



HAL
open science

Le multilatéralisme conventionnel. La fabrique du consensus multilatéral dans le champ de l'environnement

Sandrine Maljean-Dubois

► To cite this version:

Sandrine Maljean-Dubois. Le multilatéralisme conventionnel. La fabrique du consensus multilatéral dans le champ de l'environnement. Le droit international multilatéral, Pedone, pp. 133-146, 2023, 9782233010414. halshs-04329657

HAL Id: halshs-04329657

<https://shs.hal.science/halshs-04329657>

Submitted on 7 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Paru in : *Droit international multilatéral*, Actes du Colloque de la Société française pour le droit international, Perpignan, 19 et 20 mai 2022, Pedone, 2023, pp. 133-146.

Colloque SFDI Perpignan 2022

Le multilatéralisme conventionnel.

La fabrique du consensus multilatéral dans le champ de l'environnement

Sandrine Maljean-Dubois

Directrice de recherche au CNRS

Aix Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour,
CNRS, DICE/CERIC, Aix-en-Provence

Pour faire face aux enjeux environnementaux, le droit international a été assez rapidement adapté. Il en a été ainsi sur le plan de ses sources. On constate que la plupart des questions et domaines environnementaux régis à l'échelle internationale ont en leur cœur un traité international, qui fournit les fondements du régime posé. Mais, bien souvent, le traité n'est plus que la partie émergée de l'iceberg car la majorité des normes se développe selon des processus plus flexibles et dynamiques, qui résultent en l'adoption de « décisions » non juridiquement obligatoires⁸⁴.

Destinées à traiter les « problèmes » environnementaux, par nature techniques, complexes et mouvants, les conventions environnementales doivent en effet nécessairement faciliter une coopération entre leurs Parties dans les domaines juridiques, scientifiques, techniques, économiques ou financiers. La coopération doit pour cela être institutionnalisée. Selon McGinnis¹, la réussite sur le plan juridique d'une coopération conventionnelle multilatérale tient à plusieurs facteurs, dont la capacité de l'accord à faciliter la gouvernance d'un intérêt commun (par-delà les intérêts particuliers), et la mise en place de procédures de prise de décision pour « faire fonctionner » la coopération multilatérale dans le temps. C'est d'autant plus indispensable dans le cadre multilatéral que le nombre de parties est élevé.

C'est ainsi que bien des conventions environnementales ont donné naissance à des institutions qui leur sont propres, selon un modèle très souvent en forme de triptyque, comprenant organes politiques, organes administratifs et organes experts. Les institutions conventionnelles, dans leur structure, s'apparentent généralement à de « micro » organisations internationales, bien que toutes ne disposent pas de la personnalité juridique internationale et qu'elles n'aient bien souvent que le statut de conférences diplomatiques, le seul élément de permanence de ces « arrangements institutionnels autonomes » étant

¹ John O. McGinnis, « The Political Economy of Global Multilateralism », *Chicago Journal of International Law*, 2000, Volume 1, Number 2, pp. 384-385.

le secrétariat². Le fonctionnement d'institutions conventionnelles est même souvent considéré comme un indicateur de l'effectivité des instruments concernés³.

En pratique, l'institutionnalisation de la coopération contribue utilement à l'application des conventions, dans la mesure où elle facilite l'interprétation de textes souvent vagues et peu précis à l'origine, et leur adaptation à l'évolution des connaissances sur le milieu et sur les effets sur ce dernier des activités humaines. Elle offre également un support pour l'échange d'informations entre les Parties et la coopération, ou encore pour l'attribution d'une assistance technique ou financière multilatérale à certaines d'entre elles. L'institutionnalisation est essentielle pour la mise en œuvre d'un contrôle multilatéral efficace portant sur l'application par les États contractants de leurs obligations conventionnelles.

Ces « micro » organisations internationales ont également une production normative. Elles modifient – en révisant – ou complètent – en ajoutant des annexes ou adoptant des protocoles additionnels – le texte originel des conventions. Plus souvent encore, leur production normative est de droit mou : elles interprètent, précisent le texte originel et permettent son opérationnalisation par d'abondantes déclarations, résolutions, stratégies, plans d'action, etc. Elles en contrôlent également l'application. Au sein de ces institutions, la Conférence des Parties ou COP, en tant qu'organe politique plénier, est par définition le pivot politique et la source de l'essentiel de la production normative. C'est grâce aux COPs que la production de normes devient en quelque sorte quasi continue et gagne en flexibilité. Car une décision de COP s'adopte plus rapidement et aisément qu'un traité. Elle est aussi modifiable plus facilement : il suffit pour cela d'adopter une nouvelle décision.

Dans cette contribution, nous nous intéresserons plus particulièrement aux réponses apportées aux menaces globales à l'environnement, en nous appuyant sur l'exemple du régime international des changements climatiques. Ce régime a pris naissance avec l'adoption en 1992 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), laquelle a été complétée par le Protocole de Kyoto en 1997, puis l'Accord de Paris en 2015.

Depuis lors, 26 COPs sur le climat ont été organisées. Le traité initial a effectivement marqué le point de départ de vastes développements normatifs, sous la forme de centaines de décisions de COP. Le processus repose sur des interactions étroites entre le consensus *scientifique*, nécessaire support de la construction d'un consensus *politique*, lequel est finalement formalisé par le consensus au sens *juridique*. Le processus n'est toutefois pas linéaire, comme nous l'avons montré par ailleurs avec Amy Dahan⁴. En effet, l'image simpliste d'une chaîne qui conduirait, sans heurts ni rupture, de la fabrique du consensus scientifique à sa formalisation par l'organe d'expertise qu'est le GIEC, puis à la fabrique du consensus politique, lequel serait ensuite formalisé par le consensus juridique et donnerait naissance à un nouvel instrument de droit, ne correspond absolument pas à la réalité, qui est plutôt celle d'une « pelote » difficile à démêler et

² R. R. Churchill, G. Ulfstein, « Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 623-659.

