



Ce document présente les conclusions d'une recherche pluridisciplinaire menée au sein du Ceric auquel l'IDDRI a participé et dont les résultats ont été présentés lors de l'atelier « L'effectivité du Protocole de Kyoto sur les gaz à effet de serre ».

\*Directeur de recherches au CNRS (CERIC-UMR 6201, CNRS Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III), maljean.dubois@wanadoo.fr  
A dirigé une recherche pluriannuelle financée par l'ADEME qui a abouti à la publication d'un ouvrage collectif : *Changements climatiques. L'enjeu du contrôle international*, La Documentation Française, Paris, 2007.

POUR  
EN SAVOIR  
PLUS

<sup>1</sup> | S. Kerr, « Additional Compliance Issues Arising from Trading », in *Global Emissions Trading. Key Issues for Industrialized Countries*, S. Kerr (dir.), Edward Edgar Publishing, 2001, p. 85 ss. ; C. Boemare, P. Quirion « Implementing greenhouse gas trading in Europe : lessons from economic literature and international experiences », *Ecological Economics*, n°43/2002, p. 213 s.

<sup>2</sup> | Décision 24/CP.7, Procedures and mechanisms relating to compliance under the Kyoto Protocol, FCCC/CP/2001/13/Add.3, p. 68.

L'« OBSERVANCE » DU PROTOCOLE DE KYOTO SUR LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES

## Les enjeux du contrôle international du respect des engagements

Sandrine Maljean-Dubois(\*)

**A**u rang des enjeux fondamentaux pour la mise en œuvre du droit international de l'environnement en général, et du Protocole de Kyoto en particulier, figurent le contrôle du respect des engagements des parties signataires et la sanction en cas de non-respect de ceux-ci. Contrairement aux autres conventions internationales de protection de l'environnement, le Protocole de Kyoto repose sur des outils économiques, régis par la « main invisible » du marché plus que par la puissance publique. Néanmoins, un contrôle efficace et une sanction des fraudes constituent des conditions indispensables à son bon fonctionnement et sont même particulièrement justifiés pour des raisons de concurrence économique<sup>1</sup>.

Les négociateurs du Protocole avaient cela en tête dès l'origine. Mais lors de la conférence de Kyoto en 1997, aucun accord sur le contenu concret d'une procédure de non-respect n'a pu être trouvé. Cette épineuse question a été renvoyée à la première Réunion des parties (COP/MOP). Dès 1998, un groupe de travail est créé, qui parviendra après plusieurs réunions à élaborer une procédure de non-respect. Particulièrement controversée, cette procédure a

fait l'objet du *package deal* que représentent les accords de Bonn-Marrakech, adoptés par la Conférence des Parties à la Convention-cadre sur les changements climatiques (COP) en 2001<sup>2</sup>. En décembre 2005 à Montréal, la première COP/MOP n'a pas rouvert la discussion sur son contenu et a adopté *mutatis mutandis* le texte proposé par la COP<sup>3</sup>. À l'heure où se mettent en place les mécanismes d'*observance*<sup>4</sup>, c'est-à-dire de contrôle du respect des engagements et de sanction du non-respect, trois questions se posent principalement. Quelle est la relation entre ces mécanismes et les mécanismes plus classiques de règlement des conflits internationaux ? Quelle est leur originalité, en particulier sont-ils de nature juridictionnelle ou non ? Enfin, quelle est la portée de la procédure adoptée, contraignante ou non ?

### L'observance, un substitut aux mécanismes classiques de règlement des conflits ?

Presque toutes les conventions internationales de protection de l'environnement incluent une clause classique de règlement des différends,

3 | Décision 27/CMP1, Procedures and mechanisms relating to compliance under the Kyoto Protocol, FCCC/KP/CMP/2005/L.1.

4 | En anglais, ces mécanismes sont généralement désignés par le terme global de « *compliance* ».

5 | *Southern Bluefin Tuna Case, Australie et Nouvelle Zélande c. Japon, Award on Jurisdiction and Admissibility*, 4 août 2000, [http://www.intfish.net/cases/fisheries/sbt2/index.htm], consulté le 30 mars 2007.

6 | *Dispute concerning Access to Information under article 9 of the OSPAR Convention, Irl. c. Royaume Uni, Final Award*, 2 juillet 2003, [http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%20Award.pdf], consulté le 30 mars 2007.

