

Eds. • ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO • VIRGINIE J.M. TASSIN

GUIA DE NAVEGAÇÃO DA BIODIVERSIDADE
MARINHA PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO NACIONAL

GUIDE TO THE NAVIGATION OF MARINE
BIODIVERSITY BEYOND NATIONAL JURISDICTION

GUIDE DE NAVIGATION DE LA BIODIVERSITÉ
MARINE AU-DELÀ DE LA JURIDICTION NATIONALE

**GUIA DE NAVEGAÇÃO DA BIODIVERSIDADE
MARINHA PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO NACIONAL**

**GUIDE TO THE NAVIGATION OF MARINE
BIODIVERSITY BEYOND NATIONAL JURISDICTION**

**GUIDE DE NAVIGATION DE LA BIODIVERSITÉ
MARINE AU-DELÀ DE LA JURIDICTION NATIONALE**

Eds. • ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO • VIRGINIE J.M. TASSIN

GUIA DE NAVEGAÇÃO DA BIODIVERSIDADE
MARINHA PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO NACIONAL

GUIDE TO THE NAVIGATION OF MARINE
BIODIVERSITY BEYOND NATIONAL JURISDICTION

GUIDE DE NAVIGATION DE LA BIODIVERSITÉ
MARINE AU-DELÀ DE LA JURIDICTION NATIONALE



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini
(Ícones via FreePik)

Diagramação
Bárbara Rodrigues
Christiane Morais
Leticia Robini

Revisor Técnico
Marcos Edmar Ramos Alvares da Silva

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

Guia de navegação da biodiversidade marinha para além da jurisdição nacional.
TOLEDO, André de Paiva; TASSIN, Virginie J.M. [Eds.] -- Belo Horizonte:
Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-757-7

1. Direito 2. Direito Ambiental. 3. Direito Marinho. 4. Direito Internacional.
I. Título. II. Artigos

CDU341 CDD341.1

GRUPO
D'PLÁCIDO



Rodapé



Aos professores Charles Leben e Vicente Marotta Rangel (*in memoriam*), que me indicaram as rotas de navegação pelas águas – muitas vezes tormentosas – do Direito do Mar.

A de P T

À mon rayon de soleil, Tommaso,
et
à mes parents, Geneviève et Philippe, qui m'ont toujours
encouragé à défendre les valeurs qui me sont chères et qui n'ont
cessé de me soutenir, contre vents et marées, dans la
poursuite de ma passion.

V.J.M.T

INDEX



EDITORS

<i>André de Paiva Toledo</i>	11
<i>Virginie J.M. Tassin</i>	13

FOREWORD

<i>André de Paiva Toledo</i> Prefácio.....	17
<i>Virginie J.M. Tassin</i> Préface.....	31

INTRODUCTION

<i>Tomas Heidar</i> Introduction.....	39
<i>Cyrille P. Coutansais</i> Introduction.....	57

I. GOVERNANCE & POWER OF THE COASTAL STATE

Annick de Marffy-Mantuano

La biodiversité marine à la recherche d'une gouvernance efficace.....71

André Panno Beirão

O braço estatal sobre o leito do mar.....99

2. SUSTAINABLE MANAGEMENT

Javier García Sanabria et al

Comparative study of management practices of Ibero-american States regarding the conservation and sustainable use of biodiversity: Which lessons for ABNJ?.....131

Vasco Becker-Weinberg

Marine spatial planning, conservation and sustainable use of marine biological diversity in areas beyond national jurisdiction.....193

3. CONSERVATION OF BIODIVERSITY ON THE SEABED

Frida M. Armas-Pfirter

The International Seabed Authority and the protection of biodiversity.....221

Fernando Loureiro Bastos

O regime jurídico-internacional da Área. Alguns aspetos da sua história, do âmbito material de aplicação e dos contributos para a preservação da biodiversidade dos fundos marinhos.....247

Carina Costa de Oliveira et al

O impacto da inexistência de um conceito para a pesquisa científica marinha na proteção dos recursos marinhos: o exemplo da exploração dos fundos marinhos.....293

4. CONSERVATION OF BIODIVERSITY IN THE WATER COLUMN

Frédéric Schneider

Îles artificielles et biodiversité dans les zones
situées au-delà de la juridiction nationale323

Fábio Hissa Vieira Hazin

Recursos pesqueiros e o novo acordo internacional
para a conservação e uso sustentável da biodiversidade
em áreas além da jurisdição nacional.....371

5. MARINE POLLUTION

Lee Godden & Myriam Amiet-Knottenbelt

Marine plastic pollution: protecting biodiversity on the
high seas – Gaps in UNCLOS and CBD frameworks.....393

Tiago Vinicius Zanella

Jurisdição em alto mar: uma análise do
poder jurisdicional sobre as embarcações em alto
mar para a prevenção da poluição marinha.....427

Lora L. Nordtvedt Reeve

Managing ocean noise pollution through
the new BBNJ instrument under the UN
Convention on the Law of the Sea.....455

6. SUSTAINABLE USE OF BIODIVERSITY & MARINE GENETIC RESOURCES

Konrad Jan Marciniak

Diversity within unity? Marine genetic
resources in areas beyond national jurisdiction.....489

Joanna Mossop

Marine genetic resources and the need for an
integrated approach to the seabed and the water column.....543

7. POLAR ZONES

Stuart Kaye

Enforcement in the southern ocean: Legal issues
for fishery protection operations around Antarctica.....565

Tore Henriksen

Conservation of biodiversity & the Arctic region.....593

8. BENEFIT SHARING & DISPUTE SETTLEMENT

Rodrigo Fernandes More

Capacitação e transferência de tecnologia marinha:
contribuição e medidas em concreto para sua
realização nas negociações de BBNJ.....547

Philippe Gautier

Le règlement des différends.....665

EDITORS



ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (“UFMG”, Brasil) e Doutor em Direito pela Universidade Panthéon-Assas Paris II (Sorbonne, França), André de Paiva Toledo é professor de Direito Internacional Público e Direito do Mar na Escola Superior Dom Helder Câmara (“ESDHC”, Brasil), onde também coordena o Grupo de Pesquisa em Direito Internacional dos Recursos Naturais (“DIRNAT”) e o Grupo de Iniciação Científica em Direito Internacional do Meio Ambiente (“GIDIMA”).

Dr. de Paiva Toledo é um dos membros da diretoria do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (“IBDMar”), uma associação técnico-científica que tem se dedicado a incentivar, no Brasil, a discussão, a pesquisa e a publicação de obras relativas às questões jurídicas marinhas. Neste sentido, acontece anualmente o Congresso Brasileiro de Direito do Mar, assim como encontra-se à disposição dos autores para publicação a Revista Brasileira de Direito do Mar. No exterior, ele participa como membro associado do *Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne* (“IREDIÉS”, França), assim como leciona esporadicamente na Faculdade de Direito da Universidade do Salento (Lecce, Itália), onde coopera com o Grupo de Pesquisa *Law and Agroecology - Ius et Rus* (“LAIR”).

Dr. de Paiva Toledo é autor de diversos artigos, capítulos e livros sobre temas de Direito Internacional, destacando-se as obras “Amazônia: soberania ou internacionalização”, “Acidentes com barragens de rejeitos da mineração e o princípio da prevenção: de Trento (Itália) a Mariana (Brasil)”, “Direito Internacional e Recursos Biológicos” e “Direito Internacional e Biopirataria”. Não diretamente ligado ao trabalho de pesquisa e docência, Dr. de Paiva Toledo é também tabelião do 1º Ofício de Notas de Campos Altos (Brasil), onde dá-se a oportunidade de servir na regularização jurídicas de relações privadas da comunidade local.

ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO

André de Paiva de Toledo is a Professor of Public International Law and Law of the Sea at the Dom Helder Câmara Law School (“ESDHC”, Brazil), where he also coordinates the Research Group on International Law of Natural Resources (“DIRNAT”) and the Scientific Initiation Group on International Environmental Law (“GIDIMA”). He previously graduated with a Master in Law from the Federal University of Minas Gerais (“UFMG”, Brazil) and Doctor in Law from the University Panthéon-Assas Paris II (Sorbonne, France)

Dr. de Paiva Toledo is a member of the board of directors of the Brazilian Institute of Law of the Sea (“IBDMar”), a technical-scientific association which has been dedicated to encouraging discussion, research and publication of works on marine legal issues. A congress with this purpose, the Brazilian Congress of Law of the Sea takes place annually. The Brazilian Review of Law of the Sea is also available to the authors for publication. Abroad, Dr. de Paiva Toledo participates in a wide range of academic and research positions, such as being an associate member of the *Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne* (“IREDIES”, France), and even teaching occasionally at the Faculty of Law of the University of Salento (Lecce, Italy), where he cooperates with the Research Group *Law and Agroecology - Ius et Rus* (“LAIR”).

Dr. de Paiva Toledo is the author of several articles, chapters, and books on international law topics, such as the tomes “Amazonia: sovereignty or internationalization,” “Accidents with dams from mining tailings and the prevention principle: from Trento (Italy) to Mariana (Brazil),” “International Law and Biological Resources,” and “International Law and Biopiracy”. Dr. de Paiva Toledo is even the notary public of the 1st Notary Office of Campos Altos (Brazil), where he has the opportunity of serving the local community by performing notarial deeds and acts in order to render legal and official private contracts and relations.

VIRGINIE J.M. TASSIN

Avocat à la Cour (Barreau de Paris) et docteur en droit de l'Université la Sorbonne (France) et de l'Université de Melbourne (Australie), ses travaux en droit international ont été récompensés par deux prix: l'un délivré par l'Institut économique du droit de la mer pour ses travaux de doctorat sur le plateau continental étendu (« INDEMER », Monaco, 2011), et l'autre par l'Université Dom Helder Câmara pour ses travaux au sein du Grupo de Pesquisa em Direito Internacional dos Recursos Naturais (« DIRNAT », Belo Horizonte, Brésil, 2016).

Maître Tassin est la fondatrice du cabinet d'avocat « VTA-Tassin », basé à Paris, offrant des services en droit international public, droit européen et développement durable. Elle est experte pour le Groupe Outre Mer français de l'IUCN ainsi que pour la Banque Mondiale, conseil international de l'Institut brésilien du droit de la mer (« IBDMAR »), et chercheur enregistré au Répertoire des groupes du Conseil national pour le développement scientifique et technologique du Brésil pour son travail au sein de DIRNAT. Elle enseigne par ailleurs à l'Ecole d'affaires publiques de Sciences Po Paris dans le cadre du double master HEC / Sciences Po « Corporate and Public Management » et de manière ponctuelle, notamment au Brésil.

Ancienne juriste au Tribunal international du droit de la mer, Maître Tassin a précédemment travaillé pour l'Organisation Mondiale de la Santé, le Secrétariat de la Communauté Pacifique, le Conseil économique, social et environnemental français, la Mission économique française à Ho Chi Minh City, le secteur privé, divers cabinets d'avocats en Australie, en Allemagne et en France et des centres de recherches et think tanks en Australie, en Chine et à Monaco.

Elle publie régulièrement en français et anglais dans des journaux, annuaires et livres de renommée internationale. Elle est de plus en charge de deux chroniques annuelles au sein de l'Annuaire du droit de la mer : « Union Européenne » (depuis 2010) et « Autorité internationale des fonds marins et la Zone » (depuis 2012).

VIRGINIE J.M. TASSIN

Lawyer admitted to the Paris Bar (France) and Doctor in Law from the Sorbonne University (France) & Melbourne University (Australia), Virginie Tassin received two international awards in recognition of the excellence of her research in Public International Law: one delivered by the Institut économique du droit de la mer for her PhD on the extended continental shelf (“INDEMER”, Monaco, 2011), and another one delivered by the Escola Superior Dom Helder Câmara for the research undertaken within the Grupo de Pesquisa em Direito Internacional dos Recursos Naturais (“DIRNAT”, Belo Horizonte, Brazil, 2016).

Maître Tassin is the founder of the law firm “VTA-Tassin”, based in Paris, offering services in Public International Law, European Law and Sustainable Development. She is an expert for the IUCN French Overseas Group as well as for the World Bank, International Counsel of the Brazilian Institute of the Law of the Sea (“IBDMAR”) and registered researcher in the Directory of the National Council for Development Scientific and Technological Advice of Brazil as part of her work for DIRNAT.

Maître Tassin teaches in the double Master Degree of HEC / Sciences Po “Corporate and Public Management” at Sciences Po Paris. She also punctually teaches in other locations, including Brazil.

Former Associate Legal Officer of the International Tribunal for the Law of the Sea, Virginie Tassin also previously worked for the World Health Organisation, the Secretariat of the Pacific Community, the French Economic Social and Environmental Counsel, the French Economic Mission of Ho Chi Minh City, the private sector, law firms in Australia, Germany and France as well as numerous research centres and think tanks in Australia, China and Monaco.

She publishes regularly in French and English in journals, yearbooks and books of international renown. She is also in charge of two yearly chronicles in the *Annuaire du droit de la mer*: “European Union” (since 2010), and “The International Seabed Authority and the Area” (since 2012).

FOREWORD

PREFÁCIO

ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO¹

Não é simples definir em que momento se concebeu o ato originário de uma obra como “Guia de navegação da biodiversidade marinha para além da jurisdição nacional”, que é publicada em ótimo momento. Todo resultado da ação humana é necessariamente condicionado por elementos da realidade que são, por sua vez, construídos a partir de escolhas e atos praticados anteriormente, cujas consequências acumulam-se no tempo a ponto de não ser possível *a posteriori* identificar um único fio condutor de explicação linear da origem da realidade presente, mas diversos razoáveis fios condutores, que se interagem frequentemente. É, inclusive, essa lógica linear de compreensão da sucessão temporal que nos faz muitas vezes acreditar em certo evolucionismo histórico. Nada pode ser mais falso do que a conclusão de que o presente vem corrigir os erros do passado, levando-nos a um estágio de maior bem-estar do que aquele em que viveram nossos antepassados. A própria ideia de sustentabilidade do desenvolvimento econômico é prova contrária da crença desse evolucionismo histórico. Há, pelo menos desde meados dos anos de 1980, a concepção geralmente aceita de que a atual geração de seres humanos não é capaz de assegurar às próximas as condições ambientais herdadas das anteriores. O princípio da sustentabilidade, que é norma jurídica, obriga todos os membros da comunidade internacional, seja no âmbito interno, seja no contexto

¹ Doutor em Direito pela Universidade Panthéon-Assas Paris 2. Professor do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil).

internacional, a agir no presente de modo que a mesma capacidade de ação possa ser exercida no futuro.

