel arctique. M. Clark a déclaré que le gouvernement du Canada avait « pour politique d'exercer la pleine souveraineté du Canada dans et sur les eaux de l'archipel arctique, tant au regard des eaux que de l'espace aérien surjacent⁸⁰ ». Il a ajouté que cette souveraineté serait assurée par un certain nombre d'initiatives législatives, règlementaires et opérationnelles. La plus significative de ces initiatives était la prise immédiate d'un décret qui établissait des lignes de base droites devant prendre effet le 1^{er} janvier 1986 autour de l'archipel arctique « afin de définir les limites extérieures des eaux historiques du Canada » ainsi que le prolongement des eaux territoriales canadiennes de 12 milles marins vers la haute mer à partir de ces lignes de base⁸¹. Le gouvernement souhaitait obtenir l'adoption hâtive de la *Loi sur l'application extracôtière des lois canadiennes* pour permettre pour la première fois l'application des lois civiles et pénales canadiennes dans ces zones au large des côtes. Le gouvernement a aussi exprimé son intention d'entamer des pourparlers avec les États-Unis pour signer un accord de coopération dans les eaux arctiques et de retirer immédiatement sa réserve à l'égard de la compétence obligatoire de la CIJ, dans une lettre adressée au Secrétaire général des Nations Unies⁸². Enfin, le gouvernement a annoncé son intention d'augmenter la surveillance aérienne et navale dans l'est de l'Arctique et de construire un brise-glace polaire de classe 8.

Le gouvernement a dit clairement que sa revendication serait complète : le Canada revendiquerait la « pleine souveraineté » sur les eaux de l'archipel arctique. Le ministre des Affaires étrangères, Joe Clark, a aussi dit explicitement que la revendication du Canada allait au-delà de simples droits fonctionnels :

L'exercice de la juridiction fonctionnelle sur les eaux arctiques est essentiel aux intérêts canadiens. Mais il ne saurait, en aucun cas, remplacer l'exercice de la pleine souveraineté du Canada sur les eaux de l'archipel arctique. Seule la pleine souveraineté protège la gamme complète des intérêts du Canada. La pleine souveraineté est vitale pour la sécurité du Canada. Elle est vitale pour le peuple Inuit. Elle est vitale même pour l'identité nationale du Canada⁸³.

⁷⁸ Selon McDorman, *supra* note 75 à la p. 98 :

[TRADUCTION] Après avoir déterminé la ligne d'équidistance, la Chambre devait ensuite vérifier si le résultat était équitable. À cette fin, la Chambre s'est reportée aux données fournies par la géographie humaine et économique, traduisant l'importance de la zone, particulièrement du banc de Georges, pour les parties. Ces considérations politiques et économiques, qui incluaient les activités de la pêche, la prospection des gisements d'hydrocarbures, la recherche scientifique et la défense, n'ont pas été considérées comme des considérations « juridiques » et ne pouvaient donc pas servir pour juger du caractère équitable de la délimitation.

⁷⁹ Adam Singer, « Testing the Northwest Passage », *Alberta Report* (12 août 1985) 26; Christopher Kirkey, « Smoothing Troubled Waters: the 1988 Canada-United States Arctic Co-Operation Agreement » (1994-1995) *Int'l J.* 401 à la p. 403; Ted McDorman, « In the Wake of the Polar Sea » (octobre 1986) *Marine Policy* 243 à la p. 243. Même si deux officiers de la Garde côtière canadienne étaient de service sur le navire, il a été reconnu que les États-Unis avaient délibérément évité de demander une permission de passage au Canada.

⁸⁰ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 5, p. 6463 (10 septembre 1985).

⁸¹ *Décret sur les coordonnées géographiques pour la mer territoriale (région 7)* (C.P. 1985-2739, 10 septembre 1985).

⁸² *Acceptance of I.C.J. Compulsory Jurisdiction With Regard to Disputes Arising Out Of Jurisdictional Claims*, 10 septembre 1985, 24 *I.L.M.* (1985) 1729.

⁸³ *Supra* note 80.

Bien que le gouvernement américain ait protesté contre les revendications du Canada en 1985 et en 1986⁸⁴, l'annonce des initiatives a été généralement bien reçue au Canada⁸⁵ et les lignes de base droites ont été proclamées. Toutefois, malgré ces sursauts temporaires d'enthousiasme, les autres initiatives n'ont pas été édictées, ni introduites comme l'avait déclaré M. Clark. Le brise-glace polaire de classe 8 n'a jamais été construit et la surveillance accrue a rapidement été ramenée à un ou deux vols par année. Une fois de plus, la présence réglementaire du gouvernement canadien dans l'Arctique se dissipait.

IV – LES EAUX ARCTIQUES CANADIENNES : ÉVOLUTION DU DROIT CANADIEN DE LA MER DEPUIS 1985

Malgré les nombreux pas en arrière associés à la déclaration de 1985 du ministre canadien des Affaires étrangères, l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique sur la coopération dans l'Arctique*⁸⁶ a finalement été signé le 11 janvier 1988. L'article 3 de cet accord stipule que « le gouvernement des États-Unis s'engage à ce que tous les déplacements des brise-glaces américains dans les eaux revendiquées par le Canada comme ses eaux intérieures soient effectués avec le consentement du gouvernement du Canada ». Toutefois, tout appui direct à une revendication canadienne fondé sur cet « accord sur les brise-glaces » était annulé par l'article 4 de l'Accord :

Rien dans le présent accord de coopération entre amis et voisins dans l'Arctique, ni aucune pratique en découlant, n'affecte les positions respectives des Gouvernements des États-Unis et du Canada sur le Droit de la Mer pour ce qui a trait à cette zone ou à tout autre espace maritime, ou leurs positions respectives à l'égard de tierces parties.

En même temps qu'il essayait de régulariser ses revendications maritimes sur l'Arctique, le gouvernement du Canada édictait et modifiait la panoplie complète de ses lois maritimes afin de suivre le rythme des développements juridiques internationaux. Même si elle avait vu le jour en 1985, la *Loi sur l'application extracôtière des lois canadiennes*⁸⁷ n'est entrée en vigueur que le 4 février 1991. De manière significative, cette loi définissait les termes « eaux intérieures » et « mer territoriale ». En 1996, la *Loi sur l'application extracôtière des lois canadiennes* et la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche* ont toutes deux été abrogées et remplacées par la *Loi sur les océans*⁸⁸ dans le cadre d'une mise à jour générale du cadre législatif régissant l'exercice de la souveraineté maritime du Canada, incluant les eaux arctiques.

⁸⁴ *National Claims to Maritime Jurisdictions*, 8^e Rev., *Limits in the Seas* n° 36, United States Department of State, Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs, 25 mai 2000.

⁸⁵ Donald R. Rothwell, « The Canadian-U.S. Northwest Passage Dispute: A Reassessment » (1993) 26 *Cornell Int'l L.J.* 331 à la p. 337 : [TRADUCTION] « Par la proclamation des lignes de base droites autour de l'archipel arctique, le Canada a rapidement fait de toutes les eaux se situant à l'intérieur de ces lignes, des eaux intérieures sur lesquelles il exerçait une souveraineté et une compétence complète. Les mesures qui accompagnaient la proclamation des lignes de base droites visaient aussi à faire en sorte que cette action canadienne ne soit pas vaine et qu'elle soit soutenue par une manifestation positive de la souveraineté du Canada sur les eaux. » Voir aussi D.M. Johnson, « The Northwest Passage Revisited » (2002) 33 *Ocean Development & Int'l L.* 145 à la p. 158.

⁸⁶ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique sur la coopération dans l'Arctique*, 11 janvier 1988, Recueil des traités du Canada, n° 29, 2 (1988).

⁸⁷ *An Act To Apply Federal Laws and Provincial Laws To Offshore Areas and To Amend Certain Acts In Consequence Thereof*, L.C. (1990), ch. 44. D'abord introduit en avril 1986, le projet de loi est mort au feuillet et n'a été réintroduit qu'en octobre 1989. Il a reçu la sanction royale en décembre 1990. Comme l'a souligné Ross Hornby, « The Canadian Laws Offshore Application Act: The Legislative Incorporation of Rights over the Continental Shelf » (1991) 29 *Can. Y.B. Int'l L.* 355 à la p. 359, la loi traitait essentiellement du plateau continental canadien, mais à cause de la complexité des zones maritimes, elle ajustait l'application des lois fédérales et provinciales selon leurs différents statuts juridiques : [TRADUCTION] « Ainsi, les lois s'appliquent aux eaux intérieures et à la mer territoriale, où le Canada exerce la pleine souveraineté territoriale, sous réserve seulement de certains droits de navigation des autres États dans la mer territoriale ».

⁸⁸ *Loi sur les océans*, L.C. (1996), ch. 31, art. 2; L.C. (1993), ch. 28, art. 78; L.C. (1998), ch. 15, art. 35; L.C. (2002), ch. 7, art. 223. Les articles 54 et 55 ont abrogé respectivement la *Loi sur l'application extracôtière des lois canadiennes* et la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche*.

Le sous-alinéa 25a)(i) de la *Loi sur les océans* autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements précisant les coordonnées géographiques des points permettant de déterminer l'emplacement des lignes de base droites suivant le paragraphe 5(2) de la même loi⁸⁹. Les articles 6 à 8, articles fort importants, définissent la notion d'« eaux intérieures » :

Eaux intérieures du Canada

6. Les eaux intérieures du Canada sont les eaux situées en deçà de la ligne de base de la mer territoriale.

Territoire canadien

7. Il est entendu que les eaux intérieures et la mer territoriale du Canada font partie du territoire de celui-ci.

Droits de Sa Majesté

8. (1) Il est entendu que, dans le cas des espaces maritimes non compris dans le territoire d'une province, le fond et le sous-sol des eaux intérieures et de la mer territoriale appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada.

(2) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits acquis avant le 4 février 1991⁹⁰.

Bien que le *Décret sur les coordonnées géographiques pour la mer territoriale (région 7)* (D.O.R.S./85-872), établissant les lignes de base droites autour de l'archipel arctique, ait originalement été pris en vertu de

⁸⁹ L'article 5 de la *Loi sur les océans* concerne la détermination des lignes de base :

Sous réserve des paragraphes (2) et (3), la ligne de base est la laisse de basse mer soit du littoral, soit des hauts-fonds découvrants situés, en tout ou en partie, à une distance de la côte ou d'une île qui ne dépasse pas la largeur de la mer territoriale.

Coordonnées géographiques de point

(2) Dans les secteurs ayant fait l'objet d'une liste de coordonnées géographiques de points établie sous le régime du sous-alinéa 25a)(i), la ligne de base est constituée des géodésiques joignant les différents points énumérés sur la liste, sous réserve des exceptions de celle-ci quant à la prise en compte de la laisse de basse mer soit du littoral, soit des hauts-fonds découvrants situés, en tout ou en partie, à une distance de la côte qui ne dépasse pas la largeur de la mer territoriale.

Le sous-alinéa 25a)(i) prévoit le pouvoir de prendre certains règlements :

25. Le gouverneur en conseil peut, sur la recommandation du ministre des Affaires étrangères, prendre des règlements :

a) pour fixer les coordonnées géographiques de points permettant de déterminer :

(i) les géodésiques constituant, aux termes du paragraphe 5(2), la ligne de base de la mer territoriale

⁹⁰ La *Loi d'interprétation* vient préciser l'étendue de la souveraineté exercée dans les zones maritimes. L'article 35 définit ainsi les « eaux intérieures » :

a) S'agissant du Canada, les eaux intérieures délimitées en conformité avec la *Loi sur les océans*, y compris leur fond ou leur lit, ainsi que leur sous-sol et l'espace aérien correspondant;

b) s'agissant de tout autre État, les eaux situées en deçà de la ligne de base de la mer territoriale de cet État.

De plus, l'article 8 prévoit l'application territoriale des lois du Parlement :

Portée territoriale

8. (1) Sauf disposition contraire y figurant, un texte s'applique à l'ensemble du pays.

l'ancienne *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche*, il est demeuré valide après l'abrogation de l'ancienne loi parce qu'il était réputé avoir été pris en vertu de la nouvelle loi⁹¹.

S'agissant de l'application des règlements sur la pêche, la *Loi sur les océans* prévoyait l'établissement de « zones économiques exclusives⁹² » et le pouvoir de légiférer sur les « zones de pêche⁹³ » adjacentes aux côtes canadiennes. La *Loi sur la protection des pêches côtières*⁹⁴ s'applique à l'intérieur de ces zones de pêche. En outre, le paragraphe 22(4) de la *Loi sur les océans* dispose que la compétence des tribunaux à l'égard des infractions au droit fédéral est déterminée conformément aux articles 477.3, 481.1 et 481.2 du *Code criminel* du Canada⁹⁵.

⁹¹ *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 1. L'alinéa 44g) dispose :

Abrogation et remplacement

44. En cas d'abrogation et de remplacement, les règles suivantes s'appliquent :

...

- g) les règlements d'application du texte antérieur demeurent en vigueur et sont réputés pris en application du nouveau texte, dans la mesure de leur compatibilité avec celui-ci, jusqu'à abrogation ou remplacement;...

