

LE DÉBAT RELATIF AU STATUT JURIDIQUE DU PASSAGE DU NORD-OUEST (PNO)

*Notes explicatives de Suzanne Lalonde
Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal
Le 28 mars 2022*

1. LA POSITION CANADIENNE OFFICIELLE

- Lorsque Joe Clark, alors secrétaire d'État des Affaires extérieures, a pris la parole à la Chambre des communes le 10 septembre 1985 pour annoncer que le Canada traçait des limites extérieures de l'archipel arctique canadien, il s'est donné la peine de souligner que « ces lignes de base établissent la limite extérieure des *eaux intérieures historiques du Canada* ».
- C'était et c'est toujours la position officielle du gouvernement du Canada : que toutes les eaux de l'archipel (encerclées par ces lignes de base depuis le 1^{er} janvier 1986) sont des eaux intérieures canadiennes en vertu d'un titre historique¹.
- Selon le droit international, un État peut revendiquer légitimement un *titre* historique à l'égard d'une zone maritime s'il peut démontrer qu'il a 1) exercé une autorité maritime sur la zone en question pendant une période considérable; 2) de manière effective; 3) que cet exercice de son autorité a été accepté par d'autres pays, en particulier ceux directement concernés par cet exercice.
- De toute évidence, ce troisième critère constitue un obstacle bien réel, compte tenu de la lettre de protestation des États-Unis* et de celle de la Communauté européenne (via le Haut-Commissariat de Grande-Bretagne)†, en 1985, à la suite de l'annonce de M. Clark

(* J'ai récemment appris que la lettre des États-Unis ne constituait peut-être pas une lettre officielle de protestation en bonne et due forme.)

(† À l'époque, les États membres de la Communauté européenne n'avaient pas de politique étrangère commune, ce qui soulève des doutes sur la capacité du gouvernement britannique à prétendre parler au nom de la « Communauté européenne ».)

- On peut se demander si la pratique des États en vigueur depuis 1985 (plus de 30 ans maintenant) n'équivaut pas à une « acceptation » de la revendication canadienne, nonobstant les lettres de protestation de 1985.

¹ Il importe de distinguer le concept de « titre » historique des revendications à des « droits » historiques (voir par exemple les revendications de la Chine à des « droits » historiques sur la mer de Chine méridionale).

- Autrement, il serait possible de soutenir que les Inuits ont acquis un titre historique à l'égard des eaux de l'Arctique avant l'arrivée des Européens, titre qu'ils ont par la suite transféré au Canada.
- Pour légitimer cet argument, le Canada devrait persuader les autres États ou bien une cour ou un tribunal international 1) que la glace marine peut faire l'objet d'une occupation et d'une appropriation, tout comme la terre; 2) qu'en vertu du droit international, les peuples autochtones peuvent acquérir et transférer des droits souverains; 3) que ces droits, s'ils existent, ont été de fait cédés au Canada.
- Il existe des preuves documentées que les Inuits canadiens vivaient sur la glace pendant plusieurs mois d'affilée et qu'on peut par conséquent soutenir que la glace peut véritablement être « occupée ».
- Le droit international apporte aussi un certain appui à la seconde proposition, c'est-à-dire que les peuples autochtones peuvent acquérir et transférer des droits territoriaux souverains.
- Voir par exemple l'avis de la Cour internationale de Justice (CIJ) sur le Sahara occidental, dans lequel la CIJ a reconnu que les territoires habités par des peuples autochtones possédant une certaine organisation sociale et politique ne sont pas *terra nullius* et donc que ces « collectivités » humaines jouissent d'un statut juridique international limité, mais non moins réel pour autant [C.I.J., Recueil 1975, p. 12, 79 et suivantes].
- Le troisième élément est le plus facile à prouver, car l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut affirme l'intention des Inuits de transférer au Canada leurs droits sur la glace marine en vertu du droit international.

2. AUTRE JUSTIFICATION JURIDIQUE DU CANADA²

- Le Canada peut, bien sûr, soutenir que les eaux cernées par les lignes de base sont des « eaux intérieures non historiques ».
- Le Canada devrait alors faire la preuve que son système de lignes de base dans l'Arctique respecte les règles juridiques énoncées à l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (UNCLOS) de 1982.
- Le Canada a été lié par les règles précises énoncées à l'article 7 lorsqu'il est devenu un État partie à l'UNCLOS, le 7 novembre 2003.

² Voir, pour une analyse plus détaillée de la position canadienne officielle et du système de lignes de base du Canada dans l'Arctique : Lalonde, Suzanne, « Increased Traffic Through Canadian Arctic Waters: Canada's State of Readiness », *Revue juridique Thémis* 49, vol. 38, n° 1, 2004; Byers, Michael et Lalonde, Suzanne, « Who Controls the Northwest Passage », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1133, vol. 42, n° 4, 2009.