Os fatos desdobram-se ao longo do tempo, impondo radicalmente a todos nós os inerentes limites materiais do porvir. Ninguém é absolutamente livre para traçar seu destino, uma vez que o imponderável só se desvenda em uma realidade, na qual somos jogados involuntariamente por obra do mero acaso, dentro daquilo que Frei Betto chama de loteria biológica². Uma vez lançados no mundo, os indivíduos passam a agir dentro daquele dado contexto sócio-econômico-ambiental, tendo em vista a tentativa individual de superação dos limites da realidade posta, de acordo com os desejos e sonhos construídos ideologicamente. Todo movimento feito para atingir esse objetivo implica necessariamente a imposição de uma síntese concreta, que se torna a base limitadora da ação futura, dentro de uma relação dialética infinita. É para o infinito que aponta o princípio da responsabilidade intergeracional.

No sentido de tentar identificar um itinerário de explicação lógica do presente com base no passado, insisto na pergunta acerca do primeiro ato, a partir do qual a sucessão de outros fatos propiciou a existência deste livro. No fundo, trata-se da escolha de um caminho metodológico, feita em razão do que se valoriza intencional ou inconscientemente. A partir desse ato voluntário de escolha metodológica, organiza-se racionalmente uma explicação para o desenrolar dos fatos, de modo a dar coerência à narrativa, como se houvesse, desde o início do fluxo histórico, a onipresença de um ente metafísico controlador, o que seria uma incoerência tendo em vista o contingenciamento físico do livre arbítrio humano. Eis a armadilha a qual o absolutismo do discurso metodológico nos leva. Agimos, dentro dos limites do possível, para, em seguida, explicar o feito como se tudo já estivesse predeterminado desde sempre. Na medida em que existe tão somente o dado, toda potencialidade, especialmente a passada, é mera quimera, fazendo com que não haja nada mais a ser examinado do que aquilo que realmente se fez, isto é, aquilo que é e nada mais. Contudo, é esse ser concreto que nos permite interligar, por meio da linguagem, elementos que se tornam coerentes intersubjetivamente. É essa a proposta que se faz ao leitor aqui. Apresentar uma análise da realidade que nos permite

² F. Betto, *Fome de Deus: fé e espiritualidade no mundo atual*, São Paulo, Paralela, 2013, 176 p.

dar maior razoabilidade à história. Prefiro, assim, trabalhar a ideia de coerência do discurso à crença de uma única verdade objetivamente dada – ou alcançada – pelo método. A construção intersubjetiva de uma verdade não prescinde do real como base, mas traz em si uma significativa abertura de possibilidades válidas de análise.

No contexto de uma proposta coerente de construção intersubjetiva do passado, se se toma, por exemplo, o tema deste livro como critério de determinação de uma linha condutora de raciocínio, um primeiro aspecto que se destaca é o tratamento jurídico da biodiversidade. Levando-se em conta este primeiro elemento, eu seria obrigado a retroceder aos últimos semestres do curso de graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (“UFMG”), quando, motivado a enfrentar a interdisciplinaridade da proteção ambiental, iniciei os estudos de Geografia³, na Pontifícia Universidade Católica (“PUC Minas”) de Belo Horizonte, Brasil. Estudos esses que não foram – ainda – concluídos em virtude de aprovação no concurso do mestrado em Direito na UFMG, quando decidi adentrar de modo exclusivo no mundo da pesquisa jurídica. Mas, antes disso, houve, naquele fim de graduação em Direito, a elaboração de uma monografia de fim de curso, intitulada “Internacionalização da Amazônia: uma ideia em marcha”, que realizei sob a orientação do professor Dr. Arthur José de Almeida Diniz, então titular da cadeira de Direito Internacional da UFMG. Esta monografia foi o primeiro resultado de pesquisa obtido por mim, construído a partir da análise jurídica da utilização da biodiversidade sob a ótica internacionalista. Neste início de especulação sobre os aspectos jurídicos da biodiversidade, minha grande preocupação era compreender os elementos constitutivos do princípio da soberania nacional sobre os recursos biológicos, em um contexto da proteção global do meio ambiente, tendo como cenário a Amazônia brasileira. A banca de defesa da monografia organizou-se no início de 2003, apesar de referir-se à conclusão de curso da turma de 2002⁴.

³ Relacionado a esse importante momento de construção da análise interdisciplinar da proteção ambiental, menciono a satisfação de ter composto, junto com as professoras Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (orientadora) e Dra. Renata Mantovani de Lima, a banca examinadora de dissertação de mestrado do meu caro colega de Geografia, Alisson Magela Moreira Damaceno, que defendeu, na Universidade de Itaúna, em 1º de junho de 2017, um importante trabalho sobre o Direito Internacional da Integração.

⁴ Durante o curso de graduação em Direito, que se iniciou em 1998, houve várias greves contra a política neoliberal do então presidente Fernando Henrique

Como desdobramento desta monografia, elaborei um projeto de pesquisa para o mestrado em Direito da UFMG, cuja aprovação significou o meu afastamento do curso de Geografia da PUC Minas para garantir a dedicação exclusiva à pós-graduação. Apesar da escolha de interromper a graduação em Geografia, decidi seguir, na pós-graduação em Direito, uma linha de pesquisa interdisciplinar das questões internacionais ambientais. De fato, quando da redação da dissertação de mestrado “Amazônia: soberania ou internacionalização”, sob a orientação do professor Dr. Bruno Wanderley Júnior, tive o cuidado de fazer uma análise minuciosa de elementos econômicos, políticos, geográficos e históricos para compreender, segundo o viés jurídico internacionalista, a questão amazônica. Neste trabalho, além da preocupação com o tema da proteção ambiental global, associada ao exercício da soberania territorial do Estado, dentro de um contexto do direito ao desenvolvimento socioeconômico pelo aproveitamento da biodiversidade, evidenciou-se de modo sistemático a existência da biopirataria na Amazônia, o que foi definido como o acesso clandestino a recursos biológicos de um Estado, sem sua participação direta, com o intuito de utilizá-los como matéria-prima de produtos biotecnológicos, que são, por sua vez, objeto de direitos de propriedade intelectual alhures. Neste aspecto, foi importante verificar o papel da Organização Mundial do Comércio (“OMC”), especialmente de seu Acordo de Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (“ADPIC”), como mecanismo jurídico internacional de legitimação da biopirataria de recursos biológicos amazônicos. Essa dissertação de mestrado foi defendida em março de 2005. Naquela ocasião, o professor Arthur Diniz afirmou, para meu orgulho, que se tratava da melhor dissertação defendida na Faculdade de Direito da UFMG nos últimos quinze anos⁵. A versão original da dissertação foi, em seguida, publicada com o apoio da instituição de ensino superior⁶. Anos depois, o mesmo trabalho foi revisto para ser disponibilizado

Cardoso. Em virtude da longa duração da última delas, o calendário escolar alterou-se ao ponto de a colação de grau acontecer apenas em abril do ano seguinte, quando Luiz Inácio Lula da Silva já havia assumido a presidência.

⁵ Essa afirmação consta de carta do professor Arthur Diniz, de 28 de março de 2005, que é elemento pré-textual da publicação da dissertação, feita pelo Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, no ano seguinte.

⁶ A. de P. Toledo, *Amazônia: soberania ou internacionalização*, Belo Horizonte, Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006, 554 p.

ao público em formato de livro⁷. Apesar de terem sido a monografia e a dissertação resultados de uma importante pesquisa sobre a utilização da biodiversidade em face da obrigação internacional geral de conservação, considero ser esta primeira fase da pesquisa, que durou cinco anos, de 2001 a 2006, um conjunto de atos que até poderiam, mas não devem ser identificados como originários deste livro, pois falta-lhes o elemento fundamental deste livro, que é o Direito do Mar com base normativa direta. A bem da verdade, a principal menção a este importante ramo do Direito Internacional, feita durante a primeira fase de pesquisa, refere-se unicamente à discussão sobre a Amazônia como “patrimônio comum da humanidade”, o que chegou a ser aventado em fóruns internacionais, na segunda metade dos anos de 1980. Salvo este tópico, o Direito do Mar permaneceu, até então, afastado da centralidade temática das pesquisas.

Por conta disso, se se levar em consideração, ao invés da biodiversidade, a temática jurídica marinha, ousou afirmar que o ato originário deste livro, no que concerne especificamente à minha participação como organizador, pode ser identificado com a elaboração do projeto de tese de doutorado, em 2006. Inicia-se aqui a segunda fase de minha trajetória acadêmica, caracterizada pela adição da temática marinha dentro da camada anterior dedicada à utilização e conservação dos recursos biológicos sob o viés internacionalista. São efetivamente camadas que se sobrepõem, sem que a segunda oponha-se à primeira. Pelo contrário, a inserção do Direito do Mar na temática da análise econômico-ambiental-internacional mais ampla deu uma abrangência inesperada à pesquisa. De fato, nos anos de desenvolvimento da tese de doutorado, sob a orientação do professor Dr. Charles Leben, na Universidade Panthéon-Assas Paris 2, mergulhei fundo, pela primeira vez, no Direito do Mar, pois pretendia compreender de maneira completa a biopirataria, o que me impunha a obrigação de examinar não apenas o acesso a recursos biológicos terrestres e hídricos, mas também o sistema de exploração e exploração dos recursos biológicos do mar. O objetivo principal era definir a biopirataria como fato internacionalmente ilícito, fundado no acesso a recursos biológicos encontrados naturalmente em território ou espaço de jurisdição nacional, sem o consentimento prévio do Estado titular dos direitos

⁷ A. de P. Toledo, *Amazônia: soberania ou internacionalização*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012, 502 p.

soberanos de utilização e dos deveres de conservação. Para tanto, tornou-se necessária não apenas a análise das capturas no território marítimo – águas interiores e mar territorial – mas especialmente a pesca de estoques de peixes transzonais e altamente migratórios, o que implicava a compreensão do regime jurídico não-territorial da zona econômica exclusiva e do alto-mar. Em um primeiro momento, examinou-se evidentemente todo o sistema da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (“CNUDM”), adotada em Montego Bay, Jamaica, em 1982, a fim de bem delimitar os regimes jurídicos dos diferentes espaços marinhos, fazendo sua associação com o princípio da soberania sobre os recursos naturais e a obrigação internacional geral de proteção ambiental. Em um segundo momento, analisou-se o Acordo sobre a Conservação e Ordenamento de Populações de Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios, adotado em Nova York, em 1995, que, junto com o Acordo relativo à Aplicação da Parte XI da CNUDM, também adotado em Nova York, em 1994, compõem os instrumentos normativos posteriores a Montego Bay com vinculação direta com a CNUDM. Feitas todas essas análises, pude defender, em outubro de 2012, em Paris, França, a tese de doutorado intitulada “Les grands enjeux contemporains du droit international des espaces maritimes et fluviaux et du droit de l’environnement: de la conservation de la nature à la lutte contre la biopiraterie”⁸, que significou a conclusão da segunda fase de minha trajetória acadêmica. Esta fase, que vai de 2006 a 2012, caracteriza-se pela aquisição e consolidação do conhecimento sobre o Direito do Mar, dentro da perspectiva anterior, dedicada ao Direito Internacional dos recursos naturais com enfoque na biodiversidade.

Pouco antes da defesa da tese, morei alguns meses em Hamburgo, Alemanha, para trabalhar como estagiário no Tribunal Internacional do Direito do Mar (“TIDM”), sob a supervisão do jurista Dr. Louis Savadogo, o que resultou na produção da monografia de título “Mesures conservatoires: quelques questions juridiques”⁹, defendida diante do corpo de juristas do TIDM, em setembro de 2012. Como

⁸ Depois de traduzido do francês para o português, o texto da tese foi publicado separadamente em dois livros: *Direito Internacional & Recursos Biológicos* e *Direito Internacional & Biopirataria*, ambos publicados respectivamente pela Editora D’Plácido.

⁹ Esta monografia foi posteriormente transformada em artigo e publicada no Chile. *Vide* A. de P. Toledo, *Les mesures conservatoires prescrites par l’organe*

estagiário do TIDM, tive a oportunidade de acompanhar de perto o trabalho dos juízes, especialmente da Dra. Elsa Kelly e do Dr. Vicente Marotta Rangel¹⁰. Foi também neste período que conheci a colega, Dra. Virginie Tassin, com quem instituí uma parceria de trabalho em temas de Direito do Mar, fato que coincide com o início da terceira – e atual – fase de minha trajetória acadêmica, da qual este livro é um importante resultado. Por ironia do destino, apesar de ter vivido alguns anos na França, onde Virginie Tassin nasceu e também defendeu sua tese de doutorado, só vim a conhecê-la na Alemanha. Se, ao invés da questão temática referente à biodiversidade no Direito do Mar, põe-se em evidência a parceria firmada com Virginie Tassin, quem também organiza esta obra, é possível, então, identificar o ato originário deste livro com o início dessa cooperação acadêmica bilateral, que se consolidou com a minha volta em definitivo ao Brasil. Em 2013, por exemplo, tive a honra de ser representado por ela, quando da *Cérémonie des docteurs*¹¹, organizada pela Universidade Panthéon-Assas Paris 2, no Teatro do Châtelet, para a entrega do diploma de doutor em Direito. No ano seguinte, quando assumi a função de professor de Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara (“ESDHC”), criei a disciplina de Direito do Mar e do Meio Ambiente Marinho, assim como fundei o Grupo de Pesquisa em Direito Internacional dos Recursos Naturais (“DIRNAT”), do qual Virginie Tassin participa, desde o início¹², como membro externo. Com o apoio da ESDHC,

incompétent: Une analyse du contentieux international, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV, 2015, pp. 531-555.