7 | *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre les chlorures du 3 décembre 1976, Pays-Bas/France*, sentence arbitrale du 12 mars 2004, [http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/#Netherlands/France], consulté le 30 mars 2007.

8 | Art. 19 du Protocole.

9 | L.-A. Siciliano, « Classification des obligations et dimensions multilatérales de la responsabilité internationale », *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, P.-M. Dupuy (ed.), Pedone, Paris, 2003, p. 169.

prévoyant que tout différend relatif à l'interprétation et l'application de la convention sera réglé par des moyens diplomatiques ou, en cas d'échec, par le recours (généralement facultatif) à une juridiction internationale, tribunal arbitral *ad hoc* ou Cour internationale de Justice. Si pendant des années de telles dispositions n'ont jamais été invoquées, elles ont récemment abouti à trois sentences arbitrales : dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue* opposant l'Australie et la Nouvelle-Zélande au Japon<sup>5</sup>, dans celle de l'*Usine Mox* opposant l'Irlande au Royaume-Uni<sup>6</sup>, et dans celle de l'*Apurement des comptes* opposant les Pays-Bas et la France<sup>7</sup>. Dans les trois cas, la constitution d'un tribunal arbitral a pu être demandée unilatéralement, sans que soit nécessaire l'accord des parties en conflit.

Le Protocole de Kyoto ne contient pas de clause propre de règlement des différends, mais prévoit que « *Les dispositions de l'article 14 de la Convention relatif au règlement des différends s'appliquent mutatis mutandis au présent Protocole* »<sup>8</sup>. Or, l'article 14§1 de la Convention énonce que les parties s'efforcent de trouver un règlement de leurs différends par la voie diplomatique. En cas d'échec, l'article 14§2 contient une clause facultative de règlement juridictionnel : les parties peuvent déclarer au préalable accepter la soumission des différends à la Cour internationale de Justice ou à un tribunal arbitral. Son activation en réaction à un manquement à la Convention est théoriquement possible, d'autant plus que les notions de « *différend relatif à l'interprétation ou l'application de la Convention* » ou d'État lésé devraient être entendues assez largement. Constitué des obligations et outils de réduction des émissions, le noyau du Protocole entre vraisemblablement dans la catégorie des obligations *erga omnes partes* (à l'égard de toutes les parties au traité). Pour des obligations de ce type, une « *universalisation des relations de responsabilité* »<sup>9</sup>, permettant de considérer que, même en l'absence de dommage identifié, un État est lésé du seul fait de la violation par un autre État d'une convention internationale de protection de l'environnement à laquelle ils sont tous deux parties, devrait être admise.

Mais, en pratique, parce que facultative, cette clause ne devrait guère jouer. En effet, elle n'a pas remporté un franc succès : sur les 189 parties, seules les Iles Salomon ont accepté l'arbitrage obligatoire de l'article 14§2. Le rejet des États est révélateur : de telles clauses ne sont guère adaptées à la résolution de différends qui naissent de l'interprétation ou de l'application de conventions multilatérales adoptées pour la défense d'un « *intérêt collectif* »<sup>10</sup>. En effet, craignant d'en être la cible à leur tour, les États répugnent à les faire jouer pour la « seule » défense

de l'intérêt collectif. De surcroît, le grand nombre des parties rend difficile la surveillance, traditionnellement mutuelle et décentralisée, du respect du droit international.

Le constat dépasse largement le domaine des changements climatiques et peut être étendu à l'ensemble des conventions internationales de protection de l'environnement. Il a conduit à imaginer des modes alternatifs de règlement des différends dotés d'une vocation essentiellement préventive. Tout d'abord, le contrôle n'y est plus ponctuel, mais continu. Ensuite, il n'est plus bilatéral et réciproque, mais multilatéralisé et centralisé, confié aux organes conventionnels, tout comme la réaction au non-respect qui comprend l'assistance et l'incitation aux côtés de la sanction proprement dite. Des mesures collectives seront en effet à la fois plus aisément adoptées, mieux tolérées et *a priori* moins discrétionnaires. Bien que les obligations soient *hard*, les procédures de contrôle sont mises en œuvre avec souplesse, sur le mode du « *soft enforcement* »<sup>11</sup>. Le modèle en est la procédure de non-respect élaborée en 1992 dans le cadre du Protocole de Montréal relatif aux substances détruisant la couche d'ozone, procédure déjà reprise et adaptée dans une dizaine d'autres conventions environnementales.