- Comme le prévoit le paragraphe 8(1), « les eaux situées en deçà de la ligne de base de la mer territoriale font partie des eaux intérieures de l'État ».
- Une étude historique récente de Lajeunesse sur la souveraineté canadienne dans l'Arctique a démontré (sur la foi de documents d'archives) que le Canada a régulièrement revendiqué les eaux des îles de l'Arctique en tant qu'eaux territoriales/intérieures tout au long du XX^e siècle³.
- Je suis donc convaincue que le Canada pourrait se « soustraire » à la règle énoncée au paragraphe 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'article 5 de la Convention précise que la « ligne de base normale » est « la laisse de basse mer le long de la côte ». Dans l'affaire *Qatar c. Bahreïn* de 2001, la CIJ a déclaré que « la méthode des lignes de base droites, qui constitue une exception aux règles normales d'établissement des lignes de base, ne peut s'appliquer que si un certain nombre de conditions sont réunies⁴ » [TRADUCTION].
- Le paragraphe 7(1) de la Convention prévoit deux situations géographiques permettant à un État côtier d'utiliser des lignes de base droites, selon les critères suivants : 1) « [l]à où la côte est profondément échancrée ou découpée », ou 2) « s'il existe un chapelet d'îles le long de la côte, à proximité immédiate de celle-ci. »
- Le Canada se réclamerait bien sûr de la seconde situation et soutiendrait que les îles de l'Arctique sont un chapelet d'îles le long de sa côte nord, à proximité immédiate de celle-ci.
- Le Canada n'a jamais cherché à justifier ses lignes de base au titre de la partie IV de la Convention, qui couvre les « États archipels ».
- Nonobstant le scepticisme de certains auteurs, je crois que le Canada pourrait justifier l'établissement de lignes de base droites et que le Canada satisfait au critère minimal :
 - Le littoral canadien, avec la presqu'île de Boothia, fait saillie dans l'archipel et les différentes îles sont donc « à proximité immédiate » de la côte canadienne;
 - Deux îles, Lowther et Young (ainsi que d'autres îlots), renforcent la continuité de l'archipel à travers le chenal Parry;
 - L'unité de l'archipel est aussi assurée par l'interpénétration des formations terrestres et des aires maritimes, cette relation étroite étant aussi renforcée par la présence des glaces;

³ Lajeunesse, Adam, *Lock, Stock and Icebergs: A History of Canada's Arctic Maritime Sovereignty*, UBC Press, Vancouver, 2016.

⁴ *Qatar c. Bahreïn* (arrêt), C.I.J., Recueil 2001, p. 40 [212].

- Des experts tels que Prescott et Schofield (Australie) ont observé que « la mention des confins des îles se trouvant à proximité immédiate de la côte doit être interprétée comme signifiant la partie intérieure des confins...⁵» [TRADUCTION]
- Le système de lignes de base du Canada dans l'Arctique satisfait aussi au critère de « construction » énoncé à l'article 7 :
 1. « Le tracé des lignes de base droites ne doit pas s'écarter sensiblement de la direction générale de la côte » → paragraphe 7(3);
 2. « ... les étendues de mer situées en deçà doivent être suffisamment liées au domaine terrestre pour être soumises au régime des eaux intérieures » → paragraphe 7(3);
 3. Le système de lignes de base droites du Canada n'est pas appliqué de manière « telle que la mer territoriale d'un autre État se trouve coupée de la haute mer ou d'une zone économique exclusive » → paragraphe 7(6).
- Bien que certains universitaires aient critiqué la longueur de certaines sections des lignes de base du Canada (la section traversant le golfe Amundsen fait 92 NM et celle traversant le détroit de M'Clure compte 99 NM), il faut souligner que :
 1. L'UNCLOS ne précise pas de longueur maximale en ce qui a trait aux lignes de base droites de l'article 7, à la différence des lignes de fermeture des baies aux termes de l'article 10 ou des lignes de base archipélagiques aux termes du paragraphe 47(2).
 2. Le paragraphe 7(5) prévoit spécifiquement que « [d]ans les cas où la méthode des lignes de base droites s'applique en vertu du paragraphe 1, il peut être tenu compte, pour l'établissement de certaines lignes de base, des intérêts économiques propres à la région considérée dont la réalité et l'importance sont manifestement attestées par un long usage ».

L'utilisation et l'occupation historiques de la mer et de la glace par les Inuits constituera un argument très solide et contribuera sans nul doute à justifier les sections/lignes de base particulières du Canada.

3. POURQUOI LA QUESTION D'UN « DÉTROIT INTERNATIONAL » NE S'ÉVANOUIRA PAS

- La partie III de la Convention, Détroits servant à la navigation internationale, établit un « régime d'exception ».
- Cela signifie que les règles en matière de navigation édictées dans la partie III se superposent à tout régime s'appliquant normalement à un plan d'eau particulier.
- Cela est confirmé par le tout premier article de la partie III.

⁵ Prescott, Victor et Schofield, Clive, *The Maritime Political Boundaries of the World*, 2^e éd., Brill/Nijhoff, Leyde, 2004, p. 147.

- Le paragraphe 34(1) énonce clairement ce qui suit : « Le régime du passage par les détroits servant à la navigation internationale qu'établit la présente partie n'affecte à aucun autre égard le régime des eaux de ce détroit ni l'exercice, par les États riverains, de leur souveraineté ou de leur juridiction sur ces eaux, les fonds marins correspondants et leur sous-sol ainsi que sur l'espace aérien surjacent ».
- Par conséquent, même si le Canada réussissait à persuader la communauté internationale que les eaux des îles de l'Arctique sont des eaux intérieures historiques canadiennes, il pourrait quand même y avoir un détroit international traversant les eaux intérieures historiques.
- Bien que la partie III établisse un régime détaillé pour la navigation (des navires et des aéronefs) dans un détroit international, la Convention ne fournit pas de définition précise de ce qui constitue un détroit international (la catégorie générale des détroits assujettis au régime juridique normal).
- La seule source juridique sur cette question est donc l'arrêt de 1949 de la CIJ sur l'affaire du détroit de Corfou, tel que le reflète la formulation générale de l'article 37.
- L'article 37 prévoit ce qui suit : « La présente section [Passage en transit] s'applique aux détroits qui servent à la navigation internationale entre une partie de la haute mer ou une zone économique exclusive et une autre partie de la haute mer ou une zone économique exclusive. »

- Selon l'arrêt du détroit de Corfou et l'article 37, il existe un consensus selon lequel deux critères doivent être respectés afin qu'une étendue d'eau constitue un « détroit international » :
 1. Un critère géographique : l'étendue d'eau doit relier deux parties de la haute mer ou deux zones économiques exclusives → ce critère est totalement satisfait en ce qui a trait au PNO.
 2. Un critère « fonctionnel » : L'étendue d'eau doit « servir » à la navigation internationale → j'ai soutenu sur de nombreuses tribunes que ce critère n'est vraiment PAS satisfait en ce qui concerne le PNO.