³ P. Sand, *The Effectiveness of International Environmental Law. A Survey of Existing Legal Instruments*, Cambridge, Grotius Publications, 1992 ; P.M. Haas, R.O. Keohane, M.A. Levy, *Institutions for the Earth, Sources of Effective International Environmental Protection*, Cambridge, MIT Press, 1994.

⁴ A. Dahan, S. Maljean-Dubois, « Changement climatique. Revisiter et démêler la pelote des consensus », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* [En ligne], 12 | 2021, mis en ligne le 7 mai 2021.

constituée de boucles imprévisibles⁵. Du consensus scientifique à l'adoption d'un instrument juridique, le chemin peut être long et chaotique. De ce point de vue, le consensus en tant que technique de prise de décision joue un rôle ambivalent. D'un côté, le consensus juridique aide, voire force à construire un consensus politique. De l'autre, pour que le consensus politique, une fois « fabriqué » et mûri soit formalisé dans un instrument juridique, il se heurte à l'obstacle du consensus (I). La pratique du régime international du climat est intéressante de ce point de vue (II) et renseigne sur la portée de ce mode de prise de décision (III).

I. La formalisation du consensus politique par la technique du consensus

De l'unanimité au consensus. Le consensus serait « le mode de décision le plus répandu dans l'histoire des sociétés humaines »⁶ et ceci sur tous les continents, avant que le vote ne tende à le remplacer. Mais, dans la sphère internationale, c'est le principe de l'unanimité, respectueux de la souveraineté, qui a d'abord prévalu. Dans un contexte multilatéral, il s'est toutefois vite révélé limitant. Le vote à la majorité s'est peu à peu développé pour des raisons pratiques⁷. La majorité peut être simple, définie par la moitié des voix plus une (ce qui équivaut à une majorité absolue dans le cas d'un vote oui ou non). Une telle majorité est courte et procure une faible légitimité à la décision. La majorité peut être qualifiée (requérant par exemple les 2/3 ou 3/4 des voix). Plus respectueuse des souverainetés, parce que plus exigeante, elle confère une plus grande légitimité à la décision prise. Elle est cependant difficile à obtenir. Parce qu'il est plus facile de ne pas être contre que d'être pour, formellement et explicitement, la technique du consensus s'est développée par nécessité à partir des années 60 en raison de l'augmentation du nombre d'États, l'importance croissante des organisations internationales et des conférences des Parties aux traités internationaux. Le consensus permet justement de faciliter la prise de décision dans un contexte multilatéral.

Le consensus défini par l'absence de vote. En tant que procédure de décision, le consensus naît d'un refus de formaliser le vote. En effet, lorsqu'une décision est prise par consensus, il n'y a pas de vote formel, donc pas de décompte des voix. Il est demandé aux États non pas d'exprimer un vote positif ou négatif, mais un éventuel désaccord. En quelque sorte, leur consentement est tacite, ce qui ne permet pas non plus de formaliser les soutiens. Le consensus est acté lorsque l'absence manifeste d'opposition est constatée suivant l'adage « qui ne dit mot consent ». Le consensus doit satisfaire « deux exigences pratiques : il faut bien sûr que puisse être déterminé un arrêt de la décision (exigence de fixation) ; mais il faut également que cet arrêt soit produit, perçu et accepté collectivement, par tous et par chacun (exigence de reconnaissance mutuelle de la fixation)⁸ ».

Un outil favorisant la prise de décision. Il y a consensus en l'absence d'objections formelles. Mais celle-ci peut cacher des désaccords, d'où la notion de « consensus apparent »⁹. Le consensus exige « non pas l'unanimité, mais, à côté de ceux qui approuvent, le consentement des réticents »¹⁰. Autrement dit, « Consensus is about gaining acquiescence from your opponents, and achieving consensus is increasingly

⁵ *Ibid.*

⁶ Ph. Urfalino, « La décision par consensus apparent. Nature et propriétés », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 136, 2007, p. 47.

⁷ Par exemple, l'Union postale universelle dans le cadre de la Conférence de Berne de 1874.

⁸ Ph. Urfalino, « La décision par consensus apparent. Nature et propriétés », *op. cit.*, §34.

⁹ *Ibid.*, p. 47, §1.

¹⁰ *Ibid.*, p. 47, §30.

important in furthering the production of binding rules for the increasingly complex global order »¹¹. Un État peut avoir bien des raisons de se rallier à un consensus sans être d'accord ou avoir de position arrêtée¹². Un État peut même se sentir contraint politiquement de se rallier au consensus. Le Comité spécial pour la rationalisation des procédures et de l'organisation de l'Assemblée générale encourage la procédure « lorsqu'elle contribue à un règlement efficace et durable des différends et, partant, à un renforcement de l'autorité de l'Organisation », mais souligne que « cette procédure ne doit pas restreindre le droit de chaque État membre d'exposer pleinement ses vues »¹³.