Le Protocole de Kyoto donne naissance à la procédure de non-respect la plus aboutie à ce jour. L'importance de l'enjeu environnemental et la spécificité du Protocole, recourant aux outils économiques, expliquent le pas franchi et son degré de raffinement<sup>12</sup>.

## Des mécanismes innovants

L'objectif de la procédure est « *de faciliter, de favoriser et de garantir le respect des engagements découlant du Protocole de Kyoto* ». Il s'agit donc avant tout de prévenir les manquements, en identifiant les difficultés le plus en amont possible, plutôt que de régler des différends. Les sanctions éventuelles ont essentiellement une visée dissuasive ; elles ne seront utilisées qu'en dernier recours.

Sur le plan institutionnel, la procédure repose sur un comité de contrôle du respect des dispositions, dit Comité d'observance, qui exerce ses fonctions dans le cadre d'une plénière, d'un bureau et de deux chambres, la « chambre de la facilitation » et la « chambre de l'exécution ». Le Comité figure parmi les plus puissants et indépendants comités de ce type institués par les conventions environnementales<sup>13</sup>. Composé de vingt membres élus lors de la COP/MOP de Montréal, il est opérationnel depuis mars 2006. Les membres, élus pour 4 ans, siègent « *à titre personnel* ». Ils ont « *une compétence avérée*

dans le domaine des changements climatiques et dans des domaines pertinents tels que les domaines scientifique, technique, socio-économique ou juridique ». En outre, les membres de la chambre de l'exécution doivent avoir une « expérience dans le domaine juridique ».

Les fonctions de la plénière sont essentiellement administratives et budgétaires. Ce sont les chambres qui traitent les cas de non-respect, et c'est le bureau qui renvoie les questions de mise en œuvre à la chambre compétente. La procédure peut être déclenchée par le Secrétariat, se fondant sur les rapports d'examen des équipes d'experts qui vérifient les communications des parties. Le secrétariat a ici les mains liées : ses prérogatives sont moins importantes que celles confiées au secrétariat du Protocole de Montréal sur les substances ozonocides. La procédure peut également être déclenchée « par toute partie à l'égard d'elle-même ». Cette possibilité est aussi reconnue dans le cadre du Protocole de Montréal pour la couche d'ozone. D'expérience, c'est d'ailleurs généralement la partie concernée qui demande l'ouverture de la procédure pour elle-même : faisant état de ses difficultés, elle sollicite une assistance auprès de la communauté des parties. Troisième possibilité, la procédure peut être déclenchée « par toute partie à l'égard d'une autre partie, informations probantes à l'appui ». Les États ont ainsi, en cas de manquement, la possibilité de faire valoir un *soft legal interest*, c'est-à-dire leur qualité à agir en tant que représentant de la communauté des parties pour défendre l'intérêt commun<sup>14</sup>. Cette possibilité, guère utilisée dans les autres conventions environnementales qui ont expérimenté des procédures de ce type, pourrait toutefois l'être ici, au regard des conséquences économiques du Protocole.

La chambre de la facilitation, pluridisciplinaire, a pour fonction de conseiller et porter assistance sur le plan technique et financier aux États rencontrant des difficultés à remplir leurs engagements. Elle doit tenir compte pour ce faire du « principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives » des États. La démarche est avant tout pédagogique. La chambre peut faciliter l'octroi d'une aide hors de la sphère conventionnelle ; elle peut aussi s'appuyer sur le Fonds pour l'environnement mondial (FEM) et les différents fonds conventionnels.

La chambre de l'exécution répond à un esprit différent. La démarche est plus intrusive. Les réactions au manquement vont de l'incitation et accompagnement de l'État en manquement à la sanction. Cette gradation existe dans d'autres procédures de non-conformité. Mais la structure du Comité est tout à fait originale : l'existence de

deux chambres reflète la dualité d'une procédure à la fois préventive et réactive. La chambre de l'exécution est en effet chargée d'établir si les parties respectent ou non leurs engagements chiffrés en matière de limitation et de réduction des émissions, les dispositions prévues sur le plan méthodologique et en matière de communication d'informations (inventaires, communications), ainsi que les critères d'admissibilité aux mécanismes de flexibilité<sup>15</sup>. En cas de désaccord entre une partie et les équipes d'examen composées d'experts de l'article 8, la Chambre peut aussi « appliquer des ajustements aux données d'inventaire » (art. 5§2) ou « corriger les données de compilation et de comptabilisation (...) aux fins de la comptabilisation des quantités attribuées » (art. 7§4).