- Il faut souligner que, lorsqu'on mentionne qu'un détroit « sert » à la navigation internationale, c'est que des navires étrangers le traversent et que des aéronefs étrangers le survolent **DE PLEIN DROIT** → c'est-à-dire sans prendre contact avec les organismes de l'État frontalier ou sans observer son régime réglementaire national (ce qui a été confirmé dans l'affaire du détroit de Corfou).
- **TOUTE** navigation internationale dans le PNO a jusqu'à présent fait intervenir des organismes du gouvernement canadien et a respecté les lois et règlements du Canada, y compris les deux traversées par des bâtiments des États-Unis, qu'on qualifie souvent de « controversées » :
 - La traversée du *Manhattan* en 1969 : La correspondance diplomatique officielle indique que si les É.-U. n'ont pas demandé au Canada de permission pour la traversée du *Manhattan*, en 1969, le gouvernement canadien a été informé au préalable de la traversée et a accordé son autorisation officielle; du personnel canadien se trouvait à bord du *Manhattan* tout au long de la traversée

(principalement Thomas Pullen); le *Manhattan* a été assisté pendant tout le voyage par le brise-glace canadien *Sir John A. Macdonald*; le *Manhattan* s'est conformé au régime réglementaire canadien.

- Il ne s'agit certainement PAS d'une navigation « de plein droit ».
- La traversée de 1985 du *Polar Sea* : Rob Huebert établit dans sa thèse de doctorat, encore là en se basant sur la correspondance diplomatique officielle, que le Canada et les États-Unis en sont arrivés à une entente dans les jours précédant le passage. De nouveau, bien que Washington n'ait pas demandé de permission, les É.-U. ont fait parvenir un avis préalable afin de protéger leur position juridique et le gouvernement du Canada a officiellement accordé son autorisation à la traversée. Comme en 1969, du personnel canadien se trouvait à bord du *Polar Sea* pendant la traversée du PNO et le bâtiment américain a reçu l'assistance du Service canadien des glaces, entre autres organismes fédéraux.
- Il ne s'agit certainement PAS d'un exemple de navigation « de plein droit » par un navire étranger dans le PNO.
- Toutes les autres traversées du PNO par des navires étrangers (y compris le *Xuelong*, bâtiment chinois, à l'été de 2017) se sont déroulées dans la stricte observation des lois et règlements canadiens et avec la participation directe des autorités et des organismes du Canada.
- En ce qui a trait à la traversée de sous-marins → il semblerait que la plupart des traversées sont couvertes par les accords/ententes du NORAD ou de l'OTAN (et se font donc avec le « consentement » du Canada, qui est partie à ces accords et ententes). (*Il est difficile pour une civile d'avoir accès à ce genre d'information.)
- En ce qui a trait à la traversée du PNO par des sous-marins d'États qui ne sont pas partie aux accords et ententes du NORAD et de l'OTAN, on ne peut exercer clandestinement un droit légal → cela ne constituerait pas une navigation internationale « de plein droit ».
- Le Canada n'est donc pas d'avis qu'il faudrait faire une exception dans le cas du PNO.
- Au contraire, à la différence du détroit de Gibraltar, du détroit de Malacca ou bien du détroit de Torres, le PNO ne correspond pas à la définition d'un « détroit servant à la navigation internationale », tel que l'entend le droit international.

4. QU'EST-CE QUI EST VRAIMENT EN JEU?

- Si les routes du Passage du Nord-Ouest sont dans les eaux intérieures canadiennes, que ce soit en vertu d'un titre historique ou de l'établissement de lignes de base droites, le Canada exerce une souveraineté entière et exclusive sur ces eaux (elles sont réputées faire partie du territoire national canadien au même titre que les rues du centre-ville d'Ottawa).

- Les lois et règlements canadiens régissent la navigation dans ces eaux et les pouvoirs de police du Canada peuvent être exercés dans toute leur plénitude si des navires enfreignent les règles canadiennes s'appliquant.
- En outre, l'espace aérien surplombant les îles de l'Arctique canadien est un territoire national entièrement souverain.

- Si la position canadienne est rejetée, les zones maritimes du Canada seront calculées en fonction de chaque formation terrestre et de chaque île. Le résultat sera une mosaïque complexe de mer territoriale canadienne, de zones contiguës et de zone économique exclusive (ZEE).
- Il n'y a aucun endroit parmi les îles de l'Arctique canadien où l'étendue maritime fait plus de 400 NM. Par conséquent, même dans sa plus grande largeur, le Passage du Nord-Ouest se trouve à l'intérieur de la ZEE du Canada.
- Les droits de navigation seraient donc une combinaison de droits de passage inoffensifs dans les zones de mer territoriale et de liberté de navigation (et de survol) dans les parties constituant des zones contiguës et la ZEE.
- Le Canada exercerait des pouvoirs de police dans les zones de mer territoriale et d'autres pouvoirs d'application de la loi, moins étendus, dans les parties constituant des zones contiguës et la ZEE.
- Bien sûr, le Canada exercerait sa souveraineté (mer territoriale) ou sa compétence souveraine (zones contiguës, ZEE) sur toutes les ressources.
- Si les diverses routes composant le PNO sont reconnues en tant que « détroit international », la partie III relative au passage en transit se surimposera au régime actuel, quel qu'il soit.
- C'est-à-dire qu'un droit de passage en transit, tel que défini en vertu de la partie III, existerait dans des eaux qui seraient autrement reconnues soit : 1) en tant qu'eaux intérieures canadiennes (la position actuelle du Canada), soit : 2) en tant que mosaïque de mer territoriale, de zones contiguës et de ZEE.
- Comme l'indique le paragraphe 38(1), « tous les navires et aéronefs jouissent du droit de passage en transit sans entrave » dans les détroits internationaux.
- Le paragraphe 38(2) ajoute qu'on entend par passage en transit l'exercice « de la liberté de navigation et de survol à seule fin d'un transit continu et rapide par le détroit ».
- Les navires et les aéronefs doivent donc s'abstenir de toute menace ou utilisation de la force, ou de toute activité autre que celles correspondant à leur mode régulier de transit (c.-à-d. que les sous-marins peuvent transiter en plongée).
- En outre, les navires qui transitent par un détroit doivent se conformer aux normes internationales (et non pas canadiennes) de sécurité en mer et aux règles et procédures internationales (et non pas canadiennes) de prévention, de réduction et de contrôle de la pollution par les navires → paragraphe 39(2).