Cette règle d'interprétation s'applique également au *Décret sur les zones de pêche du Canada (zone 6)* pris en vertu de la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche*, laquelle avait étendu la zone de pêche à une distance de 200 milles marins des lignes de base de l'Arctique.

⁹² *Loi sur les océans*, art. 14 et 15 :

Droits souverains du Canada

14. Le Canada a, sur sa zone économique exclusive :

- a) des droits souverains quant à l'exploration et à l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources naturelles — biologiques et non biologiques — de celle-ci, des fonds marins, de leur sous-sol et des eaux surjacentes, y compris toute activité liée à l'exploration et à l'exploitation de la zone à des fins économiques, telle la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents;
- b) compétence pour la mise en place et l'utilisation d'îles artificielles et d'ouvrages en mer, à la recherche scientifique marine, ainsi qu'à la protection et la préservation du milieu marin;
- c) les autres droits et obligations prévus par le droit international.

Droits de Sa Majesté

15.(1) Il est entendu que les droits du Canada sur le fond et le sous-sol de sa zone économique exclusive, ainsi que sur les ressources qui s'y trouvent, appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada.

⁹³ *Loi sur les océans*, article 16. De plus, l'alinéa 25b) de cette même loi autorise le gouverneur en conseil, sur recommandation du ministre des Affaires étrangères, à prendre des règlements « pour constituer en zone de pêche tout espace maritime adjacent à la côte du Canada ».

⁹⁴ *Loi sur la protection des pêches côtières*, L.R.C (1985), ch. C-33.

⁹⁵ Le paragraphe 477.3(1) concerne les pouvoirs de contrainte (d'arrestation, d'accès à des lieux, de fouille ou de saisie) et le paragraphe 477.3(2) permet à tout juge canadien d'autoriser ces pouvoirs de contrainte à l'égard d'une infraction :

Un juge de paix ou un juge de toute circonscription territoriale au Canada a compétence pour autoriser les mesures d'enquête et autres mesures accessoires — notamment en matière d'arrestation, d'accès à des lieux, de perquisition, de fouille et de saisie — à l'égard d'une infraction soit visée à l'article 477.1, soit commise dans les limites de la mer territoriale du Canada ou dans un espace maritime faisant partie des eaux intérieures du Canada, comme si elle avait été perpétrée dans son ressort ordinaire.

Loi sur les océans, article 2 : « droit » « s'agissant du droit fédéral, les lois fédérales et les règlements au sens du paragraphe 2 de la *Loi d'interprétation*, ainsi que les autres règles de droit qui relèvent de la compétence du Parlement. Sont toutefois exclues de la présente définition les ordonnances au sens de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, ainsi que les lois de la Législature du Yukon ou de celle du Nunavut »

Une zone séparée et unique a été établie en droit canadien pour l'application des lois contre la pollution dans les eaux arctiques. Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques* (LPPEA) prévoit que cette loi s'applique aux « eaux arctiques », lesquelles sont définies à l'article 2 et au paragraphe 3(2) comme étant des « [e]aux contiguës au continent et aux îles de l'Arctique canadien à l'intérieur de la zone délimitée par le 60^e parallèle de latitude nord, le 140^e méridien de longitude ouest et une ligne en mer dont chaque point se trouve à une distance de cent milles marins de la plus proche terre canadienne, sauf que, dans la zone sise entre les îles de l'Arctique canadien et le Groenland, là où la ligne d'équidistance entre les îles de l'Arctique canadien et le Groenland est à moins de cent milles marins de la plus proche terre canadienne, cette ligne d'équidistance est substituée à la ligne en mer dont chaque point se trouve à cent milles marins de la plus proche terre canadienne⁹⁶. Bien que le terme « eaux intérieures » ne soit pas défini dans la *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*⁹⁷, on peut supposer qu'il correspond au terme « eaux intérieures » défini dans le *Décret sur les coordonnées géographiques pour la mer territoriale (région 7)* (Conseil privé 1985-2739).

Les articles 11 à 13 de la LPPEA prescrivent l'établissement de zones de contrôle de la sécurité de la navigation dans les eaux arctiques, la réglementation de la navigation à l'intérieur de ces zones, y compris la conception, l'équipage des navires et le type de cargaison transportée, ainsi que l'application des règles de navigation dans ces zones. En 1978, en vertu de la LPPEA, le gouvernement canadien a pris le *Décret sur les zones de contrôle de la sécurité de la navigation*⁹⁸ qui délimite les zones de contrôle de la sécurité dans l'Arctique. Les articles 562.15 et 562.16 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* prévoient la prise de règlements à l'égard des renseignements requis pour obtenir une autorisation de mouvement et la mise sur pied d'un Service du trafic maritime dans les zones de contrôle de la sécurité de la navigation assujetties à la LPPEA. L'autorité chargée de l'application de ces règlements dans les eaux arctiques est le *NORDREG*⁹⁹. Malgré les apparences, il ne s'agit pas d'un règlement, mais de l'Avis aux Navigateurs n° 26¹⁰⁰ qui consiste en des instructions ou directives émises en vertu de l'article 562.13 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Toutefois, le *NORDREG* note explicitement que « la participation est volontaire », de sorte que les exigences en matière de déclarations ne sont pas contraignantes.

⁹⁶ La définition des « eaux arctiques » est prévue aux articles 2 et 3 de la *Loi sur la prévention de la pollution dans les eaux arctiques*.

⁹⁷ Le terme « eaux internes du Canada » est défini à l'article 2 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9 : « La totalité des fleuves, rivières, lacs et autres eaux douces navigables à l'intérieur du Canada, y compris le fleuve Saint-Laurent aussi loin vers la mer qu'une ligne droite tirée :

- a) de Cap-des-Rosiers à la pointe occidentale de l'île d'Anticosti;
- b) de l'île d'Anticosti à la rive nord du fleuve Saint-Laurent le long du méridien de longitude 63° O.

⁹⁸ *Décret prescrivant certaines zones des eaux arctiques à titre de zones de contrôle de la sécurité de la navigation (Décret sur le contrôle de la sécurité de la navigation)*, disponible au http://www.tc.gc.ca/acts-regulations/includes/printable_version.asp?lang=en.

⁹⁹ www.ccg-gcc.gc.ca/eng/MCTS/Vtr_Arctic_Canada.

¹⁰⁰ L'Avis aux navigateurs n° 26 est publié en tant qu'aide radio à la navigation marine (disponible au www.notmar.gc.ca/eng/services/2009-annual/section-a/notice-6.pdf).

Comme il a déjà été dit, la *Loi sur les océans* définit le cadre législatif de l'établissement de la ZEE du Canada, même dans des circonstances où les coordonnées géographiques n'ont pas été établies par règlement¹⁰¹. En effet, il en résulte une situation anormale puisque le Canada n'a pas encore pris un règlement ou rendu un décret établissant les coordonnées géographiques des limites extérieures de la zone économique exclusive de l'océan Arctique, lesquelles pourraient entraîner un empiètement sur la mer territoriale, la ZEE ou les autres zones d'un autre État ou sur la limite extérieure de la ZEE, du plateau continental ou de la marge continentale du Canada¹⁰².

En résumé, par application de la *Loi sur les océans*, du *Décret sur les coordonnées géographiques pour la mer territoriale (région 7)* (D.O.R.S./85-872), et de la *Loi d'interprétation*, les eaux situées à l'intérieur des lignes de base droites autour de l'archipel arctique canadien sont des eaux intérieures et sont donc pleinement assujetties aux lois canadiennes. De plus, la *Loi sur les océans* a autorisé l'établissement d'une zone économique exclusive de 200 milles marins autour de l'archipel arctique. L'application conjuguée de la *Loi sur les océans* et du *Décret sur les zones de pêche au Canada (zone 6)* a établi la zone de pêche dans les eaux arctiques à 200 milles marins à partir de lignes de base, à l'intérieur de laquelle la *Loi sur la protection des pêches côtières* est applicable. Enfin, par application de la LLPEA, du *Décret sur les zones de contrôle de la sécurité de la navigation*, de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et du NORDREG, la réglementation contre la pollution peut être appliquée dans les zones de contrôle de la sécurité de la navigation de l'Arctique jusqu'à 100 milles marins des lignes de base lorsqu'il y a notification volontaire de la part des navires entrant dans ces zones.

¹⁰¹ *Loi sur les océans*, art. 13 :

Zone économique exclusive du Canada

13.(1) La zone économique exclusive est la zone maritime adjacente à la mer territoriale qui est comprise entre la limite extérieure de celle-ci et :

- a) soit la ligne dont chaque point est à 200 milles marins du point le plus proche de la ligne de base de la mer territoriale;
- b) soit, pour toute partie de la zone économique exclusive ayant fait l'objet d'une liste de coordonnées géographiques de points établie sous le régime du sous-alinéa 25a)(iii), les géodésiques reliant ces points.

Détermination de la limite extérieure de la zone économique exclusive du Canada

(2) Il est entendu que l'absence de règlement d'application du sous-alinéa 25a)(iv) n'a pas pour effet de restreindre la portée des droits que peut exercer le Canada au titre de l'alinéa (1)a).

¹⁰² *Loi sur les océans*, sous-alinéas 25a)(iii) et (iv) :

25. Le gouverneur en conseil peut, sur la recommandation du ministre de la Justice, prendre des règlements pour :

[...]

- (iii) la limite extérieure de la zone économique exclusive ou du plateau continental dans les secteurs désignés par règlement où il estime que l'application des alinéas 13(1)a) ou 17(1)a) ou b) entraînerait un empiètement sur la mer territoriale d'un autre État ou sur un espace maritime assujéti aux droits souverains d'un autre État, placerait la limite à un endroit trop proche du littoral d'un autre État ou serait inopportune pour quelque autre raison,
- (iv) la limite extérieure de la zone économique exclusive, ou celle du plateau continental, notamment le rebord externe de la marge continentale; [...]

V – LES EAUX DE L'ARCTIQUE CANADIEN ET L'UNCLOS

Le 7 novembre 2003, le gouvernement du Canada a ratifié la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*. On dit que le retard du Canada à ratifier la Convention a été causé par les négociations en cours avec l'Union européenne à propos de la réglementation des pêches¹⁰³. Au moment de la ratification, le Canada a également déposé une *Déclaration* notifiant aux Nations Unies qu'il n'acceptait pas la procédure obligatoire de règlement des différends en ce qui concerne les questions portant sur la délimitation des zones maritimes ou les différends sur les baies ou titres historiques, les activités militaires, les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains, ou encore les différends mettant en cause le Conseil de sécurité¹⁰⁴.

L'article 2 de la Convention traite directement du statut légal d'une mer territoriale d'un État côtier, de l'espace aérien au-dessus de cette mer et de la souveraineté pouvant être exercée dans ces zones :

Article 2 - Régime juridique de la mer territoriale et de l'espace aérien surjacent, ainsi que du fond de cette mer et de son sous-sol

1. La souveraineté de l'État côtier s'étend, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures et, dans le cas d'un État archipel, de ses eaux archipélagiques, à une zone de mer adjacente désignée sous le nom de mer territoriale.
2. Cette souveraineté s'étend à l'espace aérien au-dessus de la mer territoriale, ainsi qu'au fond de cette mer et à son sous-sol.
3. La souveraineté sur la mer territoriale s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international.

L'article 5 définit la « ligne de base normale » comme étant la laisse de basse mer le long de la côte, mais l'article 7 fournit une définition plus large de ce même terme et prescrit l'emploi approprié de ces lignes. Trois des six paragraphes sont considérés comme étant directement applicables :

Article 7 – Lignes de base droites

1. Là où la côte est profondément échancrée et découpée, ou s'il existe un chapelet d'îles le long de la côte, à proximité immédiate de celle-ci, la méthode des lignes de base droites reliant des points appropriés peut être employée pour tracer la ligne de base à partir de laquelle est mesurée la largeur de la mer territoriale.
2. Là où la côte est extrêmement instable en raison de la présence d'un delta et d'autres caractéristiques naturelles, les points appropriés peuvent être choisis le long de la laisse de basse mer la plus avancée et, même en cas de recul ultérieur de la laisse de basse mer, ces lignes de base droites restent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été modifiées par l'État côtier conformément à la Convention.
- ...
4. Les lignes de base droites ne doivent pas être tirées vers ou depuis des hauts-fonds découvrants, à moins que des phares ou des installations similaires émergées en permanence n'y aient été construits ou que le tracé de telles lignes de base droites n'ait fait l'objet d'une reconnaissance internationale générale.

¹⁰³ Drew Fagan, « After two decades, Canada will ink Law of the Sea treaty » *Globe and Mail* (4 novembre 2003).

¹⁰⁴ Déclaration canadienne déposée lors de la ratification, 7 novembre 2003, disponible en ligne (19 janv. 07) au http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm.