Parmi les « mesures consécutives » lorsqu'un non-respect est avéré, la chambre de l'exécution peut faire une déclaration de non-respect, ce qui constitue une première sanction jouant sur l'effet de réputation. Elle peut aussi demander à la partie concernée de présenter un plan analysant les causes du non-respect et indiquant les mesures et le calendrier pour y remédier. La chambre peut encore suspendre l'admissibilité aux mécanismes de flexibilité, si une partie ne remplit pas les critères fixés ou si ses émissions dépassent les montants alloués. Dans ce dernier cas, les montants alloués pour la période suivante seront réduits de 1,3 fois le montant en excès. La sanction peut donc être de taille ! Rares sont les conventions internationales qui sont allées aussi loin dans la définition d'un régime contraignant de réaction au manquement. De telles mesures sont possibles parce que le Protocole recourt à des outils économiques. Mais bien que très élaboré, le système n'est pas totalement verrouillé. Un État en grande difficulté pourrait choisir de passer outre. Certes, il serait exclu des mécanismes de marché et « mis au ban » de la communauté des parties, mais il pourrait en contrepartie cumuler les dettes environnementales jusqu'à ce que celles-ci deviennent irrécouvrables<sup>16</sup>. Tout dépendra finalement de l'attractivité des mécanismes de marché. Plus elle sera grande, plus les États redouteront leur exclusion et plus ils subiront une pression forte du secteur privé pour l'éviter ou en réduire la durée. En outre, les incertitudes qui pèsent sur la deuxième période d'engagements (le post-2012) sapent quelque peu la motivation. Enfin, les objectifs nationaux étant négociés par les États, une partie pourrait toujours renégocier ses objectifs de réduction de la deuxième période en intégrant le poids d'éventuelles pénalités...

A-t-on doté le Comité d'observance de compétences juridictionnelles, créant ainsi sans l'avouer une nouvelle juridiction internationale ? La

10 | Expression retenue à l'article 48 (invocation de la responsabilité de l'État par un État autre que l'État lésé) du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001).

11 | O. Yoshida, « Soft Enforcement of Treaties: The Montreal Protocol's Noncompliance Procedure and the Functions of Internal International Institutions » *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y*, 1999, pp. 95-141 ; M. Koskeniemi, « Breach of Treaty or Non-Compliance ? Reflections on the Enforcement of the Montréal Protocol », *YIEL*, 1992, p. 131.

12 | J. Werksman, « Compliance and the Kyoto Protocol : Building a Backbone into a 'Flexible' Regime », *YIEL*, 1998, vol. 9, p. 65.

13 | J. Voïnov Kohler, *Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques : entre diplomatie et droit*, Thèse, Droit, Université de Genève, 2004, p. 139.

14 | L. Boisson de Chazournes, « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *op. cit.*, p. 66.

15 | Trois dispositions visant à faciliter la réduction des gaz à effet de serre et les coûts associés : le mécanisme pour un développement propre (MDP), l'application conjointe (AC) et le système d'échange de droits d'émission.

16 | R. Guesnerie, *Kyoto et l'économie de l'effet de serre*, Rapport CAE n°39, La Documentation Française, Paris, 2003, p. 72.

17 | L. Cavaré, « La notion de juridiction internationale », *AFDI*, 1956, p. 502-503.

18 | *Proposition de l'Arabie Saoudite visant à modifier le Protocole de Kyoto*, FCCP/KP/CMP/2005/2, 26 mai 2005.

19 | *Adoption of procedures and mechanisms relating to compliance under the Kyoto Protocol, in terms of Article 18 of the Kyoto Protocol*, FCCC/KP/CMP/2005/MISC.1.

question est délicate tant la notion de juridiction internationale est rétive à la systématisation<sup>17</sup>. Mais la procédure suivie, tout au moins devant la chambre de l'exécution, est incontestablement hybride. Elle va au-delà d'une procédure diplomatique classique de type conciliation, ou même médiation. La chambre de l'exécution pourra, même si ce n'est pas sa principale attribution, trancher des *différends*. Elle rendra une décision *en droit*, et non en opportunité (à la différence de la chambre de la facilitation). Cette décision sera *obligatoire* et opposable à l'État concerné, même si une sorte de recours en cassation pour procédure irrégulière devant la COP/MOP est prévue. Ce sont là trois éléments de la définition de la juridiction internationale auxquels on pourrait ajouter l'appellation de « chambres », le fait que les membres élus par la COP/MOP agissent à titre personnel et possèdent une expertise juridique, le fait que la procédure ménage l'existence de droits de la défense et le respect du contradictoire, la forme des décisions qui rappelle celle des arrêts de la Cour internationale de Justice, la publicité des décisions, etc.