Origines. La pratique émerge d'abord à l'Organisation des Nations Unies, à l'Organisation internationale du travail et au Fonds monétaire international¹⁴. La première utilisation aurait eu lieu en 1962 au sein du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique qui a adopté – à l'unanimité – le principe du consensus pour toutes ses décisions, décidant que les délibérations du Comité seraient conduites « d'une manière telle que le Comité puisse se mettre d'accord dans ses travaux sans avoir besoin de voter »¹⁵. L'objectif de cette idée, qui venait de l'URSS, était, dans un contexte tendu de guerre froide, que tout le monde soit associé aux décisions pour qu'elles soient plus légitimes. Le principe en a été régulièrement contesté, mais beaucoup de pays y sont attachés¹⁶. Le consensus sera adopté ensuite par le Comité des opérations de maintien de la paix (dit des 33), par le Comité des relations amicales entre les États et par le Comité des fonds marins avant d'essaimer dans de nombreuses institutions internationales¹⁷.

L'ombre du vote. En général, le consensus n'est pas la seule procédure de décision possible. Il est prévu une décision par consensus et, si ce dernier ne peut être obtenu, un vote. On parle alors de « l'ombre d'un vote », qui est souvent une menace suffisante pour favoriser le consensus¹⁸. C'est le cas, par exemple, au Conseil de sécurité¹⁹ ou à l'Assemblée générale de l'ONU, au sein desquels un vote est prévu, mais la pratique du consensus s'est installée²⁰, tant et si bien qu'une mise au vote est considérée comme un échec. On peut citer, par exemple, la déclaration des Philippines à l'occasion de la mise au vote de la résolution du projet de Pacte mondial pour l'environnement selon laquelle « La décision d'engager un processus intergouvernemental mondial pour une

¹¹ R. Kissack, « Crisis Situation and Consensus Seeking: Adaptive Decision-Making in the FAO and Applying Its Lessons to the Reform of the WTO », *Governing the World Trade Organization: Past, Present and Beyond Doha: World Trade Forum*, 2011, p. 245.

¹² S.M. Schwebel, « Confrontation, Consensus and Codification in International Law », *Proceedings of the American Branch of the International Law Association*, 1979, 1979-1980, pp. 14-29.

¹³ Rapport du Comité spécial pour la rationalisation des procédures et de l'organisation de l'Assemblée générale, Nations Unies, n°26, A/8426, 1971, §288-289.

¹⁴ S. Novak, *La prise de décision au Conseil de l'Union Européenne : Pratiques du vote et du consensus*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque De Thèses, Science Politique, Paris, 2011, Vol. 18, p. 10.

¹⁵ Guy de Lacharrière, « Consensus et Nations Unies », *Annuaire Français de Droit International*, 1968, vol. 14, p. 10.

¹⁶ Notamment les Etats-Unis, voir <https://www.un.org/press/fr/1996/19960605.0SV163.html> consulté le 28 août 2022.

¹⁷ Guy de Lacharrière, « Consensus et Nations Unies », *op. cit.*, p. 10.

¹⁸ S. Novak, *La prise de décision au Conseil de l'Union Européenne : Pratiques du vote et du consensus*, *op. cit.*, p. 17

¹⁹ Voir l'article 27 de la Charte. Les décisions du Conseil de sécurité sur toutes autres questions que celles de procédure sont prises par un vote affirmatif de neuf de ses membres dans lequel sont comprises les voix des cinq membres permanents. En pratique, l'absence (voir la politique de la chaise vide de l'URSS durant la guerre de Corée) ne vaut pas veto, et beaucoup de décisions sont prises par consensus. R. Wolfrum, J. Pichon, « Consensus », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, October 2010.

²⁰ Voir l'article 18 de la Charte, et les articles 82 à 95 du règlement intérieur. La pratique du consensus a débuté à la 19^{ème} session, pour préserver la France et l'URSS qui ne pouvaient voter en raison de leurs arriérés de cotisations ; elle a fonctionné, et s'est donc installée. R. Wolfrum, J. Pichon, « Consensus », *op. cit.*, §11.

question majeure, comme un pacte mondial pour l'environnement, doit être prise sur la base d'un consensus et non par un vote. Un appel au vote reflète l'absence d'accord entre les États Membres et sape le processus multilatéral, ainsi que l'importance et la validité politique du projet de résolution A/72/L.51 et de l'initiative »²¹.

Diversité. Dans certains cas, le consensus est assimilé à l'unanimité²² ; dans d'autres non²³. Parfois, le consensus est assoupli et on reconnaît la possibilité d'un dissensus avec des effets variables, permettant à une ou plusieurs parties de se désolidariser par des déclarations ou interprétations. Les pratiques sont diverses et ne sont pas vraiment stabilisées. En réalité, selon une analyse effectuée sur un large échantillon d'institutions internationales, une grande majorité pratique le consensus, mais seulement une minorité en a codifié les règles²⁴. C'est le cas, par exemple, du Conseil de l'Autorité des fonds marins²⁵ et des organes de l'Organisation mondiale du commerce²⁶. Mais, même codifiée, la notion reste fuyante, car, comme le dit le manuel préparé par le secrétariat de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) à destination des présidents de séance, « These formulations, though capturing the essential legal element, do not fully reflect the nuances inherent in the term »²⁷. La pratique du régime du climat illustre bien ses multiples facettes.

II. La pratique dans le cadre du régime international du climat

Ce que prévoit la CCNUCC. La CCNUCC ne définit des règles de vote au sein de la COP que dans certains cas. Elle exige ainsi un vote à une majorité des $\frac{3}{4}$ des parties présentes et votantes pour les amendements à la Convention et à ses annexes²⁸. Il en est

²¹ Document ONU, Procès-verbal de séance de l'Assemblée générale de l'ONU, A/72/PV.88, 10/05/2018, p. 6.