¹⁰ Enquanto escrevia este prefácio, tive notícia do falecimento do professor Marotta Rangel, em 17 de julho de 2017. Aproveito este espaço para homenageá-lo como grande pensador do Direito Internacional e do Direito do Mar, que sempre me tratou com muita atenção e cordialidade, interessando-se por todos os detalhes da conversa. Em uma ocasião, em seu gabinete no TIDM, ele me perguntou, em espírito de camaradagem, brincando com o fato de eu ser natural de Minas Gerais – unidade federativa da República brasileira sem acesso ao mar –, o que havia levado um mineiro a se interessar pelo Direito do Mar. O professor Marotta Rangel nos fará muita falta.

¹¹ Université Paris-Sorbonne, *Cérémonie des docteurs: Cérémonie de remise des diplômes de Docteurs*, Promotion Philippe Taquet, Théâtre du Châtelet, Paris, le 22 juin 2013. Disponível em: <<http://www.paris-sorbonne.fr/documents/journaux/photos/Ceremonie-Docteurs-2013/>>

¹² Também participa do DIRNAT desde sua fundação, em agosto de 2014, o colega Marcos Edmar Ramos Alvares da Silva, advogado e pesquisador do Direito, cujo

organizei, em novembro de 2015, uma visita de Virginie Tassin à instituição para ministrar um minicurso aos alunos inscritos na disciplina, participar de reuniões do DIRNAT e discutir a possibilidade de uma publicação conjunta sobre Direito do Mar. Este livro é a concretização do último objetivo. Naquelas semanas em que Virginie Tassin esteve em Belo Horizonte, reunimo-nos com Plácido Arraes, proprietário da Editora D'Plácido – que ganharia naquele ano o Prêmio Jabuti de melhor livro jurídico –, que demonstrou grande interesse em publicar uma obra sobre os desafios contemporâneos do Direito do Mar¹³. Propusemos, então, Virginie Tassin e eu, a organização de um livro sobre a utilização sustentável e a conservação da biodiversidade marinha para além da jurisdição nacional.

As crises ambientais que a espécie humana tem enfrentado ao longo do tempo não deixam de ser uma importante faceta daquela imposição sintética do enfrentamento entre ser e agir. Por milênios, fomos capazes de lidar razoavelmente bem com os impactos ambientais, pois sempre contávamos com a capacidade de resiliência do próprio ecossistema. Apegávamo-nos ao fato de ser a natureza gigantesca diante da pequenez humana, o que lhe permitia absorver todas as repercussões de nossa ação. Em face desse embate desproporcional, cujo resultado manteve-se historicamente a favor da natureza, o ser humano adotou em seu cotidiano – e é isso que nos faz seres humanos – a tecnologia racionalmente desenvolvida como estratégia de maximização dos efeitos de sua ação individual na eterna tentativa de superar os limites ambientalmente impostos às suas aspirações. No momento em que – como bem representado na parte introdutória

rigor no tratamento dos elementos materiais e formais de suas ações judiciais e reflexões jurídicas credenciou-o para compor com excelência a comissão de revisão técnica desta obra, o que garantiu ao livro uma interação harmoniosa e homogênea entre capítulos tão diversos e heterogêneos.

¹³ A Editora D'Plácido tem incentivado significativamente a publicação, no Brasil, de obras sobre o Direito do Mar, sendo, inclusive, uma parceira estratégica do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (“IBDMar”), fundado em 2015, do qual sou um dos diretores, junto com os colegas Gabriela Heckler, Leonardo de Camargo Subtil, Orlindo Francisco Borges, Thiago Carvalho Borges, Tiago Vinicius Zanella e Zilan da Costa e Silva. O IBDMar é uma associação de caráter técnico-científico, aberta à adesão de toda a sociedade civil, constituída para contribuir com o desenvolvimento do Direito do Mar no Brasil. Mais detalhes sobre o importante trabalho realizado pelo IBDMar podem ser encontrados em sua página oficial na internet (www.ibdmar.org).

do filme “2001: uma Odisseia no espaço”¹⁴ – a natureza é utilizada como meio, instrumento, recurso para o aumento da potencialidade da ação intrinsecamente individual, há uma ruptura, um deslocamento da posição do ser humano dentro da própria natureza. Com o passar do tempo, o desenvolvimento tecnológico nos permitiu uma maior acumulação de energia, o que era, em um primeiro momento, um elemento positivo dentro da correlação de forças entre o homem e a natureza. A capacidade de resiliência natural incentivava um desenvolvimento tecnológico descompromissado com os impactos ambientais. Estes só se tornaram um problema a ser tratado juridicamente quando ficou evidente não ser mais possível contar com sua absorção natural, isto é, o homem passou a ser responsável não apenas pela produção de bens, por meio da transformação em manufatura ou mercadoria da matéria-prima ou recurso natural, mas especialmente pelos rejeitos desse processo produtivo. A partir de meados do século XX, a estratégia milenar de acúmulo de energia para lidar com a aspereza das condições historicamente dadas tornou-se um elemento negativo dentro daquela correlação de forças. A balança começou a pender para o outro lado, desequilibrando todo o ecossistema.

No âmbito marinho, o acidente com o petroleiro SS Torrey Canyon simboliza o ponto de inflexão de um modelo milenar de aproveitamento da natureza descompromissado com seus impactos ambientais. Em 1967, diante da magnitude da maré negra produzida pelo derramamento da carga do petroleiro, a comunidade internacional, refletindo uma opinião pública influenciada pelos meios de comunicação dos países diretamente atingidos, constatou a necessidade de criar convencionalmente normas jurídicas internacionais que prevenissem ou minimizassem os prejuízos advindos de acidentes com esse tipo de embarcação. Com a constatação de que não se podia mais contar com a capacidade de resiliência natural do meio ambiente, os Estados, em um primeiro momento, e as Nações Unidas, posteriormente, passaram a protagonizar novas negociações para o estabelecimento de um sistema normativo internacional que desse resposta efetiva aos desafios ambientais, fosse para solucionar as controvérsias existentes, fosse para prevenir

¹⁴ S. Kubrick, *2001: Uma Odisseia no Espaço*. Direção: Stanley Kubrick. Produção: Stanley Kubrick. Roteiro: Stanley Kubrick e Arthur C. Clarke. País de produção: EUA; Reino Unido. Produtora: Metro Goldwyn Mayer. Ano de produção: 1968. Disponível em: Blu-ray (148 min), wide screen, color, Warner Home Video Brasil, 2007.

futuros litígios com base em práticas ecologicamente prejudiciais. Como se sabe, o Direito vem sempre *a posteriori* em relação ao fato controverso. O fato problemático é condição da existência normativa. Caso não haja conflito entre sujeitos, não há tampouco necessidade ou interesse em se criar uma norma para solucioná-lo. Face à crise ambiental, desvelada a partir dos anos de 1960, surgem diversas normas jurídicas importantes para a construção do direito ambiental, que são especialmente o princípio da prevenção aliado ao princípio da precaução. O acúmulo de danos ambientais, associado à construção normativa internacional fundada na iniciativa de Estados diretamente prejudicados pela poluição, propiciou uma conjuntura favorável à universalização do direito ambiental, a partir dos anos de 1970. De fato, o Direito Ambiental passa a ser identificado como sistema jurídico autônomo, em virtude dos desdobramentos internacionais e internos da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia, em meados de 1972. A Declaração de Estocolmo traz de forma expressa diversos princípios ambientais como, além dos já mencionados princípios da prevenção e precaução, aquele segundo o qual os Estados devem adotar as ações necessárias para impedir a poluição dos mares e minimizar as chances de derramamento de substâncias poluentes, que possam causar dano à saúde humana, à utilização legítima dos recursos naturais e à vida dos organismos marinhos. Os Estados devem assim tomar todas as medidas para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio ambiente marinho, independente de sua origem, utilizando para tal fim todos os meios disponíveis.

O início da 3ª Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 1973, na qual estabeleceu-se a CNUDM, deu-se em um contexto sob influência dos princípios de Estocolmo. Com efeito, as partes da CNUDM decidiram dedicar uma de suas 17 partes constitutivas à proteção ambiental (Parte XII), além de regular a matéria ambiental quando da fixação dos regimes jurídicos dos diversos espaços marinhos. De acordo com o sistema instituído convencionalmente, em 1982, os Estados têm o direito soberano de utilizar os recursos marinhos sujeitos à sua soberania ou jurisdição nacional, desde que cumpram a obrigação geral de proteção e preservação do meio ambiente marinho. Uma característica desse sistema jurídico ambiental marinho é fazer do dever de proteção da biodiversidade uma contrapartida aos privilégios garantidos ao Estado costeiro no que tange à garantia dos direitos soberanos de utilização dos recursos

naturais encontrados em seu território marítimo e nas áreas de sua jurisdição nacional. A associação entre direito soberano de exploração dos recursos biológicos encontrados no território ou em espaço de jurisdição nacional, em equilíbrio com a obrigação de que tal utilização seja sustentável de modo a garantir a conservação da biodiversidade, foi reforçada, em 1992, com a adoção da Convenção sobre Diversidade Biológica. Com efeito, os Estados devem garantir que as atividades sob sua jurisdição ou controle efetuem-se sem causar danos a outros Estados ou seu meio ambiente, e que os danos ambientais eventualmente causados por fatos realizados sob sua jurisdição ou controle não se estendam para além das áreas de jurisdição nacional.

Por sua vez, em alto-mar, que é um espaço fora da jurisdição nacional, todos os Estados devem agir unilateralmente ou em conjunto, com base no princípio da cooperação, para tomar as medidas que, em relação aos seus respectivos nacionais, sejam necessárias para a conservação dos recursos biológicos daquele espaço internacionalizado. Neste caso, a obrigação de conservação recai fundamentalmente sobre os Estados do pavilhão, na medida em que, no alto-mar, vige o princípio da liberdade de exploração e exploração dos recursos biológicos. Não há assim qualquer Estado ou organismo internacional competente para, de modo exclusivo, gerir e conservar a biodiversidade do alto-mar. Por conta disso, os Estados são obrigados a cooperar entre si em vista da conservação e gestão dos recursos vivos encontrados nas zonas do alto-mar. No que concerne aos estoques de peixes transzonais e altamente migratórios, o Acordo de Nova York, adotado em 1995, reforça a obrigação de cooperação entre os Estados costeiros e os Estados pesqueiros em alto-mar, com tendência a reconhecer os interesses especiais daqueles em detrimento destes, segundo a lógica própria do fenômeno da *creeping jurisdiction*. Dentro do esquema de cooperação internacional para a proteção dos recursos vivos do alto-mar, destaca-se o papel desempenhado pelas dezenas de comissões internacionais globais, regionais e sub-regionais de pesca. Apesar dos inúmeros instrumentos de Direito do Mar, que de alguma forma dispõem sobre a utilização e conservação da biodiversidade marinha para além da jurisdição nacional, há diversas controvérsias, instituídas após sua celebração, que colocam em dúvida a suficiência do modelo existente de utilização dos recursos biológicos do alto-mar, tendo em vista a persistência, por exemplo, da pesca predatória ou da prospecção de recursos genéticos encontrados na coluna d'água.

Outro aspecto importante dessa temática refere-se ao regime jurídico de utilização e conservação dos recursos biológicos da Área, que também é um espaço internacionalizado. A CNUDM, ao instituir que os fundos dos mares para além da plataforma continental compõem um espaço marinho destacado, estabelece que esta Área e seus recursos são patrimônio comum da humanidade. Quando se fala em recursos da Área, fala-se em todos os recursos minerais sólidos, líquidos ou gasosos ali encontrados, incluindo os nódulos polimetálicos. Contudo, a Área é definida pela CNUDM como o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional. Logo, o conceito de Área é mais abrangente do que o conceito de recursos. Diante disso, surge a dúvida quanto ao regime jurídico de utilização e conservação da biodiversidade da Área. Por ser esta patrimônio comum da humanidade, os componentes biológicos ali encontrados estão sujeitos a esse regime jurídico, ficando, por consequência, sujeitos à gestão da Autoridade Internacional para os Fundos Marinhos ou devem, por exclusão, estar vinculados ao princípio da liberdade dos mares, em vigor para o alto-mar? Em ato contínuo, poder-se-ia mesmo imaginar ser mais interessante a instituição de um regime jurídico *sui generis* por meio da adoção de uma terceira via normativa?¹⁵ São perguntas que aguardam respostas urgentes, tendo em vista a crescente demanda por recursos genéticos por parte do setor produtivo biotecnológico, localizado quase que exclusivamente nos países desenvolvidos.

Todos esses problemas, desafios e perguntas justificaram a adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas (“AGNU”), em 19 de junho de 2015, da resolução 69/292, que decidiu ser necessária a elaboração de um instrumento juridicamente vinculante, sob os auspícios da CNUDM, dedicado à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica marinha localizada em áreas fora da jurisdição nacional. Para tanto, antes de organizar uma conferência internacional, decidiu-se instituir um Comitê Preparatório, formado por todos os membros das Nações Unidas, membros das agências especializadas e as partes da CNUDM, além de observadores convidados. O objetivo do Comitê dizia respeito à preparação de uma série de recomendações para serem utilizadas em um esboço de tratado internacional sobre a utilização sustentável e conservação da biodiversidade marinha para

¹⁵ A. de P. Toledo, La protection juridique internationale de la biodiversité marine, *Revista Veredas do Direito*, V. 13, V. 27, 2016, pp. 31–62.

além da jurisdição nacional. O Comitê iniciou suas atividades em 2016, tendo sido previstas quatro reuniões até o fim de 2017. Antes do fim de sua 72ª sessão, que ocorrerá em alguns meses, a AGNU, levando em consideração o relatório preparado no ano anterior pelo Comitê, decidirá a conveniência e a data de início de uma conferência internacional para negociar o novo acordo de implementação da CNUDM. Em particular, o tema geral das negociações desdobra-se em tópicos específicos relativos, *inter alia*, a recursos biológicos marinhos, recursos genéticos marinhos, recursos pesqueiros, partilha de benefícios da utilização dos recursos biológicos marinhos internacionalizados, instrumentos de gestão baseados no regime jurídico da Área, estudos de impacto ambiental, áreas marinhas protegidas e transferência de tecnologia marinha.