Les îles et les eaux de l'archipel Arctique ne correspondent pas facilement à la description prévue à l'article 7(1) de la Convention et par conséquent, elles peuvent ne pas correspondre au tracé des lignes de base droites établi par le *Décret sur les coordonnées géographiques pour la mer territoriale (région 7)*¹⁰⁵. Toutefois, subsidiairement, on peut invoquer le texte du préambule de la Convention selon lequel « les questions qui ne sont pas réglementées par la Convention continueront d'être régies par les règles et principes du droit international général ». Les commentateurs canadiens sont d'avis que s'agissant de l'archipel arctique, il est possible de se référer au test proposé par la CIJ dans l'*Affaire des Pêcheries* où la Cour a approuvé le tracé des lignes de base droites le long de la côte norvégienne¹⁰⁶. Dans cette affaire, le « skjaergaard », était profondément découpé sur tout son parcours, ouvrant à tout instant des échancrures qui pénètrent dans les terres, sur une distance souvent considérable, et était constitué d'îles, grandes et petites, montagneuses, chacune ayant ses baies, grandes et petites, et ses fonds élevés qui constituent des bancs de pêche¹⁰⁷. Dans sa décision rendue à la majorité, la Cour a reconnu que l'application d'une « construction géométrique » – les lignes de base droites – était justifiée « lorsque la côte est profondément découpée d'indentations ou d'échancrures, comme la côte du Finnmark oriental, ou bordée par un archipel tel le « skjaergaard » du secteur occidental de la côte dont il s'agit, la ligne de base se détache de la laisse de basse mer¹⁰⁸ ».

Il y a une autre disposition relative à l'application des lignes de base droites dans l'Arctique canadien. Le paragraphe 8(1) confère le statut d'« eaux intérieures » aux eaux situées en deçà des lignes de base touchant au continent. Le paragraphe 8(2), toutefois, constitue une exception à ce statut :

8(2) Lorsque le tracé d'une ligne de base droite établie conformément à la méthode décrite à l'article 7 inclut dans les eaux intérieures des eaux qui n'étaient pas précédemment considérées comme telles, le droit de passage inoffensif prévu dans la Convention s'étend à ces eaux.

L'effet de ce paragraphe sur la revendication du Canada à l'égard de l'Arctique est que si avant 1985 – date de prise du *Décret sur les coordonnées géographiques pour la mer territoriale (région 7)* du Conseil privé – les eaux de l'archipel arctique étaient « considérées » comme des « eaux intérieures » canadiennes, il n'existerait donc aucun droit de passage inoffensif dans ces eaux. La question de l'application de cette disposition de la Convention est importante parce que l'exercice du droit de passage inoffensif dans les eaux de l'archipel arctique ou une partie de ces eaux irait manifestement à l'encontre de la prétention du gouvernement canadien selon laquelle les eaux de cette zone étaient des « eaux intérieures ».

¹⁰⁵ J.B. McKinnon, « Arctic Baselines: A Litore Usque ad Litus » (1987) 66 Can. Bar Rev. 790 à la p. 803 : [TRADUCTION] « La côte au nord du continent canadien est profondément échancrée, mais ce fait justifierait l'utilisation des lignes de base droites uniquement le long de la côte [...] Il semble difficile de décrire les îles de l'archipel arctique comme un « chapelet d'îles », « à proximité immédiate » de la côte. Les îles s'étendent sur près de 1000 milles au nord du continent. De plus, le groupe d'îles situé au nord est séparé du groupe situé au sud par une importante étendue d'eau. Donc, même si le groupe d'îles situé au sud pourrait être considéré comme un chapelet d'îles à proximité immédiate du continent, il serait plus difficile d'y inclure le groupe d'îles au nord malgré l'existence de quelques petites îles dans le détroit de Barrow qui relie les deux groupes ». En outre, John Byrne, « Canada and the Legal Status of Ocean Space in the Canadian Arctic Archipelago » (1970) 28 U. Toronto Fac. L. R. 1 aux p. 9-10, ne croit pas que l'archipel arctique constitue un « chapelet ». Par contre, Donat Pharand, « The Role of International Law for Peace and Security » (1989) *The Arctic: Choices for Security and Peace* 108, renvoie au sondage physique effectué par la American Natural Geographic Society, qui a conclu que les îles de l'Arctique sont un archipel du plateau continental canadien.

¹⁰⁶ *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, [1951] C.I.J Rec. 115. En 1935, le gouvernement norvégien a pris un décret royal en se servant des lignes de base droites pour délimiter les zones de pêche, a appliqué à la lettre les règlements contre les chalutiers britanniques et a arrêté et condamné un bon nombre de ces derniers. Le gouvernement du Royaume-Uni a ensuite présenté la cause devant la Cour. Donat Pharand, *Canada's Arctic Waters in International Law*, Cambridge University Press, 1988, à la p. 132, a écrit que par conséquent, si les règles de la Convention relatives aux archipels sont trop étroites pour s'appliquer à un archipel en particulier, il faut avoir recours au droit coutumier. Il peut s'avérer nécessaire de faire cela pour apprécier l'applicabilité du système de lignes de base droites à l'archipel arctique canadien.

¹⁰⁷ *Affaire des Pêcheries*, *supra* note 106 à la p. 127 : « La côte de la terre ferme ne constitue pas, comme dans presque tous les pays, une ligne de séparation nette de la terre et de la mer ».

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p 128.

La ratification de l'UNCLOS par le Canada en 2003 lui a permis de recourir au paragraphe 8(2) à son profit. Une lecture objective de la disposition semble en effet appuyer la position selon laquelle la prétention du Canada à un titre historique repose sur une exception à l'UNCLOS¹⁰⁹. La question de savoir si cette prétention est « exceptionnelle » au regard du droit international n'est pas simplement pertinente pour le cas improbable où le Canada se trouverait entraîner dans un litige. Par exemple, la conduite d'opérations navales serait également affectée si la revendication du Canada n'était pas acceptée par les autres États ou serait jugée non fondée.

La ratification par le gouvernement du Canada a aussi sécurisé la responsabilité nationale envers le respect des droits de navigation énumérés dans la Convention, dont le « droit de passage inoffensif » et le « droit de passage en transit ». Toute opération navale en appui à la revendication du Canada sur l'Arctique doit par conséquent être menée dans le respect d'importants droits juridiques internationaux.

VI – DROITS DE NAVIGATION MARITIME ET EAUX ARCTIQUES CANADIENNES

En réponse à l'apparente pression exercée par le caractère « rampant » et « l'alourdissement » de la réglementation sur les eaux extracôtières et aux menaces que cela représente pour les lignes de communication maritimes, le gouvernement Carter des États-Unis a, en 1979, formellement établi son programme de liberté de navigation. Ce programme avait été conçu pour attirer l'attention internationale sur les dispositions de l'UNCLOS relatives à la navigation, et pour appuyer l'affirmation des droits de navigation maritime des États-Unis¹¹⁰. On classe généralement ces droits en deux catégories distinctes : les *droits de déplacement*, qui englobent la notion de « mobilité » et incluent des droits juridiques tels que le droit de passage en transit dans les détroits servant à la navigation internationale, le droit de passage inoffensif dans les mers territoriales et les eaux archipélagiques, les routes de navigation archipélagiques, ainsi que les libertés de navigation en haute mer et dans l'espace aérien correspondant; et les *droits opérationnels*, qui incluent des activités comme la manœuvre des forces opérationnelles, l'ancrage, la collecte de renseignements et la surveillance maritimes, les exercices militaires, les essais de matériel militaire, ainsi que les relevés hydrographiques et militaires¹¹¹. Bien que les *droits de déplacement* aient été expressément énoncés dans le texte de la Convention, les droits opérationnels ne

¹⁰⁹ La question de savoir si les revendications des lignes de base droites du Canada constituaient une revendication exceptionnelle a été examinée par les auteurs avant la ratification de l'UNCLOS par le Canada en 2003. Par exemple, Donat Pharand, « Canada's Sovereignty Over the Northwest Passage » (1989) 10 Mich J. Int'l L. 653 à la p. 657, concède qu'il semble généralement reconnu que le fardeau de démontrer l'existence d'un titre historique sur les zones maritimes appartient à l'État côtier qui le revendique, et a décrit la revendication formulée par l'État côtier comme une revendication exceptionnelle. D'ailleurs, Suzanne Lalonde, dans « Increased Traffic through Canadian Arctic Waters: Canada's State of Readiness » (2004) 38 R.J.T. 49 à la p. 84, a reconnu que les navires étrangers jouissent du droit de passage inoffensif dans les eaux que le Canada a incluses dans ses lignes de base droites.

¹¹⁰ United States Oceans Policy, Statement by the President, 10 mars 1983, Weekly Compilation of Presidential Documents 19, 1983, tel que cité dans George Galdorisi, « The United States Freedom of Navigation Program: A Bridge for International Compliance with the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea? » (1996) 27 Ocean Development and International Law 399 à la p. 401 (1996) :

[TRADUCTION] Les États-Unis accepteront et agiront conformément aux intérêts relatifs à l'usage traditionnel des océans – comme la navigation et le survol. À cet égard, ils reconnaîtront les droits des autres États dans les eaux extracôtières, reconnus dans la Convention, aussi longtemps que leurs propres droits et libertés, et ceux des autres États en vertu du droit international, sont reconnus par ces États côtiers [...] Les États-Unis ont comme politique d'exercer et de défendre leurs droits et libertés de navigation et de survol à l'échelle mondiale conformément aux intérêts reconnus dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Par contre, ils n'accepteront pas les actes unilatéraux d'autres États visant à restreindre les droits et libertés de la communauté internationale en ce qui trait à la navigation, au survol et aux autres usages des hautes mers.

¹¹¹ Pirtle, *Military Uses of Ocean Space*, 8.

figuraient pas à l'ordre du jour¹¹². En effet, comme l'ont fait observer Churchill et Lowe, [traduction] « les Conférences des Nations Unies sur le droit de la mer ont consciemment évité la négociation des règles applicables aux opérations militaires dans ces mers¹¹³ ».

Les libertés des mers reflètent un impératif stratégique précieux pour bon nombre de puissances émergentes ou déjà établies. Elliot Richardson, qui présidait la délégation des États-Unis lors de la Troisième conférence, a décrit la portée de la liberté des mers à la lumière du développement du concept de zone économique exclusive :

Tout en donnant aux États côtiers des droits souverains sur les ressources biologiques et non biologiques dans une « zone économique exclusive » de 200 milles marins, le texte de la Convention reconnaît le droit des autres États de jouir « des libertés de navigation et de survol [»] ainsi que de la liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de ces libertés et compatibles avec les autres dispositions de la Convention, notamment dans le cadre de l'exploitation des navires, d'aéronefs et de câbles et pipelines sous-marins ». Pour le groupe qui a négocié ce texte, il était entendu que les libertés en question, en deçà et au-delà de la zone des 200 milles, devaient être qualitativement et quantitativement les mêmes que les libertés traditionnelles de la haute mer reconnues par le droit international : elles devaient être qualitativement les mêmes dans le sens que les utilisations prévues de la mer devaient embrasser une gamme non moins complète d'utilisations – et permettre des utilisations futures non moins inclusives – que les traditionnelles libertés de la haute mer¹¹⁴.

La liberté de la haute mer¹¹⁵ est correctement considérée comme étant vaste et jouit du ferme appui de nombreux États maritimes¹¹⁶. La seule interdiction explicite frappant les activités en haute mer est que celles-ci doivent être réalisées dans le respect des droits des autres États¹¹⁷. Évidemment, on peut aussi présumer qu'elles doivent se conformer au paragraphe 2(4) de la *Charte des Nations Unies*. Bien que la Convention réserve les hautes mers à

¹¹² Giulio Pontecorvo, « A Note: Military Uses of the Ocean and the Law of the Sea Conference », dans Giulio Pontecorvo, ed., *The New Order of the Oceans: The Advent of a Managed Environment*, 1986, 60. cité dans Pirtle, *Military Uses of the Ocean*, 9.

[TRADUCTION] La Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (UNCLOS III) a été gênée, fait-il remarquer, par les préoccupations militaires des deux superpuissances, ce qui signifiait que, sans qu'il y ait eu conspiration du silence, les préoccupations militaires de l'URSS et des États-Unis ont été majoritairement acceptées par les négociateurs. Il ne restait plus qu'à définir les problèmes et les préoccupations non militaires.

¹¹³ R.R. Churchill et A.V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3^e éd., Melland Schill Studies in International Law, 1999, à la p. 421. Comme le souligne Pirtle, *Military Uses of Ocean Space*, 9 :

[TRADUCTION] Par conséquent, et en dépit du fait que les intérêts des puissances maritimes en matière de sécurité transparaissent de chaque mot, ligne et article des parties de la Convention qui ne concernent pas l'exploitation des fonds marins, les questions militaires ont été traitées de façon superficielle, voire même négligées, dans l'ensemble de l'UNCLOS III.

La « négligence » dans ce cas était intentionnelle et non accidentelle. C'était le résultat délibéré et durement obtenu d'une politique stratégique unifiée des États-Unis, de l'Union soviétique et de leurs alliés. Ainsi, une grande portion de la Convention a été écrite à l'encre invisible.