- Les aéronefs doivent observer les règles de l'air établies par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI).
- L'article 44 énonce que « [l]es États riverains de détroits ne DOIVENT PAS ENTRAVER le passage en transit... ».

- Cependant, comme indiqué précédemment, le paragraphe 34(1) établit clairement que le régime de passage en transit par les détroits « n'affecte à aucun autre égard le régime des eaux de ces détroits ».
- Par conséquent, si les eaux sont reconnues en tant qu'eaux intérieures, ou si, plutôt, elles sont reconnues comme une combinaison de mer territoriale canadienne, de zones contiguës et de ZEE, les régimes de ces différentes zones garantissent que les ressources demeurent sous la souveraineté et la compétence souveraine du Canada.
- Aucun navire qui exerce son droit de passage en transit ne pourrait, par exemple, pratiquer la pêche pendant son transit par la PNO → le droit de passage en transit n'est qu'un droit de NAVIGATION (continu et rapide).
- Un aspect inquiétant est que, si le PNO était reconnu en tant que détroit international, les normes internationales en matière de sécurité et d'environnement régiraient la navigation, plutôt que les règles canadiennes, plus détaillées, approfondies et strictes.
- L'application de la loi est un autre enjeu clé : advenant qu'un navire étranger, exerçant son droit de passage en transit par le PNO (s'il était reconnu en tant que détroit international) enfreignait une norme internationale de prévention de la pollution, les autorités policières canadiennes pourraient-elles intervenir? L'article 44 (« Les États riverains de détroit ne doivent pas entraver le passage en transit ») interdirait-il une telle intervention?
- L'article 233 fournirait une certaine mesure de pouvoirs policiers au Canada dans une telle situation. Si un navire étranger enfreint une norme internationale en matière de sécurité de la navigation ou de prévention de la pollution et que cette infraction cause ou menace de causer des dommages majeurs à l'environnement marin du détroit (PNO), l'État riverain du détroit peut « prendre les mesures de police appropriées ».
- Il faut aussi souligner que l'article 234, l'« exception Arctique », pourrait permettre au Canada d'adopter des règles nationales intérieures afin de « prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires » et d'appliquer ces règles intérieures dans les zones couvertes par les glaces à l'intérieur de la ZEE canadienne (200 NM) « 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... ».
- Bien que les articles 233 et 234 de la Convention constitueraient d'importantes sources de pouvoir législatif et policier pour le Canada si le PNO était reconnu en tant que détroit international, il faut aussi mettre en lumière un certain nombre de faiblesse et de lacunes :
 1. Soulignons que l'article 233 (pouvoirs de police) couvre les infractions, par un navire étranger, aux normes internationales en matière 1) : de sécurité ou 2) de pollution, et que des dommages majeurs à l'environnement doivent se produire ou menacer de se produire. Pour en revenir à l'exemple déjà donné, l'article 233 ne prête aucun pouvoir policier aux organismes canadiens à l'encontre d'un navire étranger qui pêcherait illégalement pendant son transit par le PNO, considéré comme étant un détroit international. Dans un tel cas, l'article 44 prescrirait que le gouvernement canadien intente une action en justice afin d'être compensé de ses pertes. Les organismes canadiens d'application de la loi ne pourraient pas

intercepter ou interdire le navire étranger contrevenant pendant l'exercice de son droit de passage en transit.