É sobre a temática desse futuro acordo internacional que apresentamos, em novembro de 2015, Virginie Tassin e eu, a Plácido Arraes o projeto de organização de um livro. Convidamos pesquisadores de Direito do Mar de diversas partes do mundo para apresentarem suas respostas aos desafios inerentes à construção de um regime jurídico de conservação e utilização sustentável da diversidade biológica para além da jurisdição nacional. A multiplicidade de pontos de vista teóricos dos autores, aliada à organização franco-brasileira, incentivou-nos a propor uma obra que respeitasse toda essa diversidade, especialmente por ser a diversidade a razão de ser do projeto editorial. Para tanto, decidiu-se que não haveria um idioma oficial, mas, ao contrário, respeitar-se-ia ao máximo a origem linguística de cada autor. Em virtude disso, o livro é composto de artigos em francês, inglês e português. O propósito é dar à obra um caráter multilinguístico, que valorize a heterogeneidade das percepções humanas acerca de uma mesma realidade, a fim de induzir uma síntese intersubjetiva possível sobre o tema. Após quase dois anos de organização, temos a satisfação de apresentar ao público esta obra, que pretende ser uma referência indispensável para aqueles que negociarão o futuro acordo internacional e para quem se interessa pelo destino da biodiversidade em espaços internacionalizados, o que remete diretamente aos elementos problemáticos que motivaram minha entrada no mundo da pesquisa jurídica, lá atrás.

Fazenda São Francisco do Varjão, julho de 2017

PREFACE

VIRGINIE J.M. TASSIN¹

« La culture prend des formes diverses à travers le temps et l'espace. Cette diversité s'incarne dans l'originalité et la pluralité des identités qui caractérisent les groupes et les sociétés composant l'humanité. Source d'échanges, d'innovation et de créativité, la diversité culturelle est, pour le genre humain, aussi nécessaire que l'est la biodiversité dans l'ordre du vivant. En ce sens, elle constitue le patrimoine commun de l'humanité et elle doit être reconnue et affirmée au bénéfice des générations présentes et des générations futures »²

Il serait d'usage de consacrer les premiers mots de cet ouvrage à la biodiversité marine. Cependant, en entamant mes réflexions sur ce thème, j'ai été particulièrement interpellée par la nécessité, voire l'urgence, de rappeler et de promouvoir la diversité au sens large.

Appartenant à une génération profondément enrichie par ses expériences internationales à travers le monde, André et moi-même travaillons avec différents pays et dans différentes langues. Soucieux de renforcer ces dernières années les liens entre nos deux pays, le Brésil et la France, nous avons nourri l'espoir que ce livre dépasse ce cadre et ouvre de nouveaux horizons de découverte et de compréhension, tant à travers son thème que par sa raison d'être.

¹ Avocat à la Cour (Barreau de Paris). Docteur en droit (Melbourne & Sorbonne).

² Article 1, Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, 2001.

Avec le soutien sans faille de notre maison d'édition, *Editora D'Placido*, nous avons pris le pari de promouvoir la diversité de la pensée au travers de la pluralité linguistique en travaillant dans les deux langues diplomatiques, le français et l'anglais, et, bien entendu, le portugais qui est la langue maternelle d'André et celle de notre maison d'édition. En encourageant, dans la mesure du possible, nos auteurs à écrire dans leur langue natale ou, le cas échéant, dans l'une de ces trois langues, nous avons privilégié le travail de recherche à la communication et nous avons par dessus tout souhaité encourager la créativité si importante pour la promotion de la diversité de la pensée et de l'interprétation juridique.

Ce choix n'est évidemment ni innocent ni idéaliste. Il est né d'une constatation partagée et relativement inquiétante d'une tendance dans la doctrine du droit international consistant à préférer, voire accorder plus de valeur aux publications en langue anglaise. Ce phénomène de domination n'est pas nouveau. L'existence d'une *lingua franca*, ou langue dite « véhiculaire », est une constante de l'évolution de nos sociétés et la résultante de leurs multiples influences. L'élamite, le persan, l'araméen, le latin, mais aussi le français, le russe et l'espagnol ont été des langues qui, à un moment de l'histoire, ont été dominantes dans certaines régions. Cependant, les modes de communication s'adaptant à notre société internationale, aucune de ces langues n'a connu la diffusion de la *lingua franca* des 20^{ème} et 21^{ème} siècles. De ce fait, son impact sur notre travail de recherche est à prendre en considération, de la même façon et avec la même attention que nos travaux plus techniques liés au fond. Le fond – et donc l'innovation – ne pouvant être exprimé librement que par la forme la plus adéquate à chacun.

Il importe par conséquent de rappeler la nécessité d'un équilibre dans l'utilisation d'un dénominateur commun ayant vocation universelle tant les enjeux sont importants : appauvrissement des nuances juridiques et des écoles de pensée, perte des subtilités culturelles propres à chaque langue, uniformisation de la forme et du fond, formatage et perte de l'indépendance intellectuelle, menace contre l'innovation.

Derrière un choix qui peut parfois s'imposer par nécessité ou commodité, et je l'espère non par un effet de mode, se cache une réalité très bien exprimée par un grand amoureux des langues,

professeur au Collège de France, Claude Hagège, qui déclara il y a quelques années déjà qu'« imposer sa langue c'est imposer sa pensée »³.

En effet, chaque mot et chaque langue portent en leur sein l'histoire, les mémoires et les références culturelles et personnelles de tout un chacun. Ils sont les seuls à même de stimuler une pensée unique et constructive, composante essentielle à tout travail de recherche de qualité.

« (L)es mots ne sont pas de neutres habits pour les idées ; c'est souvent par le jeu libre et inattendu que se fait l'émergence des idées neuves. L'emploi d'une langue étrangère ne peut évidemment que brider les associations, voire les lapsus, source de créativité (...) Ainsi donc, sauf à se contenter de la production, en série, de résultats scientifiques interchangeables et éphémères, et si l'on veut garder à la science la vitalité d'une activité culturelle, la nécessaire pluralité de la pensée exige celle de la langue (...). Il nous faut (...) promouvoir, dans la science, la multiplicité des langues parlées »⁴

Cette promotion commence par des initiatives individuelles et répétées. Elle commence par une résistance vis-à-vis de la promotion d'une *lingua franca* dans le domaine de la recherche car son utilisation démesurée mènera insidieusement non seulement à l'appauvrissement de la langue anglaise, tant le nombre de natifs l'utilisant sont peu nombreux, et risque, long terme, de figer notre pensée, brider notre créativité et imposer une science conservatrice⁵. Ainsi,

« (q)uand l'essentiel n'est plus distingué de l'accessoire, quand les projets intellectuels de haute volée se heurtent à la puissance inertie de la médiocrité ambiante et des petits desseins, quand l'uniformisation s'installe dans les goûts, les idées, dans la vie quotidienne, dans la conception même de l'existence, alors la pensée unique domine »⁶

³ M. Feltin-Palas, « Claude Hagège: Imposer sa langue c'est imposer sa pensée », *L'Express*, 28 mars 2012.

⁴ J.-M. Levy-Leblond, *La pierre de touche. La science à l'épreuve*, Paris, Gallimard, 1996, p. 259.

⁵ C. Hagège, *Contre la pensée unique*, Odile Jacob, Paris, 2012, p. 122.

⁶ *Ibid.*

Vous me direz, pourquoi donc s'intéresser autant à la forme ? Car à l'heure de la sixième grande extinction des espèces⁷ et de l'éveil des consciences vis-à-vis de l'état de notre planète, la préoccupation majeure qui nous réunit tous aujourd'hui est celle de la diversité. Certes, cette diversité est biologique et marine. Mais elle n'est pas que cela. L'aspect technique des discussions de ce livre ne doit pas masquer la symbolique sous-jacente de la question actuelle de la conservation et de l'utilisation durable de la biodiversité marine.

Cette uniformisation subtile et progressive due à l'utilisation d'une *lingua franca* menace la conservation et l'utilisation durable de notre bien commun, la diversité culturelle, seule capable de penser et d'enfanter un cadre à la hauteur des enjeux liés à la conservation de la biodiversité naturelle, notamment marine. Elle menace par ailleurs les valeurs de notre société internationale et sa dimension éthique, « c'est-à-dire la référence aux valeurs communes qui humanisent cette communauté à l'échelle mondiale »⁸.

Le devoir de tout chercheur, et de notre science juridique, est à la fois d'analyser, d'identifier mais aussi de retranscrire et d'anticiper des valeurs exprimées ou en gestation. Il est par conséquent de notre responsabilité de préserver et promouvoir, autant que faire se peut, notre communauté de valeurs⁹ ainsi que la diversité des cultures et des pensées afin de créer les conditions favorables « aux forces imaginantes du droit »¹⁰, clefs des défis de régulation de notre environnement.

Nous avons pensé cet ouvrage comme un guide de navigation à travers les questions de l'accord de mise en œuvre de la CNUDM portant sur la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale. A destination de tous, juristes, géopoliticiens ou scientifiques, il a pour objet de mettre en lumière certaines questions épineuses liées aux négociations de l'accord de mise en œuvre qui seront probablement abordées, nous l'espérons, lorsque la conférence intergouvernementale sera ouverte. En abordant des questions d'ores et déjà assez techniques, nous avons souhaité porter assistance à un

⁷ Voir à ce sujet E.O Wilson, *Half-Earth: Our Planet's Fight for Life*, Liveright Publishing Corporation, New York/London, 2016, 272 p.

⁸ M. Delmas Marty, *Vers une communauté de valeurs ?*, Les forces imaginantes du droit (IV), Editions du Seuil, Paris, 2011, p. 13.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

grand nombre d'Etats en s'engageant, en amont, à transmettre les connaissances de tous afin d'aider ces derniers à définir leurs positions. Beaucoup (trop) d'Etats sont en effet encore en difficulté, faute de connaissances suffisantes en droit de la mer.

Les thèmes traités dans le cadre de cet ouvrage ne sont bien évidemment pas exhaustifs, tant ils sont nombreux. Nous avons cependant essayé de réunir un ensemble de problématiques pluridisciplinaires, certaines connues, d'autres beaucoup moins, afin de balayer un panel de questions essentielles à la compréhension des thèmes abordés dans le cadre de l'accord de mise en œuvre.

En gardant cette dimension internationale et multiculturelle qui nous est chère, nous avons fait appel à un ensemble d'experts de générations et de professions diverses qui ont travaillé, dans l'une des trois langues de leur choix, avec beaucoup d'enthousiasme et de passion pour rendre cet ouvrage possible. La liberté linguistique offerte aux auteurs facilitera, nous l'espérons, l'expression d'arguments et d'opinions et la formulation d'interprétations riches. J'espère ainsi que la forme et le fond de cet ouvrage permettront de stimuler les esprits et d'apporter une contribution modeste à l'élaboration de l'accord de mise en œuvre.

Je remercie vivement et chaleureusement chacun des auteurs pour la confiance qu'ils m'ont témoignée. Je remercie aussi tout particulièrement mon amie Sylvie qui m'a apporté un immense soutien dans la préparation de ce livre, et Javier García Sanabria qui, grâce à son enthousiasme et son dynamisme, a réalisé un travail titanesque en dirigeant et coordonnant non moins de quatorze chercheurs issus du Brésil, de la Colombie, du Costa Rica, d'Espagne, et du Portugal, afin de mener une étude comparative sur les pratiques de gestion de l'espace marin de ces différents pays qui fait l'objet d'un chapitre de ce livre.

Je rends enfin hommage à deux de nos collègues qui nous ont tristement quitté au cours de cette aventure éditoriale : Dr. Luis Alejandro Yáñez-Arancibia et Monsieur le Professeur Vicente Marotta Rangel, ancien juge du Tribunal international du droit de la mer (« TIDM »), avec qui j'ai eu l'immense honneur de travailler lors de mon emploi au TIDM et qui, faute de temps, n'a pas pu achever ses travaux. J'adresse toutes mes plus chaleureuses pensées à leurs familles, leurs amis et leurs collègues.

INTRODUCTION

INTRODUCTION¹



TOMAS HEIDAR²

The UN General Assembly decided in its resolution 69/292 of 19 June 2015 to develop an international legally binding instrument under the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (Convention) on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction. To that end, it decided to establish, prior to holding an intergovernmental conference, a Preparatory Committee to make substantive recommendations to the General Assembly on the elements of a draft text of an international legally binding instrument under the Convention, taking into account the various reports of the Co-Chairs on the work of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction. The Working Group had been established by the General Assembly in 2004 and met from 2006 to 2015. The General Assembly also decided that the Preparatory Committee would start its work in 2016 and, by the end of 2017, report to the Assembly on its process.

Before the end of its 72nd session (September 2018), and taking into account the aforementioned report of the Preparatory Committee,

¹ Based on an article by the author, “Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity Beyond Areas of National Jurisdiction: A Third Implementing Agreement under the Law of the Sea Convention?”, to be published in *Liber Amicorum Gudmundur Eiriksson*, Upeace & Jindal, 2017.

² Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea. Director of the Law of the Sea Institute of Iceland (Iceland). Former Legal Adviser of the Ministry for Foreign Affairs of Iceland (1996–2014).

the General Assembly will decide on the convening and on the starting date of an intergovernmental conference, under the auspices of the United Nations, to consider the recommendations of the Preparatory Committee on the elements and to elaborate the text of an international legally binding instrument under the Convention. If the conference proves successful, a third implementing agreement under the Convention might be adopted.

In 1994, the first implementing agreement, the Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (Part XI Agreement) was adopted. The Part XI Agreement was concluded to address certain difficulties with the seabed mining provisions contained in Part XI of the Convention, which had been raised by some industrialized countries, and thereby to facilitate ratification and entry into force of the Convention. In 1995, the second implementing agreement, the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (UN Fish Stocks Agreement) was adopted. The UN Fish Stocks Agreement was concluded to strengthen the relevant provisions of the Convention and react to problems of overfishing on the high seas in the 1980s and 1990s. Its objective is to ensure the long-term conservation and sustainable use of straddling and highly migratory fish stocks through effective implementation of the relevant provisions of the Convention.

PART I. WHAT IS BBNJ?

The title “conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction”, frequently referred to as “BBNJ”, is both long and complicated and appears highly scientific and technical. It may therefore be a challenge for participants in the BBNJ process to explain to their national authorities what it is really about.

According to a definition in Article 2 of the 1992 Convention on Biological Diversity, the term “biological diversity” means the variability among living organisms from all sources including, *inter alia*, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part. This includes diversity within species, between species and of ecosystems. According to the

same Article, the term “biological resources” includes genetic resources, organisms or parts thereof, populations, or any other biotic component of ecosystems with actual or potential use or value for humanity. Therefore, the term “marine biological diversity” includes, in principle, all marine life.

It should be noted that according to Article 4 of the Convention on Biological Diversity, in the case of components of biological diversity, that Convention only applies within the limits of national jurisdiction of Contracting Parties.

Areas beyond national jurisdiction include, firstly, the water column beyond the exclusive economic zone, i.e. the high seas, and, secondly, the seabed beyond the continental shelf, i.e. the international seabed area (“the Area”). Those parts of the ocean that are in areas beyond national jurisdiction cover approximately 60 per cent of the ocean surface and approximately 90 per cent of its volume.

Consequently, marine biological diversity beyond national jurisdiction includes all marine life in the high seas and the Area. It follows that the material and the geographical scope of BBNJ is enormous and much broader than the scope of each of the existing implementing agreements.

Two groups of States have been the main proponents of the BBNJ process and, in particular, of developing an implementing agreement on the issue, although for very different reasons. On the one hand, the group of developing countries, G77, and China want to ensure access to and sharing of benefits from the exploitation of biological resources, in particular marine genetic resources (“MGRs”), in the Area, favouring the application of the common heritage of mankind principle. On the other hand, the European Union (“EU”) and some States, supported by many non-governmental organizations, want to elaborate and strengthen the implementation of conservation provisions of Part XII of the Law of the Sea Convention, titled “Protection and Preservation of the Marine Environment”, with a special focus on area-based management tools, in particular marine protected areas (“MPAs”), and environmental impact assessments (“EIAs”).

A third group includes States that emphasize the implementation of already existing instruments and are either sceptical and remain to be convinced of the usefulness of an implementing agreement or have reservations with respect to the scope of a possible agreement, for example regarding the possible inclusion of fisheries.

PART 2. THE BBNJ PROCESS

In 2004, the General Assembly established the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction (Working Group). Its mandate included examining scientific, technical, economic, legal, environmental, socio-economic and other aspects of these issues and indicating possible options and approaches to promote international cooperation and coordination with respect to these issues.

From 2006 to 2011, the Working Group held four meetings. Little progress was made during these first years which were characterized by a divisive discussion on the legal regime for living resources on the seabed beyond national jurisdiction. However, in 2011 the Working Group recommended to the General Assembly that “[a] process be initiated (...) with a view to ensuring that the legal framework for the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction effectively addresses those issues by identifying gaps and ways forward, including through the implementation of existing instruments and the possible development of a multilateral agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea”. Obviously, this language reflected the different views of States referred to above.

The Working Group also recommended that “[the] process would address the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction, in particular, together and as a whole, marine genetic resources, including questions on the sharing of benefits, measures such as area-based management tools, including marine protected areas, and environmental impact assessments, capacity-building and the transfer of marine technology”. The language “together and as a whole” makes clear that both of the focus issues of the G77 and China, and of the EU and some States, shall be addressed and agreed upon at the same time and not separately from each other. Accordingly, this paragraph has been referred to as “the package”. This approach reminds one of the approach followed at the Third Law of the Sea Conference where the end result, of course, was a package.

After the General Assembly decided, at its 66th session in 2011, to initiate the process recommended by the Working Group, the Working

Group continued examining the issue in five further meetings and two intersessional workshops were held in 2013, one on marine genetic resources and the other on conservation and management tools, including area-based management and environmental impact assessments.

Among the commitments in the outcome document, “The Future We Want”, of the 2012 UN Conference on Sustainable Development (the so-called Rio+20 Conference), was the commitment by States, “[b]uilding on the work of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group and before the end of the sixty-ninth session of the General Assembly, (...) to address, on an urgent basis, the issue of the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, including by taking a decision on the development of an international instrument under the Convention on the Law of the Sea”.

This commitment was reaffirmed by the General Assembly in its resolution on oceans and the law of the sea in 2012. The General Assembly also agreed that the Working Group would hold several meetings to prepare for the decision to be taken at the 69th session of the General Assembly and requested it “to make recommendations to the Assembly on the scope, parameters and feasibility of an international instrument under the Convention”. Member States exchanged views in the Working Group on the scope, parameters and feasibility and a number of them made written submissions on these aspects. However, beyond “the package”, no agreement was reached on the actual scope and parameters of an instrument and many fundamental questions in that regard remained unanswered.

At its final meeting, in January 2015, the Working Group adopted a number of important recommendations to the General Assembly. In particular, the Working Group recommended that the General Assembly “[s]tress the need for the comprehensive global regime to better address the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction and having considered the feasibility of developing an international instrument under the Convention”, “[d]ecide to develop an international legally binding instrument under the Convention on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction”.

To that end, the Working Group recommended to the General Assembly that it establish a Preparatory Committee and, later, convene an intergovernmental conference. As regards the former, the

Working Group recommended that the General Assembly decide, “prior to holding an intergovernmental conference, (...) to establish a preparatory committee, open to all States Members of the United Nations, members of specialized agencies and parties to the Convention, with others invited as observers in accordance with past practice of the United Nations, to make substantive recommendations to the General Assembly on the elements of a draft text of an international legally binding instrument under the Convention, taking into account the various reports of the Co-Chairs on the work of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group”. The Working Group recommended that the Preparatory Committee would conduct its work in 2016 and 2017.

As regards the intergovernmental conference, the Working Group recommended that the General Assembly further decide, “[b]efore the end of the seventy-second session of the General Assembly, and taking into account the aforementioned report of the preparatory committee, (...) on the convening and on the starting date of an intergovernmental conference, under the auspices of the United Nations, to consider the recommendations of the preparatory committee on the elements and to elaborate the text of an international legally binding instrument under the Convention”.

With respect to topics to be addressed, the Working Group recommended that the General Assembly decide that negotiations shall address the topics identified in the package agreed in 2011, referred to above, namely the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, in particular, together and as a whole, marine genetic resources, including questions on the sharing of benefits, measures such as area-based management tools, including marine protected areas, environmental impact assessments and capacity-building and the transfer of marine technology.

The Working Group further recommended that the General Assembly “[r]ecognize that the process indicated (...) above should not undermine existing relevant legal instruments and frameworks and relevant global, regional and sectoral bodies”. The language chosen, “should not undermine”, is perhaps not the most appropriate as the intention must surely be to fully respect, and ensure consistency with, *inter alia*, the Law of the Sea Convention and its associated implementing agreements.

Finally, the Working Group recommended that the General Assembly also “[r]ecognize that neither participation in the negotiations nor their outcome may affect the legal status of non-parties to the Convention or any other related agreements with regard to those instruments, or the legal status of parties to the Convention or any other related agreements with regard to those instruments”.

The General Assembly adopted a resolution to this effect on 19 June 2015. In addition to the decisions proposed by the Working Group, the General Assembly decided, inter alia, to recognize the desirability that any legally binding instrument would secure the widest possible acceptance, and for that reason decided further that the Preparatory Committee should exhaust every effort to reach agreement on substantive matters by consensus.

The Preparatory Committee convened its first meeting from 28 March to 8 April 2016, its second meeting from 26 August to 9 September 2016, its third meeting from 27 March to 7 April 2017 and its fourth meeting from 10-21 July 2017. It shall, by the end of 2017, report to the General Assembly on its progress.

PART 3. MAIN TOPICS

Section 1. Marine Genetic Resources

When the negotiations on the regime for the Area at the Third Law of the Sea Conference started, it was generally considered that the deep seabed was rich only in mineral resources. It was concluded that due to the absence of light at the deep seabed, photosynthesis was not possible and living organisms could not exist there. This may possibly explain why the definition of “resources of the Area”, provided in article 133 (a) of the Convention, is limited to “mineral resources”.

However, discoveries that took place from the late 1970s have evidenced the existence of microbes and animals that live on the deep seabed and whose life is based on a different process, chemosynthesis. In 1977, deep sea hydrothermal vents were discovered which have high concentrations of biomass. The biological communities that inhabit the vents, in particular the chemosynthetic organisms, are at the base of the food chain of a diverse and rich ecosystem. Most of the species that depend on these primary producers are highly endemic, and therefore cannot be found anywhere else.

The microfauna and bacteria of the deep seabed are called “extremophiles” or “hyperthermophiles”, as they live in conditions of darkness, extremely high temperatures and pressure, which has made them resistant to heat and pressure. Therefore, there is increasing interest from the scientific community, biotechnology and pharmaceutical companies in searching for species which produce beneficial substances and genes which could potentially be used for pharmaceutical or industrial processes.

Genetic resources, i.e. any material of plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity of actual or potential value, are components of biodiversity and the basic raw material for the production of food, pharmaceuticals, seeds and cosmetics, among others. Access to such resources and exclusive appropriation by means of intellectual property rights have global economic and social implications.

The main commercial interest in the deep seabed biodiversity, in particular that of hydrothermal vents, is its exploitation through biotechnology, i.e. the development of products from derivatives of thermophiles or hyperthermophiles of hydrothermal vents. Bioprospecting in relation to hydrothermal vents is already taking place and several deep seabed organisms have already been used for commercial applications and patented.

The genetic resources in the Area are now considered by many to have an even greater potential value than the mineral resources in the Area. In any event, the enormous potential represented by biodiversity shows that the use of biological organisms is the most immediate and lucrative activity of exploitation of the resources in the Area.

It should therefore not come as a surprise that in the BBNJ process the G77 and China emphasize the need to ensure access to and sharing of benefits from the exploitation of marine genetic resources in the Area, favouring the application of the common heritage of mankind principle. Their interpretation is that notwithstanding the limited definition of “resources of the Area” in the Convention, both General Assembly resolution 2749 of 1970 and the Convention (preamble, sixth paragraph, and article 136) provide that the “Area and its resources” are the common heritage of mankind”. Therefore, as in the structure of the Convention the legal regime of each maritime zone is applicable to the resources thereof on the basis of geographical

appurtenance, it is not acceptable to them that the Area itself is the common heritage of mankind and some of its resources follow that legal nature while some others do not. In the view of the developing countries, however, there is a legal lacuna with respect to the conservation and sustainable use of the living resources in the Area which a new implementing agreement must address. Similar views are reflected in many academic writings.

Many industrialized countries, including the United States, take the opposite view and maintain that since living resources, including genetic resources, are excluded in the definition of “resources of the Area”, they are not the common heritage of mankind. According to their view, marine genetic resources fall, directly or by default, under the legal regime of the high seas, i.e. Part VII, section 2, of the Convention, entitled “Conservation and Management of the Living Resources of the High Seas”. There is rich academic literature reflecting this position. The aforementioned countries are opposed to negotiating a new benefit-sharing regime for the use of marine genetic resources on the seabed beyond national jurisdiction. However, they are supportive of sharing data and research results, capacity-building and scientific collaboration related to the exploration, protection and study of these resources.

It is clear from the above that the question of the applicable legal regime for the exploitation of marine genetic resources on the seabed beyond national jurisdiction is highly controversial and there are great economic interests at stake. As mentioned earlier, the first years of the BBNJ process were characterized by a divisive discussion on whether these resources were subject to the common heritage principle or to the high seas regime of the Convention. It is therefore probably unrealistic to expect that agreement will be reached on the application of either of the two regimes in the negotiations of an implementing agreement.

Consequently, pragmatic solutions should probably be sought that avoid references to principles but include meaningful practical provisions for access to and sharing of benefits from marine genetic resources. Such benefits could be monetary and/or non-monetary and there is an obvious link between this issue and another part of “the package”, i.e. capacity-building and the transfer of marine technology.

One important aspect is the inherent difficulty in distinguishing geographically between genetic resources in the water column

beyond national jurisdiction, which are generally considered to be subject to the high seas regime, and those on the seabed beyond national jurisdiction, the applicable regime of which is contested. A practical way of overcoming this difficulty could be to have the benefit sharing regime of an implementing agreement apply not only to the seabed but the water column as well, i.e. to all areas beyond national jurisdiction.

Section 2. Conservation and Management Tools

The Law of the Sea Convention emphasizes the objective of protection and preservation of the marine environment, at both the global and the regional level and from different sources of pollution, as specified in Part XII. All States are under the obligation, arising from customary international law and restated in article 192, “to protect and preserve the marine environment”.

In the BBNJ process, the EU and some States have emphasized the need to elaborate and strengthen the implementation of the rather general conservation provisions of Part XII of the Convention, with a special focus on area-based management tools, in particular marine protected areas (“MPAs”), and environmental impact assessments (“EIAs”).