¹¹⁴ Elliot L. Richardson, « Power, Mobility and the Law of the Sea » (1979-1980) 58 *Foreign Aff.* 902 à la p. 916.

¹¹⁵ UNCLOS, article 87.

¹¹⁶ En plus des États-Unis, la Russie continue de soutenir les droits de liberté de navigation et s'oppose aux revendications favorisant l'extension des compétences des États côtiers. Comme l'ont souligné Bryan Ranft et Geoffrey Till en 1983, *The Sea in Soviet Strategy*, U.S. Naval Institute Press, 1984, 54 : [TRADUCTION] « À cause de sa situation géographique, la Russie était particulièrement intéressée à établir, et si possible, à augmenter l'étendue des droits et libertés de passage dans les détroits internationaux. Son but spécifique était de faire accepter un régime spécial relatif aux détroits qui octroierait une plus grande liberté de transit que celle accordée dans les mers territoriales. » Pendant les négociations de la UNCLOS, la délégation chinoise – alors que la Chine croyait devenir un exportateur de pétrole – s'identifiait fortement aux intérêts des États côtiers. Toutefois, au début des années 1990, il est devenu évident que la Chine serait forcée d'importer la majorité de ses approvisionnements en pétrole et en gaz, selon Zou Keyuan, *China's Marine Legal System and the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, à la p. 49, et maintenant la Chine accorde une grande importance à la sécurité et au libre accès des couloirs d'eau internationaux dans la mer de Chine occidentale.

¹¹⁷ UNCLOS, paragraphe 87(2).

des « fins pacifiques »¹¹⁸, les États maritimes plaident depuis longtemps que la formulation porte à croire que la disposition n'interdit pas toute activité menée par les forces militaires. Cette interprétation semble compléter l'article 95 de la Convention qui garantit l'immunité complète de juridiction des navires de guerre en haute mer vis-à-vis de tout État autre que l'État dont ils battent pavillon¹¹⁹.

Le droit de la mer a longtemps fait des accommodements pour favoriser l'exercice du droit de passage inoffensif. Le « passage inoffensif », un droit traditionnel créé au 19^e siècle par le droit coutumier de la mer et décrit en détail dans la section 3 de la partie II de la Convention (articles 17 à 32), est normalement accordé aux navires qui passent dans la mer territoriale d'un État côtier¹²⁰. Selon le paragraphe 18(2), le « passage » doit être « continu et rapide »¹²¹. De plus, le paragraphe 19(1) confirme que « le passage est inoffensif aussi longtemps qu'il ne porte pas atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier », et le paragraphe 19(2) énumère une série d'activités en raison desquelles le passage du navire responsable pourrait être considéré objectivement comme préjudiciable¹²². De façon plus significative pour les opérations navales dans les eaux arctiques, la Convention

¹¹⁸ UNCLOS, article 88.

¹¹⁹ UNCLOS, article 95.

¹²⁰ Il existe un important ensemble de droit contenant la description du passage inoffensif comme un droit au sens strict, la souveraineté de l'État côtier étant qualifiée par une obligation corrélative de ne pas priver les navires étrangers de l'exercice normal de ce droit : Donat Pharand, « Innocent Passage in the Arctic » (1986) 6 Can. Y.B. Int'l L. 3 à la p. 5.

¹²¹ UNCLOS, article 18.

¹²² UNCLOS, article 19 :

Article 19 – Signification de l'expression « passage inoffensif »

1. Le passage est inoffensif aussi longtemps qu'il ne porte pas atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier. Il doit s'effectuer en conformité avec les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international.
2. Le passage d'un navire étranger est considéré comme portant atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier si, dans la mer territoriale, ce navire se livre à l'une quelconque des activités suivantes :
 - a) menace ou emploi de la force contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'État côtier ou de toute autre manière contraire aux principes du droit international énoncés dans la Charte des Nations Unies;
 - b) exercice ou manœuvre avec armes de tout type;
 - c) collecte de renseignements au détriment de la défense ou de la sécurité de l'État côtier;
 - d) propagande visant à nuire à la défense ou à la sécurité de l'État côtier;
 - e) lancement, appontage ou embarquement d'aéronefs;
 - f) lancement, appontage ou embarquement d'engins militaires;
 - g) embarquement ou débarquement de marchandises, de fonds ou de personnes en contravention aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration de l'État côtier;
 - h) pollution délibérée et grave, en violation de la Convention;
 - i) pêche;
 - j) recherches ou levés;
 - k) perturbation du fonctionnement de tout système de communication ou de tout autre équipement ou installation de l'État côtier;
 - l) toute autre activité sans rapport direct avec le passage.

précise que « [d]ans la mer territoriale, les sous-marins et autres véhicules submersibles sont tenus de naviguer en surface et d'arborer leur pavillon¹²³ ».

La Convention accorde également à l'État côtier le pouvoir juridique international d'exercer des contrôles réglementaires sur les navires exerçant leur droit de passage inoffensif dans la mer territoriale. Le pouvoir de l'État côtier est toutefois restreint aux questions liées à la navigation, à la conservation des ressources biologiques de la mer, à la protection des pêches, au contrôle de la pollution, à la recherche scientifiques et levés hydrographiques, à la « prévention des infractions aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration de l'État côtier¹²⁴ ». Par contre, les États côtiers ne peuvent réglementer « la conception, la construction ou l'armement des navires étrangers, à moins [que les lois et règlements] ne donnent effet à des règles ou des normes internationales généralement acceptées¹²⁵ ». La Convention reconnaît également le pouvoir d'établir des voies de circulation et des dispositifs de séparations du trafic¹²⁶, et, fait important, impose des obligations spéciales aux « navires étrangers à propulsion nucléaire, ainsi que ceux transportant des substances¹²⁷ » nucléaires. Les articles 24 et 25 de la Convention limitent la compétence des États côtiers quant à la réglementation et à l'application de leurs lois face aux navires étrangers en passage inoffensif. L'article 24 impose aux États côtiers l'obligation de ne pas « entraver le passage inoffensif des navires étrangers ». À cet égard, ils ne doivent pas « imposer aux navires étrangers des obligations ayant pour effet d'empêcher ou de restreindre l'exercice du droit de passage inoffensif » ou « exercer [une] discrimination de droit ou de fait contre les navires d'un État déterminé ou les navires transportant des marchandises en provenance ou à destination d'un État déterminé ou pour le compte d'un État déterminé¹²⁸ ».

¹²³ UNCLOS, article 20.

¹²⁴ UNCLOS, paragraphe 21(1). Aussi, UNCLOS, article 27 – applicable aux navires commerciaux et aux navires gouvernementaux utilisés à des fins commerciales – qui établit les circonstances limitées dans lesquels les États côtiers peuvent exercer leur juridiction pénale à bord d'un navire étranger effectuant un passage dans la mer territoriale de l'État. Ces circonstances incluent :

- a) si les conséquences de l'infraction s'étendent à l'État côtier;
- b) si l'infraction est de nature à troubler la paix du pays ou l'ordre dans la mer territoriale;
- c) si l'assistance des autorités locales a été demandée par le capitaine du navire ou par un agent diplomatique ou un fonctionnaire consulaire de l'État de pavillon; ou
- d) si ces mesures sont nécessaires pour la répression du trafic illicite des stupéfiants ou des substances psychotropes.

¹²⁵ UNCLOS, paragraphe 21(2).

¹²⁶ UNCLOS, article 22.

¹²⁷ UNCLOS, article 23.

¹²⁸ UNCLOS, article 24 :

Article 24 – Obligations de l'État côtier

1. L'État côtier ne doit pas entraver le passage inoffensif des navires étrangers dans la mer territoriale, en dehors des cas prévus par la Convention. En particulier, lorsqu'il applique la Convention ou toute loi ou tout règlement adopté conformément à la Convention, l'État côtier ne doit pas :
 - a) imposer aux navires étrangers des obligations ayant pour effet d'empêcher ou de restreindre l'exercice du droit de passage inoffensif de ces navires;
 - b) exercer de discrimination de droit ou de fait contre les navires d'un État déterminé ou les navires transportant des marchandises en provenance ou à destination d'un État déterminé ou pour le compte d'un État déterminé.
2. L'État côtier signale par une publicité adéquate tout danger pour la navigation dans sa mer territoriale dont il a connaissance.

L'article 25 de la Convention prévoit les droits de protection de l'État côtier. En premier lieu, il autorise l'État côtier à « prendre, dans sa mer territoriale, les mesures nécessaires pour empêcher tout passage qui n'est pas inoffensif ». En deuxième lieu, en ce qui concerne les navires, qui « se rendent dans les eaux intérieures ou dans une installation portuaire située en dehors de ces eaux, l'État côtier a également le droit de prendre les mesures nécessaires pour prévenir toute violation des conditions auxquelles est subordonnée l'admission de ces navires dans ces eaux ou cette installation portuaire ». En dernier lieu, la Convention autorise l'État côtier, sans discrimination, à « suspendre temporairement, dans des zones déterminées de sa mer territoriale, l'exercice du droit de passage inoffensif des navires étrangers, si cette mesure est indispensable pour assurer sa sécurité, entre autres pour lui permettre de procéder à des exercices d'armes¹²⁹ ».

Par le passé, une question récurrente était de savoir s'il était possible, pour un navire de guerre, d'effectuer un passage inoffensif. Cette question a été examinée par la CIJ dans l'arrêt *Détroit de Corfou*, où la Cour a déclaré :

De l'avis de la Cour, il est généralement admis et conforme à la coutume internationale que les États, en temps de paix, possèdent le droit de faire passer leurs navires de guerre par des détroits qui servent, aux fins de la navigation internationale, à mettre en communication deux parties de haute mer, sans obtenir au préalable l'autorisation de l'État riverain, pourvu que le passage soit innocent. À moins qu'une convention internationale n'en dispose autrement, un État riverain ne possède pas le droit d'interdire un tel passage par les détroits en temps de paix¹³⁰.

Bien que la Convention n'empêche pas explicitement les navires de guerre¹³¹ d'exercer le droit de passage inoffensif, elle accorde aux États côtiers le pouvoir juridique d'imposer un lourd fardeau réglementaire au passage de navires de guerre et elle ne permet ledit passage que sous la menace perpétuelle d'expulsion de la mer

¹²⁹ UNCLOS, article 25 :

Article 25 – Droits de protection de l'État côtier

1. L'État côtier peut prendre, dans sa mer territoriale, les mesures nécessaires pour empêcher tout passage qui n'est pas inoffensif.
2. En ce qui concerne les navires qui se rendent dans les eaux intérieures ou dans une installation portuaire située en dehors de ces eaux, l'État côtier a également le droit de prendre les mesures nécessaires pour prévenir toute violation des conditions auxquelles est subordonnée l'admission de ces navires dans ces eaux ou cette installation portuaire.
3. L'État côtier peut, sans établir aucune discrimination de droit ou de fait entre les navires étrangers, suspendre temporairement, dans des zones déterminées de sa mer territoriale, l'exercice du droit de passage inoffensif des navires étrangers, si cette mesure est indispensable pour assurer sa sécurité, entre autres pour lui permettre de procéder à des exercices d'armes. La suspension ne prend en effet qu'après avoir été dûment publiée.

¹³⁰ [1949] C.I.J. Rec. 27 à la p. 28. Donat Pharand, « Soviet Union Warns United States Against Use of Northeast Passage » (1968) 62 Am. J. Int'l L. 927. En août 1967, le gouvernement américain a avisé l'U.S.S.R. que deux brise-glaces de 169 pi de la Garde côtière, l'*Edisto* et l'*Eastwind*, naviguaient dans l'océan Arctique et que l'état des glaces les forçait à passer dans le détroit de Vilkitsky, au sud de Severnaya Zemla afin de compléter leur voyage. Ce passage les obligeait à passer dans des eaux revendiquées par les Soviétiques en tant qu'eaux territoriales. Les États-Unis croyaient que les deux navires pouvaient exercer sans problème leur droit de passage inoffensif, mais l'U.S.S.R. était d'avis contraire. Finalement, les navires américains n'ont pas effectué ce passage.

¹³¹ L'article 29 de l'UNCLOS définit un « navire de guerre » comme un « navire qui fait partie des forces armées d'un État et porte les marques extérieures distinctives des navires militaires de sa nationalité, qui est placé sous le commandement d'un officier de marine au service de cet État et inscrit sur la liste des officiers ou un document équivalent, et dont l'équipage est soumis aux règles de la discipline militaire. »

territoriale¹³². Enfin, l'État du pavillon, ou toute autre entité responsable du navire en question, est responsable de toute perte ou de tout dommage causé à l'État côtier à la suite d'un passage effectué en violation des lois et règlements de l'État côtier, de la Convention et du droit international¹³³.