2. La manière dont les mots « afin de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin » de l'article 234 seront interprétés n'est pas claire. Le Canada a invoqué l'article 234 à titre de justification légale de sa décision de rendre NORDREG obligatoire. Au sein de l'OMI, les États-Unis et Singapour ont dénoncé avec véhémence l'action du Canada, arguant que l'article 234 n'offrait pas, de base juridique pour la mesure canadienne. À leur avis, rendre NORDREG (un système de suivi des navires) obligatoire ne constituait PAS une loi ou un règlement « afin de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution du milieu marin par les navires ».
 3. L'article 234 ne couvre que les règles visant à « prévenir, réduire ou maîtriser la pollution du milieu marin par les navires ». Il n'est pas clair que cette phrase sera interprétée de manière libérale ou étroitement (p. ex. le bruit sera-t-il interprété comme étant de la « pollution » par les navires?).
 4. On ne sait pas combien de temps l'article 234 s'appliquera aux eaux du PNO. Aussi incroyable que cela puisse paraître, certaines prévisions scientifiques avertissent que le PNO pourrait ne plus être recouvert par les glaces « pendant la plus grande partie de l'année » d'ici quelques décennies.
 5. Peut-être, de manière plus essentielle, ni l'article 233 ni l'article 234 ne confèrent de pouvoirs au Canada en ce qui a trait aux navires de guerre et aux navires des États pouvant exercer leur droit de passage en transit par le PNO en tant que détroit (immunité du Souverain). À l'opposé, le Canada jouit du pouvoir entier et absolu de permettre ou de refuser le passage à ces navires aux termes de la position canadienne actuelle (eaux intérieures historiques).
 6. Il est aussi de grande importance de souligner que les articles 233 et 234 ne confèrent absolument aucun pouvoir de réglementation du transit par aéronef dans le couloir aérien surplombant un PNO désigné en tant que détroit international. Cette question, bien qu'absolument essentielle pour la défense et la sûreté du Canada, est presque complètement ignorée. Désigner le PNO en tant que détroit international confèrera la liberté de navigation au-dessus de ces routes aux aéronefs, tant civils que militaires, de tous les États⁶.
- .
- Il n'y a aucun doute que, bien qu'une désignation du Passage du Nord-Ouest en tant que détroit international ne concernerait QUE le droit de navigation (des aéronefs et des navires), elle aurait pour conséquence une importante perte de pouvoir et de contrôle du Canada dans des eaux et un corridor aérien qui passent au cœur de son territoire national.

⁶ J'ai passé plusieurs semaines à étudier cette question négligée. Les résultats de mes recherches ont été publiés dans : Lalonde, Suzanne, *The Right of Overflight Above International Straits*, Annuaire canadien de droit international 1, vol. 52, 2014.

5. QUE DISENT CERTAINS DES PRINCIPAUX PROTAGONISTES DE CETTE SAGA?

Les **ÉTATS-UNIS** ont affirmé avec une constance remarquable que le Passage du Nord-Ouest était un détroit international, y compris à ces deux occasions :

1. Dans sa National Security and Homeland Security Presidential Directive de janvier 2009, le président George W. Bush a souligné que la liberté des mers était en tête des priorités nationales des États-Unis. « Le Passage du Nord-Ouest est un détroit servant à la navigation internationale et la route maritime du Nord comprend des détroits servant à la navigation internationale; le régime de passage en transit s'applique au passage par ces détroits » [TRADUCTION]
 2. Voir aussi la National Strategy for the Arctic Region de mai 2013 du président Obama : « La signature de la Convention de 1982 [Convention des Nations Unies sur le droit de la mer] protégerait les droits et les libertés des É.-U ainsi que notre utilisation de la mer et de l'espace aérien dans toute la région de l'Arctique, et étayerait nos arguments en faveur de la liberté de navigation et de survol dans le Passage du Nord-Ouest et la route maritime du Nord » [TRADUCTION]
- Il faut cependant reconnaître sans détour que le gouvernement des États-Unis n'a jamais rien fait tant dans les eaux, à leur surface ou sous ces eaux pour miner la position juridique du Canada alors qu'ils auraient pu le faire assez facilement (bien sûr, de telles manœuvres seraient hautement controversées et endommageraient gravement les relations entre le Canada et les États-Unis.
 - La position des États-Unis se fonde sur leurs intérêts géostratégiques mondiaux plutôt que sur des inquiétudes réelles à propos de la gouvernance intérieure du Canada sur le Passage du Nord-Ouest.
 - Par exemple, James Kraska, de l'U.S. Naval War College, a souligné dans ses écrits la préoccupation légitime des États-Unis à propos des conséquences négatives sur le principe de la liberté des mers de la reconnaissance de la souveraineté canadienne sur le
 - Passage du Nord-Ouest⁷.

La position **EUROPÉENNE** a évolué :

1. On peut citer la Communication de 2008 de la Commission des communautés européennes au Parlement européen et au Conseil, dans laquelle les États

⁷ Las d'entendre cette justification de nos collègues américains, un collègue de l'Université Laval et moi-même avons mené une étude globale des différends et revendications litigieuses dont le sort serait modifié par la reconnaissance soudaine de la position du Canada par Washington. Nous avons dû reconnaître finalement que la reconnaissance par les États-Unis de la souveraineté du Canada sur le PNO pourrait servir les intérêts de la Russie (RMN), de la Chine (détroit de Qiongzhou), du Canada (Passage de Head Harbour) et, dans une moindre mesure, du Japon (détroit de Shimonoseki, détroit d'Hoyo, chenal Bungo), de l'Italie (détroit de Piombino), de l'Inde et du Sri Lanka (détroit de Palk) ainsi que de la Russie et de l'Ukraine (détroit de Kerch). Lalonde, Suzanne, et Lasserre, Frédéric, *The Northwest Passage: A Potentially Weighty Precedent?*, *Ocean Development and International Law* 1, vol. 43, n° 3, 2012.

membres et la Communauté ont été exhortés à « défendre le principe de la liberté de navigation et le droit de passage inoffensif sur les routes et dans les zones récemment ouvertes ».

2. Cet appel a été répété au paragraphe 48 de la Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la stratégie de l'UE pour l'Arctique, qui a aussi appelé « Les États membres de la région à garantir que les actuelles voies de transport – et celles qui pourraient voir le jour à l'avenir – sont ouvertes à la navigation internationale, et à s'abstenir d'introduire des obstacles arbitraires unilatéraux, qu'ils soient financiers ou administratifs, susceptibles d'entraver le trafic maritime dans l'Arctique, autres que les mesures convenues au niveau international et visant à accroître la sécurité ou la protection de l'environnement ».
3. Cependant, la plus récente expression de la politique de l'Union européenne, Une politique intégrée de l'Union européenne pour l'Arctique, qui a été adoptée le 27 avril 2016 par la Commission et la haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, ne s'égare pas dans la controverse sur le Passage du Nord-Ouest.