§ 1. Area-based Management Tools, Including Marine Protected Areas

An important means to comply with the aforementioned general obligation to protect and preserve the marine environment is the use of area-based management tools, including marine protected areas. This is implied in article 194, paragraph 5, of the Convention which provides that the measures taken to protect and preserve the marine environment “shall include those necessary to protect and preserve rare or fragile ecosystems as well as the habitat of depleted, threatened or endangered species and other forms of marine life”. This provision applies in all maritime zones, including the high seas and the seabed beyond national jurisdiction.

There are no universally accepted definitions of the terms “area-based management tools” and “marine protected area”. However, a marine protected area can generally be understood as a geographically

defined marine area that is subject to higher protection than the surrounding area due to more stringent regulation of one or more or all human activities. The establishment of an MPA does not necessarily imply a complete prohibition of one or more or all human activities *per se*. MPAs are a very flexible tool, there are many different types thereof and they can be either indefinite or temporary.

A number of policy (or soft law) instruments have called for action towards the establishment of MPAs in areas beyond national jurisdiction, for example Agenda 21, the action programme adopted by the 1992 UN Conference on Environment and Development in Rio de Janeiro, the Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development held in Johannesburg in 2002, and several UN General Assembly resolutions on “Oceans and the Law of the Sea”. In “The Future We Want”, States “reaffirm the importance of area-based conservation measures, including marine protected areas, consistent with international law and based on best available scientific information, as a tool for conservation of biological diversity and sustainable use of its components” and “note decision X/2 of the tenth meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, held in Nagoya, Japan, from 18 to 29 October 2010, that, by 2020, 10 per cent of coastal and marine areas, especially areas of particular importance for biodiversity and ecosystem services, are to be conserved through effectively and equitably managed, ecologically representative and well-connected systems of protected areas and other effective area-based conservation measures”.

The establishment of MPAs in areas beyond national jurisdiction is also being decided upon or encouraged by several global and regional treaties and organizations. These include, for example, the Convention on Biological Diversity, the International Maritime Organization, the OSPAR Convention, and several regional fisheries management organizations (“RFMOs”).

However, it is important to bear in mind that MPAs are only one tool in a toolbox for biodiversity conservation and the use of numerical objectives, such as 10 per cent, has been criticized as being superficial and unscientific. The view has been expressed that there is a risk that the establishment of MPAs will become a goal in its own right, losing sight of the fact that it is one tool, potentially a useful tool, in a set of many other potentially useful tools for achieving the true end-goal of sustainable, equitable and optimal use of marine ecosystems.

A number of MPAs that have been established are fisheries related and they fall into two categories. Some of them serve as a tool in fisheries management *stricto sensu*, such as closed areas for the protection of spawning stocks and the establishment of catch or fishing limits for specific areas. Others serve to protect marine biodiversity from destructive fishing practices, for example protection of vulnerable marine ecosystems (“VMEs”) from bottom fisheries. The establishment of the latter has been encouraged by General Assembly resolutions 61/105, 64/72 and 66/68, and assisted by the 2009 FAO International Guidelines for the Management of Deep-sea Fisheries in the High Seas. A number of RFMOs have closed high seas areas containing VMEs from bottom fisheries, including, for example, the North East Atlantic Fisheries Commission (“NEAFC”).

Within national jurisdiction the coastal State clearly has the authority to establish fisheries related MPAs. As far as the high seas are concerned, the UN Fish Stocks Agreement is particularly relevant. The Agreement authorizes States, through RFMOs, to adopt conservation and management measures to ensure the long-term sustainability of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks and promote the objective of their optimum utilization, and among their obligations is to protect biodiversity in the marine environment.

According to article 8, paragraph 3, of the Agreement, “States shall give effect to their duty to co-operate by becoming members of [an RFMO], or by agreeing to apply the conservation and management measures established by [it]”. Article 8, paragraph 4, further provides that “[o]nly those States which are members of [the RFMO], or which agree to apply the conservation and management measures established by [the RFMO], shall have access to the fishery resources to which those measures apply.” States that do neither are with other words denied the freedom to fish for the relevant stocks on the high seas.

Consequently, the UN Fish Stocks Agreement authorizes States, through RFMOs, to establish fisheries related MPAs on the high seas, either as a tool in fisheries management *stricto sensu* or for the protection of biodiversity from destructive fishing practices. Such marine protected areas are not only binding for members of the relevant RFMO but for all States Parties to the Agreement. Any State Party, which would engage in fishing activities in contravention of the establishment of such a marine protected area, would be conducting illegal fishing.

It has been pointed out, however, that regional environmental organizations (REOs), such as OSPAR, lack the authority to establish marine protected areas on the high seas which are often multi-purpose. It has therefore been suggested that a new implementing agreement could perhaps provide REOs with a comparable legal framework as RFMOs are provided with by the UN Fish Stocks Agreement.

§ 2. *Environmental Impact Assessments*

Environmental impact assessments have become generally accepted as an indispensable instrument to manage and control the negative impact of human activities on the environment. The requirement of EIAs in respect of the marine environment is recognized in article 206 of the Law of the Sea Convention: “When States have reasonable grounds for believing that planned activities under their jurisdiction or control may cause substantial pollution of or significant and harmful changes to the marine environment, they shall, as far as practicable, assess the potential effects of such activities on the marine environment and shall communicate reports of the results of such assessments in the manner provided in article 205”.

This provision is applicable to areas within and beyond national jurisdiction. It clearly leaves considerable discretion to individual States. While many States have implemented this obligation for areas under national jurisdiction, this is much rarer for areas beyond national jurisdiction.

As acknowledged by the ITLOS Seabed Disputes Chamber in its Advisory Opinion on *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, “the obligation to conduct an environmental impact assessment is a direct obligation under the Convention and a general obligation under customary international law”.

“Environmental impact assessment” has been defined as an examination, analysis and assessment of planned activities with a view to ensuring environmentally sound and sustainable development. It should be noted that international law also contains obligations to assess the impact of ongoing activities. This is, for instance, the case for fisheries. The existence of this latter obligation does not necessarily imply the existence of an obligation to carry out a prior EIA.

Strategic environmental assessment (“SEA”) is also of relevance for areas beyond national jurisdiction. This term has been defined as

the formalized, systematic and comprehensive process of identifying and evaluating the environmental consequences of proposed policies, plans or programmes to ensure that they are fully included and appropriately addressed at the earliest possible stage of decision-making on a par with economic and social considerations. SEA, by its nature, covers a wider range of activities or a wider area and often over a longer time than the EIA of projects. SEA might be applied to an entire sector or to a geographical area and does not replace or reduce the need for a project-level EIA. SEA is nowadays commonly understood as being proactive and sustainability-driven, whilst EIA is often described as being largely reactive.

The question of environmental impact assessments is, in addition to the BBNJ process, under consideration in various international fora, such as the International Seabed Authority and the Convention on Biological Diversity.

The assessment of the impact of certain fishing activities on the high seas was addressed by the UN General Assembly in its resolution on sustainable fisheries of 2006, the relevant paragraphs of which were reviewed in 2009 and 2011. The resolution requested RFMOs and, as appropriate, flag States, to take a number of measures to protect VMEs from the adverse impacts of bottom fisheries. This included, *inter alia*, an assessment as to whether individual bottom fishing activities would have significant adverse impacts on VMEs. More detailed rules for impact assessments in the framework of bottom fisheries on the high seas were elaborated by the FAO in the 2009 International Guidelines for the Management of Deep Sea Fisheries in the High Seas. The General Assembly resolutions and the FAO Guidelines have been taken into account by RFMOs in adopting measures in respect of bottom fisheries in their regulatory areas.

The UN Fish Stocks Agreement, which elaborates on the Law of the Sea Convention, has taken broader environmental concerns on board to a much larger extent than the Convention. For example, as mentioned earlier, States fishing for straddling and highly migratory fish stocks on the high seas are required to protect biodiversity in the marine environment. The Agreement also requires the application of the precautionary approach. In that connection, States are, *inter alia*, required to “develop data collection and research programmes to assess the impact of fishing on non-target and associated or dependent species and their environment, and adopt plans which are

necessary to ensure the conservation of such species and to protect habitats of special concern”.

It should be highlighted that the system of EIAs, which has been set up for bottom fisheries that may have a significant adverse impact on VMEs, is of a special nature. EIAs are not applied generally in the development of new fisheries. The existing practice in RFMOs suggests that States do not consider it a general obligation to carry out EIAs *prior to* the start of new fisheries. Fisheries management focuses on the assessment of the impact of activities on an ongoing basis. A proposal to require prior EIAs for *all* fisheries would probably not be acceptable to States with significant fisheries interests.

In the view of the EU, the main proponent of EIAs in the BBNJ process, a new implementing agreement should reiterate and strengthen the obligation under article 206 of the Convention to assess the impact of activities, including their cumulative impact, with the potential to cause significant and harmful changes to the marine environment before carrying them out. Furthermore, such agreement should call on States Parties to elaborate further article 206 and implement it by allowing an activity under their jurisdiction or control, likely to cause significant harm to marine biodiversity, to take place only after conducting impact assessments, including cumulative impact assessments and SEAs, as appropriate, and to take all suitable measures to prevent and mitigate any harmful effects.

Realistically, provisions in a new implementing agreement regarding EIAs should be built on existing sectoral and regional initiatives.

PART 4. THE PROSPECTS OF A NEW IMPLEMENTING AGREEMENT

As stated at the outset, the scope of the overall issue, “conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction”, is extremely broad. It covers, in principle, all marine life in the high seas and the Area. Consequently, the *potential* scope of a new implementing agreement is very broad.

For comparison, the material scope of the last implementing agreement adopted under the Law of the Sea Convention, the UN Fish Stocks Agreement, was much more limited and clearer, i.e. two well defined categories of fish stocks.

Despite the agreement in the BBNJ process to focus on “the package”, many fundamental questions regarding the scope of an implementing agreement remain unanswered, for example whether and to what extent high seas fisheries should be included. Hopefully, the Preparatory Committee will succeed in clarifying further the scope of a possible agreement.

Obviously, there are many different interests at stake, the main proponents of a new agreement have very different emphases and views split sharply regarding certain issues, in particular marine genetic resources. The task of the intergovernmental conference to negotiate an implementing agreement under the Convention will be very challenging, the conference could become protracted and take a number of years, and its success is by no means guaranteed.

A few elements seem critical in promoting a successful outcome of the negotiations. A key point is to follow a targeted approach and focus on the key topics of “the package”. A more general approach could lead to a superficial and meaningless outcome. Here, as in so many other respects, less may be more.

When an international agreement is negotiated, it goes without saying that the focus should be on identifying and filling *legal* gaps. It is very important that participants in the negotiations fully appreciate the already existing legal framework, in particular the Convention and its associated implementing agreements. Already existing agreements should be fully respected and not reopened, and any duplication avoided. Possible implementing gaps should not be dealt with in the negotiations of a new agreement.

In this regard, it should be emphasized that the UN Fish Stocks Agreement, together with the Convention, provides a comprehensive legal framework for high seas fisheries based on a regional approach. As has been pointed out above, this existing legal framework includes, *inter alia*, the authorization for States, through RFMOs, to establish fisheries related MPAs on the high seas. However, there may exist a legal gap that needs to be filled as regards the establishment of non-fisheries related MPAs by REOs.

As far as marine genetic resources are concerned, there are opposing views on whether there exists a legal lacuna or not. The most realistic way forward would seem to be to seek pragmatic solutions that avoid references to principles and specific regimes but include

meaningful practical provisions for access to and sharing of benefits from marine genetic resources.

An imperative element of a successful outcome is to ensure full respect for, and consistency with, relevant existing agreements and relevant global, regional and sectoral bodies, not only in form but also in fact.

In this regard, it would be natural for a new implementing agreement to provide, similarly to the UN Fish Stocks Agreement, that the provisions relating to the settlement of disputes set out in Part XV of the Convention apply *mutatis mutandis* to any disputes between States Parties to the new agreement concerning the interpretation or application of that agreement, whether or not they are also Parties to the Convention.

Finally, every effort should be made to agree on the text of a new implementing agreement by consensus. As general agreement as possible is vital if a new implementing agreement is to be widely endorsed, ratified and effectively implemented.

INTRODUCTION

CYRILLE P. COUTANSAIS¹

PARTIE I. AMERS

Une négociation internationale est assez semblable à une navigation au long cours. Le but est connu mais l'atteindre suppose d'éviter les écueils, les récifs, sur une route que l'on croit souvent trop bien connaître.

Avoir en tête les amers qui jalonnent le parcours est le moyen de se donner de plus grandes chances de succès : la traversée demeure rude, les coups de tabacs, fortunes de mer possibles mais on réduit le champ de l'imprévisible. Dans le cas qui nous intéresse, tracer le cadre de la négociation, inventorier les outils – juridiques, institutionnels – dont nous disposons pour la concrétiser nous permettra peut-être de mieux appréhender ses lignes d'horizon et au final de garder le cap.

PARTIE 2. LE CADRE

Le droit de la mer s'est forgé au diapason des besoins, des avancées techniques de l'Homme. La largeur de la mer territoriale s'est ainsi étendue au rythme de la portée des canons quand le concept de liberté des mers venait appuyer l'expansion du négoce hollandais. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (« CNUDM ») n'échappe pas à la règle : les ressources halieutiques, l'enjeu de l'exploitation des hydrocarbures et des minerais des grands fonds ont rendu nécessaire un nouveau cadre juridique.

¹ Directeur de recherches du Centre d'études stratégiques de la Marine (France).

Elle porte cependant la marque d'une inflexion notable par rapport aux périodes précédentes. Avec la décolonisation, le droit de la mer, jusqu'alors entre les mains d'un petit club de Nations occidentales, était contraint de s'ouvrir à une pluralité de points de vue qui commandait la recherche de nouveaux équilibres.