²² C'est le cas dans le cadre de la CSCE où le consensus est « entendu comme l'absence de toute objection formulée par un représentant et représentée par lui comme constituant un obstacle à l'adoption de la décision en question ». V.-Y. Ghébal, « L'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe et les Nations Unies », *Annuaire français de droit international*, vol. 21, 1975, p. 80.

²³ Voir le Comité des relations amicales entre les États ou FMI où on cherche un « accord aussi large que possible ». Guy de Lacharrière, « Consensus et Nations Unies », *op. cit.*, p. 11.

²⁴ J. Hovi, D.F. Sprinz, « The limits of the law of the least ambitious program », *Global Environmental Politics*, 2006, 6(3), p. 28.

²⁵ Voir l'article 161§8(e) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer selon lequel « on entend par 'consensus' l'absence de toute objection formelle. Dans les 14 jours qui suivent la soumission d'une proposition au Conseil, le Président examine s'il y aurait une objection à son adoption. S'il constate qu'une telle objection serait formulée, le président constitue et convoque, dans les trois jours, une commission de conciliation composée, au plus, de neuf membres du Conseil et présidée par lui-même, chargée d'éliminer les divergences et de formuler une proposition susceptible d'être adoptée par consensus. La commission s'acquitte promptement de sa tâche et fait rapport au Conseil dans les 14 jours qui suivent sa constitution. Si elle n'est pas en mesure de recommander une proposition susceptible d'être adoptée par consensus, elle expose dans son rapport les motifs de l'opposition à la proposition ».

²⁶ Voir l'article IX§1 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce selon lequel « L'OMC conservera la pratique de prise de décisions par consensus suivie en vertu du GATT de 1947 ». Une note de bas de page précise que « L'organe concerné sera réputé avoir pris une décision par consensus sur une question dont il a été saisi si aucun Membre, présent à la réunion au cours de laquelle la décision est prise, ne s'oppose formellement à la décision proposée ». Dans le même sens, une note de bas de page sous l'article 2§4 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC : « L'ORD [Organe de règlement des différends] sera réputé avoir pris une décision par consensus sur une question dont il a été saisi si aucun Membre, présent à la réunion de l'ORD au cours de laquelle la décision est prise, ne s'oppose formellement à la décision proposée ». M.E. Footer, « The WTO as a 'living instrument': the contribution of consensus decision-making and informality to institutional norms and practices », in Thomas Cottier, Manfred Elsig (dir.), *Governing the World Trade Organization, Past, Present and Beyond Doha*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 217-240.

²⁷ UNFCCC, *Handbook*, 2006, <https://unfccc.int/resource/docs/publications/handbook.pdf> consulté le 28 août 2022.

²⁸ Une majorité des $\frac{3}{4}$ des parties présentes et votantes est requise selon les articles 15.3 et 16 de la Convention.

de même pour le Protocole de Kyoto²⁹ et l'Accord de Paris³⁰. Dans les autres cas, les décisions sont adoptées par consensus à défaut d'accord sur une règle plus contraignante comme un vote à la majorité.

Le consensus sans l'ombre d'un vote. La COP de la CCNUCC n'a en effet jamais pu se mettre d'accord sur l'article 42 de son Règlement intérieur et n'a donc jamais adopté ce document. Le consensus était requis pour cela et jusqu'ici il a été introuvable. En conséquence, la COP applique le projet de Règlement intérieur de manière provisoire, mais à l'exception de l'article 42 sur la prise de décision qui a cristallisé le désaccord s'agissant des questions de fond (les décisions de procédure sont, quant à elles, adoptées à la majorité simple). Lors des discussions, la ligne de clivage est particulièrement apparue sur la question des décisions de « nature financière ». L'adoption du règlement a été bloquée notamment par l'Arabie saoudite lors des négociations dès 1991³¹, parce qu'elle souhaitait se réserver la possibilité d'un veto ou au moins de la menace d'un veto³². Les États-Unis ont manifesté leur désaccord, mais ne se sont pas opposés formellement.

En attendant un accord sur ces questions, et une hypothétique adoption du règlement intérieur, la COP fonctionne donc au seul consensus, un consensus « désarmé », car la menace d'un vote ne peut être agitée.

Une situation loin d'être unique. Ce n'est pas un cas isolé, car la Convention sur la diversité biologique ou les Conventions PIC et POP opèrent elles aussi avec des règles provisoires. Ainsi, dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique, la COP a bien adopté son règlement intérieur lors de sa première session, mais à l'exception de l'article 40§1, sur les règles de prise de décision, sur lequel elle n'a pu s'accorder jusqu'à présent. L'article prévoyait que « Les Parties ne ménagent aucun effort pour parvenir par consensus à un accord sur toutes les questions de fond. Si tous les efforts déployés pour parvenir au consensus restent vains et que l'Accord n'est pas réalisé, la décision [...] est prise, en dernier ressort, par le vote à la majorité des deux tiers des Parties présentes et votantes [...] »³³. Le consensus y est aussi, dans ces conditions, le seul mode de décision, sans qu'il puisse y avoir là non plus y avoir menace de recourir au vote.

Un consensus assoupli. Toutefois, toujours dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique, la règle a été assouplie et, dans certaines circonstances, des décisions ont été adoptées en dépit de la réserve d'un État ou d'un autre, alors consignée dans le procès-verbal de la Conférence des Parties³⁴. Une question a même été posée à cette occasion par le secrétariat exécutif de la Convention au Bureau des affaires juridiques de l'ONU. Dans un mémorandum du 17 juin 2002, ce dernier a indiqué que, bien que le président ait rompu avec la pratique en déclarant un consensus dans le cas australien, la décision était préservée puisque l'Australie avait seulement soumis une réserve, et non

²⁹ Voir ses articles 20 et 21.