Elle met plutôt l'accent sur la nécessité d'activités maritimes sécuritaires et sûres. « Compte tenu de l'augmentation du trafic maritime dans l'Arctique, dont une partie battra les drapeaux d'États membres de l'UE affirme-t-elle, l'UE devrait contribuer à améliorer la sécurité de la navigation dans l'Arctique au moyen de technologies novatrices et de l'élaboration d'outils de suivi du déroulement spatial et temporel des activités maritimes en croissance dans l'Arctique »
[TRADUCTION].

4. La politique de l'UE ne fait que mentionner le Passage du Nord-Ouest (plus communément appelé la route maritime du Nord) et, même alors, ne le fait qu'en regard de l'objectif énoncé de créer un « réseau de l'Arctique et de l'Atlantique » afin de faire face aux menaces pour la sûreté maritime pouvant découler d'une augmentation de l'activité dans le Passage. L'accent est mis sur la mise en œuvre efficace du Recueil sur la navigation polaire et le renforcement de la capacité de recherche et sauvetage, qui sont des enjeux cruciaux pour le Canada.

La politique arctique ambiguë de 2013 de l'ALLEMAGNE

1. Les lignes directrices de la politique arctique de l'Allemagne, publiées par le Bureau fédéral des affaires étrangères en septembre 2013, annonçaient que le gouvernement fédéral allemand « faisait campagne pour la liberté de navigation dans l'océan Arctique (passages du Nord-Est, du Nord-Ouest et transpolaires) conformément à des normes élevées en matière de sécurité et d'environnement ».
[TRADUCTION].

- Ce que « faire campagne » signifie n'est pas clair. Dans tous les cas, c'est avec soulagement qu'on a constaté que la Politique intégrée de l'Union européenne pour l'Arctique de 2016 n'avait pas été influencée par le point de vue allemand.
2. La mise à jour des lignes directrices de la politique arctique de l'Allemagne - Assumer la responsabilité, créer la confiance, façonner l'avenir, publiée en août 2019 contient un chapitre consacré à la « dimension de la politique de sécurité de la politique arctique de l'Allemagne ». Le paragraphe d'ouverture du chapitre identifie la « navigabilité croissante des routes maritimes arctiques » comme une « source potentielle de comportement non coopératif » qui « met en danger la stabilité économique, environnementale et de la politique de sécurité dans la région et affecte donc également les intérêts de sécurité de l'Allemagne ». Parmi les indicateurs d'un tel comportement non coopératif, selon la politique allemande, il y aura le « type d'accord qui est atteint » sur le « statut, la législation et les règlements concernant l'utilisation du passage du Nord-Ouest et du passage du Nord-Est ». Sept objectifs et engagements politiques sont ensuite énumérés, dont le fait que « [l]e gouvernement fédéral s'engage à protéger la liberté de navigation dans les eaux arctiques conformément aux règles de l'UNCLOS »."

La **RUSSIE** est un allié du Canada en ce qui concerne le Passage du Nord-Ouest.

- La revendication juridique de la Fédération de Russie relative au Passage du Nord-Est, maintenant appelé route maritime du Nord, est presque le reflet exact de la position juridique canadienne (y compris en ce qui a trait au déroulement temporel).
1. Le gouvernement soviétique a allégué au début des années 1960 qu'un certain nombre de détroits stratégiques constituant la route maritime du Nord (notamment les détroits de Vil'kitskii, Dmitrii, Laptev et Sannikov) appartenaient historiquement à l'Union soviétique, devenue depuis la Fédération de Russie.
 2. Selon Rothwell, « on ne peut nier que les gouvernements soviétique et russe ont allégué avec force que non seulement certaines baies pouvaient être désignées comme historiques, mais que les diverses mers composant les eaux de l'Arctique russe peuvent aussi être désignées ainsi » [TRADUCTION]⁸.
 3. L'année où le Canada a promulgué ses lignes de bases dans l'Arctique, l'Union soviétique a établi des lignes de base droites reliant au continent ses groupes d'îles arctiques de Novaya Zemlya et Severnaya Zemlya ainsi que les îles de la Nouvelle-Sibérie (dans une déclaration de son Conseil des ministres, 15 janvier 1985).
 4. Tant la politique pour l'Arctique de la Fédération de Russie à l'horizon 2020 (2008) et la stratégie de développement de la région arctique et de sûreté nationale

⁸ Don Rothwell, *The Polar Regions and the Development of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), p. 209.

de la Fédération de Russie à l'horizon 2020 (2013) ont mis l'accent sur la *souveraineté* de la Russie sur la route maritime du Nord et la nécessité de protéger les intérêts nationaux du pays.

5. Le 6 mars 2020, le président Poutine a approuvé une version actualisée de la politique, « Principes fondamentaux de la Politique d'État pour l'Arctique de la Fédération de Russie à l'horizon 2035 ». Elle comporte de nombreuses similitudes avec les politiques de 2008 et de 2020. Il est à noter que le document de 2020 instaure le concept de « souveraineté et d'intégrité territoriale » sur ses territoires et ses *eaux* arctiques à titre de principal intérêt national dans l'Arctique. En ce qui concerne la route maritime du Nord, la politique de 2020 ne présente pas de grand changement, mais exprime l'intention de la Russie dans des termes plus ambigus : « Développer la route maritime du Nord en tant que voie nationale de transport concurrentielle sur le plan mondial ».
- Si la Russie contestait la position juridique canadienne, elle torpillerait sa propre revendication.

La **CHINE** est un joueur international stratégique et rusé qui trouve refuge dans une ambiguïté délibérée.