La négociation, on le sait, fut longue, complexe, ardue par moment mais un compromis finit par être trouvé, compromis qui, si l'on en juge par le nombre de ratifications de notre « constitution maritime mondiale », témoigne d'un bel équilibre.

A cette aune, un accord de mise en œuvre de la CNUDM consacré à la protection de la biodiversité en haute mer peut sembler moins complexe – puisque plus réduit – et par là même moins délicat à faire naître. Sauf qu'il n'en est rien. Aux enjeux économiques et de souveraineté s'est en effet ajoutée une dimension environnementale mais aussi scientifique (même si cette dernière n'apparaît pour l'heure qu'en filigrane). Le champ des acteurs s'est lui aussi élargi. Les représentants des États seront bien évidemment à la manœuvre pour négocier l'accord mais ils ne pourront faire totalement abstraction de la « société civile » dont les préoccupations sont relayées par voie médiatique et par le canal d'organisations non gouvernementales (« ONG ») parties prenantes au débat. A ce panorama bouleversé, s'ajoute une transformation sans doute encore plus radicale, celle de la vision de notre monde. Nous avons conscience qu'il est fini, que nous n'avons pas de « Terre de rechange ».

L'une des parentés que l'on peut trouver aujourd'hui avec les négociations relatives à la CNUDM tourne autour de la problématique économique. Les questions qui occupaient alors étaient celles de la pêche, des ressources en hydrocarbures ou en minerais. La problématique se centre aujourd'hui sur les ressources génétiques marines. Là encore le progrès technique – celui du génie génétique en l'occurrence – offre des perspectives d'exploitation nouvelles des ressources marines – médicaments, cosmétiques, etc. – et un cadre juridique qui apparaît peu satisfaisant. Ce cadre est aujourd'hui celui de la liberté pleine et entière, ce qui favorise *ipso facto* les Nations les plus développées : les brevets sont détenus par les États-Unis, des pays membres de l'Union européenne, le Japon. Situation difficilement tenable sur la durée : la biodiversité la plus riche – et partant la plus intéressante – se situant au Sud quand les savoirs techniques restent concentrés dans un Nord régulièrement accusé de biopiraterie. Ce phénomène consiste à

s'approprier les ressources et savoir-faire de communautés et de pays sans contrepartie. L'exemple le plus emblématique de cette pratique est sans doute celui de la stevia, plante terrestre mais qui résume bien les enjeux globaux. Cette flore amazonienne est dotée de propriétés édulcorantes permettant d'offrir au consommateur des boissons naturellement allégées en calories, ce qui a très vite intéressé les fabricants de soda. Sauf que les Indiens guaranis, qui adoucissent leur maté depuis des siècles avec ce végétal, se considèrent comme ses premiers découvreurs et réclament une contrepartie. On voit ici tous les contentieux qui pourraient résulter de ce nouveau monde et la nécessité de définir un cadre juridique apte à favoriser la recherche – et sa liberté – comme le partage des bénéfices tirés de ses avancées. Or, si ce cadre est fixé à terre et dans les eaux sous juridiction par le protocole de Nagoya², tout reste à faire en haute-mer.

Tout reste à faire mais avec un élargissement des enjeux. La négociation de la CNUDM voyait déjà s'affronter les principes de liberté et de redistribution, sauf que la liberté, aujourd'hui, peut-être touchée dans une facette qui n'est pas uniquement économique mais aussi scientifique. L'encadrement de l'exploitation des ressources génétiques marines touche en effet à la recherche scientifique marine dont le principe de liberté posé par notre « constitution maritime mondiale » contribue de façon décisive à une meilleure connaissance des mers, connaissance essentielle.

On estime en effet qu'il resterait environ 70 à 80 % d'espèces marines à découvrir. Vivantes... comme mortes ! Le fameux coelacanthe a ainsi longtemps été considéré comme un fossile... avant d'être pêché bien vivant en 1938... La biodiversité marine mobilise aujourd'hui un nombre croissant d'équipes de recherche dans le monde, d'origines publiques ou privées. Le milieu marin reste encore mal connu des chimistes – sur 145 000 à 150 000 substances naturelles aujourd'hui décrites, 10 % seulement proviennent d'organismes marins – alors même qu'une grande partie de la biodiversité de la planète bleue se situe dans les océans avec 34 des 36 embranchements du vivant qui y sont représentés.

Rien d'étonnant à cela si l'on se souvient que la vie est née au fond des océans, il y a plus de trois milliards d'années, sous forme

² Le Protocole à la Convention sur la diversité biologique, adopté le 29 octobre 2010 à Nagoya, est entré en vigueur le 12 octobre 2014.

d'organismes unicellulaires. Ces quelques bactéries, molécules, cet infiniment petit, ont donné naissance à l'ensemble du vivant. Ces organismes ont en effet évolué dans les eaux peu profondes avant, aux alentours de 400 ou 500 millions d'années avant notre ère, de profiter des marées pour s'adapter à la terre puis la peupler. En laissant la science s'épanouir, notamment dans les abysses, nous trouverons ainsi peut-être de nouvelles clés pour comprendre l'origine de la vie. Car ces abysses demeurent aujourd'hui encore bien mystérieux : depuis 2000, un vaste programme baptisé *Census of Marine Life*³ a permis d'identifier 6 000 nouvelles espèces mais les grands fonds pourraient en recéler encore entre dix et trente millions totalement inconnues.

Cette connaissance commande donc une liberté scientifique mais tout autant une protection des océans et, par là même, un encadrement des activités économiques. Ainsi, le besoin en minerais que nécessite notre modèle de développement ne pourra se satisfaire des ressources terrestres, il en faut de nouvelles que l'on sait trouver en mer. Les permis d'exploration délivrés par l'Autorité internationale des fonds marins (« AIFM ») qui fleurissent en haute mer en sont un bon indicateur. Il s'agit à ce stade de mesurer le volume des ressources, d'en cartographier les emplacements mais aussi d'évaluer les impacts de leur exploitation sur l'environnement. Faune et flore abyssales se caractérisent en effet par leur petit nombre et leur croissance lente, autant de critères qui peuvent les rendre vulnérables à une modification brutale de leur écosystème.

Cette préoccupation environnementale est la véritable nouveauté de ces négociations. Présente en filigrane dans la CNUDM, elle est aujourd'hui incontournable et prend racine dans la prise de conscience que nous vivons dans un monde fini. Nous n'avons pas de « Terre de rechange » : les extinctions de diverses espèces animales et végétales sont irrémédiables. L'autre élément qui joue dans la montée en puissance de cette préoccupation tient à une capacité à mesurer, surveiller, détecter beaucoup plus aisément les variations ou modifications des écosystèmes comme du milieu marin et leurs conséquences. Dans les années 1970-1980, nous étions bien entendu conscients de la pression exercée sur certains stocks halieutiques, les marées noires frappaient les esprits mais, en dehors de cet aspect « visuel », notre

³ Ce « recensement de la vie marine » repose sur un réseau mondial de 360 chercheurs.

connaissance demeurerait parcellaire. Ce temps-là est révolu, les satellites et autres ROV⁴ nous donnant accès à un ensemble de données considérables que les progrès de l'informatique nous permettent de traiter, de modéliser. La mesure des micro-plastiques par exemple aurait été très difficilement concevable il y a encore quelques années.

Cette évolution est considérable : l'océan n'est plus seulement une étendue bleue masquant ses blessures sous les flots. On sait désormais beaucoup plus de choses, ce qui n'est pas sans effet sur les opinions publiques. Car si l'océan n'a pas d'électeurs en mesure de faire pression sur des chefs d'État ou de gouvernement, il a trouvé dans les organisations non gouvernementales (« ONG ») des relais susceptibles de mobiliser les opinions publiques via les médias. Autre rupture considérable.

Les ONG existaient bien entendu dans les années 1970-1980 mais étaient globalement tenues pour de simples groupements d'actives périphériques quand elles deviennent aujourd'hui de véritables parties prenantes de la négociation. Elles portent certains thèmes, les mettent en exergue, sachant jouer des opinions publiques pour les imposer dans la négociation. Rien n'exclut par conséquent l'irruption de telle ou telle thématique au cours de la négociation. Le tryptique Aires marines protégées/ressources génétiques marines/études d'impact environnemental est le cadre actuel, il peut s'élargir.

On a évoqué la question des micro-plastiques mais d'autres problématiques marines valent sans doute que l'on s'y arrête. Ainsi, le plancton constitue 90,95 % de la vie des océans et forme le premier maillon de la chaîne alimentaire, déterminant par la même un grand nombre de stocks de ressources halieutiques. Il joue ensuite, via la photosynthèse, un rôle non négligeable dans l'air que nous respirons, en captant du CO₂ pour rejeter de l'oxygène, et détient à ce titre le rôle de « poumon de la planète ». Il est, on l'aura compris, déterminant dans notre équilibre mais ne sera pas concerné par l'accord si ce n'est à la marge, à travers les Ressources génétiques marines (« RGM ») et les Aires marines protégées (« AMP »).

Même ces dernières, pourtant établies de longue date dans les eaux sous juridiction – tout comme en haute mer sous une certaine forme –, ne seront plus de l'ordre de l'évidence quand on rentrera dans le détail. Passé le principe de l'AMP, reste en effet à le

⁴ *Remotely operated vehicle*. Sorte de petit robot sous-marin contrôlé à distance.

concrétiser. De quelle façon ? Tout l'enjeu est là. Faut-il s'assigner des objectifs chiffrés comme cela est déjà le cas pour les zones sous juridiction ? Se concentrer sur quelques zones bien particulières ? Les coraux par exemple représentent 1 % des océans mais 30 % de la biodiversité, faudrait-il les privilégier ? Qui va désigner ces AMP ? Sur quels fondements ? Qui va les gérer ? Autant de questions qui promettent discussions, controverses nombreuses et disent mieux qu'un long discours les difficultés inhérentes à la concrétisation des objectifs assignés à la négociation. Cette question des outils – juridiques, institutionnels... – est essentielle et souligne en creux une des carences de la gouvernance des océans : s'il existe bien des structures régionales, spécialisées, il manque l'organisme global en mesure de fédérer, rassembler ces initiatives parcellaires. C'est au fond peut-être là l'enjeu principal.

PARTIE 3. LES OUTILS

C'est devenu une lapalissade, un mantra : la haute mer serait un espace de non droit, une sorte de nouvelle frontière soumise à une liberté qui s'apparenterait à la loi du plus fort. Il existe certes des libertés – de naviguer, de chercher, d'exploiter des ressources, etc. – mais celles-ci sont loin d'être débridées, anarchiques.

La convention de Londres par exemple interdit dès 1972 l'immersion de déchets en mer et son protocole de 1996 ouvre même la voie à un encadrement des rejets venant de la terre. Quatre-vingts pourcent de la pollution des mers provenant des continents, l'incitation au développement de solutions terrestres de prévention des pollutions prévue par le protocole offre ainsi des possibilités de lutte intéressantes.

Si la pêche se pratique librement, c'est à travers le tamis d'organisations régionales de pêche couvrant l'ensemble des océans. Réunissant État côtier et État du pavillon des navires de pêche, elles ont pour objectif d'atteindre une pêche responsable, via, notamment, des systèmes de quotas et des dispositifs de contrôles croisés entre les États signataires.

L'exploitation des ressources minérales des grands fonds est encadrée, comme nous l'avons vu, par l'AIFM qui délivre les permis d'exploration comme d'exploitation qui ne pourront s'exercer que dans le cadre défini par cette organisation avec, notamment, l'obligation d'études d'impact environnemental, études qui font précisément partie des éléments de la négociation.

Il en est de même pour la navigation : l'Organisation maritime internationale (« OMI ») régule l'ensemble du transport maritime via des conventions s'intéressant aux questions de sauvegarde, de construction ou encore de pollution. C'est d'ailleurs dans ce cadre qu'existent déjà des AMP couvrant des portions de haute mer. Les zones spéciales MARPOL⁵ ou les ZMPV⁶ ne s'appliquent certes qu'au transport maritime mais répondent à la définition d'une AMP : elles délimitent une zone au sein de laquelle s'appliquent des mesures de protection particulières. Elles peuvent couvrir de très vastes zones : la mer Noire est à elle seule une zone spéciale MARPOL... Des AMP de haute mer ont de la même façon vu le jour dans le cadre de conventions de mer régionales, Charlie Gibbs pour OSPAR⁷ ou, plus récemment, celle de la mer de Ross pour la CCAMLR⁸. Généralistes, elles répondent à l'acception actuelle de l'AMP mais bien entendu ne s'appliquent qu'aux États parties à la convention. Elles ne sont pas universelles.

Le protocole de Nagoya enfin, adopté dans le cadre de la convention sur la diversité biologique, propose un cadre juridique à l'exploitation des RGM en préservant le principe de liberté mais en l'assortissant d'une obligation de partage des bénéfices ou avantages tirés de l'exploitation de ces ressources qui pourraient donner lieu à brevet. Ce protocole ne s'applique cependant qu'à terre et dans les zones sous juridiction. Notons toutefois un mécanisme approchant en haute-mer, sous l'égide de l'AIFM. Il est prévu en effet une clé de répartition des bénéfices tirés des ressources minérales qui tapissent les grands fonds au profit des États les moins avancés ou sans littoral.

Cette pluralité d'organismes, de conventions existantes ne décourage pas les nouveaux entrants. Ainsi l'UNESCO⁹, dans un rapport de son centre du patrimoine mondial associé à l'UICN¹⁰ daté du 3 août 2016 explorait les possibilités d'appliquer sa « convention sur le patrimoine mondial, culturel et naturel » en haute mer, de manière à

⁵ Acronyme anglais de *Marine Pollution*, elle désigne la convention internationale pour la prévention de la pollution marine par les navires.

⁶ Zones maritimes particulièrement vulnérables.

⁷ Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est.

⁸ Convention sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique.

⁹ Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture.