³⁰ Voir ses articles 22 et 23.

³¹ L. Kemp, « Framework for the future? Exploring the possibility of majority voting in the climate negotiations », *International Environmental Agreements*, vol. 16, 2016, p.758.

³² J. Depledge, « Striving for no: Saudi Arabia in the climate change regime », *Global Environmental Politics*, vol. 8, n°4, 2008, pp. 9-35.

³³ Voir la Décision I/1, *Règlement intérieur de la Conférence des Parties* (1994).

³⁴ Par exemple en 2002, avec des objections formelles de la Turquie et de l'Australie à deux décisions. Voir le *Rapport de la sixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique*, UNEP/CBD/COP/6/20*, 23 septembre 2002, notamment §295 et ss.

une objection formelle, après l'incident³⁵. Il précise que, dans la pratique onusienne, l'adoption d'une résolution ou décision par consensus

« does not mean that every State participating in the meeting or conference is in favour of every element of the resolution or decision. States so participating have the opportunity, both prior to and after the adoption, to make reservations, declarations, statements of interpretation and/or statements of position.

In so doing, a State may:

- Disassociate itself from the substance or text of parts of the document;
- Indicate that its joining in the consensus does not constitute acceptance of the substance or text of parts of the document; and/or
- Present any other restrictions on its Government's position on substance or text of parts of the document.

Provided that the State concerned does not formally object to or challenge the existence of consensus or call for a vote on the resolution or decision, it is understood that consensus or general agreement is preserved. »³⁶

Si le consensus n'est pas défini dans la CCNUCC, le manuel à destination des présidents de séance mentionne plusieurs possibilités pour les parties d'exprimer un désaccord sans s'opposer au consensus. Ainsi, les parties peuvent consigner leur opinion dans le procès-verbal, expliquer leur position, et ceci avant ou après l'adoption de la décision. Un autre moyen est de faire une réserve, après l'adoption, indiquant que la partie ne s'engage pas à se conformer à une ou plusieurs dispositions d'un texte. Les réserves sont très rarement utilisées et sont temporaires, indiquant simplement qu'une partie est d'accord avec la décision en principe, mais n'est pas en mesure de la mettre effectivement en œuvre pour le moment. Une partie peut aussi faire une déclaration interprétative, précisant sa position et soulignant sa compréhension de la décision. Les prises de position, réserves et déclarations interprétatives sont généralement incluses dans les procès-verbaux à la demande de la ou des Parties concernées.

Rôle central du président de séance. En pratique, le président de séance possède une grande marge de manœuvre³⁷. Son audace, son adresse et son charisme peuvent être déterminants. C'est lui qui constate le consensus, décide que le moment est venu ou pas d'adopter la décision, voire qu'il y a consensus et ceci même en présence de voix dissonantes. La souplesse du consensus laisse finalement une grande latitude que ce soit pour des négociateurs habiles, cherchant à déjouer les manœuvres d'un président imprudent, ou dans l'autre sens pour un président habile cherchant à éviter les pièges tendus par les négociateurs³⁸.

Pratique variable. Les divergences entre les États ont éclaté régulièrement dans la vie de la COP donnant lieu selon les cas à des pratiques différentes. Par exemple, lors de la COP 2, en 1996, face au refus de certains, la Déclaration ministérielle de Genève – soutenant notamment le second rapport du GIEC – n'a pas été adoptée. Dans le procès-verbal, il a été consigné que la COP prenait note de la déclaration, laquelle est annexée

³⁵ *Treaties and subsequent practice*, Oxford: Oxford University Press, p. 376; *UNFCCC Guide for presiding officers* (Revised November 2011), p. 10.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ J. Werksman, *Procedural and institutional aspects of the emerging climate change regime: Do improvised procedures lead to impoverished rules?* London: FIELD, 1999, p. 6.

³⁸ J. Depledge, « Striving for no: Saudi Arabia in the climate change regime », *op. cit.*, p. 21.

non à une décision de la COP, mais au procès-verbal de la réunion lui-même³⁹. Lors de la COP 15, en 2009, la COP n'est pas non plus parvenue à adopter l'Accord de Copenhague. Elle en a pris note dans sa deuxième décision, à laquelle il a cette fois été annexé⁴⁰. Les pressions du président de séance ont parfois eu raison des divergences politiques. Par exemple, durant les négociations du Protocole de Kyoto, le président Estrada a, face aux nombreuses objections au consensus, proposé une mise au vote qui a conduit les États à finalement retirer leurs objections.⁴¹

Plus récemment, le consensus a donné lieu, au moins ponctuellement, à des interprétations plus libérales. La conférence de Cancún en 2010 a ici créé un précédent. La décision 1/CP.16 formalisant l'« Accord de Cancún » a été adoptée en dépit des protestations et objections véhémentes et explicites de la Bolivie avant et pendant le vote. La présidence mexicaine, qui s'était beaucoup investie et jouissait d'un fort capital politique⁴², est passée en force expliquant que « the consensus rule does not mean unanimity, far less does it mean the possibility of one delegation exercising a right of veto after years of hard work and huge sacrifices by many others [...] I cannot disregard the position and wish of 193 other parties, hence the decision has been duly adopted »⁴³. Les autres parties ont en effet accepté la décision. La Bolivie a dénoncé ce coup de force et déclaré qu'elle allait saisir la Cour internationale de Justice, ce qui semblait techniquement compliqué. Finalement, l'opposition bolivienne a été consignée dans le procès-verbal de la réunion⁴⁴. On a pu parler à ce sujet de « consensus by general agreement », « consensus as consensus minus one », « quasi consensus » or « terror by applause »⁴⁵.