- La position de la Chine sur le statut juridique du PNO est déterminée par son propre intérêt national.
 1. Le 4 septembre 1958, la République populaire de Chine a fait une déclaration définissant sa mer territoriale comme une zone de 12 NM de largeur. La déclaration revendiquait aussi la baie Bohai (golfe du Tonkin) et le détroit de Qiongzhou, entre l'île Hainan et le sud de la Chine en tant qu'eaux intérieures chinoises.
 2. Plus récemment, la Loi sur la mer territoriale de 1992 énonçait qu'on utiliserait la méthode des lignes de base droites afin de délimiter la mer territoriale chinoise. L'instrument législatif subséquent, la Déclaration sur les lignes de base de la mer territoriale du 15 mai 1996, a confirmé la position de la Chine selon laquelle le détroit de Qiongzhou se trouve entièrement dans les eaux intérieures chinoises.
 3. Les États-Unis ont officiellement contesté la revendication initiale de la Chine, en 1958, et de nouveau en 1996, remettant en question la légalité tant du système des lignes de base que de la revendication du statut d'eaux intérieures pour le détroit de Qiongzhou; ils ont ensuite mené des « affirmations opérationnelles » en 1997.
- Abandonnant sa politique de longue date d'imprécision délibérée, la Chine a publié en janvier 2018 un livre blanc énonçant une politique arctique parfaitement ambiguë, au moins sur la question du PNO!
 4. La Politique arctique de la Chine publiée par le Bureau d'information du Conseil d'État de la République populaire de Chine le 26 janvier 2018 fourmille de

mentions sur les passages maritimes, les routes de l'Arctique et le rôle de la Chine dans le développement de ces routes maritimes prenant de plus en plus d'importance.

On trouve cependant les passages les plus intrigants et nébuleux dans la partie IV, Politiques et positions de la Chine en matière de participation aux affaires arctiques, section 3, Utiliser les ressources de l'Arctique de manière légale et rationnelle, rubrique (1), Participation de la Chine au développement des routes maritimes de l'Arctique :

« Les routes maritimes de l'Arctique comprennent le Passage du Nord-Est, le Passage du Nord-Ouest et le passage Central. En raison du réchauffement climatique, les routes maritimes de l'Arctique deviendront probablement des routes de transport importantes pour le commerce international. **La Chine respecte les pouvoirs législatifs, policiers et juridictionnels des États de l'Arctique dans les eaux assujetties à leur compétence.** La Chine soutient que la gestion des routes maritimes de l'Arctique doit s'effectuer dans le respect des traités, y compris l'UNCLOS, et du droit international général, et que **tous les pays doivent jouir de la liberté de navigation, conformément à la loi, et que leur droit d'utiliser les routes maritimes de l'Arctique soit assuré.** La Chine soutient que les **différends relatifs aux routes maritimes de l'Arctique devraient être réglés adéquatement, conformément au droit international.**

La Chine espère collaborer avec toutes les parties afin de bâtir une « route polaire de la Soie » grâce au développement des routes maritimes de l'Arctique. Elle invite ses entreprises à participer à la construction de l'infrastructure de ces routes et à effectuer des voyages commerciaux d'essai **conformément à la loi** afin de paver la voie à une exploitation commerciale régulière. La Chine accorde une grande importance à la sûreté de la navigation sur les routes maritimes de l'Arctique. Elle a activement mené des études sur ces routes et constamment amélioré les relevés hydrographiques dans le but de rehausser la navigation, la sûreté et les capacités logistiques dans l'Arctique. La Chine adhère au Recueil international de règles applicables aux navires exploités dans les eaux polaires (Recueil sur la navigation polaire) et **appuie un rôle actif de l'Organisation maritime internationale dans la formulation de règles de navigation pour l'Arctique.** La Chine invite à une coopération internationale plus forte pour la construction de l'infrastructure et l'exploitation des routes de l'Arctique. » [TRADUCTION]

- La déclaration rassurante en rouge est complètement niée par les passages en bleu. La mention de la « liberté de navigation » dans les « routes maritimes de l'Arctique », qui semble englober le PNO (voir la définition de la première phrase), est bien sûr en complète contradiction avec la position officielle canadienne.

- Le livre blanc apporte aussi une certaine légitimité à la notion qu'il existe un différend à propos du statut des « routes maritimes de l'Arctique », ce qui encore une fois englobe le PNO. Enfin, en appuyant le rôle de l'OMI dans la formulation des règles de navigation « pour l'Arctique », la politique semble préconiser que des règles et normes internationales, plutôt que des règles et normes intérieures du Canada, régissent la navigation dans le PNO.
- Il n'est pas clair que la loi en vertu de laquelle la Chine croit que les voyages commerciaux d'essai devraient être menés (passage en vert) est canadienne ou internationale.
- Tout espoir que le gouvernement chinois reconnaisse explicitement la position canadienne (de manière à renforcer sa propre revendication relative au détroit de Qiongzhou) a été étouffé, non seulement avec la publication du livre blanc, mais aussi à la lumière de la stratégie adoptée par la Chine pour le transit de son brise-glace de recherche Xuelong (un navire gouvernemental) dans le PNO à l'été de 2017.
- Le gouvernement chinois n'a pas demandé au Canada la permission de faire traverser le PNO à son brise-glace de recherche en 2017. La Chine a plutôt, comme pour les dispositions de l'Accord de 1988 entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis sur la coopération dans l'Arctique (qui couvre le transit des brise-glaces des É.-U. effectuant des recherches scientifiques), invoqué les articles 245 et 246 de l'UNCLOS sur la « recherche scientifique marine ».
- Selon l'article 245, « [l]es États côtiers, dans l'exercice de leur souveraineté, ont le droit exclusif de réglementer, d'autoriser et de mener des recherches scientifiques marines dans leur mer territoriale ». L'article 246, de son côté, prévoit que « [l]es États côtiers, dans l'exercice de leur souveraineté, ont le droit exclusif de réglementer, d'autoriser et de mener des recherches scientifiques marines dans leur zone économique exclusive et leur plateau continental... ».
- La Chine a donc évité la question épineuse du statut juridique du PNO. Elle n'a pas demandé la permission de faire entrer son navire gouvernemental dans les eaux intérieures canadiennes (comme la position canadienne l'exigerait). Elle n'a cependant pas non plus déclaré officiellement qu'elle rejetait la position canadienne et affirmait sa liberté de naviguer à travers un détroit international. Elle a plutôt choisi de demander au Canada la permission de mener des recherches scientifiques marines, une obligation imposée par l'UNCLOS peu importe la zone maritime où ces recherches ont lieu (à l'exception de la haute mer et des eaux internationales, bien sûr).
- La position juridique du Canada n'a donc été ni renforcée, ni affaiblie par le transit du Xuelong à travers le PNO en 2017.