Une question demeure à propos de la légalité de toute exigence d'un État côtier en matière d'approbation ou de notification préalable au passage inoffensif d'un navire de guerre dans sa mer territoriale. Bien que les dispositions actuelles de la Convention ne comportent pas d'exigence expresse de notification préalable¹³⁴, il serait juste de souligner que les activités licites pouvant être exercées par les navires de guerre étrangers lors d'un passage inoffensif sont peu nombreuses. Alors que l'article 32 de la Convention confirme les immunités traditionnellement accordées aux navires de guerre et autres navires d'États¹³⁵, l'application de l'article 25, combinée aux articles 30 et 31, a pour conséquence pratique de restreindre le droit d'un navire de guerre d'entrer dans une mer territoriale sans notification préalable.

L'exercice du passage en transit dans un détroit international est permis « à seule fin d'un transit continu et rapide par le détroit entre une partie de la haute mer ou une zone économique exclusive et une autre partie de la haute mer ou une zone économique exclusive¹³⁶ ». Les navires ou aéronefs en transit :

- a) traversent ou survolent le détroit sans délai;
- b) s'abstiennent de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique des États riverains du détroit ou de toute autre manière contraire aux principes du droit international énoncés dans la Charte des Nations Unies;
- c) s'abstiennent de toute activité autre que celles qu'implique un transit continu et rapide, selon leur mode normal de navigation, sauf cas de force majeure ou de détresse;
- d) se conforment aux autres dispositions pertinentes de la présente partie¹³⁷.

¹³² UNCLOS, article 30 :

Article 30 – Inobservation par un navire de guerre des lois et règlements d'un État côtier

Si un navire de guerre ne respecte pas les lois et règlements de l'État côtier relatifs au passage dans la mer territoriale et passe outre à la demande qui lui est faite de s'y conformer, l'État côtier peut exiger que ce navire quitte immédiatement la mer territoriale.

¹³³ UNCLOS, article 31 :

Article 31 – Responsabilité de l'État du pavillon du fait d'un navire de guerre ou d'un autre navire d'État. L'État du pavillon porte la responsabilité internationale de toute perte ou de tout dommage causé à l'État côtier du fait de l'inobservation par un navire de guerre ou par tout autre navire d'État utilisé à des fins non commerciales des lois et règlements de l'État côtier relatifs au passage dans la mer territoriale ou des dispositions de la Convention ou d'autres règles du droit international.

¹³⁴ *Joint Statement of the Rules of International Law Governing Innocent Passage*, signé à Jackson Hole, Wyoming, le 23 septembre 1989, 28 I.L.M. 1444. L'Union soviétique et les États-Unis ont tenté d'établir une pratique coutumière différente lorsqu'ils ont émis cette déclaration conjointe en 1989.

¹³⁵ UNCLOS, article 32 :

Article 32 – Immunités des navires de guerre et autres navires d'État utilisés à des fins non commerciales

Sous réserve des exceptions prévues à la sous-section A et aux articles 30 et 31, aucune disposition de la Convention ne porte atteinte aux immunités dont jouissent les navires de guerre et les autres navires d'État utilisés à des fins non commerciales.

¹³⁶ UNCLOS, article 38. Le prolongement de 12 milles marins de la mer territoriale en vertu de la Convention a menacé le corridor des hautes mers dans plus de 116 détroits partout dans le monde.

¹³⁷ UNCLOS, article 39.

L'exercice licite du « passage en transit » dans un détroit international est un droit de navigation important sécurisé par les États maritimes dans les dispositions de la Convention qui imposent beaucoup moins de restrictions rigoureuses que pour le passage inoffensif. Par exemple, alors que le passage inoffensif et le passage en transit doivent être effectués de façon « continue et rapide », les navires qui effectuent un passage en transit doivent aussi traverser « sans délai ». Les obligations imposées aux activités des navires aux alinéas 39b) et c) laisse une large place à de nombreuses activités navales, dont le passage en transit submergé par des sous-marins, la conduite d'opérations aériennes et d'exercices militaires qui ne menacent pas « la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique des États riverains du détroit ».

L'exercice du passage en transit n'est pas sans restriction : les navires étrangers qui effectuent un passage en transit ne peuvent pas effectuer de recherche scientifique marine ni de levés hydrographiques sans l'autorisation préalable des États riverains¹³⁸ et ces États riverains peuvent déterminer des voies de circulation et prescrire des dispositifs de séparation du trafic lorsque la sécurité des navires dans les détroits l'exige, et peuvent imposer aux navires en transit l'obligation de respecter ces voies de circulation et ces dispositifs de séparation du trafic¹³⁹. Toutefois, en général, le champ de la réglementation et du contrôle d'application de l'État côtier sur les navires qui exercent leur droit de passage en transit est plus restreint qu'en matière de passage inoffensif.

Il convient de noter que le paragraphe 42(1) de la Convention restreint le pouvoir des États riverains d'adopter des lois et règlements relatifs au passage des navires dans les détroits internationaux aux matières portant sur :

- a) la sécurité de la navigation et la régulation du trafic maritime, comme il est prévu à l'article 41;
- b) la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution, en donnant effet à la réglementation internationale applicable visant le rejet dans le détroit d'hydrocarbures, de résidus d'hydrocarbures et d'autres substances nocives;
- c) s'agissant des navires de pêche, l'interdiction de la pêche, y compris la réglementation de l'arrimage des engins de pêche;
- d) l'embarquement ou le débarquement de marchandises, de fonds ou de personnes en contravention aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration des États riverains.

Aux termes du paragraphe 42(2), les lois et règlements de l'État côtier « ne doivent entraîner aucune discrimination de droit ou de fait entre les navires étrangers » et leur application ne doit pas « avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou d'entraver l'exercice du droit de passage en transit ». Alors que le paragraphe 42(4) exige que les navires étrangers effectuant un passage en transit se conforment à ces lois et règlements, le paragraphe 42(5) fait porter la responsabilité internationale en cas de pertes ou de dommages subis par l'État riverain aux États du pavillon ou à l'État d'immatriculation du navire jouissant de l'immunité de souveraineté et qui contrevient à ces lois et règlements ou à d'autres dispositions de la partie III (Détroits servant à la navigation internationale, articles 34 à 43) de la Convention. L'article 43 prévoit le droit pour les États utilisateurs d'un détroit et les États riverains de coopérer pour établir et entretenir les installations de sécurité et les aides à la navigation dans le détroit et pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires. L'article 44 définit les obligations des États riverains de détroits, d'une façon similaire aux paragraphes 42(2) et 42(3), en précisant qu'ils ne doivent pas entraver le passage en transit et qu'ils doivent signaler clairement tout danger pour la navigation dans le détroit ou le survol du détroit.

Enfin, aucune disposition n'autorise la suspension d'un passage en transit comme le fait le paragraphe 25(3) pour les navires qui exercent leur droit de passage inoffensif dans une mer territoriale¹⁴⁰. En résumé, il y a sans doute des problèmes associés à la conciliation des attentes du gouvernement du Canada s'agissant du haut degré de contrôle réglementaire exercé sur la navigation dans ses eaux historiques avec l'exercice licite du « passage en transit ».

¹³⁸ UNCLOS, article 40.

¹³⁹ UNCLOS, article 41.

¹⁴⁰ UNCLOS, article 44.

Les « détroits internationaux » sont définis à l'article 37 comme des « 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 exclusive¹⁴¹ ». Comme nous l'avons vu précédemment, le Canada a nié pendant longtemps que le passage du Nord-Ouest pouvait effectivement être considéré comme un « détroit international » au sens où ce terme est présentement défini dans la Convention. L'article 37 de la Convention établit deux critères permettant de classer un détroit parmi les détroits internationaux : d'abord, il y a le critère géographique voulant qu'un détroit international soit situé « 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 »; ensuite, il y a le critère fonctionnel voulant que les détroits internationaux doivent servir « à la navigation internationale ». Pour ce qui est du critère géographique, le passage du Nord-Ouest relie l'océan Arctique à l'ouest au détroit de Davis à l'est. Par conséquent, il répond à ce premier critère. Cependant, en ce qui concerne le critère fonctionnel, les opinions divergent. Se basant sur l'arrêt *Détroit de Corfou*, donc sur l'ampleur du trafic maritime international tant civil que naval qui s'y trouve, le professeur Pharand fait valoir qu'il doit y avoir un taux d'utilisation significatif pendant une période donnée. Vu le nombre limité de transits étrangers militaires et commerciaux ayant réellement eu lieu dans le passage du Nord-Ouest, il conclut qu'on ne pourrait qualifier ce passage de « détroit international »¹⁴².

L'alinéa 35a) de la Convention stipule que rien dans la partie III de la Convention (Détroits servant à la navigation internationale) n'affecte « les eaux intérieures faisant partie d'un détroit ». Bien que cette partie de la disposition semble interdire le droit de passage en transit dans les eaux intérieures d'un État côtier, l'alinéa ajoute une importante exception à cette règle « lorsque le tracé d'une ligne de base droite établie conformément à la méthode décrite à l'article 7 inclut dans les eaux intérieures des eaux qui n'étaient pas précédemment considérées comme telles... »¹⁴³.

Ce passage clé de l'alinéa 35a) est formulé de façon similaire à celle du paragraphe 8(2) relatif au droit de passage inoffensif dans les eaux intérieures, et impose de façon similaire à l'État côtier le fardeau de défendre sa prétention exceptionnelle à des « eaux intérieures historiques ». Il est important de prendre en considération que, dans le cas du passage du Nord-Ouest, si le Canada échoue à défendre sa revendication, il devra légitimer

¹⁴¹ UNCLOS, article 37.

¹⁴² Pharand, *supra* note 109 aux p. 669-670 : [TRADUCTION] « L'étude précédente démontre clairement que même en faisant un grand effort d'imagination, le passage du Nord-Ouest ne pourrait pas être classé parmi les détroits internationaux. Ceux qui prétendent le contraire ne savent manifestement pas distinguer l'utilisation réelle de l'utilisation potentielle. » W. Michael Reisman, « The Regime of Straits and National Security: An Appraisal of International Lawmaking », (1980) 74 Am. J. Int'l L. 48 à la p. 66, s'en prend au manque de clarté de la disposition : [TRADUCTION] « Depuis le tout début, le critère utilisé est nébuleux. Peut-on satisfaire à l'exigence relative à l'utilisation par l'utilisation potentielle d'un détroit pour la navigation internationale sans considérer l'intensité de l'utilisation, comme le dit la Cour Internationale dans l'arrêt *Détroit de Corfou*, ou un certain niveau d'utilisation réelle est-il requis pour répondre à cette condition? Les mots « used for » dans les deux versions de 1958 et de 1977 ressemblent à une infirmation législative de l'arrêt *Détroit de Corfou*. Si c'est le cas, une décision future pourrait établir un critère impératif d'utilisation plus fréquent que des transits épisodiques afin que les détroits conservent leur caractère consacré par l'article 37. »

¹⁴³ UNCLOS, article 35 :

Article 35 – Champ d'application de la présente partie

Aucune disposition de la présente partie n'affecte :

- a) les eaux intérieures faisant partie d'un détroit, sauf lorsque le tracé d'une ligne de base droite établie conformément à la méthode décrite à l'article 7 inclut dans les eaux intérieures des eaux qui n'étaient pas précédemment considérées comme telles;
- b) le régime juridique des eaux situées au-delà de la mer territoriale des États riverains des détroits, qu'elles fassent partie d'une zone économique exclusive ou de la haute mer;
- c) le régime juridique des détroits où le passage est réglementé, en tout ou en partie, par des conventions internationales existant de longue date et toujours en vigueur qui les visent spécifiquement.

l'exercice du droit de passage en transit – à la place du simple passage inoffensif¹⁴⁴ – de navires étrangers civils et navals, puisque aucune disposition de sauvegarde limitant le passage aux « passages inoffensifs » ne s'appliquerait dans ces circonstances¹⁴⁵. Par conséquent, tout comme pour la revendication du Canada sur les « eaux intérieures historiques » entre les lignes de base du détroit, l'affirmation du Canada selon laquelle le passage du Nord-ouest n'est pas un détroit international constitue une autre *exception* aux normes de la Convention, et le Canada devra encore là porter le fardeau de défendre sa revendication à l'égard de ses « eaux intérieures historiques »¹⁴⁶.

VII – EXERCICE DE LA SOUVERAINETÉ ET APPUI À LA MISE EN APPLICATION DE LA LOI : REPOUSSER LES LIMITES

Conformément au droit canadien, les Forces canadiennes peuvent être autorisées à mener deux types d'activités différents dans les eaux de l'archipel canadien et au-delà de ces eaux : d'abord, les opérations militaires visant à préserver la souveraineté politique et l'intégrité territoriale; ensuite, l'appui aux autorités civiles, dont l'assistance à la mise en application de la loi. Chacune de ces catégories repose sur un fondement juridique distinct et obéit à des contraintes juridiques très différentes quant à la façon de mener les opérations des FC.

¹⁴⁴ Donat Pharand, « Canada's Sovereignty over the Newly Enclosed Arctic Waters » (1987) 25 Can. Y.B. Int'l L. 325 à la p. 329, a noté que le droit de passage inoffensif n'était pas permis dans les eaux incluses à l'intérieur des lignes de base droites sur lesquelles n'a jamais existé un titre historique en vertu du droit international coutumier. Le professeur Pharand a souligné que même si le droit de passage inoffensif s'appliquerait en fait en vertu de la *Convention sur la mer territoriale* de 1958, le Canada n'était pas partie à ce traité.