Suite à cette affaire, l'année suivante, le Mexique et la Papouasie Nouvelle-Guinée ont proposé d'évoluer vers la majorité en modifiant les articles 7 et 18 de la Convention. La proposition était encore à l'ordre du jour de la COP 26, mais sans succès en dépit de nombreuses discussions, création d'un groupe de contact...⁴⁶ Ils proposent de généraliser la prise de décision à la majorité des 3/4. La mise en œuvre de leur proposition serait quoi qu'il en soit délicate, parce que créant des situations différentes selon que les Parties l'auraient ratifiée ou non.

La conférence de Doha en 2012 (COP18) a donné lieu à un autre précédent. Opposés aux autres Parties sur la question de la valorisation de l'air chaud, la Russie, l'Ukraine et le Belarus ont objecté sans prise de parole à l'adoption d'une décision de la Réunion des Parties au Protocole de Kyoto. La Russie a demandé à ce que son opposition soit consignée « sous sa forme tant orale qu'écrite ». A été ajouté en effet en note dans le procès-verbal de la Réunion : « La Fédération de Russie a fait l'intervention suivante: 'La

³⁹ Déclaration ministérielle de Genève, *Rapport de la conférence des parties sur les travaux de sa deuxième session, tenue à Genève du 8 au 19 juillet 1996, Deuxième partie : décisions prises par la conférence des parties à sa deuxième session*, FCCC/CP/1996/15/Add.1 29 octobre 1996, p. 70.

⁴⁰ Décision 2/CP.15, Accord de Copenhague.

⁴¹ F. Yamin, J. Depledge, *The international climate change regime: A guide to rules, institutions and procedures*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 444.

⁴² A. Vihma, « Climate of Consensus: Managing Decision Making in the UN Climate Change Negotiations », *RECIEL*, vol. 24, n°1, 2015, p. 65.

⁴³ Cit. A. Vihma, *A Climate of Consensus: The Unfccc Faces Challenges of Legitimacy and Effectiveness*, Fiiia Briefing Paper, 75, Helsinki: Finnish Institute for International Affairs, 2011.

⁴⁴ *Rapport de la seizième session de la Conférence des Parties, tenue à Cancun du 29 novembre au 10 décembre 2010, Première partie : Délibérations*, FCCC/CP/2010/7, 15 mars 2011, §48.

⁴⁵ L. Rajamani, « The Cancun Agreements, Reading the Text, Subtext and Tealeaves », *ICLQ*, vol. 60, n°2, 2011, p. 515.

⁴⁶ UNFCCC, FCCC/CP/2011/4/Rev.1, *Proposition révisée de la Papouasie-Nouvelle-Guinée et du Mexique visant à modifier les articles 7 et 18 de la Convention*.

Fédération de Russie manifeste catégoriquement son désaccord avec le résultat de la séance plénière au stade final de la conférence et les erreurs de procédure commises par la présidence qatarienne lors de l'adoption de décisions juridiquement importantes, ce qui conduit à remettre en question la légitimité de ces décisions et aura de lourdes conséquences pour la ratification au niveau national. Elle tient à souligner que la teneur des paragraphes 23 et 26 de la section VI du document FCCC/KP/CMP/2012/L.9, de même que la section G de l'annexe I – à savoir le texte concernant le paragraphe 7 ter de l'article 3 – dénaturent l'architecture juridique du Protocole de Kyoto' »⁴⁷. À Doha comme à Cancún, les autres États n'ont pas objecté à cette modalité de consensus, confirmant la possibilité de cette voie. Mais l'« affaire » a amené la Russie à bloquer les travaux du SBSTTA pendant 2 semaines pour obtenir l'inclusion de la question des modalités de prise de décision à l'ordre du jour⁴⁸, pour l'instant sans résultats.

La COP 21 aurait pu fournir une occasion d'explorer le consensus « en tension ». En effet, l'adoption de l'Accord de Paris lors de la COP 21 a rencontré l'opposition du Nicaragua. Ce dernier n'a toutefois pas empêché l'adoption de l'Accord. Son représentant s'est exprimé après l'adoption de l'Accord pour exprimer son insatisfaction quant au résultat. Là aussi, le Président Laurent Fabius est passé en force, car il n'a pas donné la parole au Nicaragua avant l'adoption de l'Accord, comme celui-ci le demandait, mais après, ce qui l'aurait empêché d'exprimer une opposition formelle. La déclaration nicaraguayenne a été consignée dans le procès-verbal⁴⁹.

Pistes d'évolution. En s'inspirant de la pratique internationale à l'extérieur de la CCNUCC, des pistes existent pour mettre en place un « smart voting system »⁵⁰, même si pour l'heure la tension des négociations empêche d'imaginer qu'elles soient mises en œuvre. Le consensus pourrait être « allégé » comme c'est le cas au sein de l'Agence internationale pour les énergies renouvelables (IRENA) dont les statuts prévoient qu'il faut être au moins deux parmi ses 139 membres pour faire échec au consensus⁵¹. Il pourrait être actif comme lors de la 3^e conférence des Nations Unies sur le droit de la mer qui s'est ouverte en 1974, dont le règlement intérieur prévoyait « 1. Avant de procéder à un vote sur une question de fond, il y a lieu d'adopter une décision confirmant que tous les efforts tendant à parvenir à un accord général ont été épuisés ». Dans d'autres cas, le consensus a été forcé par l'établissement d'un mécanisme de conciliation *ad hoc* sous l'égide de la présidence⁵². Une autre piste pourrait être enfin de distinguer les questions

⁴⁷ Rapport de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto sur sa huitième session, tenue à Doha du 26 novembre au 8 décembre 2012, Première partie : Délibérations, FCCC/KP/CMP/2012/13, 28 février 2013, §42.