* **Aucune autre politique officielle sur l'Arctique n'a préconisé la « liberté de naviguer » à travers le PNO** – p. ex. la Politique arctique du Japon (2015) ou la Feuille de route nationale sur l'Arctique de la France (2016), etc.

6. COMMENT SAURONS-NOUS QUI A RAISON?

- La partie XV de la Convention prévoit l'obligation de régler les différends entre les États parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention. De fait, l'article 286 de la section 2 stipule que tout différend n'ayant pas été réglé conformément aux dispositions générales de la section 1 de la partie XV (mécanismes non contraignants comme la conciliation, etc.) sera soumis, à la demande d'une partie au différend, à la cour ou au tribunal ayant compétence.
- À première vue, il semble donc qu'une des parties à la Convention (Chine, Allemagne, etc.) pourrait faire jouer la partie XV et éventuellement soumettre le « différend » sur le statut juridique du Passage du Nord-Ouest à une cour ou un tribunal international.
- La section 3 de la partie XV prévoit cependant spécifiquement un droit de « retrait » du mécanisme obligatoire de règlement des différends dans le cas de certains enjeux.
- En ce qui concerne le Passage du Nord-Ouest, la disposition cruciale est le sous-alinéa 298(1)a)i) :
 - 1. Lorsqu'il signe ou ratifie la Convention ou y adhère, ou à n'importe quel moment par la suite, un État peut, sans préjudice des obligations découlant de la section 1, déclarer par écrit qu'il n'accepte PAS une ou plusieurs des procédures de règlement des différends prévues à la section 2 en ce qui concerne une ou plusieurs des catégories suivantes de différends :
 - a) i) les différends (...) qui portent sur des baies ou titres historiques...
- Il est possible de trouver, sur le site Web de l'ONU consacré à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, la déclaration faite par le Canada au moment de sa ratification de la Convention, le 7 novembre 2003 : « En ce qui a trait au paragraphe 1 de l'article 298 de la Convention sur le droit de la mer, le Canada n'accepte aucune des procédures prévues à la section 2 de la partie XV relativement aux différends suivants :
 - Différends qui portent sur l'interprétation ou l'application des articles 15, 74 et 83 relatifs aux délimitations des frontières maritimes, ou différends portant sur les baies ou titres historiques; » [TRADUCTION]
- Cependant, d'autres mécanismes distincts de règlement des différends pourraient être activés.
- De fait, le Canada n'est qu'un des 73 États ayant produit une « déclaration » générale reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice.
- Les États parties au Statut de la Cour internationale de Justice peuvent, « à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour » (paragraphe 36(2) du Statut).
- Chaque État ayant reconnu la juridiction obligatoire de la Cour a, en principe, le droit d'amener un ou plusieurs États ayant accepté la même obligation devant la Cour en

déposant une requête instituant une procédure devant la Cour et, vive versa, s'engage à comparaître devant la Cour si des procédures sont instituées à son encontre par un ou plusieurs autres de ces États.

- Le Canada a déposé sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ le 10 mai 1994. L'Allemagne est un autre des 73 États ayant produit une telle déclaration et l'a fait le 1er mai 2008, alors que le Royaume-Uni a déposé sa déclaration récemment, le 22 février 2017.
- Donc, sur la base de leurs déclarations respectives, l'Allemagne ou le Royaume-Uni pourrait instituer des procédures devant la CIJ sur la question du PNO et le Canada serait dans l'obligation de comparaître et de participer à ces procédures.
- Il faut aussi souligner que 70 autres États pourraient aussi faire ce choix (L'Australie? Le Danemark? La Finlande? L'Inde? La Norvège? Et bien d'autres.)
- Enfin, le Canada pourrait simplement accepter, à la demande d'un autre État, de soumettre la question du statut juridique du PNO à la Cour internationale de Justice ou au Tribunal international du droit de la mer ou encore à un tribunal d'arbitrage spécial, mais les chances que cela arrive sont minces, très minces.
- Car, comme l'a déjà déclaré l'expert de la mer et professeur Bernie Oxman (professeur à l'Université de Miami et juge ad hoc à la CIJ), « les litiges ressemblent beaucoup à la chirurgie; on ne sait jamais ce qui va se passer! » [TRADUCTION]
- Tout pointe vers un maintien du *statu quo* dans l'avenir prévisible. Le Canada doit donc continuer à gagner la confiance de la communauté internationale en montrant par ses actions qu'il revendique le PNO en tant qu'eaux intérieures du Canada non pas afin d'imposer des obligations arbitraires et injustes aux navires étrangers, mais afin d'assurer une gouvernance responsable de son milieu marin fragile et culturellement sensible.