¹⁴⁵ UNCLOS, article 45 :

SECTION 3. PASSAGE INOFFENSIF

Article 45 – Passage inoffensif

1. Le régime du passage inoffensif prévu à la section 3 de la partie II s'applique aux détroits servant à la navigation internationale qui :
 - a) sont exclus du champ d'application du régime du passage en transit en vertu de l'article 38, paragraphe 1; ou
 - b) relie la mer territoriale d'un État à une partie de la haute mer ou à la zone économique exclusive d'un autre État.
2. L'exercice du droit de passage inoffensif dans ces détroits ne peut être suspendu.

Le paragraphe 38(1) de l'UNCLOS dispose :

Article 38

Droit de passage en transit

1. Dans les détroits visés à l'article 37, tous les navires et aéronefs jouissent du droit de passage en transit sans entrave, à cette restriction près que ce droit ne s'étend pas aux détroits formés par le territoire continental d'un État et une île appartenant à cet État, lorsqu'il existe au large de l'île une route de haute mer, ou une route passant par une zone économique exclusive, de commodité comparable du point de vue de la navigation et des caractéristiques hydrographiques.

¹⁴⁶ J.B. McKinnon, *supra* note 105 à la p. 810. La conclusion que la revendication canadienne incluant le détroit à l'intérieur des lignes de base droites est une revendication exceptionnelle est fondée sur certaines preuves de la pratique des États. Le Chili utilise les lignes de base droites pour délimiter ses eaux autour de certaines de ses îles dans le détroit de Magellan (seulement 3 milles marins de large là où le détroit est le plus étroit) et le Danemark inclut ses îles sur la côte est, ce qui bloque effectivement l'accès à la mer Baltique. Toutefois, aucun État ne délimite ses eaux dans un détroit international avec des lignes de base droites revendiquées.

La marine possède le pouvoir permanent de patrouiller et d'effectuer des exercices dans les eaux internationales (zone économique exclusive et en haute mer) et dans ses propres eaux nationales (eaux intérieures et mer territoriale), suivant les règles établies par la coutume et la pratique. Par contre, les tâches militaires telles que les opérations de visite ou de recherche sont soumises aux directives du gouvernement du Canada. De nombreuses opérations d'interdiction maritime internationales procèdent d'une variété de sources juridiques spécifiques, notamment les résolutions du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies et de l'article 110 de l'UNCLOS¹⁴⁷, mais les opérations navales du Canada visant à appuyer la souveraineté territoriale et maritime canadienne sont fondées sur les principes de l'inviolabilité de l'intégrité du territoire et du droit de légitime défense nationale¹⁴⁸.

Par opposition aux opérations d'appui à la mise en application de la loi, les navires qui sont la cible de tirs sont *prima facie* justifiés de faire feu sur leur attaquant pour assurer leur légitime défense. Quand les deux forces en présence justifient leurs actions par la légitime défense, la question qui se pose à la marine canadienne qui mène

¹⁴⁷ UNCLOS, article 110 :

Article 110

Droit de visite

1. Sauf dans les cas où l'intervention procède de pouvoirs conférés par traité, un navire de guerre qui croise en haute mer un navire étranger, autre qu'un navire jouissant de l'immunité prévue aux articles 95 et 96, ne peut l'arraisonner que s'il a de sérieuses raisons de soupçonner que ce navire :
 - a) se livre à la piraterie;
 - b) se livre au transport d'esclaves;
 - c) sert à des émissions non autorisées, l'État du pavillon du navire de guerre ayant juridiction en vertu de l'article 109;
 - d) est sans nationalité; ou
 - e) a en réalité la même nationalité que le navire de guerre, bien qu'il batte pavillon étranger ou refuse d'arborer son pavillon.
2. Dans les cas visés au paragraphe 1, le navire de guerre peut procéder à la vérification des titres autorisant le port du pavillon. À cette fin, il peut dépêcher une embarcation, sous le commandement d'un officier, auprès du navire suspect. Si, après vérification des documents, les soupçons subsistent, il peut poursuivre l'examen à bord du navire, en agissant avec tous les égards possibles.
3. Si les soupçons se révèlent dénués de fondement, le navire arraisonné est indemnisé de toute perte ou de tout dommage éventuel, à condition qu'il n'ait commis aucun acte le rendant suspect.
4. Les présentes dispositions s'appliquent mutatis mutandis aux aéronefs militaires.
5. Les présentes dispositions s'appliquent également à tous autres navires ou aéronefs dûment autorisés et portant des marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public.

¹⁴⁸ D.P. O'Connell, *The Influence of Law on Sea Power*, Manchester University Press, 1975, à la 54. Le professeur O'Connell a observé que, comme ligne de conduite pratique, les marins doivent tenir pour acquis que l'emploi de la force, par opposition à sa manifestation – ou de la violence, par opposition à l'intimidation, si on veut – sera considéré comme un acte dépassant les limites de ce qui est légitime, sauf en situation d'auto-défense.

des opérations de protection de la souveraineté sur l'Arctique se résume, comme tant de questions de *jus ad bellum*, à déterminer si ses actions peuvent être justifiées en tant qu'acte de légitime défense contre une « attaque armée »¹⁴⁹.

C'est à ce point d'intersection que la nature exceptionnelle de la prétention du Canada à la souveraineté sur ses « eaux intérieures historiques » se fera le plus sentir sur le cours des opérations. La direction politique des navires de guerre canadiens défendant les eaux de l'Arctique canadien contre les intrusions doit tenir compte de la nature et de la solidité de la position – c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un cas de justification *prima facie*, mais plutôt d'une exception non contestée – avant de donner l'ordre d'utiliser la force. Comme nous l'avons souligné, les deux belligérants peuvent croire en la justesse de leur cause et en la légitimité du recours à la force comme moyen de légitime défense. Comme ce fut le cas chaque fois que le Canada a eu recours à la force dans le passé, le fondement juridique de l'emploi de la force sera examiné et évalué publiquement par des critiques officiels et privés. De plus, bien que la question des limites maritimes du Canada risque de ne jamais faire l'objet d'un litige devant la C.I.J. ou tout autre tribunal international, l'emploi de la force navale peut entraîner un litige interne ou international. Les tribunaux peuvent ensuite se voir donner la possibilité de se prononcer sur l'acquiescement du fardeau imposé au Canada par la Convention, malgré le libellé de la déclaration déposée lors de la ratification du Canada en 2003.

En guise d'illustration des difficultés juridiques associées à l'emploi de la force, considérons les réponses possibles du gouvernement du Canada en cas de découverte d'un sous-marin étranger immergé transitant dans les voies de l'archipel arctique. Si cette découverte est faite dans les eaux territoriales ou les eaux intérieures revendiquées par le Canada, la première question que devrait se poser la marine canadienne serait de déterminer le fondement juridique de tout acte de guerre. Il n'existe aucune directive dans la Convention ou les commentaires qui autorise le recours à la force contre des contacts immergés dans les eaux intérieures. Il serait tentant de conclure que le passage non consensuel d'un sous-marin immergé dans les eaux intérieures d'un État est une violation à ce point flagrante de la souveraineté – un navire de guerre entrant dans un port doit normalement obtenir une autorisation diplomatique – qu'elle justifie automatiquement l'usage de la force fondée sur la légitime défense. Toutefois, la pénurie d'antécédents peut aussi s'expliquer par le fait que les lignes de base droites et normales sont généralement situées dans des eaux où la navigation des sous-marins immergés ou des navires de guerre est difficile.

On peut faire une analogie avec la question connexe de la réponse licite à la détection du passage d'un sous-marin immergé dans la mer territoriale. Malgré sa remarque piquante selon laquelle les règles en matière de contacts immergés sont si malléables qu'elles risquent d'être dangereuses pour les deux parties¹⁵⁰, le professeur D.P. O'Connell est d'avis que même si les États côtiers peuvent exercer leur droit de défense légitime en cas d'attaque armée, l'analyse ciblée du sous-marin immergé devrait déterminer si, dans les circonstances, sa présence constitue effectivement une « attaque armée ». Si l'État côtier arrive à cette conclusion, il doit appliquer les principes de proportionnalité et de nécessité pour déterminer la force de la réponse. Le professeur O'Connell a proposé la prise en compte de divers facteurs pour évaluer le caractère inoffensif du passage d'un sous-marin immergé dans des eaux territoriales : le caractère raisonnable de l'utilisation de la mer territoriale à des fins de transit, qui doit être en proportion de son étendue, les conditions climatiques, le climat politique et, le plus important facteur, l'axe de circulation du sous-marin¹⁵¹. Voici d'autres facteurs qu'il serait intéressant de considérer dans le présent contexte : l'état de la couverture glaciaire, le pavillon du sous-marin ainsi que la proximité d'autres navires et la relation spatiale avec eux.

¹⁴⁹ Voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique) (Fond)* [6 novembre 2003] C.I.J. <<http://www.icj-cij.org>>, au 1^{er} mai 2004 (Affaire *Plates-formes pétrolières*) où la Cour a rejeté la plainte américaine au sujet d'un missile iranien qui aurait attaqué le navire battant pavillon américain *Sea Isle City* près du Koweït et de l'explosion d'une mine au passage du navire de guerre *Samuel B. Roberts* en affirmant qu'il ne s'agissait pas d'une « attaque armée » contre les États-Unis assez grande pour justifier l'utilisation de la force en défense. Toutefois, la décision laissait voir une certaine acceptation de la théorie de l'« effet cumulatif » pour déterminer si un État a été victime d'une « attaque armée ». De plus, soulignons qu'il existe une autre analyse juridique internationale fondée sur le raisonnement de la C.I.J. dans l'Affaire *Nicaragua* [1986] C.I.J. Rec. 14, que préconisent des commentateurs tels que Dale Stephens, « The Impact of the 1982 Law of the Sea Convention on the Conduct of Peacetime Naval/Military Operations » (1998-1999) 29 Cal. W. Int'l L.J. 283 à la p. 298. M. Stephens propose de justifier l'utilisation limitée de la force navale selon l'analyse des « contre-mesures proportionnées » de la Cour.

¹⁵⁰ O'Connell, *supra* note 148 à la p. 142.

¹⁵¹ *Ibid.* à la p. 143.

Il faut aussi envisager la possibilité d'une étape intermédiaire avant de passer à la force contre une intrusion sous-marine. Si la défense attaque le caractère secret de l'opération sous-marine, elle annihile l'une des qualités les plus essentielles de l'opération. Par exemple, en 2004, la Force maritime d'autodéfense japonaise (JMSDF) a détecté un SNN de classe HAN (sous-marin d'attaque) de l'Armée navale de libération populaire de Chine (PLAN) qui transitait par le détroit d'Ishigaki, situé à l'extrémité sud-est de l'arc insulaire Sakishima du Japon. Ces eaux sont revendiquées par le Japon en tant que partie de sa mer territoriale. Aussitôt que le sous-marin est entré dans les eaux du Japon, l'aéronef de patrouille japonais a délaissé la surveillance acoustique passive pour passer en mode surveillance radar actif. En plus de permettre aux Japonais de mieux suivre le sous-marin chinois, ce mode de surveillance a servi de signal d'avertissement explicite au sous-marin. Lorsque le sous-marin chinois a continué son passage en ignorant l'avertissement, les Japonais ont poursuivi agressivement le HAN pendant deux jours avec un avion de patrouille maritime P-3C et des avions AWACS, des destroyers ASW ainsi que des hélicoptères H-60 jusque dans les eaux internationales¹⁵².

L'augmentation du trafic maritime commercial dans les eaux arctiques et dans les eaux revendiquées par le Canada en tant qu'« eaux intérieures historiques », mettra incontestablement à rude épreuve les ressources que consacre le gouvernement canadien à la mise en application de ses lois nécessaires ainsi que la capacité des FC à lui prêter assistance à cet égard. Le processus auquel on aurait le plus vraisemblablement recours pour obtenir le pouvoir de fournir cet appui serait celui prévu au paragraphe 273.6(2) de la *Loi sur la défense nationale*¹⁵³. Ce paragraphe consacre le rôle coutumier des FC en tant que « force de dernier recours » et exige que les FC agissent uniquement pour prêter assistance aux agents de la paix canadiens, tels les membres de la GRC, les agents des pêches et les fonctionnaires chargés de la prévention de la pollution.

Par conséquent, cela signifie que les activités de la marine canadienne sont restreintes à l'assistance aux divers agents de la paix dans l'exercice de leurs fonctions. Par exemple, les agents des pêches peuvent être appuyés dans leurs activités jusqu'à 200 milles marins à partir des lignes de base droites de l'Arctique, et les fonctionnaires chargés de la prévention de la pollution jusqu'à 100 milles marins à partir des mêmes lignes de base. Si dans le passé il était entendu que la GRC ne pouvait mener d'enquêtes antiterroristes sur les navires battant pavillon étranger qui se trouvaient dans la mer territoriale et entre les côtes et les lignes de base, l'évolution récente du droit international permet désormais un nombre important d'exceptions au strict respect de la limite de 12 milles marins de la mer territoriale du Canada, lesquelles ont été incorporées en droit canadien¹⁵⁴.