⁴⁸ L. Kemp, « Framework for the future? Exploring the possibility of majority voting in the climate negotiations », *op. cit.*, p.758.

⁴⁹ Le fait que le Nicaragua ait fait une déclaration est consigné dans le rapport de la Conférence qui renvoie par un lien Internet (rompu) à ladite déclaration. CCNUCC, Rapport de la Conférence des Parties sur sa vingt et unième session, tenue à Paris du 30 novembre au 13 décembre 2015 Première partie : Délibérations, FCCC/CP/2015/10, 29 janvier 2016, p. 45, §70.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Article 9, lettre F : « Les décisions sur les sujets de fond sont prises par consensus entre les membres présents. En l'absence de consensus, celui-ci est présumé si les membres opposés à la décision ne sont pas plus de deux, sauf disposition contraire des Statuts. Si la question se pose de savoir si un sujet est ou non de fond, celui-ci est traité comme une question de fond sauf décision contraire de l'Assemblée par consensus entre les membres présents ; en l'absence de consensus, celui-ci est présumé si les membres opposés à la décision ne sont pas plus de deux ».

⁵² C'est le cas de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), établie en 1964 comme un organe de l'Assemblée générale de l'ONU (résolution 1995(XIX), Constitution de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement en tant qu'organe de l'Assemblée générale, 30 décembre 1964).

(par exemple question procédurale, substantielle, financière, adoption d'un traité...) en appliquant des procédures de vote distinctes⁵³.

III. La portée du consensus

L'adoption d'une décision par consensus a forcément des impacts sur son contenu et sa mise en œuvre. Le consensus participe-t-il à la force normative des règles définies ? Ou affaiblit-il la mise en œuvre du droit international ? Son impact est difficile à mesurer, car le consensus présente de ce point de vue aussi bien des avantages que des inconvénients.

Avantages. Avec un vote majoritaire, « la négociation prend un tour coercitif et renforce le rôle des coalitions pour atteindre la majorité requise. Le passage au vote est une opération d'exclusion », alors qu'avec la recherche de consensus la négociation est plus clairement coopérative : « Elle fortifie le poids de chacun et n'aboutit que par l'inclusion »⁵⁴. Dans le même sens, « Le consensus est préférable à la règle de majorité pour au moins deux raisons : le souci de parvenir à un consensus exige une écoute de tous les points de vue et permet plus facilement la participation de chacun à la discussion ; la participation de tous à la délibération et l'exigence de consensus accroissent la qualité et la légitimité de la décision »⁵⁵. Le consensus apaise les minorités⁵⁶. Il permet de construire une conscience commune⁵⁷. Il favorise les pays du Sud, ce qui peut être précieux dans des négociations globales où ils se sentiraient marginalisés⁵⁸. Le consensus est d'abord un processus, là où l'unanimité est un résultat ; il favorise les échanges de vote et les concessions *vote trading-log rolling*⁵⁹. Il donne une certaine légitimité à la décision, généralement analysée comme « légitimité procédurale » ; les décisions sont *a priori* mieux acceptées⁶⁰. Comme cela a pu être dit, « il n'y a sans doute pas là d'hommage rendu à la volonté de l'autre, à laquelle on ne voudrait pas faire violence, mais seulement reconnaissance que dans certains cas et pour de certains sujets, la violence faite à la volonté d'autrui est inefficace »⁶¹.

Il faut mentionner un autre avantage, sur un plan plus strictement juridique. Le fait qu'une décision de COP soit adoptée par consensus (et sans doute plus encore à l'unanimité) permet de la considérer comme interprétative de la convention. Ainsi, dans l'affaire *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon), la Cour internationale de Justice a précisé récemment, à propos des recommandations de la Convention baleinière que, « Ces recommandations, adoptées sous forme de résolutions, n'ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à

⁵³ L. Kemp, « Framework for the future? Exploring the possibility of majority voting in the climate negotiations », *op. cit.*, p. 773.

⁵⁴ G. Devin, « Paroles de diplomates. Comment les négociations multilatérales changent la diplomatie », in F. Petiteville et al., *Négociations internationales*, Presses de Sciences Po, « Relations internationales » 2013, p. 96.

⁵⁵ Ph. Urfalino, « La décision par consensus apparent. Nature et propriétés », *op. cit.*, p. 47, §1.

⁵⁶ D. Heisenberg, « Informal decision-making in the Council: the secret of the EU's success », in S. Meunier, K. McNamara, *The state of the European Union*, vol. 8, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 70.

⁵⁷ Une « community consciousness » selon B. Simma, « From Bilateralism to Community Interest », *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 326-327.

⁵⁸ S. Aykut, « Governing through verbs. The practice of negotiating and the making of a new mode of governance », in *Globalising the climate; COP 21 and the Climatization of Global Debates*, S.A. Aykut, J. Foyer, E. Morena (dir.), Earthscan, Routledge, 2017, p. 20.

⁵⁹ D. Heisenberg, « What kind of negotiations does 'consensus decision making' involve ? in *Negotiating European Union*, P.W. Meerts, F. Cede, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2004, p. 96.

⁶⁰ L. Kemp, « Framework for the future? Exploring the possibility of majority voting in the climate negotiations », *op. cit.*, p. 762.

⁶¹ Guy de Lacharrière, « Consensus et Nations Unies », *op. cit.*, p. 12.

l'unanimité, elles peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé »⁶².