Pour stimulante, cette question présente un intérêt tout théorique. En revanche, s'interroger sur la portée de la procédure de non-respect revêt un intérêt très pratique.

## Quelle portée pour les mécanismes d'observance ?

Les mécanismes ayant été définis dans les accords de Bonn-Marrakech, la discussion s'est à Montréal focalisée non sur leur contenu, mais sur l'épineuse question de leur portée. L'article 18 du Protocole prévoyait en effet que « À sa première session, la (...) COP/MOP (...) approuve des procédures et mécanismes appropriés et efficaces pour déterminer et étudier les cas de non-respect des dispositions du présent Protocole, notamment en dressant une liste indicative des conséquences, compte tenu de la cause, du type et du degré de non-respect et de la fréquence des cas. Si des procédures et mécanismes relevant du présent article entraînent des conséquences qui lient les parties, ils sont adoptés au moyen d'un amendement au présent Protocole ». Désirant visiblement introduire une clause d'exemption<sup>18</sup>, l'Arabie Saoudite a fait une proposition en ce sens qui n'a finalement pas été retenue. L'Union européenne, largement appuyée, a mis en avant le besoin de rendre le système rapidement opérationnel et a proposé une approche en deux temps : l'adoption des mécanismes par une décision de la COP/MOP, puis le lancement d'un processus pouvant conduire à terme à un amendement du Protocole<sup>19</sup>. La décision de la COP/MOP

va dans ce sens. Elle adopte la procédure tout en lançant les négociations sur ce point, afin que la troisième COP/MOP puisse se prononcer.

Un des arguments avancés contre un amendement du Protocole s'appuie sur l'article 20 stipulant que, pour entrer en vigueur à l'égard d'une Partie, un amendement doit être accepté par cette dernière. Les parties conservent par là un droit de veto, non pas au moment de l'adoption de l'amendement par la COP/MOP, laquelle ne requiert pas l'unanimité, mais lors de sa ratification. Or, ces procédures sont par essence longues et aléatoires, d'autant plus que l'adoption d'un tel amendement est loin de faire consensus parmi les parties. Le risque serait donc de créer deux catégories de parties : celles liées par l'amendement à l'égard desquelles les procédures entraîneraient des « conséquences qui lient les parties » et celles qui ne seraient pas liées par l'amendement, théoriquement à l'abri de telles conséquences. Lors de la négociation des accords de Bonn-Marrakech, l'Union européenne avait tenté de conditionner la participation aux mécanismes de flexibilité à une acceptation formelle de la décision sur la procédure de non-respect. Sa proposition n'a pas été retenue.

En attendant une hypothétique décision de la troisième COP/MOP, la situation n'est pas claire. Comment le volet répressif de la procédure d'observance peut-il fonctionner s'il n'est pas contraignant pour les parties ? Le mécanisme de l'observance n'est-il pas de fait obligatoire dès lors que l'éligibilité d'un État aux mécanismes de flexibilité est tributaire de son assujettissement aux procédures applicables dans le domaine du contrôle du respect des dispositions ?

Tant que l'amendement ne sera pas adopté, la situation restera confuse et les parties qui se retrouveraient sur la sellette pourraient en jouer. L'originalité de la procédure d'observance consistait à mettre l'accent sur les sanctions. Mais sans adoption de l'amendement, la « facilitation » prendra largement le pas sur l'« exécution ».

La discussion sur la portée de la procédure de contrôle des engagements et de sanction du non-respect fait partie du nouveau « paquet » de négociations, incluant le « post-2012 » et l'assignation d'objectifs de réduction des gaz à effet de serre aux pays émergents. Son issue dépendra vraisemblablement de celle de l'ensemble des négociations. Idéalement, la révision du Protocole visant à définir de nouvelles obligations de réduction pour la seconde période d'engagement, devrait faire en sorte que l'adhésion à l'observance devienne une condition de la participation au Protocole. ■