¹⁵² Peter A. Dutton, « International Law and the November 2004 'Han Incident' », 162-181, *China's Future Nuclear Submarine Force*, éd. Andrew S. Ericson, Lyle J. Goldstein, William S. Murray, et Andrew R. Wilson, Naval Institute Press, 2007.

¹⁵³ *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 273.6(2) :

273.6(2) En matière d'application de la loi, toutefois, le gouverneur en conseil ou, sur demande du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou d'un autre ministre, le ministre peut donner des instructions autorisant les Forces canadiennes à prêter assistance lorsqu'il estime cette mesure souhaitable dans l'intérêt national et nécessaire pour remédier efficacement à la situation.

¹⁵⁴ Les exceptions comprennent : (1) les infractions commises à l'extérieur des eaux nationales du Canada impliquant un navire battant pavillon canadien (art. 477.1c) du *Code criminel* du Canada (C.C.C.); (2) les infractions commises à l'extérieur du Canada au cours d'une poursuite immédiate (art. 477.1d) du C.C.C.; (3) les infractions commises à l'extérieur du territoire de tout État par un citoyen canadien (art. 477.1e) du C.C.C.; les complots visant à commettre des infractions au Canada par des individus à l'extérieur du Canada (art. 465(4) du C.C.C.); les infractions, ayant lieu dans une ZEE, relatives à l'exploration, l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources naturelles et commises par un citoyen canadien ou un résident permanent (art. 477.1a) du C.C.C.); les infractions commises sur ou sous une infrastructure marine attachée au plateau continental (art. 477.1b) du C.C.C.); les infractions impliquant une personne qui a illégalement exercé un contrôle sur un navire ou une plate-forme fixe (art. 7(2.1) et art. 78.1 du C.C.C.); les infractions contre « une personne jouissant d'une protection internationale » commises sur un navire canadien ou dont l'auteur est un citoyen canadien ou une personne se trouvant au Canada après avoir commis l'infraction (art. 7(3) du C.C.C.); la prise d'otage (art. 7(3.1) du C.C.C.); la piraterie (art. 74 du C.C.C.); les actes de piraterie impliquant un navire canadien (art. 75 du C.C.C.); les infractions relatives aux matières nucléaires (art. 7(3.2) et art. 7(3.3) du C.C.C.); les infractions relatives à la torture (art. 7(3.7) et art. 269.1 du C.C.C.); les infractions relatives au terrorisme ou au financement du terrorisme (art. 7(3.73), art. 7(3.74), art. 7(3.75), art. 83.01 et art. 83.02 du C.C.C.); les infractions commises par des employés fédéraux (art. 7(4) du C.C.C.); les infractions d'ordre sexuel commises contre les enfants à l'extérieur du Canada par un citoyen canadien ou un résident permanent (art. 7(4.1) du C.C.C.); les infractions prévues par la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*.

La question de la légitimité de la mise en application des lois contre la pollution dans les zones de contrôle de la sécurité de la navigation dans les eaux arctiques risque de causer des difficultés à la marine canadienne. Les assises juridiques du contrôle d'application des lois sur la pollution dans la zone de prévention de 100 milles marins peuvent être trouvées dans l'article 56¹⁵⁵ et l'article 234 de l'UNCLOS qui autorisent les États côtiers comme le Canada à adopter et à faire appliquer « des lois et règlements non discriminatoires afin de prévenir, réduire et maîtriser la pollution des milieux marins par les navires circulant dans les zones recouvertes de glace et comprises dans les limites de la zone économique exclusive ». Or, la LPPEA et ses règlements d'application¹⁵⁶ ne font pas que « prévenir, réduire et maîtriser la pollution marine par les navires ». Ils vont beaucoup plus loin en ce qu'ils régissent également la conduite de la navigation dans l'Arctique. Par exemple, certaines dispositions visent à réglementer la conception des navires, de la machinerie et des équipements de navigation, l'équipage des navires, le type de cargaison transportée, la quantité de combustible, d'eau et autres fournitures devant se trouver à bord, ainsi que les documents se rapportant à la navigation¹⁵⁷. Toute tentative du gouvernement canadien pour faire appliquer ces règlements dans les « eaux arctiques » – le paragraphe 15(4) de la LPPEA confère au fonctionnaire compétent le pouvoir de monter à bord d'un navire dans la zone de contrôle de la sécurité, de l'inspecter, d'ordonner son expulsion de la zone ou son ancrage dans un lieu qu'il a lui-même choisi¹⁵⁸ – risque de se heurter à une résistance si les États intéressés interprètent différemment l'application de l'article 234.

¹⁵⁵ UNCLOS, article 56 :

Article 56 – Droits, juridiction et obligations de l'État côtier dans la zone économique exclusive

1. Dans la zone économique exclusive, l'État côtier a :
 - a) des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques, des eaux surjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi qu'en ce qui concerne d'autres activités tendant à l'exploration et à l'exploitation de la zone à des fins économiques, telles que la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents;
 - b) juridiction, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, en ce qui concerne :
 - (i) la mise en place et l'utilisation d'îles artificielles, d'installations et d'ouvrages;
 - (ii) la recherche scientifique marine;
 - c) les autres droits et obligations prévus par la Convention.
2. Lorsque, dans la zone économique exclusive, il exerce ses droits et s'acquitte de ses obligations en vertu de la Convention, l'État côtier tient dûment compte des droits et des obligations des autres États et agit d'une manière compatible avec la Convention.
3. Les droits relatifs aux fonds marins et à leur sous-sol énoncés dans le présent article s'exercent conformément à la partie VI.

¹⁵⁶ *Règlement sur la prévention de la pollution des eaux arctiques par les navires* (C.R.C., ch. 353).

¹⁵⁷ LPPEA, article 12.

¹⁵⁸ LPPEA, paragraphe 15(4) :

Pouvoirs concernant les navires

- (4) Le fonctionnaire compétent peut :
 - a) monter à bord de tout navire se trouvant dans une zone de contrôle de la sécurité de la navigation et y procéder aux examens qui lui permettront d'établir si le navire satisfait aux normes réglementaires applicables, fixées en application de l'article 12;

Outre les eaux du passage du Nord-Ouest, la question de la compétence canadienne sur les navires circulant dans d'autres eaux intérieures canadiennes de l'Arctique peut aussi présenter des difficultés majeures. Le gouvernement du Canada doit assurer sur les navires étrangers circulant dans les eaux de l'archipel arctique, un niveau de contrôle équivalent à celui qu'il exerce dans ses eaux intérieures plus au sud. Ce niveau de contrôle comprendrait la compétence territoriale exclusive aux tribunaux canadiens et pourrait bien dépasser les attentes des navires étrangers qui exercent leur droit de passage inoffensif dans ces mêmes eaux en vertu du paragraphe 8(2) de la Convention. De plus, si le navire traverse le passage du Nord-Ouest, il faudrait bien s'attendre à ce qu'il exerce son droit de passage en transit conformément à l'alinéa 35a) de la Convention. Comme nous l'avons vu, il existe de nombreuses différences entre le passage inoffensif et le passage en transit. Les deux principales différences sont que les navires effectuant un passage en transit ne sont pas tenus d'en avvertir les autorités canadiennes, et le passage en transit ne peut être suspendu par le gouvernement canadien pour des raisons de sécurité. Cette disparité marquée entre les attentes des navires en transit et celles des autorités internes canadiennes chargées de faire appliquer les lois canadiennes peut fort bien rendre cette tâche difficile.

Le pouvoir d'application des règlements des États côtiers à l'égard des navires étrangers est limité en droit international. La question de l'emploi licite de la force dans l'exécution de fonctions de mise en application des lois, tel que les fouilles et les arrestations, n'est pas directement abordée dans l'UNCLOS. Dans la partie III (Détroits servant à la navigation internationale) de l'UNCLOS, l'État côtier d'un détroit international peut réglementer les navires qui effectuent un passage en transit en ce qui concerne la sécurité de la navigation, la

-
- b) ordonner à tout navire se trouvant dans une zone de contrôle de la sécurité de la navigation, ou près d'une telle zone, d'en sortir en suivant ses instructions, de rester en dehors de la zone ou de mouiller dans un endroit choisi par lui, le cas échéant, dans l'une ou l'autre des situations suivantes :
- (i) l'inspecteur a des motifs raisonnables de croire que le navire a omis de satisfaire aux normes réglementaires applicables, fixées en application de l'article 12,
 - (ii) le navire se trouve dans la zone de contrôle de la sécurité de la navigation, ou est sur le point d'y entrer, en contravention avec un règlement d'application de l'alinéa 12(1)b) ou c),
 - (iii) en raison des conditions atmosphériques, de la visibilité, de l'état des glaces ou de la mer, de l'état du navire ou de son équipement ou de la nature ou de l'état de sa cargaison, l'inspecteur est convaincu que des raisons d'ordre sécuritaire le justifient à agir de la sorte;
- c) lorsqu'il est averti qu'une quantité importante de déchets a été déposée dans les eaux arctiques ou a atteint ces eaux, ou s'il est convaincu en se fondant sur des motifs raisonnables qu'il existe un risque grave et imminent que se produise un tel dépôt, ordonner :
- (i) d'une part, à tous les navires se trouvant dans une zone précise des eaux arctiques, de lui signaler leur position, (ii) d'autre part, à tout navire de participer au nettoyage des déchets ou à toute opération pour les contrôler ou les circonscrire.

prévention de la pollution, , la pêche ou les lois fiscales, sanitaires ou d'immigration¹⁵⁹. Les pouvoirs d'exécution à l'égard des navires étrangers sont restreints aux violations des lois et règlements des États côtiers concernant la sécurité de la navigation et la prévention de la pollution. Il importe toutefois de souligner que la violation devra avoir été grave au point de causer ou de menacer de causer des dommages majeurs à l'environnement marin du détroit pour que l'État côtier puisse faire appliquer les règlements concernant la navigation et la prévention de la pollution¹⁶⁰. Autrement, l'État côtier ne peut que demander au navire étranger de fournir des renseignements concernant son identité requis pour établir si une infraction a été commise¹⁶¹.

¹⁵⁹ UNCLOS

Article 42 Lois et règlement des États riverains de détroits relatifs au passage en transit

1. Sous réserve de la présente section, les États riverains d'un détroit peuvent adopter des lois et règlements relatifs au passage par le détroit portant sur :
 - a) la sécurité de la navigation et la régulation du trafic maritime, comme il est prévu à l'article 41;
 - b) la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution, en donnant effet à la réglementation internationale applicable visant le rejet dans le détroit d'hydrocarbures, de résidus d'hydrocarbures et d'autres substances nocives;
 - c) s'agissant des navires de pêche, l'interdiction de la pêche, y compris la réglementation de l'arrimage des engins de pêche;
 - d) l'embarquement ou le débarquement de marchandises, de fonds ou de personnes en contravention aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration des États riverains.
2. Ces lois et règlements ne doivent entraîner aucune discrimination de droit ou de fait entre les navires étrangers, ni leur application avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou d'entraver l'exercice du droit de passage en transit tel qu'il est défini dans la présente section.
3. Les États riverains donnent la publicité voulue à ces lois et règlements.
4. Les navires étrangers exerçant le droit de passage en transit par le détroit doivent se conformer à ces lois et règlements.
5. En cas de contravention à ces lois et règlements ou aux dispositions de la présente partie par un navire ou un aéronef jouissant de l'immunité souveraine, l'État du pavillon du navire ou l'État d'immatriculation de l'aéronef porte la responsabilité internationale de toute perte ou de tout dommage qui peut en résulter pour les États riverains.

¹⁶⁰ UNCLOS

Article 233 Garanties concernant les détroits servant à la navigation internationale

Aucune disposition des sections 5, 6 et 7 ne porte atteinte au régime juridique des détroits servant à la navigation internationale. Toutefois, si un navire étranger autre que ceux visés à la section 10 a enfreint les lois et règlements visés à l'article 42, paragraphe 1, lettres a) et b), causant ou menaçant de causer des dommages importants au milieu marin des détroits, les États riverains des détroits peuvent prendre les mesures de police appropriées tout en respectant mutatis mutandis la présente section.

Voir aussi :

Article 30 Inobservation par un navire de guerre des lois et règlements de l'État côtier

Si un navire de guerre ne respecte pas les lois et règlements de l'État côtier relatifs au passage dans la mer territoriale et passe outre à la demande qui lui est faite de s'y conformer, l'État côtier peut exiger que ce navire quitte immédiatement la mer territoriale.

Article 31 Responsabilité de l'État du pavillon du fait d'un navire de guerre ou d'un autre navire d'État

L'État du pavillon porte la responsabilité internationale de toute perte ou de tout dommage causé à l'État côtier du fait de l'inobservation par un navire de guerre ou par tout autre navire d'État utilisé à des fins non commerciales des lois et règlements de l'État côtier relatifs au passage dans la mer territoriale ou des dispositions de la Convention ou d'autres règles du droit international.