Inconvénients. Mohammed Nasheed, Président des Maldives, a considéré lors de la COP de Durban en 2011 que « The current negotiation process is stupid, useless and endless. It is based on this principle: two Parties reach an agreement, a third one comes alone and says it doesn't agree and it reduces the ambition of the others »⁶³. On a pu parler aussi de la « Law of the Least Ambitious Program »⁶⁴. Dans le même sens, l'ancien Directeur général de l'Organisation mondiale du commerce, Pascal Lamy, considérait la pratique du consensus comme médiévale et affirmait que « there is no way to structure and steer discussions amongst 146 members in a manner conducive to consensus (...). The decision-making need(s) to be revamped »⁶⁵. En effet, là où la règle majoritaire encourage les compromis, l'unanimité encourage l'intransigeance⁶⁶. C'est d'autant plus vrai lorsque, comme dans le cadre du régime international du climat, le consensus est désarmé sans menace possible de recourir au vote. Il s'apparente alors à une quasi-unanimité, forcément peu productive dans un contexte multilatéral aussi large. Long à construire, il participe à la « fabrique de la lenteur »⁶⁷ et au ramollissement de la norme adoptée par une CCNUCC dans laquelle certains ont vu un « multilateral zombie »⁶⁸ au sein duquel « it is evident that the relationship between consent and authority has become too flimsy to provide an unproblematic basis of legitimacy for the climate negotiations »⁶⁹. Il est vrai que les discussions procédurales ont été fréquemment utilisées par le passé pour retarder, voire bloquer la prise de décision.

En réponse à l'argument selon lequel le consensus permet de renforcer la légitimité des décisions, certains y voient plutôt une « unanimité passive, propre aux situations d'indifférence »⁷⁰. Le consensus créerait l'illusion de l'unanimité⁷¹. De ce point de vue, « consensus decisions can be deceptive because they can mask remaining disagreements »⁷². Il est vrai que le consensus entretient aussi une certaine opacité. Les États ne votant pas, ils n'expriment pas forcément leur position, et ne sont pas amenés à la clarifier.

Enfin, si on peut penser que le consensus favorise les petits pays ou les moins influents, certains pays en développement ont protesté considérant que le consensus leur faisait finalement perdre l'avantage de leur supériorité numérique⁷³.

⁶² Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 248, § 46.

⁶³ « UN Climate Talks "Stupid, Useless and Endless" », *The News*, 14 October 2011, <https://fp.brecorder.com/2011/10/201110141242017/> consulté le 28 août 2022.

⁶⁴ J. Hovi, D.F. Sprinz, « The limits of the law of the least ambitious program », *Global Environmental Politics*, 2006, vol. 6, n°3, p. 28.

⁶⁵ C. Denny, L. Elliott, D. Munk, « Brussels urges shakeup of 'medieval' WTO », *The Guardian*, 16 septembre 2003, <https://www.theguardian.com/business/2003/sep/16/europeanunion.wto> consulté le 28 août 2022.

⁶⁶ S. Novak, *La prise de décision au Conseil de l'Union Européenne : Pratiques du vote et du consensus*, op. cit., p. 17.

⁶⁷ S. Aykut, A. Dahan, *Gouverner le climat ? 20 ans de négociations internationales*, Paris : Presses de Sciences Po, 2015, p. 113.

⁶⁸ A. Vihma, *A Climate of Consensus: The UNFCCC Faces Challenges of Legitimacy and Effectiveness*, Fii Briefing Paper, Helsinki: Finnish Institute for International Affairs, 2011.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ G. Devin, M.-C. Smouts, *Les organisations internationales*, A. Colin, Paris, 2011, p. 91.

⁷¹ Comme le relève O.S. Elias, C.L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, Brill, 1998.

⁷² J. Brunnée, « COPing with Consent: Law-Making Under Multilateral Environmental Agreements », in *Leiden Journal of International Law*, 2002, p. 10.

⁷³ R. Wolfrum, J. Pichon, « Consensus », op. cit., §17.

Conclusion

La formalisation du consensus politique par le consensus juridique est tout sauf aisée, alors qu'il s'agit d'une étape fondamentale pour passer de l'engagement politique à l'engagement juridique. Certaines techniques de négociation de la diplomatie multilatérale ont été expérimentées pour surmonter les blocages et faciliter la « fabrique » du consensus (*package deal*, formations restreintes, décomposition en sous-groupes, amis du président, production de projets de textes de négociation par la présidence...). Cela produit des résultats, mais, comme l'a encore montré la dernière COP climat à Glasgow fin 2021, ceux-ci sont trop limités. Cela devient problématique dès lors que ce multilatéralisme conventionnel à l'échelle universelle empêche d'agir ou fournit un prétexte à ne pas agir ailleurs, à d'autres niveaux, dans d'autres fora (minilatéralisme ou bilatéralisme), voire unilatéralement. Enfin, le caractère étatique de la coopération, excluant de la prise de décision les acteurs non étatiques dont la participation serait pourtant essentielle, est un frein à l'effectivité des normes produites. Ceci est à l'origine d'un certain « schisme de réalité »⁷⁴. Les tentatives d'y remédier sous la forme d'« agendas de l'action » ne produisent pour l'instant elles aussi que des effets limités. Ainsi, si le champ de l'environnement a donné lieu à des innovations institutionnelles et normatives notables, l'urgence et la gravité des problèmes environnementaux appellent sans aucun doute à franchir de nouvelles étapes ou à s'engager dans de nouvelles approches.

⁷⁴ S. Aykut, A. Dahan, *Gouverner le climat ? 20 ans de négociations internationales*, op. cit., pp. 399 ss.