¹⁰ Union internationale pour la conservation de la nature.

pouvoir classer sur sa fameuse liste certains sites naturels remarquables pour mieux les protéger. Rappelons au passage que l'UNESCO est déjà présent en mer via la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique de 2001 qui couvre aussi bien les zones sous juridiction des États que la Zone.

On le voit, ce qui manque ce n'est pas tellement une gouvernance de la haute mer – elle existe – mais plutôt une entité apte à assurer la cohérence de l'ensemble et en mesure de prendre des initiatives susceptibles de répondre aux enjeux nouveaux. La question des ressources génétiques marines, inimaginables lors des négociations de la CNUDM, est un bon exemple de ces problématiques qui surgissent au gré des avancées technologiques ou scientifiques.

Cette entité ne pourra être créée *ex-nihilo* : les temps ne sont pas favorables à la naissance d'organismes internationaux mais bien plutôt à la rationalisation de l'existant. Il faut donc partir du cadre actuel et étendre le mandat de structures déjà en place...ou réveiller une « belle endormie ». Concernant les structures en place, l'une semble tenir la corde pour la haute mer : l'AIFM. Ses compétences sur la Zone ont déjà une teinte environnementale – via les études d'impact environnemental – et l'exploitation des ressources minérales posera nécessairement la question de son intervention dans la colonne d'eau. Reste que l'AIFM demeure très sectorielle et devrait subir une véritable révolution structurelle pour être en mesure, par exemple, de désigner des AMP en haute mer. Autre point qui peut se révéler problématique : son côté « sulfureux ». On sait, et ce n'est rien de l'écrire, à quel point sa création et la consécration des fonds marins comme patrimoine commun de l'Humanité a pu donner lieu à des débats passionnés comme à des affrontements sans merci. Fonder une gouvernance globale des océans sur un tel terreau risque de braquer et même tuer dans l'œuf la discussion avant qu'elle n'ait commencé. Il faut se souvenir que c'est la création de l'AIFM qui fut à l'origine de l'entrée de la convention des parties à la CNUDM dans une sorte d'ère glaciaire. Les États se réunissent mais jugent plus prudent de ne pas aborder de sujets pouvant se révéler problématiques pour ne pas réveiller les passions. Le processus BBNJ en est un bon témoignage : les réflexions avancées dans ce domaine se sont effectuées de manière informelle, via un groupe *ad hoc*. Peut-être est-il temps de s'interroger sur la nécessité de faire sortir de son sommeil la « belle endormie » ? En dehors d'une capacité à se saisir des sujets nouveaux pouvant

affecter les mers et les océans, cette réunion des Etats Parties est la seule en mesure d'apporter une légitimité aux réflexions et accords de mises en œuvre qui pourront se révéler nécessaires. L'OMI offre un bon exemple d'un fonctionnement en mesure de s'adapter aux nouveaux enjeux : la problématique des espèces invasives a pour réponse la convention sur les eaux de ballast, celle du démantèlement des navires la convention de Hong-Kong, etc. La légitimité de la structure chargée de porter la négociation et de la mettre en œuvre sera cruciale tant les sujets sont potentiellement explosifs.

PARTIE 4. LIGNES D'HORIZON

Les ressources génétiques marines semblent en apparence le point de négociation le plus complexe, celui à même de générer les affrontements les plus rudes. Se trouvent réunis en effet les vieux débats Nord-Sud, l'éternelle question de la liberté d'exploitation et du partage de ses gains mais aussi des questions nouvelles autour de la brevetabilité du vivant, de la transposition en mer des débats passionnés autour des OGM. La problématique juridique semble tout aussi ardue à affronter : mêlant différents droits – de la mer, des brevets, de l'environnement, etc. –, elle promet des différences d'approches, de points de vue qu'il s'agira de concilier intelligemment. Reste que ce thème bénéficie d'un avantage considérable : le retour d'expérience. Il existe en effet, nous l'avons effleuré précédemment, le fameux protocole de Nagoya qui organise dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique un tel mécanisme de partage des avantages tirés de l'exploitation de ces ressources. A terre, comme en mer. Ajoutons qu'un tel mécanisme n'est pas étranger à la culture du droit de la mer, l'exploitation des ressources minérales prévoyant déjà, nous l'avons vu, un tel système. On peut donc imaginer, pour peu que l'on souhaite réellement parvenir à un accord et que l'on s'attache à prendre en considération des questions aussi essentielles que la RSM, que la possibilité d'un accord puisse s'envisager. Le chemin sera complexe, la ligne de crête escarpée mais l'horizon semble toutefois atteignable.

Il n'en sera pas forcément de même pour les aires marines protégées tant ce sujet cristallise les passions. Il touche en effet à la liberté de naviguer, d'exploiter les ressources marines – tant minérales, qu'en hydrocarbures ou encore halieutiques – mais encore celle de la recherche. Ce point de négociation souffre en outre de l'absence

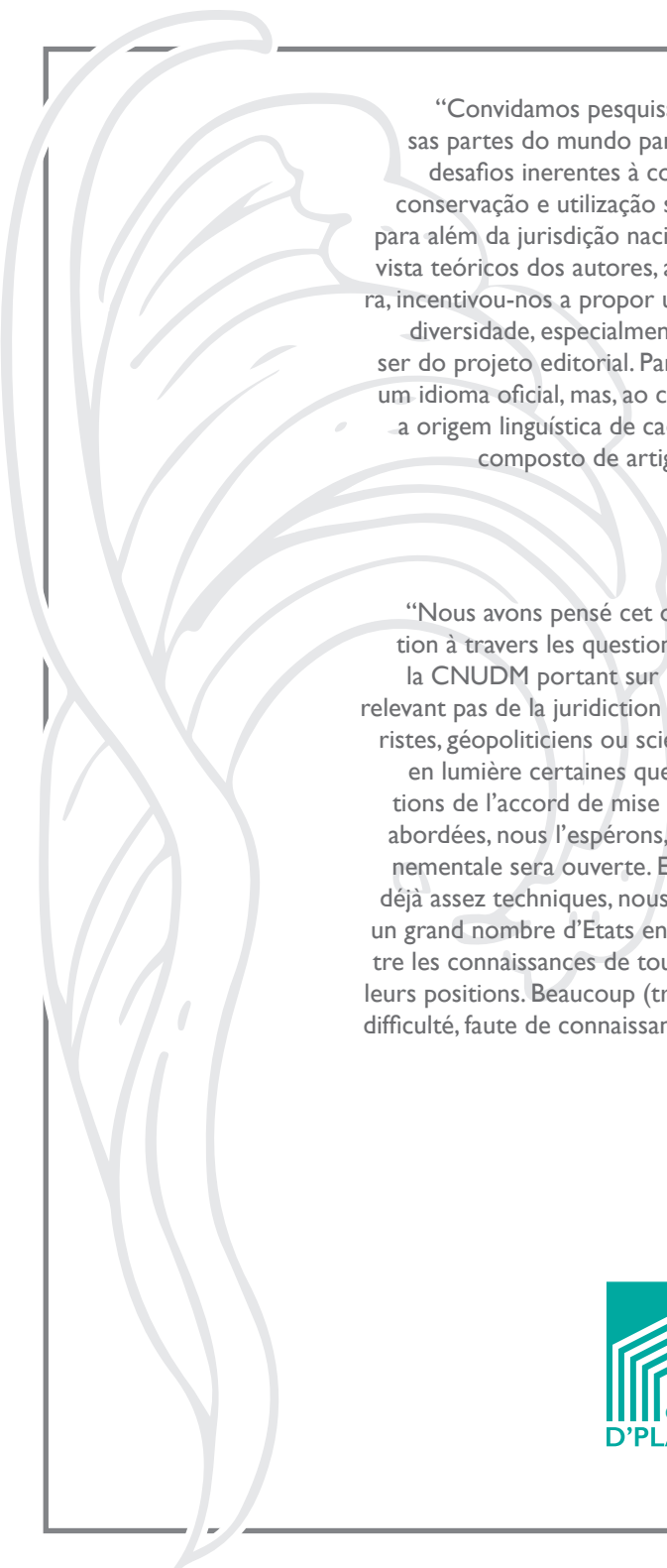
d'une culture commune sur la notion AMP. Entre la réserve qui exclut toute forme de présence et l'AMP admettant le maintien d'un certain nombre d'activités, la différence est notable. La temporalité de l'AMP est, elle aussi, relativement floue : faut-il des zones définitivement classées, qui le resteront *ad vitam æternam* ou, sur le modèle de la gestion des stocks de pêche, des zones temporaires qui pourront retourner au droit commun une fois l'état de leur biodiversité revenu à la normale ? Autre interrogation : les critères de leur désignation. Scientifiques bien entendu, mais la politique d'objectifs chiffrés suivie jusqu'alors¹¹, dans l'impératif qu'il assigne, peut laisser envisager des classements d'opportunités, dont le seul objectif serait d'atteindre le pourcentage fixé. Dernier point enfin, et non des moindres : qui désigne et dans quelle limite ? On se souvient de la controverse née autour des EBSA¹² issues de la convention sur la diversité biologique. Ces vastes zones d'intérêt écologique, sans aucune obligation en découlant, ont suscité levées de boucliers et protestations. Il est vrai que leur taille pouvait inquiéter pour peu qu'on les imagine un jour transformées en AMP. Cet épisode souligne bien la difficulté - et partant l'art du compromis qui sera nécessaire - pour faire émerger le processus institutionnel à même de classer une zone en AMP et de le faire accepter. Il s'agira ici de parvenir à construire une culture commune entre professionnels du monde de la mer et tenants de sa protection. L'ambition peut paraître démesurée mais c'est à cette seule condition que des AMP pourront progressivement voir le jour en haute mer.

Il en est de même pour les études d'impact environnemental (« EEI »), sujet qui semble susciter le moins de controverses... sans doute parce que le moins abordé. Le diable se nichant dans les détails, on peut gager que ce thème se révélera une jolie boîte de Pandore. L'étude d'impact environnemental n'est pas à proprement parler une nouveauté : elle se pratique déjà dans quantité d'activité en mer, y compris en haute mer ; celles qui sont requises par l'AIFM en sont un bon témoignage. Reste que leur volume, pré-requis, cadres, revêtent une diversité singulière. Or, c'est là que se joue une grande part de leur efficacité : trop détaillées, elles freineront les innovations, trop légères,

¹¹ 10% d'AMP dans les eaux sous juridiction dans le cadre de la convention sur la diversité biologique.

¹² Zones d'importance écologique et biologique.

elles ne seront d'aucune utilité pour la protection de nos océans. Ceci joue bien entendu sur leur financement. A la charge du demandeur, ce dernier n'a bien souvent pas l'ensemble des compétences en interne pour les réaliser et est contraint de recourir à des savoir-faire externes qui, selon la nature de l'EEI, peuvent se révéler d'un coût à géométrie variable. Un autre élément à prendre en considération est le bilan coût / avantage et ses conséquences potentielles. La mer nous l'avons dit, reste à bien des égards méconnue. Nous aurons, grâce à ces études, une connaissance de l'impact d'activités considérées pour l'heure comme sans effet ou du moins d'un effet négligeable. Qu'en sera-t-il si cela se révèle différent ? Des activités se verront-elles contraintes de cesser ou seront-elles clouées au pilori du fait des études qu'auront menées leurs acteurs ? Cette question rejoint une autre problématique, celle du destinataire de ces travaux et de leur publicité. Quelle confidentialité faut-il leur accorder ? Cette confidentialité peut-être nécessaire pour des acteurs économiques soucieux de préserver leurs innovations ou même la simple information sur une zone. On imagine que pour la pêche ce type de connaissances peut avoir une certaine importance... D'un autre côté, trop de confidentialité peut nuire à une information complète nécessaire à une prise de décision éclairée. Une fois encore un équilibre sera à trouver entre liberté et protection. Et, au fond, c'est sans doute le fil conducteur de toute cette négociation, la ligne de crête qui conditionnera sa réussite. L'enjeu est d'importance : il s'agit rien de moins que de donner naissance au premier accord de protection globale des océans. Le mieux étant l'ennemi du bien, il faut accepter que cet accord sera nécessairement considéré comme imparfait, partiel. C'est souvent ainsi que naissent les grandes évolutions : mieux vaut une base, une dynamique plutôt que rien du tout. Qui aurait pu penser, il y a un siècle que nous aurions un jour un traité de l'Antarctique et son protocole de Madrid ou même une CNUDM ?



“Convidamos pesquisadores de Direito do Mar de diversas partes do mundo para apresentarem suas respostas aos desafios inerentes à construção de um regime jurídico de conservação e utilização sustentável da diversidade biológica para além da jurisdição nacional. A multiplicidade de pontos de vista teóricos dos autores, aliada à organização franco-brasileira, incentivou-nos a propor uma obra que respeitasse toda essa diversidade, especialmente por ser a diversidade a razão de ser do projeto editorial. Para tanto, decidiu-se que não haveria um idioma oficial, mas, ao contrário, respeitar-se-ia ao máximo a origem linguística de cada autor. Em virtude disso, o livro é composto de artigos em francês, inglês e português.”

ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO

“Nous avons pensé cet ouvrage comme un guide de navigation à travers les questions de l'accord de mise en œuvre de la CNUDM portant sur la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale. A destination de tous, juristes, géopoliticiens ou scientifiques, il a pour objet de mettre en lumière certaines questions épineuses liées aux négociations de l'accord de mise en œuvre qui seront probablement abordées, nous l'espérons, lorsque la conférence intergouvernementale sera ouverte. En abordant des questions d'ores et déjà assez techniques, nous avons souhaité porter assistance à un grand nombre d'États en s'engageant, en amont, à transmettre les connaissances de tous afin d'aider ces derniers à définir leurs positions. Beaucoup (trop) d'États sont en effet encore en difficulté, faute de connaissances suffisantes en droit de la mer.”

VIRGINIE J.M. TASSIN



ISBN 978-85-8425-757-7



9 788584 257577