Dans la mise en application des règlements sur la pêche dans les zones de pêche, l'article 8.1 de la Loi sur la protection des pêches côtières dispose :

8.1 Le garde-pêche est fondé à employer, conformément aux modalités et dans les limites prévues par règlement, une force qui est soit susceptible de désemperer un bateau de pêche étranger, soit employée dans l'intention de le désemperer, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) il procède légalement à l'arrestation du capitaine ou du responsable du bateau;
- b) lui-même estime, pour des motifs raisonnables, cette force nécessaire pour procéder à l'arrestation.

Cependant, il n'y a à ce jour aucun règlement en vigueur permettant ce type d'opérations dans les eaux arctiques.

Article 32 Immunités des navires de guerre et autres navires d'État utilisés à des fins non commerciales

Sous réserve des exceptions prévues à la sous-section A et aux articles 30 et 31, aucune disposition de la Convention ne porte atteinte aux immunités dont jouissent les navires de guerre et les autres navires d'État utilisés à des fins non commerciales.

¹⁶¹ UNCLOS

Article 220, Pouvoirs de l'État côtier

[...]

3. Lorsqu'un État a de sérieuses raisons de penser qu'un navire naviguant dans sa zone économique exclusive ou sa mer territoriale a commis, dans la zone économique exclusive, une infraction aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires ou aux lois et règlements qu'il a adoptés conformément à ces règles et normes internationales et leur donnant effet, cet État peut demander au navire de fournir des renseignements concernant son identité et son port d'immatriculation, son dernier et son prochain port d'escale et autres renseignements pertinents requis pour établir si une infraction a été commise.
4. Les États adoptent les lois et règlements et prennent les mesures nécessaires pour que les navires battant leur pavillon fassent droit aux demandes de renseignements visées au paragraphe 3.
5. Lorsqu'un État a de sérieuses raisons de penser qu'un navire naviguant dans sa zone économique exclusive ou sa mer territoriale a commis, dans la zone économique exclusive, une infraction visée au paragraphe 3 entraînant des rejets importants dans le milieu marin qui ont causé ou risquent d'y causer une pollution notable, il peut procéder à l'inspection matérielle du navire pour déterminer s'il y a eu infraction, si le navire a refusé de donner des renseignements ou si les renseignements fournis sont en contradiction flagrante avec les faits, et si les circonstances de l'affaire justifient cette inspection.
6. Lorsqu'il y a preuve manifeste qu'un navire naviguant dans la zone économique exclusive ou la mer territoriale d'un État a commis, dans la zone économique exclusive, une infraction visée au paragraphe 3 ayant entraîné des rejets qui ont causé ou risquent de causer des dommages importants au littoral ou aux intérêts connexes de l'État côtier ou à toutes ressources de sa mer territoriale ou de sa zone économique exclusive, cet État peut, sous réserve de la section 7, si les éléments de preuve le justifient, intenter une action, notamment ordonner l'immobilisation du navire conformément à son droit interne.
7. Nonobstant le paragraphe 6, dans tous les cas où des procédures appropriées ont été soit établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente, soit convenues de toute autre manière pour garantir le respect des obligations concernant le versement d'une caution ou le dépôt d'une autre garantie financière appropriée, l'État côtier, s'il est lié par ces procédures, autorise le navire à poursuivre sa route.
8. Les paragraphes 3, 4, 5, 6 et 7 s'appliquent également aux lois et règlements nationaux adoptés en vertu de l'article 211, paragraphe 6.

La LPPEA crée un certain nombre d'infractions (articles 18 à 22) : déversement de déchets dans les eaux arctiques, omission de faire rapport à un fonctionnaire compétent, omission de fournir au gouverneur en conseil la preuve de sa solvabilité ou les plans et devis du navire, et navigation à l'intérieur d'une zone de contrôle de la sécurité de la navigation sans se conformer aux normes prescrites.

Toutefois, ces infractions touchant la prévention de la pollution sont exclusivement poursuivables par voie de procédure sommaire, et ne confèrent par conséquent aucun pouvoir d'arrestation en vertu du *Code criminel*. Le paragraphe 15(4) de la LPPEA accorde au fonctionnaire compétent des pouvoirs d'application, mais ceux-ci sont limités aux pouvoirs de monter à bord d'un navire, de l'inspecter ou de lui ordonner de quitter la zone de contrôle de la sécurité ou de demeurer à l'extérieur de cette zone. Aucun pouvoir relié à l'usage de la force n'est précisé dans cette loi. En résumé, le régime législatif actuellement en place dans les eaux arctiques canadiennes n'autorise pas l'arrestation ou l'usage de la force, sauf dans la mesure restreinte permise par le *Code criminel*.

Les opérations effectuées par les navires de guerre canadiens en appui aux activités de mise en application des lois à l'extérieur des eaux nationales canadiennes – dans les zones de prévention de la pollution ou de protection de la pêche en eaux arctiques au-delà des eaux territoriales du Canada – doivent être menées avec une attention particulière. Malgré la compétence fonctionnelle qu'y exercent les autorités chargées de l'application des lois du Canada, ces zones sont également considérées comme des eaux internationales dans lesquelles les navires étrangers peuvent eux-mêmes effectuer des opérations licites. Comme le souligne le professeur Ken Booth, la zone économique exclusive est une zone *sui generis*, étant donné qu'il ne s'agit ni d'une haute mer, ni d'une mer territoriale au sens où on l'entend généralement¹⁶². La LPPEA et l'UNCLOS confèrent certes compétence pour appliquer les règlements sur la prévention de la pollution, mais il n'en demeure pas moins que ces eaux sont un espace océanique dans lequel les navires de guerre étrangers peuvent mener des opérations sans contraintes. Tout recours à des navires de guerre canadiens pour appuyer les activités d'application de la loi dans ces zones doit être examiné en fonction du risque de provoquer involontairement une escalade en opérant dans le même espace océanique que les navires étrangers escortant des navires commerciaux en vertu du principe légitime de la liberté des mers.

Enfin, les diverses limites extérieures des zones d'application des lois, à savoir les lignes de base droites, la mer territoriale de 12 milles marins, la zone de prévention de 100 milles marins et la zone de pêche de 200 milles marins, seront perçues par tous les participants comme des lignes de démarcation importantes et influenceront grandement sur la conduite des opérations. Ces limites territoriales nominales remplissent deux rôles importants, soit celui d'indiquer précisément le champ d'application des lois, et celui de délimiter les sensibilités politiquement chargées¹⁶³. Ces limites influent sur la perception des navires en cause en raison de leur signification sur le plan juridique. Dans le cas de la limite de la zone de pêche de 200 milles marins, par exemple, aussi longtemps que le navire de guerre canadien demeure entre le littoral et la limite extérieure de la zone, on peut facilement soutenir qu'il opère uniquement pour appuyer la mise en application des lois. Traverser cette limite fait naître une ambiguïté quant à ses intentions, puisqu'il sera alors uniquement autorisé à conduire des opérations pour assurer sa défense. Il est donc évident que le chevauchement complexe des compétences en deçà des lignes de base droites influera sur la façon dont seront menées les opérations de la marine canadienne.

¹⁶² Ken Booth, *Law, Force and Diplomacy at Sea*, George Allen & Unwin, 1985, 43. Booth les appelle des « frontières psychologiques » en raison du caractère psychologique de la diplomatie navale.

¹⁶³ Ken Booth, « Naval Strategy and the Spread of Psycho-Legal Boundaries at Sea » (1982-1983) 38 *Int'l J.* 373 aux p. 384-385. [TRADUCTION] « La diplomatie navale est donc une guerre des nerfs plus qu'un rapport de force, où les puissances navales cherchent à atteindre leurs objectifs en se montrant prêtes à entreprendre des actions risquées, ce qui peut en soi créer un effet boule de neige et risque d'engendrer une perte de contrôle. La diplomatie navale coercitive peut avoir des conséquences houleuses sur le navire diplomatique; elle crée une imprévisibilité qui présente de multiples dangers de guerre. Par la diplomatie navale, les navires de guerre alimentent l'atmosphère diplomatique par des moyens qui, comme l'espèrent les puissances navales, seront politiquement exploitables. »

VIII – CONCLUSION

Au cours de l'été 2008, après la Déclaration d'Ilulissat engageant le Canada et les quatre autres États côtiers de l'océan Arctique à se conformer au régime juridique de l'UNCLOS en vue de régler les conflits à propos des limites maritimes et de la délimitation des fonds océaniques, le prix du pétrole a atteint des records. La perspective de voir les Canadiens gérer l'exploitation des ressources pétrolières et gazières dans l'Arctique est apparue de plus en plus viable et bénéfique. De fait, l'idée que la chance a souri au Canada par sa position stratégique a été confirmée dans l'édition du mois de juillet du United States Geological Survey, où l'on évaluait les ressources techniquement récupérables encore inexploitées dans tout le nord du cercle de l'Arctique. Selon le *Circum-Arctic Resource Appraisal*¹⁶⁴, l'Arctique pourrait contenir jusqu'à 90 milliards de barils de pétrole et 1,670 billion de pieds cubes de gaz naturel. Cette étude a confirmé que certaines parties de la mer de Beaufort et du nord de la Sibérie étaient des zones d'intérêt probable, mais que les eaux et le fond de l'archipel arctique, connu sous le nom de bassin de Sverdup, le sont aussi.

L'accord entre les cinq États côtiers de l'océan Arctique pour recourir à l'UNCLOS visait à empêcher que les revendications concurrentes sur les eaux et le fond de l'Arctique dégénèrent en conflit ouvert. Il ne faut toutefois pas présumer que les conséquences de ces délimitations sont sans importance ou que les intérêts nationaux majeurs ne sont pas en jeu. La hausse du prix du pétrole et les futures difficultés d'approvisionnement ne limiteront pas uniquement les habitudes de déplacement automobile en Amérique du Nord; l'augmentation des coûts du transport et des fertilisants ne manquera pas également d'influer sur le prix et la disponibilité des aliments. Les soulèvements civils en Inde, en Europe et en Asie témoignent de la gravité de ces inquiétudes.

Le gouvernement du Canada fonde son titre sur les eaux et le fond de son territoire arctique sur la déclaration de 1985 portant que les eaux à l'intérieur des lignes de base droites sont des « eaux intérieures historiques ». Le système de réglementation des eaux arctiques canadiennes a établi un régime de zones de contrôle de la pollution et de la pêche à partir des lignes de base droites entourant l'archipel. Le gouvernement du Canada se fonde sur les droits reconnus dans l'UNCLOS pour justifier l'exercice de sa souveraineté fonctionnelle sur ces zones.

La légalité des lignes de base droites elles-mêmes n'a pas été testée devant une cour ou un tribunal international. De fait, il a été suggéré que le Canada assoie sa position sur des fondements juridiques plus solides¹⁶⁵. La solidité de ce fondement juridique est considérée comme très importante à cause de la géographie particulière de l'Arctique, des changements climatiques imminents qui modifieront fondamentalement l'environnement d'exploitation maritime et les défis géopolitiques – l'intérêt commercial croissant et le constant intérêt militaire pour les opérations sous-marines stratégiques – qui feront surface dans l'océan Arctique. Tous ces facteurs mettront en jeu les fondements juridiques de la souveraineté du Canada sur les eaux arctiques.

La marine canadienne sera confrontée aux défis opérationnels de protéger la souveraineté du Canada dans les eaux arctiques tout en fournissant l'assistance nécessaire aux autorités chargées de l'application des lois qui tenteront de faire respecter l'arsenal des lois canadiennes dans les eaux de l'archipel arctique ainsi que les règlements sur la pêche et la prévention de la pollution dans les zones au-delà. La nature contestée des revendications maritimes du Canada fera en sorte que la Marine sera aux prises avec le problème du chevauchement des compétences et des impératifs opérationnels qui exigeront un équilibre délicat.

Il est indispensable que la Marine possède une connaissance approfondie des caractéristiques physiques de la région, des fondements politiques des opérations maritimes dans l'Arctique, ainsi que de leur assise juridique et des revendications qu'elles appuient afin de bien remplir son obligation de servir le Canada.

¹⁶⁴ *Circum-Arctic Resource Appraisal: Estimates of Undiscovered Oil and Gas North of the Arctic Circle*, U.S. Department of the Interior, U.S. Geological Survey, U.S.G.S Fact Sheet 2008-3049. Voir aussi Jad Mouawad, « Oil Survey Says Arctic Has Riches » *The New York Times* (24 juillet 2008).

¹⁶⁵ Pharand, *supra* note 15 aux p. 140-146. La marine devra aussi demeurer attentive à tout changement des fondements juridiques des revendications. Par exemple, le professeur Pharand a proposé, s'agissant de la revendication sur les eaux de l'archipel arctique canadien, de remplacer l'argument des « eaux intérieures historiques » par la notion de « consolidation de titre » – l'histoire étant invoquée seulement en tant que fondement complémentaire et subsidiaire visant à solidifier ou consolider le titre résultant de la revendication.